

Responsabilidad del Estado

Aportes doctrinarios para el estudio
sistemático de la ley 26.944

Responsabilidad del Estado

Aportes doctrinarios para el estudio
sistemático de la ley 26.944

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero



Ávila, Santiago Matías
Responsabilidad del Estado : aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944 / Santiago Matías Ávila. - 1a ed adaptada.
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.
568 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-3720-44-4

1. Derecho Público. I. Título.
CDD 340

ISBN: 978-987-3720-44-4

Responsabilidad de Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944

1ra. edición - noviembre 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COORDINADOR



SANTIAGO MATÍAS ÁVILA

COLABORADORA



MARÍA EUGENIA GRUNFELD BROOK

PRÓLOGO

JULIO ALAK⁽¹⁾



La decisión del Congreso de la Nación de regular la responsabilidad estatal es un hito para la legislación argentina.

Hasta la sanción de la ley 26.944, la responsabilidad patrimonial del Estado estuvo gobernada por precedentes jurisprudenciales que interpretaban, con modulaciones, previsiones normativas del Código Civil de Vélez Sarsfield.

La sanción y promulgación de la Ley de Responsabilidad del Estado, en 2014, modificó de manera sustancial esta situación. A través de ese cuerpo legal se cubrió un importante vacío normativo que dejó atrás la etapa pretoriana del instituto.

Cierto es que el régimen jurisprudencial preexistente estuvo inspirado en principios de justicia con fundamento constitucional. También lo están las normas de la ley vigente. Sin embargo, en aquel, las bases del supuesto generador de la responsabilidad estatal resultaban cambiantes, mutables y, en algunas ocasiones, imprecisas.

Como de ordinario ocurre con las cuestiones jurídicas, las opiniones en esta materia no eran coincidentes. Tampoco lo son hoy.

Ya desde fines del siglo pasado algunos sectores del pensamiento jurídico argentino manifestaron sus reparos hacia toda posible regulación de la responsabilidad estatal. Se sostenía, *a priori*, que cualquier iniciativa legislativa en esta materia resultaba innecesaria e inconveniente. Se afirmaba, además, que la responsabilidad del Estado se debía construir a través de precedentes jurisprudenciales.

(1) Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Sin embargo, el legislador nacional, sobre la base del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo Nacional en 2013, optó por un camino diferente. Consideró que era menester dar mayor previsibilidad al régimen jurídico de la responsabilidad estatal. Tuvo en cuenta que toda la comunidad, y no solo los especialistas, debían tener la posibilidad de acceder, de manera generalizada, a reglas escritas y objetivas sobre esta materia.

En tal sentido, el Congreso, dentro de los límites de su competencia constitucional, consideró apropiado establecer los recaudos que singularizan a la responsabilidad del Estado.

Desde un ámbito distinto, otras posiciones abogaban a favor de la incorporación de la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de responsabilidad civil. Tampoco fue esta la alternativa seguida por el Poder Legislativo.

La ley 26.944 adoptó como presupuesto que la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde al campo del derecho administrativo y que, por ello, se rige por principios y reglas especiales extraños a los propios del derecho privado.

En tanto cuestión de derecho público, la ley asume que la competencia regulatoria de la responsabilidad estatal concierne a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o, en su caso, a la Nación, según corresponda.

En ese orden, extramuros del art. 75, inc. 12 CN, los arts. 11 de la ley 26.944, y 1765 CCyC reafirman la enfática voluntad del PEN y del Congreso de la Nación de resguardar y fortalecer la forma de estado federal consagrada en la Ley fundamental reformada en 1994 (arts. 1º, 121, 123, 129 y concs.).

Un examen desapasionado de la ley permite encontrar en ella los principales lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1984. Así, el sistema legal vigente establece que la responsabilidad extracontractual del Estado es objetiva (art. 1º). En tal sentido, los arts. 3º y 4º asumen y despliegan como factores de atribución a la falta de servicio y al sacrificio especial. A su vez, el mismo art. 1º dispone que la responsabilidad estatal es directa, puesto que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas.

Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, el libro que tengo el honor de presentar, es una obra jurídica de notable factura técnica. En ella han participado destacados profesores y especialistas en derecho público y privado, que han expresado sus opiniones desde diferentes ópticas.

Además de las cuestiones generales que plantea la responsabilidad estatal, el libro examina las contribuciones jurisprudenciales recibidas por la ley; los problemas que presenta la responsabilidad estatal nacida de la actividad e inactividad ilegítima, y aquellos otros que tienen origen en la actividad estatal legítima; las cuestiones que atañen a la responsabilidad de los concesionarios y contratistas, las relativas al perjuicio fiscal y su recupero, y también la responsabilidad contractual.

No puedo dejar de expresar mi profundo y sincero agradecimiento a todos los autores por su desinteresada colaboración en esta obra jurídica.

Finalmente, no dudamos en destacar que *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* es un trabajo científicamente valioso, que aspira ser útil a la comunidad, a los profesionales del derecho y a los estudiantes, de grado y posgrado, que quieran profundizar desde otro lugar el derecho de la responsabilidad del Estado.



ÍNDICE



Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal. Algunas reflexiones

Por LAURA MONTI..... p. 1

La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales. Por FERNANDO M. LAGARDE

..... p. 11

1. Introducciónp. 11
2. Las disposiciones proyectadas por la Comisión de Reformas del CCyC y el texto propuesto por el Poder Ejecutivo, finalmente sancionado.....p. 12
3. La cuestión a analizarp. 14
4. La regulación vigente hasta la sanción de la ley 26.944: el Código Civil y las leyes especiales nacionales y provincialesp. 18
5. Las opiniones de los autoresp. 21
6. La jurisprudencia de la CSJN.....p. 25
7. El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Límites del Congreso Nacional y de las legislaturas localesp. 32
8. El vacío legal que generaría esta reforma, al no existir normas provinciales que regulen la materiap. 40
9. Conclusión.....p. 42

Acerca de la ley 26.944 y la responsabilidad del Estado. Por MARCELO J. LÓPEZ MESA

..... p. 43

1. Nuestra visión de la responsabilidad del Estado.....p. 43
2. Una vuelta de tuerca en la materiap. 46
3. Algunas ideas para reflexionar serenamente sobre el tema.....p. 46

La responsabilidad del Estado desde el derecho administrativo

Por ROMINA GAITÁNp. 53

1. Introducciónp. 53
2. De la disciplina que rige la responsabilidad del Estadop. 54
3. De la responsabilidad del Estado como materia de estudio del derecho administrativop. 61
4. De la regulación de la responsabilidad del Estadop. 65
5. De la regulación específica de la responsabilidad del Estado desde el derecho administrativop. 76
6. Conclusionesp. 78

Aportes jurisprudenciales a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado

Por SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ.....p. 81

1. Introducciónp. 81
2. La LRE como receptora de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Naciónp. 84
3. La LRE como reformadora de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Naciónp. 89
4. Reflexiones finalesp. 93

La responsabilidad del Estado por omisión

Por ALEJANDRO J. USLENGHIp. 97

1. La responsabilidad por omisiónp. 97
2. Concepto de responsabilidad estatal por omisiónp. 98
3. ¿Cuál es la jurisdicción competente para regular la responsabilidad del Estado?p. 98
4. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Supremap. 99
5. La reforma del Código Civil.....p. 101
6. Ley de Responsabilidad Estatal (LRE)p. 103
7. La responsabilidad del Estado es objetiva y directap. 105
8. Existencia de un daño ciertop. 108
9. Imputación a un órgano estatal.....p. 114
10. Relación de causalidad adecuada.....p. 117

11. Omisión como falta de servicio	p. 120
12. Prescripción	p. 124
13. A modo de conclusión	p. 125

Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión. Por FABIÁN CANDA

1. Planteo	p. 127
2. Los casos "Migoya" y "Molina". La CSJN condena al Estado por su actuación en el control de espectáculos deportivos	p. 132
3. El caso "Carballo de Pochat"	p. 146
4. El caso "Faifman"	p. 148
5. La responsabilidad por omisión en la jurisprudencia de la CSJN. Síntesis...p.	150
6. La Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal	p. 152
7. Interpretación del requisito de incumplimiento de un deber expreso y determinado según el principio de dignidad humana. Nuestra opinión	p. 157

Los factores de atribución en la Ley de Responsabilidad del Estado

Por AGUSTÍN FRANCISCO ZALAZAR

1. Introducción	p. 161
2. La falta de servicio	p. 162
3. La omisión	p. 163
4. La omisión en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema: el caso "Pochat"	p. 165
5. El riesgo creado	p. 167
6. Los factores de atribución en la Ley de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial	p. 169
7. La omisión en la ley	p. 171
8. Conclusiones	p. 172

Responsabilidad del Estado: características generales del sistema

legal vigente. Por PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO

1. Introducción	p. 173
2. El derecho de la responsabilidad del Estado y sus problemas	p. 175

- 3. Características generales del sistema legal de responsabilidad del Estado .. p. 180
- 4. Conclusionesp. 229

El resarcimiento en los supuestos de responsabilidad extracontractual lícita del Estado. Su alcance en la ley 26.944. Por GUSTAVO E. SILVA TAMAYO ..p. 231

- 1. Introducciónp. 231
- 2. Noción conceptualp. 232
- 3. Fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal.....p. 233
- 4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....p. 236
- 5. Las opiniones doctrinariasp. 241
- 6. Nuestra opiniónp. 244
- 7. Conclusionesp. 253

La indemnización en casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado. Su alcance en los términos de la ley 26.944

Por CARLOS A. NIELSEN ENEMARKp. 255

- 1. Introducciónp. 255
- 2. La responsabilidad del Estado por actividad lícita en la ley 26.944p. 256
- 3. La jurisprudencia de la CSJN respecto del alcance de la indemnización en materia de responsabilidad legítima del Estadop. 257
- 4. Análisis de las líneas jurisprudenciales, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial y la ley 26.944.....p. 260
- 5. Conclusionesp. 264

Omisión lícita y Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado

Por JULIO PABLO COMADIRA..... p. 265

- 1. Introducciónp. 265
- 2. La cuestión en la doctrinap. 266
- 3. Algunas hipótesis de trabajop. 271
- 4. El fundamento para admitir la responsabilidad del Estado por omisión lícita p. 273

5. La cuestión en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estadop. 274
6. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión lícita y alcance de la indemnizaciónp. 276
7. Reflexiones finalesp. 283

Responsabilidad del Estado y del prestador de los servicios públicos

Por ALESSANDRA MINNICELLI y GABRIELA STORTONI.....p. 285

1. Introducción: propósito de este artículop. 285
2. Orígenes y fundamento de la Responsabilidad del Estadop. 286
3. La Ley de Responsabilidad del Estado como causa típica de derecho público, y por ende, cuestión de regulación local regida por el derecho administrativo.....p. 290
4. La regulación de la Ley de Responsabilidad del Estado y los servicios públicos privatizadosp. 297
5. Acerca de la responsabilidad del Estado en materia de servicios públicos en la jurisprudencia nacionalp. 302
6. El concepto de servicio público y su impacto en la responsabilidad del Estadop. 312
7. El principio de eficacia como fuente de responsabilidad del Estado y del prestador de los servicios públicos.....p. 316
8. Conclusionesp. 322

Responsabilidad estatal y servicios públicos. Breves comentarios

Por MIRIAM MABEL IVANEGA.....p. 325

1. Introducciónp. 325
2. Las empresas y sociedades del Estado prestadoras de servicios públicos ..p. 331
3. El supuesto de la omisión del control. El caso de los entes reguladoresp. 334

Responsabilidad concurrente de los concesionarios y del Estado en la ley 26.944. Por ANA SALVATELLIp. 337

1. Introducciónp. 337
2. Reseña de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ...p. 338
3. La responsabilidad del concesionario en aplicación del artículo 6° de la ley 26.944p. 350

- 4. La responsabilidad del Estado en aplicación del art. 3° de la ley 26.944.....p. 355
- 5. Supuesto de responsabilidad concurrentep. 358

Comentarios acerca de la responsabilidad del Estado en la nueva ley

Por SANTIAGO ÁVILAp. 361

- 1. Fundamento de la sanción de la leyp. 361
- 2. Aspectos relevantes de la normap. 364

La regulación de la responsabilidad contractual del Estado

Por PABLO ESTEBAN PERRINO.....p. 385

- 1. Fundamentos constitucionales y regulación de la responsabilidad del Estado en la Argentina.....p. 385
- 2. Ámbito de aplicación de la LRE y clases de responsabilidad reguladas.... 389
- 3. La regulación de la responsabilidad contractual del Estadop. 393
- 4. Responsabilidad contractual del Estado y ecuación económico/financiera ..p. 399
- 5. Requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual del Estado. Los factores de atribución.....p. 402
- 6. El alcance de la indemnizaciónp. 410

La determinación del perjuicio fiscal en el ámbito de la acción de recupero contra funcionarios públicos. Por NICOLÁS DIANA.....p. 419

- 1. Introducciónp. 419
- 2. Breve referencia al marco jurídico aplicable en el ámbito nacional.....p. 423
- 3. La determinación del perjuicio fiscalp. 429
- 4. Colofón.....p. 433

El nuevo paradigma de la responsabilidad estatal

Por ÁNGELA ROSALÍA MORA y VÍCTOR RODOLFO TRIONFETTI.....p. 435

- 1. Introducciónp. 435
- 2. La responsabilidad estatalp. 436
- 3. La ley 26.944 constituye una regulación parcial de la responsabilidad estatal ..p. 438
- 4. Caracteres de la responsabilidad estatal de garantíap. 439
- 5. Conclusión.....p. 440

El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI. Por JUSTO J. REYNA..p. 443

1. Introducciónp. 443
2. Marco teórico mínimop. 444
3. Las posturas dogmáticas centrales subyacentes a la ley 26.944p. 448
4. Reflexión final.....p. 460

Justicia distributiva y responsabilidad del Estado. Apostillas y excursos sobre la ley 26.944. Por JOSÉ LUIS SAIDp. 463

1. El problema: planteo introductorio.....p. 463
2. Puntos de partidap. 464
3. ¿Igualdad en qué?: derechos humanos y justicia social.....p. 467
4. ¿Cómo?: el derecho público.....p. 468
5. Justicia distributiva y bienes a distribuirp. 472
6. De vuelta a la responsabilidadp. 475
7. Limitación de la responsabilidad y justicia distributivap. 484
8. Recapitulación.....p. 486
9. Indemnización y función social de la propiedad.....p. 487
10. La perspectiva del deudorp. 489
11. Medios limitados y necesidades ilimitadasp. 490
12. Algunas cuestiones que la LRE no ha balanceado con justicia (distributiva): derechos no patrimoniales y sectores vulnerablesp. 492
13. Algunas ideas para una ley local (o para reformar la ley nacional).....p. 496
14. Para terminarp. 499

La responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza. Dictamen de los proyectos de ley presentados en la legislatura provincial. Por ABEL ALBARRACÍNp. 501

1. Consideraciones generales.....p. 502
2. Situación de las provincias frente a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercialp. 503
3. Las facultades provinciales para el dictado de la normativa relativa a la responsabilidad extrapatrimonial del Estadop. 504

- 4. Análisis de los proyectos evaluados en el dictamenp. 504
- 5. Conclusiones generalesp. 518
- 6. Anexo. Proyectos de ley analizados en el dictamen precedente.....p. 519

Ley 26.944. Responsabilidad del Estado.....p. 529

Provincia de Santa Cruz. Ley 3396. Adhesión a la Ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado.....p. 533

Provincia del Chubut. Ley I N° 560. Responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personasp. 537

Provincia de Santiago del Estero. Ley 7179. Adhesión a la Ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado.....p. 541



Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal

Algunas reflexiones

LAURA MONTI



La nueva regulación por el Congreso Nacional de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, sancionada en julio de 2014, recoge en muchos de sus artículos la jurisprudencia que la Corte federal fue elaborando a lo largo de los años en torno al tema. El Tribunal se basó, en muchos aspectos, en el régimen de la responsabilidad civil, adaptado a las particularidades de la responsabilidad estatal, y agregó requisitos propios de esta última, habida cuenta, por ejemplo, de la posibilidad de hacer responsable al Estado por su actividad legítima lo que, en principio, no cabe afirmar en el marco del derecho privado.

Así, entre otros casos, es paradigmática la sentencia dictada por la Corte en la causa "Columbia". En ella, ante un planteo de responsabilidad del Estado por su actividad normativa legítima (dictado de reglamentos del Banco Central de la República Argentina que afectaban la actuación de una entidad financiera), el Tribunal consignó, como recaudos para la procedencia de la demanda, la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño.⁽¹⁾

Estas creaciones pretorianas no son exclusivas de la materia de la responsabilidad estatal, pues ya desde 1941 la Corte ha aplicado por analogía,

(1) CSJN, "Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina", 19/05/1992, Fallos: 315:1026. Ver, en este sentido, lo dispuesto en el art. 4° de la ley 26.944.

para resolver cuestiones de nulidad de actos administrativos, las normas del Código Civil sobre nulidad de los actos jurídicos, es decir, como el mismo Tribunal lo ha dicho, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo.⁽²⁾

Del mismo modo ha procedido el fuero contencioso administrativo federal y la propia Corte al resolver sobre medidas cautelares contra actos, hechos y omisiones estatales. Al no existir un régimen legal aplicable en esa esfera (actualmente contamos con la ley 26.854), los tribunales del fuero citado aplicaban por analogía el Código Procesal Civil y Comercial en varias de sus disposiciones sobre medidas cautelares (como los arts. 230, 232 y 198 de ese cuerpo legal). Y la Corte federal, de manera similar a lo ocurrido en materia de responsabilidad estatal, adicionaba requisitos para la procedencia de esas medidas, en especial en atención al interés público comprometido.

Igualmente, para la evaluación de la procedencia de esas medidas, los tribunales han considerado conceptos propios del derecho público, precisamente por ser el Estado quien vería detenido su accionar a raíz del dictado de aquellas. En este sentido, es reiterada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que el régimen de medidas cautelares en materia de reclamos y cobros fiscales (entre otras cuestiones) debe ser analizado con particular estrictez, máxime cuando está en juego, además de la consideración del interés público, el principio de presunción de validez de los actos de los poderes públicos.⁽³⁾

Una sentencia muy ilustrativa al respecto es la dictada en la causa "Astilleros Alianza", en la que el Tribunal aseveró que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, tratándose de la suspensión de una obra pública, debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público.⁽⁴⁾

También los tribunales han sido especialmente estrictos a la hora de evaluar las llamadas medidas cautelares innovativas, solicitadas en muchas ocasiones contra el Estado, que cambian el estado de hecho y de derecho existente, pues ellas implican un anticipo de jurisdicción favorable

(2) CSJN, "Ganadera Los Lagos SA c/ Nación Argentina", 30/06/1941, Fallos: 190:142.

(3) CSJN, "Compañía de Circuitos Cerrados SA c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva", 11/10/2005, Fallos: 328:3638, entre muchos otros.

(4) CSJN, "Astilleros Alianza SA de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional-PEN s/ daños y perjuicios-incidente, 08/10/1991, Fallos: 314:1202.

respecto del fallo final de la causa, que altera el estado de cosas existente. En este sentido, se ha dicho que se trata de decisiones excepcionales, por lo que cabe admitirlas cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación a fin de habilitar una resolución que concilie, según el grado de verosimilitud, los intereses en juego.⁽⁵⁾

Es por ello, que resulta importante que se dé una regulación especial a la materia de la responsabilidad estatal con base en la acendrada jurisprudencia de los tribunales del país. En la resolución de casos sobre responsabilidad estatal, por lo demás, aun cuando la ley 26.944 expresamente excluya la aplicación del Código Civil y Comercial de manera directa y subsidiaria (ver art. 1764 CCyC), podrá utilizarse aquel por analogía, tal como surge del mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al remitir el proyecto de ley al Congreso Nacional.

Ello es coherente, según hemos detallado, con lo que los tribunales han decidido desde hace décadas en variadas materias del derecho público y porque ese cuerpo legal contiene normas que constituyen principios aplicables a otras ramas del derecho, en ausencia de legislación específica. Antes de la sanción de la ley 26.944 la propia Corte había dicho que, en atención a la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad administrativa, resultaba menester recurrir a los principios de leyes análogas,⁽⁶⁾ toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, puesto que lo trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno.⁽⁷⁾

La ley 26.944 parte, de acuerdo a lo expuesto, de la idea de que la citada materia es propia del derecho administrativo y, por lo tanto, de regulación federal y local, según la jurisdicción que corresponda, opinión que comparto. Con esto, se aparta del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial, que había incluido la regulación respectiva sobre la base de considerar la doctrina según la cual existe una teoría

(5) Fallos: 330:1261 y 326:3210, entre otros.

(6) CSJN, "Petruccelli, Fidel Primo y otra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 13/06/1989, Fallos: 312:956.

(7) CSJN, "Motor Once, SAC e l c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 09/05/1989, Fallos: 312:659.

general de la responsabilidad, de la que no cabe separar lo atinente a la responsabilidad estatal. Por ello, el art. 1765 CCyC, aprobado por la ley 26.994, dispone que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda, lo cual es coherente con lo decidido por la Corte federal en varias causas. La primera de ellas fue el importante precedente “Barreto” de 2006 (Fallos: 329:759) en relación con la regulación local de esa materia y la consecuente competencia de los jueces provinciales para entender en los juicios respectivos.

Por ello es que invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a “adherir” a sus disposiciones (art. 11 de la ley 26.944), por lo cual las jurisdicciones locales pueden dictar leyes propias, incluyendo las disposiciones que regulen la materia (no necesariamente iguales o análogas a las de la ley federal), según lo estimen sus respectivas legislaturas, pero que también deja en libertad a esas jurisdicciones para continuar con el sistema que estaban aplicando si, por ejemplo, se basa en la construcción jurisprudencial de la doctrina de la responsabilidad estatal.

En relación con esto último, una disposición de la ley federal 26.944 ha suscitado opiniones divergentes sobre su alcance en atención a lo resuelto por la Corte a partir de la causa “Filcrosa”, en cuanto a que las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción de los tributos en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, ya que las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local, pues la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el art. 75, inc. 12, este no solo fijara los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, estableciera también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía.⁽⁸⁾

La norma en cuestión es la contenida en el art. 7° de la ley 26.944, según el cual el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabi-

(8) CSJN, “Filcrosa SA s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”, 30/09/2003, Fallos: 326:3899.

lidad extracontractual es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita. La pregunta consiste en si las provincias y la CABA, en atención a lo decidido en “Filcrosa” y los fallos similares que lo sucedieron, estarán obligadas a respetar ese artículo en materia de prescripción de las obligaciones a su cargo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Bien es cierto que el Código Civil y Comercial de la Nación determina que las legislaturas locales podrán fijar el plazo de prescripción “de los tributos” (art. 2532 CCyC). Sin embargo, la cuestión aquí planteada es más amplia, pues se relaciona con la prescripción de todas las acciones dirigidas a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado. Habrá que esperar las decisiones e interpretaciones, en especial jurisprudenciales, al respecto.

Luego de esta introducción, me interesa efectuar algunas reflexiones preliminares sobre diversos aspectos de la ley 26.944, sobre los cuales he escuchado y debatido en diversos foros.

Uno de esos temas es el relativo a ciertos aspectos de la regulación de la responsabilidad estatal por actividad legítima. Se critica la disposición del art. 5º, primera parte, según el cual ese tipo de responsabilidad es de carácter excepcional, lo cual se puede interpretar como restrictivo de derechos. Empero creo que, el sentido de la ley es reflejar lo que hemos estudiado siempre acerca de que el Estado, como garante del bien común, en aras de respetar la igualdad entre los ciudadanos afectados y no afectados por una medida de sus órganos, debe resarcir en casos en los que no existiera tal reparación entre personas privadas, entre las cuales rige el principio de que el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de un deber legal no pueden constituir como ilícito ningún acto y, por lo tanto, no se genera deber de responder, aunque se cause perjuicio a otra persona.

Sobre el tema, la Corte ha dicho que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización no comprende los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad, por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, al constituir consecuencias anormales, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación

económica.⁽⁹⁾ También ha afirmado que la condición implícita que torna viable la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita consiste en la materialización del bienestar general, lo que supone la relación armónica entre el interés individual y el bien común, de modo tal que, la protección del primero no debe prevalecer a ultranza en detrimento de la realización del segundo.⁽¹⁰⁾

El Estado debe responder, entonces, por su actividad legítima, si se configuran los recaudos ahora establecidos en el art. 4° de la ley 26.944, porque como lo ha establecido la Corte federal desde hace muchos años, cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa (podemos agregar de la autoridad legislativa), aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares — cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general—, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito⁽¹¹⁾ y así, a la vez que se asegura a las ramas legislativa y ejecutiva la gerencia discrecional del bien común, se tutelan adecuadamente los derechos de quienes sufren algún perjuicio con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales.⁽¹²⁾

En este campo se advierte con claridad la diferente situación que rige la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado pues, como bien destacó la Corte en varias oportunidades, la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos; la solución solo puede deducirse de los principios del derecho público.⁽¹³⁾

Otro asunto que se ha planteado es el del alcance de la reparación en los supuestos de responsabilidad estatal por su actividad legítima. La ley 26.944,

(9) CSJN, “Pistone, *Ciro Alberto c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*”, 29/05/2007, Fallos: 330:2464.

(10) CSJN, “Manzi, *Carlos A. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía s/ juicio de conocimiento*”, 13/05/1997, Fallos: 320:955.

(11) CSJN, “El Jacarandá SA *c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento*”, 28/07/2005, Fallos: 328:2654, entre muchos otros.

(12) CSJN, “Robles, *Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*”, 18/07/2002, Fallos: 325:1855.

(13) CSJN, “Petruccelli”, fallo cit.

en su art. 5º, párr. 1, 2ª parte, establece que no procederá la reparación del lucro cesante para esos supuestos. Algunas voces han sostenido que esa prescripción se opone a la jurisprudencia de la Corte. Sobre el punto, hay que señalar que el legislador no está vinculado por lo establecido por la jurisprudencia. En todo caso, posteriormente, los jueces evaluarán la validez de la norma que dicte. Y, en segundo lugar, se observa que se hace referencia a la doctrina del Tribunal sobre el punto, como si ella fuera invariable o lo hubiera sido, lo que no responde a la realidad. Al contrario, a lo largo de los años, la Corte ha variado su doctrina en materia de extensión del resarcimiento por daños provocados por la actividad legítima del Estado y sostenido, en diversos fallos, que debía abonarse el lucro cesante y, en otros, que eso no era procedente⁽¹⁴⁾ lo que demuestra que no hay verdades reveladas en la materia. Incluso en algunas de esas sentencias, como sucedió en el recordado caso “Sánchez Granel”, la mayoría que votó por el pago de ese rubro se integró por tres jueces de cinco, esgrimiendo argumentos varios, y la disidencia, formada por los otros dos magistrados, también expuso fundamentos atendibles.⁽¹⁵⁾ Adviértase, por otra parte, que la ley 26.944 va en línea con la normativa federal que, desde hace años, se viene inclinando por apartar el resarcimiento del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por actividad legítima (por ejemplo, el decreto 1023/2001 sobre contrataciones del sector público que excluye, en su art. 12, el pago de ese rubro ante la revocación de contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, situación que se planteaba en el caso “Sánchez Granel”). Las razones para excluir el pago de aquel surgen, en su mayoría, de las disidencias de la jueza Highton de Nolasco en los casos “El Jacarandá” y “Zonas Francas”, dictados por la Corte en años recientes.

Finalmente, hay que destacar que, en el caso de que un litigante estime que la norma resulta inconstitucional en la aplicación a las circunstancias de su caso en particular (por ejemplo, porque la mayor parte del daño

(14) Ver, en el primer sentido, las sentencias dictadas en las causas CSJN, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 20/09/1984 y “Jucalán Forestal, Agropecuaria SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 23/11/1989, a las que aludiré en los párrafos que siguen, y “El Jacarandá”, fallo cit., y “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - PEN - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 09/06/2009, Fallos: 332:1367 y, en el segundo, los pronunciamientos de Fallos: 293:617 y “Petrucelli” y “Motor Once”, fallos cits.

(15) CSJN, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c/ Dirección Nacional de Vialidad”, fallo cit.

sufrido por él consiste en lucro cesante), podrá así plantearlo, lo cual cabría que fuera admisible. Recordemos, al respecto, lo decidido en su voto por el exjuez del Tribunal, Jorge Bacqué, en la causa "Jucalán Forestal"; en cuanto que el principio general de no admitir la inclusión del lucro cesante en la indemnización en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración no debía ser aplicado mecánicamente, sin admitir excepciones y sin tener en cuenta las características particulares de cada caso, agregando que debían ser tenidas como circunstancias excepcionales que permitían apartarse de ese principio general, aquellas situaciones en las cuales la exclusión del lucro cesante llevaría a resultados claramente violatorios de la garantía constitucional de la propiedad. Por ello, debía incluirse el lucro cesante en la indemnización por actividad lícita de la Administración, si el perjuicio patrimonial sufrido estaba conformado, principalmente, por el lucro cesante, por lo que excluir totalmente dicho rubro significaría otorgar una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo del derecho de propiedad,⁽¹⁶⁾ afirmación que cupo en ese particular caso y en sus determinadas circunstancias.

A continuación, me referiré a lo dispuesto en el art. 8° de la ley 26.944, en cuanto dispone que el interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos o actos generales o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o inconstitucionalidad que le sirve de fundamento. La norma se refiere a los casos en los que los daños son una consecuencia de la aplicación de actos de la Administración, de alcance particular o general, o de normas, en general, emanadas del Poder Legislativo.

Pues bien, hay que recordar que existen, en algunos casos, plazos para demandar a fin de que se declare la nulidad de actos del Estado. Así, por ejemplo: el plazo de caducidad, establecido en el orden nacional por el art. 25 de la ley 19.549 que, en caso de no ser respetado, conllevará el rechazo de la demanda por extemporánea. En su relación con el reclamo por daños derivados de actos administrativos ilegítimos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, replicando la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el plenario "Petracca" (1986), ha sostenido claramente que los actos administrativos no impugnados judicialmente en

(16) CSJN, "Jucalán Forestal, Agropecuaria SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", fallo cit.

el plazo que establece el art. 25 de la ley 19.549 devienen firmes e irrevocables a pedido del interesado debido a la caducidad operada, y que la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la administración tienen naturaleza accesorias respecto de la acción de nulidad, por lo que si no se cuestionaron judicialmente en término las resoluciones que, a juicio del recurrente, le habían causado daños; y, en consecuencia, no se declaró su ilegitimidad, no es posible demandar, con posterioridad, el pago de los daños y perjuicios;⁽¹⁷⁾ doctrina que reiteró más recientemente al señalar que, en esos casos, es inadmisibles la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños basados en el accionar ilícito de la administración.⁽¹⁸⁾ Las acciones de nulidad por ilegitimidad o inconstitucionalidad de actos generales de la Administración o de inconstitucionalidad de leyes no están sujetas, como principio, a plazos de caducidad.

Por su parte, en materia de prescripción de acciones de responsabilidad estatal, la Corte, aplicando los principios generales, ha dicho que, como regla, el punto de partida debe computarse a partir del momento en que el demandante tomó conocimiento de los daños que reclama,⁽¹⁹⁾ sin que obste para ello la circunstancia de que los perjuicios pudieran presentar un proceso de duración prolongada e indefinida.⁽²⁰⁾ Es por ello que, a mi entender, fuera de que en algunos casos (como, por ejemplo, la impugnación de un acto administrativo) deban respetarse plazos para atacar un acto, un hecho u una omisión estatal que produzca daños, la acción por responsabilidad estatal deberá interponerse dentro del plazo de prescripción, contado del modo que prescribe la jurisprudencia de la Corte y que responde a las reglas generales en la materia, pues el término inicial de ese plazo es el del conocimiento del daño o, eventualmente, el del conocimiento de la relación de causalidad entre el acto, hecho u omisión y el daño (recordando siempre que en la materia hay que atenerse a la opción más favorable a la admisibilidad de la acción), que sucede, es claro, una

(17) CSJN, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento", 20/08/1996, Fallos: 319:1476.

(18) CSJN, "Sánchez Granel, Eduardo Alberto y otros c/ BCRA s/ daños y perjuicios", fallo cit.

(19) CSJN, "P. F., K. C. S. c/ Mendoza, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 23/05/2006, Fallos: 329:1862, entre otros.

(20) CSJN, "Sociedad Cooperativa Transporte Automotor Litoral Ltda. - SCTALL c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ indemnización de daños y perjuicios", 27/10/1994, Fallos: 317:1437, entre otros.

vez que se dan esos acontecimientos. La interposición de la demanda de nulidad o inconstitucionalidad no causan ni la interrupción ni la suspensión de los plazos de prescripción de la acción de daños.

Finalmente, otro aspecto a considerar es la responsabilidad de los agentes públicos que han causado daños en ejercicio de sus funciones como órganos estatales. La ley 26.944, que deja incólume la responsabilidad política, civil, penal y disciplinaria de aquellos, determina que 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. Es decir que, como sucedía hasta su sanción, se podrá demandar al funcionario público que cause los daños, así como al Estado, para su resarcimiento. En los hechos, casi nunca los particulares demandan a ambas personas, solo lo hacen respecto del Estado, lo cual no redundan en beneficio del buen desempeño de las funciones estatales.

En definitiva, la ley 26.944 regula, por primera vez, en el orden federal y parcialmente (pues básicamente se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado) esta materia. Es de esperar que los planteos y objeciones que se realicen sobre su aplicación vayan siendo resueltos y dilucidados por los operadores jurídicos, entre ellos, por los asesores del Estado, los fiscales, los jueces y por la labor doctrinal, como la que se comienza a desarrollar en obras como la presente.



La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales

FERNANDO M. LAGARDE



1. Introducción

La sanción de la ley 26.944 (BO, 08/08/2014) que regula la responsabilidad del Estado nacional, de sus funcionarios y agentes, y, prácticamente en forma simultánea —aunque con efecto diferido para su vigencia a partir del 1° de agosto de 2015—⁽¹⁾ del Código Civil y Comercial de la Nación (BO, 08/10/2014), produjo una interesante agitación en diferentes ámbitos —sobre todo periodísticos, políticos y académicos— sobre este capítulo central del derecho administrativo.⁽²⁾

(1) De acuerdo con la modificación de la fecha de entrada en vigencia del Código, dispuesta por la ley 27.007.

(2) Cabe señalar que el debate parlamentario del proyecto de Código Civil y Comercial comenzó casi dos años antes que el del proyecto de ley de responsabilidad del Estado, motivo por el cual lo que disparó la discusión que abordamos en este trabajo fue el texto del proyecto de Código. Sin embargo, el trámite legislativo de este último sufrió un estancamiento de más de un año, lapso en el cual el PEN envió al Congreso el proyecto de ley de responsabilidad del Estado, luego sancionado bajo el n° 26.944, dos meses antes de la sanción del nuevo Código (ley 26.994).

El debate se inició en el instante mismo en que el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso el proyecto de ley que propiciaba la aprobación del Código Civil y Comercial, momento en que quedó expuesta la sustancial modificación que, en este punto, había introducido el Poder Ejecutivo respecto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión de Reformas designada para elaborar el anteproyecto de código unificado, integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci.

Esa discusión transitó sobre dos ejes centrales. El primero, focalizado en el texto del Código unificado, radica en determinar cuál es el nivel jurisdiccional —nacional o local— competente para regular la responsabilidad del Estado. El segundo, que atiende al texto de la ley de responsabilidad del Estado, consiste en analizar cuál debe ser el contenido de esa regulación. El primero de los ejes mencionados está directamente vinculado con la modificación del proyecto aludida en el párrafo anterior; y será el que abordaré en la parte central del presente trabajo. Luego, tras compartir —adelanto— la solución dada para este tema por el Código Civil y Comercial, sancionado según el texto propuesto por el Poder Ejecutivo, me referiré sintéticamente a algunos de los puntos que componen el segundo de los ejes aludidos, desde la óptica de la regulación local, con el fin de analizar cuál es el margen que tienen las legislaturas locales para apartarse —eventualmente— de las normas establecidas a nivel nacional por la ley 26.944.

2. Las disposiciones proyectadas por la Comisión de Reformas del CCyC y el texto propuesto por el Poder Ejecutivo, finalmente sancionado

Con el fin de dejar concretamente delimitado el debate acerca de cuál es la jurisdicción —nacional o local— competente para regular lo relativo a la responsabilidad del Estado, cabe transcribir, por un lado, las normas proyectadas por la Comisión de Reforma de los códigos de fondo y, por otro, las propuestas por el Poder Ejecutivo, que fueron finalmente las sancionadas en el Código Civil y Comercial, porque exponen con toda claridad cuáles son los dos criterios expuestos en este tema.

En efecto, del texto original del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reforma surge sin hesitación que se asumió que corresponde al Congreso de la Nación regular la materia, como parte del Código de fondo,

con carácter uniforme para todo el país, ya que contenía las siguientes disposiciones sobre este tema:

ARTÍCULO 1764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar 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.

ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Como puede verse, regulaba sustancialmente la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, para todas las esferas jurisdiccionales. Cabe destacar que, en este punto, el Anteproyecto sigue el criterio que sentó el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, elaborado por otra Comisión designada a la sazón por el PEN.⁽³⁾

Estos tres artículos fueron eliminados por el Poder Ejecutivo y sustituidos por los que se indican a continuación:

(3) Proyecto que fue oportunamente cuestionado, justamente por regular esta temática, por COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Bs. As., LexisNexis, 2003, pp. 366/367; reproducido en COMADIRA, J. RODOLFO (coord.); ESCOLA, HÉCTOR J. (col.); COMADIRA, J. PABLO (act.), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 1571 y por SALOMONI, JORGE L., "La responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil", en AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 433 y ss.

ARTÍCULO 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. 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, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Así, se eliminó toda regulación de la responsabilidad del Estado del Código de fondo, dejando en manos del Congreso Nacional y de las jurisdicciones locales —provincias y CABA y, eventualmente, de los municipios de aquellas, según lo que disponga cada provincia—, la legislación sobre el tema en los ámbitos nacional y local, respectivamente.

3. La cuestión a analizar

Sentadas ambas posiciones cabe analizar cuál de las dos es la correcta e, incluso, si corresponde calificar a una de ellas como “correcta” —y, por ende, a la otra como “incorrecta”—, o bien, admitir que ambas son toleradas por nuestro sistema constitucional y, en definitiva, la elección entre una u otra no es más que una “opción legislativa”.

Pues bien, en ese marco y en mi opinión, el centro de la discusión radica en determinar si la regulación de la responsabilidad del Estado —cuando actúa en el ámbito del derecho público— es materia del derecho civil o del derecho administrativo.

Tomar partido por una u otra postura tiene, en nuestro sistema constitucional, una consecuencia fundamental respecto del tema que nos ocupa, es decir, quién es el órgano competente para legislar sobre el particular, de modo tal que:

- a. si es materia del derecho civil, está incluida en lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, en virtud del cual corresponde al Congreso Nacional dictar el Código Civil y, por ende, regular esta materia uniformemente

tanto para el Estado nacional, como para los estados provinciales y municipales y la CABA; en cambio,

- b. si es parte del derecho administrativo, su regulación es de carácter local —de las provincias (eventualmente, de sus municipios) y de la CABA—, por no estar incluida en las competencias que las provincias delegaron en la Nación a través de la Constitución, de modo que la conservan en los términos de los arts. 121 y ss. —especialmente, art. 126— de la Carta Magna. En este caso, cabe aclarar que el Congreso Nacional sería competente solo para regular la responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios públicos y debería hacerlo en una ley distinta al Código Civil y Comercial por tratarse de una cuestión ajena a esas asignaturas.

En este sentido, Hutchinson expresa:

Los arts. 67 inc. 11 y 108 (hoy 75, inc. 12 y 126) CN, establecen con meridiana claridad que el Congreso tiene atribuidas facultades para dictar los códigos que en dichas normas se enumeran, entre los que se encuentra el Código Civil. De allí que el Congreso solo tendría facultades para legislar en materia de responsabilidad del Estado si se pudiera afirmar que ella es materia propia del derecho privado (civil, en la especie). Vélez Sarsfield entendió qué aspectos podía legislar en el código y cuáles no, interpretando con toda exactitud, que al incorporar el constituyente la expresión Código Civil en el art. 67 inc. 11 solo se refirió a la regulación de relaciones de derecho privado (...) Vélez apartó del Código Civil todo lo referente al derecho público, por eso sería incongruente pensar que intentó regular en esa sistematización la responsabilidad del Estado.⁽⁴⁾

Cabe aclarar que esta discusión se presenta cuando el Estado actúa en el ámbito del derecho público, es decir, como poder público. En cambio, cuando el Estado *lato sensu* actúa en el campo del derecho privado, es generalizada la opinión de que se somete al derecho privado, civil o comercial, como lo hace cualquier particular,⁽⁵⁾ al menos en lo que se refiere

(4) HUTCHINSON, TOMÁS (dir.); TARABORRELLI, ALEJANDRO (COORD.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, vol. 7, t. I, Bs. As., La Ley, 2010, pp. 78/79.

(5) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed. act. y amp., t. I, Bs. As., La Ley, 2011, pp. 392/393; ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de Derecho Administrativo*, vol. II, Bs. As., Depalma, 1984, p. 1118; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 6ª ed. act., Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, p. 716 y ss., entre otros

al objeto del acto que realiza y, en lo que aquí importa, a la responsabilidad derivada de él, sin que esto implique negar la presencia del derecho público en otros aspectos de su actuación (actos mixtos).⁽⁶⁾

Pues bien, como ya ha quedado dicho, la primera de las opciones antes indicadas fue elegida por la Comisión de Reforma y la segunda por el PEN, consagrándose legislativamente esta última en el Código Civil y Comercial y, en consonancia con este, en la ley 26.944, que asume la regulación del tema para el ámbito nacional.

Es interesante advertir que, sobre todo en los debates parlamentarios tanto del Código Civil y Comercial como de la Ley de Responsabilidad del Estado,⁽⁷⁾ las críticas que mayoritariamente se han esbozado contra la regulación finalmente adoptada no se detienen tanto en la cuestión constitucional del reparto de competencias recién aludido, sino que se centran en una consecuencia de ello, concretamente, en la posibilidad de que cada provincia —e, incluso, cada municipio— regule esta cuestión de forma distinta, tanto respecto de las otras provincias y la Nación como del régimen de responsabilidad civil que consagra el Código unificado. Esta disparidad traería aparejado que el derecho a obtener una reparación ante un daño idéntico pueda tener distinto alcance según que ese daño sea cometido por otro particular o por el Estado —ámbitos del derecho civil o del derecho administrativo, respectivamente—, o bien, en el segundo caso, según el Estado que sea responsable —Nación, provincias o CABA—, ya que dependerá de la regulación propia de cada jurisdicción. Por ejemplo, si se produjera una mala praxis médica, el derecho a obtener una reparación variaría según si el hospital sea público o privado (derecho administrativo o derecho civil, respectivamente) y, en el primer caso, si se trata de un

(6) CASSAGNE, JUAN C., "La categoría de los contratos de objeto privado de las empresas del Estado", en *ED*, 102-233. En la misma línea: COMADIRA, J. RODOLFO (coord.); ESCOLA, HÉCTOR J. (col.); COMADIRA, J. PABLO (act.), *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 344/345.

(7) El proyecto de ley de responsabilidad del Estado se trató en la Cámara de Diputados en la sesión del 27 de noviembre de 2013 (la versión taquigráfica puede consultarse en la página web de la Cámara Baja: [en línea] <http://www.diputados.gob.ar/secparl/dtaqui/versiones/>) y en el Senado en la sesión del 2 de julio de 2014 (versión taquigráfica en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/VT-2014-07-02%20-OR-06.pdf>). El proyecto de Código Civil y Comercial se trató en el Senado en la sesión realizada en los días 27 y 28 de noviembre de 2013 (versión taquigráfica en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/VT-2013-11-27%20-ES-09.pdf>), y en Diputados en la sesión del 1° de octubre de 2014 (versión taquigráfica [en línea] http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/132_17.htm).

hospital público nacional, provincial (o municipal) o de la CABA, en función de las normas reguladoras de la responsabilidad vigentes en cada jurisdicción.

Como se puede colegir, en este planteo prevalece más un enfoque de conveniencia o utilitario que uno de tipo jurídico-constitucional, ya que más allá de cuál sea la jurisdicción competente para legislar sobre el tema, el cuestionamiento se focaliza en la eventual disparidad de regulaciones, suponiendo que las legislaturas locales tendrán una amplia discrecionalidad para legislar sobre la materia.

En cierto modo, esta idea utilitaria o de conveniencia también subyació en las opiniones de quienes sostuvieron que adoptar una u otra solución era una “opción legislativa”.⁽⁸⁾

Sin embargo, en mi opinión, una interpretación coherente de la Constitución arroja un único resultado, eliminando cualquier posibilidad de opción a favor del legislador. Si existiese una opción legislativa, sería jurídicamente indiferente una u otra solución, porque ambas serían toleradas por nuestro sistema constitucional, pero no creo que sea este el caso.

A continuación intentaré justificar esta afirmación mediante el análisis del reparto de competencias que establece nuestro sistema constitucional, con el fin de determinar a qué nivel jurisdiccional le corresponde legislar sobre la responsabilidad del Estado y, en consecuencia, si la postura adoptada por el Código unificado es adecuada o no. Pero antes, haré un breve repaso sobre la regulación existente al momento de la sanción de la ley 26.944, tanto a nivel nacional como local, en el entendimiento de que pone en evidencia que la cuestión no era tan pacífica, incluso bajo el imperio del Código Civil de Vélez Sarsfield.

(8) Ver, por ejemplo, la versión taquigráfica de la reunión de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, realizada en el Salón Azul del Honorable Senado de la Nación, el 14 de agosto de 2012 (consultar [en línea] <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-14-08b.html>). En cambio, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Julio Alak, y el Secretario de Justicia, Dr. Julián Álvarez, en dos reuniones de la misma Comisión, realizadas el 21 de agosto de 2012 (versión taquigráfica en: <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-21-08.html>) y, más de un año después, el 19 de noviembre de 2013, sostuvieron la postura que se plantea en el presente trabajo (versión taquigráfica [en línea] <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2013-11-19.html>).

4. La regulación vigente hasta la sanción de la ley 26.944: el Código Civil y las leyes especiales nacionales y provinciales

Para comenzar el análisis, cabe referirse a cómo se ha resuelto, hasta la sanción de la ley 26.944, el tema planteado. Así, en primer lugar, como es sabido, no existía una ley especial nacional ni leyes provinciales que se ocuparan del tema en forma **integral**. En cambio, sí hay constituciones provinciales que reconocen la responsabilidad del Estado, incluso con un importante nivel de detalle (como sucede, por ejemplo, con la Constitución de Chubut,⁽⁹⁾ entre otras) pero no regulan en forma integral el tema, lo que por cierto sería impropio de un texto constitucional.

(9) La Constitución de Chubut establece: Art. 22.- "... Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omite tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación. La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad".

Art. 57.- "Toda persona tiene legitimación para obtener de las autoridades la protección de los derechos difusos de cualquier especie reconocidos por esta Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado".

Art. 60.- "El Estado garantiza la plena reparación de los daños causados por error judicial, sin otro requisito que su demostración. Especialmente indemniza los daños ocasionados por la indebida privación de la libertad, su indebido agravamiento o por incumplimiento de los preceptos referidos al tratamiento de detenidos y presos".

Art. 69.- "Todos los funcionarios públicos, efectivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya irrogado. El Estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex-funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición".

Art. 98.- "La Provincia como personas civiles pueden ser demandados ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes federales, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno. No puede trabarse embargo preventivo sobre sus bienes o rentas. Si son condenados al pago de una deuda, pueden ser ejecutados en la forma ordinaria y embargadas sus rentas, si transcurrido un año desde que el fallo condenatorio quedó firme, no arbitran los recursos para efectuar el pago. Se exceptúan de esta disposición las rentas y bienes especialmente afectados en garantía de una obligación".

Art. 135.- "Corresponde al Poder Legislativo: (...) 9. Dictar leyes estableciendo los medios para hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios, especialmente las de los administradores de dineros públicos...".

Art. 159.- "Los ministros ... (s)on responsables de todas las órdenes y resoluciones que autorizan, sin que puedan eximirse de responsabilidad por haber procedido en virtud de orden del Gobernador".

Art. 219.- "Corresponde al Tribunal de Cuentas: (...) promover juicio de cuentas y juicio de responsabilidad a funcionarios y empleados aun después de cesar en sus cargos y a todos sus efectos, por extralimitación o cumplimiento irregular, en la forma que establece la ley...". Ver, asimismo,

Simultáneamente, existen leyes especiales, nacionales y provinciales, que regulan algunos supuestos específicos de responsabilidad del Estado. El ejemplo clásico es el de las leyes de expropiaciones que rigen en el ámbito nacional y en cada una de las provincias y de la CABA, que legislan sobre un caso concreto de responsabilidad del Estado por actividad lícita o legítima, como es la expropiación por causa de utilidad pública. Es necesario destacar que esas leyes no solo se ocupan del juicio expropiatorio —cuestión procesal y, por ende, local— sino que también abordan el derecho de fondo al establecer el límite de la indemnización a pagar al sujeto expropiado. Estableciendo en general, que solo se reconoce el daño emergente, con exclusión del lucro cesante, tal como también lo establece la ley 21.499 (art. 10) que rige el tema en el ámbito nacional.⁽¹⁰⁾

Además, algunas jurisdicciones locales regulan expresamente el alcance de la indemnización ante el supuesto de revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, limitándola a la reparación del daño emergente.⁽¹¹⁾

Asimismo, a nivel nacional y en las provincias y la CABA existen normas que legislan sobre la responsabilidad contractual de la Administración, derivada de los contratos administrativos que celebran cada una de ellas. En esas normas también podemos encontrar disposiciones referidas a la responsabilidad estatal ante determinados casos concretos (por ejemplo, la indemnización de los perjuicios sufridos por el contratista provocados por caso fortuito, en las leyes de obras públicas).⁽¹²⁾

La existencia de leyes provinciales sobre expropiaciones, sobre el alcance de la indemnización ante la revocación por oportunidad de actos administrativos

arts. 47 y 48 de la Constitución de Catamarca; art. 14 de la Constitución de Córdoba; art. 10 de la Constitución de Jujuy; art. 49 de la Constitución de La Rioja; arts. 80 y 81 de la Constitución de Misiones; art. 5° de la Constitución de Salta; art. 43 de la Constitución de San Juan; entre otras”.

(10) CASAS, JUAN A.; ROMERO VILLANUEVA, HORACIO J., *Expropiación. Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Bs. As., Astrea, 2014, p. 51 y ss. CABA, art. 9° de la ley 238; Provincia de Bs. As., art. 8° de la ley 5708; Chaco, art. 9° de la ley 2289; Córdoba, art. 12 de la ley 6394; Corrientes, art. 12 de la ley 1487; La Pampa, art. 14 de la ley 908; Río Negro, art. 12 de la ley 1015; etc.

(11) Por ejemplo, el art. 18 del Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/97 de la CABA, que regula el procedimiento administrativo local. Sobre el tema, ahondar en SAMMARTINO, 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 AAVV, *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, op. cit., p. 503 y ss.

(12) A nivel nacional: ley 13.064, art. 39; Córdoba: ley 8614, art. 50; Mendoza: ley 4416, art. 46.b; Misiones: ley 593, art. 39; San Luis: ley VIII-0257-2004 (5456), art. 39; Tucumán: ley 5854, art. 46.3; etc.

o sobre responsabilidad contractual (en el marco de las normas que regulan los contratos administrativos locales) no ha generado reparos constitucionales y siempre se ha considerado como parte del derecho local. Desde luego, tampoco han merecido reproche las normas de las constituciones provinciales que abordan el tema, con mayor o menor nivel de detalle.⁽¹³⁾

De este modo, ello nos puede dar un indicio para la respuesta al tema examinado: si estos supuestos específicos de responsabilidad del Estado pueden ser regulados por las legislaturas locales, ¿por qué estas no pueden sancionar leyes que legislen integralmente sobre esta materia?

Sin embargo, es un dato de la realidad que hasta la sanción de la ley 26.944 no había leyes especiales nacionales o provinciales que legislen de modo específico e integral sobre el tema, en particular respecto de la responsabilidad extracontractual, sea por actividad lícita o ilícita.

Así es que, para los casos de responsabilidad del Estado nacional o provincial —sobre todo, extracontractual— no previstos por leyes especiales —como las de expropiaciones— se ha acudido al único cuerpo normativo que traía alguna disposición vinculada con el tema: el Código Civil. No obstante, como es sabido, ninguno de los tres artículos en los que —a lo largo de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia— se fundó la responsabilidad estatal (arts. 1109 y 1113 y, finalmente, 1112),⁽¹⁴⁾ mencionan expresamente al Estado (nacional, provincial, etc.) como sujeto responsable.⁽¹⁵⁾ De ahí que ha sido necesario un “enorme esfuerzo interpretativo” por parte de la jurisprudencia de la Corte

(13) Aunque debe decirse que, en un antiguo precedente, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una norma de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, por considerarla contraria al entonces art. 67, inc. 11, CN (hoy 75, inc. 12), al establecer que, en caso de que el Estado provincial fuese condenado al pago de alguna deuda, no podría ejecutarse la sentencia ni embargarse sus rentas hasta pasados seis meses, dentro de cuyo término la Legislatura arbitraría el modo y forma de verificar el pago. El Máximo Tribunal sostuvo que “consagrada la unidad de la legislación civil como consecuencia de la unidad política de la República, no cabe admitir que los Estados autónomos puedan destruir aquella al dictar sus instituciones, concediéndose ellos mismos privilegios o exenciones al margen de la legislación general” (CSJN, “Modesto González c/ Provincia de Santiago del Estero”, 1930, Fallos: 159:326).

(14) Erigido como fundamento normativo exclusivo de la responsabilidad del Estado, a partir del fallo “Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires”, 18/12/1984, Fallos: 306:2030 (ver CASSAGNE, JUAN C., “La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional y su regulación por una ley administrativa”, en AAVV, *Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury (dir.), Bs. As., AbeledoPerrot, 2014, p. 61 y ss.).

(15) HUTCHINSON, TOMÁS (dir.); TARABORRELLI, ALEJANDRO (COORD.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 80 y ss., sin perjuicio de lo expuesto por Cassagne (CASSAGNE, JUAN C., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit.,

Suprema, como complemento de las normas indicadas, para poder resolver adecuadamente los casos de responsabilidad del Estado mediante la aplicación de las normas citadas.⁽¹⁶⁾ Esta circunstancia ha llevado a Rosatti a sostener —tras preguntarse quién es el sujeto jurídico que, en un sistema democrático, debe regular este tema— que “hasta ahora lo han hecho predominantemente los jueces, quienes a fuerza de cumplir con su deber y fallar casos concretos y ante el silencio y la inacción del legislador, se han convertido en este tema en legisladores inductivos, forjando criterios que se reafirmaron con sucesivos pronunciamientos”.⁽¹⁷⁾

Ahora bien, cabe preguntarse si la invocación por la Corte Suprema de estos artículos del Código Civil como fundamento de la responsabilidad del Estado —nacional y provincial— es razón suficiente para sostener que la materia examinada es propia del legislador nacional, como un capítulo del derecho civil o común, o si, en cambio, se ha acudido a estas normas ante la falta de disposiciones específicas de derecho público nacional y provincial que regularan el tema. Esta pregunta presupone, desde luego, la formulada más arriba, respecto a cuál es la rama del derecho a la que pertenece la cuestión examinada.

5. Las opiniones de los autores

Muy sintéticamente y a modo de referencia, cabe señalar que casi la totalidad de los autores administrativistas sostienen que la regulación de la responsabilidad del Estado es materia propia del derecho público, en particular administrativo y, como tal, debe ser regulada por la Nación y por las provincias, cada una en su esfera. Solo ante la falta de esa regulación local puede aplicarse el Código Civil, analógicamente.

p. 409 y CASSAGNE, JUAN C., “La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional y su regulación por una ley administrativa”, *op. cit.*, p. 63 y ss.).

(16) MERTHEKIAN —sosteniendo la postura opuesta a la que aquí se expresa— señala que “(e) stamos convencidos de que lo atinente a la responsabilidad del Estado encuentra adecuado quicio en el actual Código Civil, al cual se suma el enorme esfuerzo interpretativo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido elaborando a lo largo de casi cien años. Por ende, creemos que —en la más favorable interpretación— la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado era innecesaria, sin ingresar en el análisis de la incompatibilidad de ciertas de sus disposiciones con las contenidas en el Código Civil actualmente vigente” (MERTEKIAN, EDUARDO, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6° de la Ley 26.944)”, en AAVV, *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético*, Horacio Rosatti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 168).

(17) ROSATTI, HORACIO, “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina”, en AAVV, *Ley 26.944...*, *op. cit.*, p. 29.

Más allá de los matices que presentan los distintos desarrollos doctrinarios, puede decirse que se enrolan en esta postura los siguientes autores: Marienhoff,⁽¹⁸⁾ Comadira,⁽¹⁹⁾ Cassagne,⁽²⁰⁾ Gordillo,⁽²¹⁾ Fiorini,⁽²²⁾ Escola,⁽²³⁾

(18) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 761 y ss.

(19) COMADIRA, J. RODOLFO (coord.); ESCOLA, HÉCTOR J. (col.); COMADIRA, J. PABLO (act.), *Curso...*, op. cit., p. 1571.

(20) CASSAGNE, JUAN C., *Curso...*, op. cit., p. 396. No obstante, vale aclarar que Cassagne, aunque se pronuncia sobre la pertenencia de la responsabilidad del Estado al derecho público, se inclina por lo que denominó la "opción legislativa", pero con ciertos matices que es necesario destacar. El citado autor expresa: "Seguimos creyendo que la regulación de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos, por faltas de servicio o conectadas con el mismo, pertenece al derecho público e igualmente también la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Pero, aun así, no vemos obstáculo de principio para que la materia de la responsabilidad estatal sea abordada por el CCCN [Código Civil y Comercial de la Nación], en virtud de una serie de razones que hemos expuesto antes de ahora y que, probablemente, algunos publicistas no vayan a compartir. En tal caso, se trataría de normas de derecho público incluidas en el Código Civil, como ocurre actualmente con el art. 2340 del citado Código. Hay instituciones troncales del sistema jurídico que resulta conveniente y hasta necesario sean reguladas por el Código Civil (...) Se trata de materias que plantean la necesidad y la conveniencia de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico. Algo similar puede ocurrir con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos (...) En definitiva, es tan legítimo regular la categoría básica en el CCCN y los criterios generales que determinan la responsabilidad en esos supuestos especiales (a través de normas caracterizadas como pertenecientes al derecho público), como hacerlo a través de leyes especiales, aun reconociendo que se corre el riesgo de que una regulación nacional o provincial restrinja o suprima la procedencia y el alcance de la responsabilidad" (CASSAGNE, JUAN C., "La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional...", op. cit., p. 69).

(21) GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. 8, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 539. Dice el autor citado: "... no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado. Se la llama todavía, a veces, responsabilidad 'civil' del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica 'responsabilidad' del derecho privado, ni es tampoco 'civil' en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. (Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de 'responsabilidad civil'). A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal".

(22) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, t. II, 2ª ed. act., Bs. As., AbeledoPerrot, 1976, p. 715 y ss.

(23) ESCOLA, HÉCTOR J., op. cit., pp. 1128/1129. Tiene dicho este autor que, en ausencia de normas que regulen la responsabilidad del Estado en forma específica, "... ha sido corriente que doctrinal y jurisprudencialmente se tratara de cimentar la responsabilidad del Estado en disposiciones contenidas en nuestro Código Civil, principalmente en sus arts. 1109, 1112 y 1113. Esta solución no puede aceptarse sino como una solución de emergencia, y aun en tal supuesto con las naturales salvedades, pues no es procedente ni conveniente que

Reiriz,⁽²⁴⁾ Bielsa,⁽²⁵⁾ Rosatti,⁽²⁶⁾ Salomoni,⁽²⁷⁾ Hutchinson,⁽²⁸⁾ Sammartino,⁽²⁹⁾ Canda,⁽³⁰⁾ Perrino,⁽³¹⁾ Gambier,⁽³²⁾ Balbín,⁽³³⁾ entre otros. En la doctrina *iuscivilista*, coincide con esta posición López Mesa.⁽³⁴⁾

una cuestión que es de derecho público, como la que estamos tratando, quede librada a principios y normas del derecho privado, que no son aptos para regirla”.

(24) REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 41 y ss.

(25) Bielsa fundaba su oposición a la aplicación de las normas del Código Civil —desde luego, en su versión original, previa a la reforma de la ley 17.711— en la insuficiencia de estas para cubrir los distintos supuestos que se presentaban en el ámbito de la responsabilidad del Estado reclamando la sanción de una ley que regule la materia sobre la base de los principios del derecho público. Paralelamente, afirmaba: “las provincias pueden reglar la responsabilidad del Estado, en sentido lato, es decir de la propia provincia y de las comunas y otros entes públicos. Nada impide que la Constitución provincial o las leyes en su consecuencia dictadas las hagan responsables, y que también establezcan la responsabilidad de los funcionarios respecto de los particulares y de las entidades públicas a que pertenecen. Pero esa legislación no puede alterar el derecho común, es decir, el derecho que tienen los habitantes en virtud del Código civil y otro derecho privado legislado por el Congreso o de derechos públicos subjetivos. La prioridad de normas establecida en el art. 31 de la Constitución es incuestionable y la jurisprudencia lo ha declarado así (‘Fallos de la Corte Suprema’, t. 183, p. 214). Tampoco pueden las leyes provinciales (ni las nacionales, desde luego) privar a los habitantes de la protección judicial de sus derechos fundamentales. Las leyes que nieguen recursos protectores de esos derechos son anticonstitucionales (‘Fallos de la Corte Suprema’, t. 156, p. 100; t. 158, p. 78)” (BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. V, 5ª ed., Bs. As., Depalma, 1957, p. 55 y ss., 81/82). Reiriz, al referirse a la postura del maestro santafesino, señaló que “... Bielsa, en el fondo, no podía cortar el ‘cordón umbilical’; y no concebía que, en derecho público, la responsabilidad pudiese estructurarse sobre principios diversos que la noción civilista de la culpa” (REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 88).

(26) ROSATTI, HORACIO, op. cit., pássim.

(27) SALOMONI, JORGE L., “La responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil”, op. cit., p. 433 y ss.

(28) HUTCHINSON, TOMÁS, “Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010-3, p. 108 y HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), TARABORRELLI, ALEJANDRO (coord.), *Tratado...*, op. cit., p. 78 y ss.

(29) SAMMARTINO, PATRICIO M. E., “La responsabilidad...”, op. cit., p. 511. Ver además las modulaciones que propone de la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad del Estado, a la luz del derecho administrativo, en: SAMMARTINO, PATRICIO M. E., “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Bs. As., RAP, 2008, p. 431 y ss.

(30) CANDA, FABIÁN O., “La responsabilidad del Estado se rige por el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de Derecho Público local”, en Juan C. Cassagne (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., La Ley, 2013, p. 625 y ss. (esp. 632 y ss.).

(31) GAMBIER, BELTRÁN; PERRINO, PABLO E., “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, en JA, 1996-IV-793 y ss.

(32) *Ibid.*

(33) BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., La Ley, 2008, p. 341 y 474.

(34) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Responsabilidad del Estado”, en Félix A. Trigo Represas, Marcelo J. López Mesa (dirs.), *Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, La Ley, Bs. As., 2004. Con la

Es sumamente interesante el análisis histórico realizado por Rosatti, con el fin de explicar el proceso por el cual la jurisprudencia de la CSJN se apoyó en el Código Civil para fundar la responsabilidad del Estado, destacando luego, que ello no puede ser óbice para ubicar la cuestión en su correcto quicio constitucional, en el ámbito del derecho público local. En ese contexto, el destacado autor santafecino señala:

La adopción de la fuente normativa de responsabilidad estatal del caso “Devoto” por parte de la Corte Suprema de Justicia no debe verse como una decisión jurídico-principista que asumía al Código Civil como la única opción constitucional posible dentro del sistema de reparto de competencias del Estado federal, sino como la apelación a una norma que gozaba de prestigio y desarrollo en la materia (aunque aplicada normalmente a las relaciones entre privados) en el contexto del paradigma de un Estado abstencionista, cuyo federalismo estaba suspendido por un gobierno de facto que había sido “legitimado” por la propia Corte Suprema de Justicia mediante la Acordada del 10 de septiembre de 1930.⁽³⁵⁾

Como excepciones en el campo del derecho administrativo, puede mencionarse a Mertehikian⁽³⁶⁾ y Cuadros,⁽³⁷⁾ quienes consideran que la responsabilidad del Estado debe ser regulada por el Código Civil, por pertenecer al derecho común, con aplicación para todos los niveles jurisdiccionales.

colaboración de la Dra. Stella Maris Gambino, p. 1, nota 1, donde afirma que la responsabilidad del Estado “se trata de una materia cuya regulación fue reservada constitucionalmente a las Provincias, que han consignado en sus Constituciones diversas normas regulatorias”, citando como ejemplo varias de ellas.

(35) ROSATTI, HORACIO, *op. cit.*, p. 17.

(36) MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública*, Bs. As., Ábaco, 2001, p. 33 y ss., quien considera que las normas que regulan la responsabilidad del Estado forman parte de la teoría general de las obligaciones, por tratarse de una de las fuentes de estas, motivo por el cual deben incluirse en la legislación de fondo.

(37) CUADROS, OSCAR A., *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, p. XXV/XXVI, pássim. En esta obra el autor defiende la siguiente tesis: “la responsabilidad extracontractual del Estado está regida, en el sistema jurídico argentino, por las normas civiles que reglan el daño resarcible y su atribución indirecta y objetiva a las personas jurídicas; régimen que resulta de aplicación a la referida persona jurídica pública en atención a la unidad conceptual del principio constitucional que manda reparar los daños causados a terceros, a su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y al carácter privado —individual o corporativo— de las eventuales víctimas”.

Desde el derecho privado, en general, los autores postulan que la responsabilidad del Estado debe ser regulada por el Código Civil, pero fundamentan esa posición en la teoría unificadora del derecho de daños, según la cual no cabe diferenciar entre derecho público y derecho privado al tratar la responsabilidad. Es la opinión de Mosset Iturraspe⁽³⁸⁾ y Kemelmajer de Carlucci,⁽³⁹⁾ entre otros.

En definitiva, como adelanté, salvo contadas excepciones, puede decirse que, en general, los administrativistas postulan el carácter público, y por ende local, de la regulación de la responsabilidad del Estado, mientras que los civilistas opinan que debe tener un tratamiento uniforme con el sistema de derecho privado, en una teoría general del derecho de daños.

6. La jurisprudencia de la CSJN

El aspecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema que nos interesa para determinar si la materia que nos ocupa es de derecho civil o administrativo no es el que se refiere a la interpretación que el Tribunal ha dado al Código Civil para resolver la cuestión de fondo planteada en cada caso, sino la aceptación o el rechazo de su competencia originaria en las pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios originados por acción u omisión imputada a cualquiera de los órganos que integran los poderes de gobierno de las provincias, promovidas con apoyo en normas de derecho común.⁽⁴⁰⁾

Al respecto, cabe tener presente que —entre otros supuestos— la Corte Suprema tiene competencia originaria para entender en las causas entre una provincia y un vecino de otra —o un extranjero—, es decir, cuando exista distinta vecindad, siempre que se trate de una “causa civil”, de

(38) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 9: Responsabilidad del Estado, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 11 y ss.

(39) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial”, en AAVV, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Alberto J. Bueres, Aída Kemelmajer de Carlucci (dirs.), Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, p. 492 y ss.

(40) Desde luego, este enfoque no pretende restar trascendencia a otros precedentes fundamentales de la CSJN sobre la evolución de la responsabilidad del Estado —desde el señero caso “S.A. Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional”, 22/09/1933, Fallos: 169:111, en adelante— sino que se intenta destacar la línea jurisprudencial que incide directamente en el tema puntual examinado, que culmina en el criterio actual de la CSJN, sentado a partir de la causa “Barreto”, como se indica en el texto.

acuerdo con lo establecido en el art. 117 CN, reglamentado por el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/1958. En otras palabras, cuando hay distinta vecindad entre el particular y la provincia que son partes en el pleito, solo será competencia originaria de la Corte cuando el caso encuadre en el concepto de "causa civil" (a menos que sea materia federal, en cuyo caso, si es parte una provincia, también será de competencia originaria porque esta es la única instancia que permite conciliar la competencia federal por la materia y el privilegio de la instancia originaria que tienen las provincias).⁽⁴¹⁾ Si no se considera "causa civil", ni es materia federal, será de derecho público local y la litis será de competencia de los tribunales provinciales, de acuerdo con el ordenamiento procesal de la provincia que sea parte.

Pues bien, durante décadas, la Corte Suprema entendió que los juicios de daños y perjuicios entablados por un particular contra una provincia en la que no estaba domiciliado (distinta vecindad), encuadraban en el concepto de "causa civil", por estar regidos sustancialmente por normas del derecho común (las antes citadas del Código de Vélez), de manera que consideraba habilitada su competencia originaria.

Entre estos casos, pueden citarse:

1. "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires": demanda de daños y perjuicios de un vecino de la Capital Federal contra la provincia de Buenos Aires, derivados de un error registral (responsabilidad extracontractual por actividad ilícita).⁽⁴²⁾
2. "Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Buenos Aires": vecinos de Capital Federal demandaron a la provincia de Buenos Aires por el daño que sufrieron en sus terrenos como consecuencia de la construcción de una obra pública provincial. Se trató de un caso de responsabilidad extracontractual por actividad lícita.⁽⁴³⁾
3. "Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires": demanda por daños y perjuicios derivados de un error registral (caso similar a "Ferrocarril Oeste", resuelto 46 años antes).⁽⁴⁴⁾

(41) CSJN, "American Jet SA c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Deportes y Promoción Social - Dirección Nacional de Emergencias Sociales (DINES.) y otros s/ cobro de pesos", 05/07/1994, Fallos: 317:746; entre muchos otros.

(42) CSJN, "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Buenos Aires", 03/10/1938, Fallos: 182:5.

(43) CSJN, "Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Buenos Aires", 26/02/1943, Fallos: 195:66.

(44) CSJN, "Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires", 18/12/1984, Fallos: 306:2030.

4. "Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires": caso similar a Laplacette.⁽⁴⁵⁾
5. "De Gandia, Beatriz Isabel c/ Pcia. de Buenos Aires": en el que la actora inició una demanda por indemnización de daños contra la provincia, a raíz de haber sido detenida por subsistir en los datos de la computadora del Paso Internacional una orden de secuestro sobre el rodado que conducía, lo cual era un error del Juzgado provincial que impartió dicha orden. En este caso, a diferencia de los otros mencionados en este listado, la Corte Suprema ingresó en el análisis específico de la admisibilidad de la competencia originaria, por tratarse de una "causa civil" entre partes de distinta vecindad. Sobre el punto, la mayoría del Tribunal expresó: "aun cuando para resolver la materia civil de la causa resulte necesario enjuiciar de modo incidental o previo cuestiones de derecho público local, la consideración de estas cuestiones no tienen por fin revisar actos locales, sino apreciar su incidencia en la solución de la causa civil".⁽⁴⁶⁾
6. "Cachau, Oscar José c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios": caso similar a "Laplacette", sentenciado cinco décadas antes.⁽⁴⁷⁾
7. "Fabro, Víctor y otra c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios": daños y perjuicios contra la provincia por un accidente ocurrido en un aeropuerto provincial.⁽⁴⁸⁾

Luego de décadas de esa jurisprudencia constante, la Corte Suprema modificó su criterio y resolvió que los juicios de daños y perjuicios entablados contra una provincia por un vecino de otra no constituyen una "causa civil", aun cuando se invoquen normas del Código Civil como fundamento

(45) CSJN, "Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires", 23/11/1989, Fallos: 312:2266.

(46) CSJN, "De Gandia, Beatriz Isabel c/ Pcia. de Buenos Aires", 06/10/1992, Fallos: 315:2309. En cambio, la disidencia —integrada por los Dres. Levene (h), Barra y Fayt— tras reseñar jurisprudencia del Tribunal que se remonta a Fallos: 7:373 (31/07/1869), destacó: "... el origen del conflicto estudiado remite a la revisión de un acto jurisdiccional de un juez local, y la relación jurídica es de derecho público, respecto del cual, en todo caso, las disposiciones del Código Civil asumen una mera aplicación subsidiaria. El examen del fondo del asunto exige ineludiblemente valorar el correcto o incorrecto proceder de la justicia provincial, pues dicho examen resulta el antecedente natural para determinar si media o no responsabilidad que dé lugar a la indemnización pretendida, con la obvia consecuencia de un control por parte de un tribunal nacional de actos judiciales provinciales, incompatible con las previsiones de los artículos 104 y 105 de la Constitución Nacional. Una solución contraria, a los fines de determinar la existencia de causa civil, importaría considerar de mayor trascendencia determinar la indemnización que establecer su causa, lo que resulta lógicamente inaceptable".

(47) CSJN, "Cachau, Oscar José c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios", 16/06/1993, Fallos: 316:1335.

(48) CSJN, "Fabro, Víctor y otra c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 09/11/2000, Fallos: 323:3564.

de la pretensión; por ese motivo, rechazó la competencia originaria del Tribunal en esos casos, derivándolos a los tribunales provinciales.

El fallo que cambió la jurisprudencia⁽⁴⁹⁾ fue “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” que se trató de una acción de daños y perjuicios iniciada por los padres de una menor que murió como consecuencia de disparos realizados por un oficial de la policía provincial en una persecución a delincuentes en la vía pública.⁽⁵⁰⁾

En esta sentencia, se expresó lo siguiente:

A la competencia originaria de la Corte Suprema: “... se le reconoce el carácter de exclusiva e insusceptible de extenderse (...) y solo procede en razón de las personas cuando a la condición de vecino de otra provincia —o de extranjero— se une el requisito de que el litigio asuma el carácter de ‘causa civil’...”,⁽⁵¹⁾ calificación atribuida “... a los casos en los que su decisión hace sustancialmente aplicables disposiciones de derecho común, entendiendo como tal el que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional”.⁽⁵²⁾

Por el contrario, advierte:

... quedan excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la Constitución Nacional...⁽⁵³⁾

(49) HUTCHINSON, TOMÁS (dir.); TARABORRELLI, ALEJANDRO (coord.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, op. cit., pp. 92/93; CANDA, FABIÁN O., “La responsabilidad del Estado se rige por el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de Derecho Público local”, op. cit., p. 632 y ss.

(50) CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 21/03/2006, Fallos: 329:759.

(51) CSJN, “Barreto, Alberto Damián...”, fallo cit.

(52) *Ibid.*

(53) *Ibid.*

En el caso:

... se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” (...) materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado...⁽⁵⁴⁾

A modo de conclusión, señala:

... lo expuesto conduce necesariamente —a fin de resolver el caso— al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (...) interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (...) no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal 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 naturaleza de la relación jurídica de que se trate (...) Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso...⁽⁵⁵⁾

(54) *Ibid.*

(55) *Ibid.*

Firmaron esta sentencia los magistrados Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay en forma unánime. Solo se abstuvo Fayt (aunque este ministro suscribió la disidencia en el caso "De Gandia", ya citado, que fue expresamente aludida en "Barreto"). Por lo tanto, no hubo votos disidentes.

Este nuevo criterio fue seguido, entre otros casos, en:

1. "Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios": similar al ya citado caso "Laplacette".⁽⁵⁶⁾
2. "Valle Gonzalo, Crescente Carmelo c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios" (con disidencia de Fayt): similar, en lo que aquí importa, al caso citado precedentemente, con la particularidad de que en este caso el actor era un ciudadano extranjero.⁽⁵⁷⁾
3. "Ayerza, Héctor José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios": también en este caso se trató de un reclamo de indemnización por los daños y perjuicios producidos por la inundación de un campo como consecuencia de la construcción de obras públicas. La particularidad que presenta, directamente vinculada con la cuestión analizada, es que ya había tramitado en competencia originaria de la CSJN otro juicio por los daños producidos por la inundación del mismo campo, en el que el Tribunal tuvo por acreditados los hechos e hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a la provincia a indemnizar. En el nuevo juicio iniciado se pretendía cobrar una nueva indemnización, debido a que los daños ya acreditados continuaron luego de la sentencia recaída en el juicio anterior. Empero, pese al antecedente concreto de intervención del Tribunal en competencia originaria, en el nuevo pleito declaró su incompetencia, citando expresamente el criterio adoptado en "Barreto" y "Zulema Galfetti".⁽⁵⁸⁾
4. "Julio C. Diz y Cía. SRL c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios": este caso también se trató de un reclamo por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la inundación de un campo del actor, pero no como consecuencia de obras públicas realizadas por las provincias demandadas (Buenos Aires y Santa Fe), sino por la "falta de planificación hídrica, hidrológica e hidráulica" que el actor le imputó a dichas provincias.⁽⁵⁹⁾

(56) CSJN, "Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho", 09/05/2006, Fallos: 329:1603.

(57) CSJN, "Valle Gonzalo, Crescente Carmelo c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", 11/07/2006, Fallos: 329:2764.

(58) CSJN, "Ayerza, Héctor José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 23/05/2006, Fallos: 329:1839.

(59) CSJN, "Julio C. Diz y Cía. SRL c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios", 13/05/2008, Fallos: 331:1199. Aquí el Tribunal cita como antecedentes sustancialmente similares las causas "Agrar SA c/ Santa Fe, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios", 05/06/2007, A.216.XXXVIII; "Issa, Abraham y otra c/ Santiago del Estero, Provincia de y otros s/ daños y

Vale señalar que este mismo cambio de criterio jurisprudencial se verificó en casos de mala praxis médica en hospitales públicos provinciales, supuesto que se cita como ejemplo para demostrar lo injusto que podría ser la regulación de esta cuestión por las provincias.⁽⁶⁰⁾ Así, en el caso “Noble, Horacio Maximiliano c/ Clínica Mayo SRL —ex Clínica Mayo S. H.— y otros (Hospital Zonal ‘9 de Julio’ de Entre Ríos) s/ diligencias preliminares”,⁽⁶¹⁾ anterior a “Barreto”, se lo consideró causa civil habilitante de la competencia originaria —criterio antiguo—; mientras que, luego de “Barreto”, no se aceptó la configuración de causa civil en “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”⁽⁶²⁾ y “Frigeri López, Mónica Sara y otros c/ Buenos Aires, Provincia de (M. de Salud Pública) y otros s/ daños y perjuicios”,⁽⁶³⁾ entre otros.

Este nuevo criterio jurisprudencial, que ubica a la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho administrativo, también fue aplicado por la Corte Suprema respecto del Estado nacional, aunque en este caso, no fue para determinar si corresponde la competencia originaria del Tribunal —ya que no se habilita en estos casos cuando es parte el Estado Nacional—, sino para determinar si en un pleito de daños y perjuicios era competente el fuero Civil y Comercial Federal o el Contencioso Administrativo Federal.

La Corte resolvió que era competencia del Contencioso Administrativo Federal atento a que la cuestión debería ser resuelta por aplicación —de manera sustancial— de principios del derecho público, sin que fuera óbice a ello la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público que regulasen la materia, se aplicaran subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasaban a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuadraba el caso. Así fue resuelto en “Jara, Luis Reynaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 27 de febrero de 2007, y

perjuicios/ beneficio de litigar sin gastos”, 30/10/2007, I.114.XLI, y “Chanchi-Hue SA c/ Santa Fe, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios”, 13/11/2007, C.329.XXXVIII.

(60) Ver *supra*, punto 3.

(61) CSJN, “Noble, Horacio Maximiliano c/ Clínica Mayo SRL —ex Clínica Mayo S.H.— y otros (Hospital Zonal “9 de Julio” de Entre Ríos) s/ diligencias preliminares”, 24/04/2003, Fallos: 326:1411.

(62) CSJN, “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 11/07/2006, Fallos: 329:2737.

(63) CSJN, “Frigeri López, Mónica Sara y otros c/ Buenos Aires, Provincia de (M. de Salud Pública) y otros s/ daños y perjuicios”, 13/11/2007, F. 121. XXXVII.

reiterado en “Dobal, María Victoria c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”,⁽⁶⁴⁾ casos en los que también estaba demandado el Estado nacional, ambos derivados de la tragedia de “Cromañón”.⁽⁶⁵⁾

Esta es, por lo tanto, la jurisprudencia actual de la Corte Suprema que ubica, sin duda alguna (al menos en mi opinión),⁽⁶⁶⁾ a la regulación de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho administrativo y, por lo tanto, le reconoce el carácter local propio de esta rama del derecho, según la distribución de competencias que establece nuestra Constitución nacional (arts. 121 y ss.).

7. El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Límites del Congreso Nacional y de las legislaturas locales

La obligación del Estado de responder por los perjuicios que cause, sea que ellos resulten de su accionar ilícito o lícito, deriva del complejo de principios que inspiran y dan sentido al Estado de derecho.⁽⁶⁷⁾

Comadira destaca que la jurisprudencia de la Corte Suprema confirma, de algún modo, esta concepción porque sus fallos revelan invocaciones conjuntas o alternadas a las ideas de justicia, legalidad, equidad, inviolabilidad de la propiedad o igualdad ante las cargas públicas.⁽⁶⁸⁾

Lo expuesto significa que la Constitución Nacional y los tratados internacionales como normas superiores de nuestro ordenamiento jurídico y los principios generales del derecho son los que moldean la responsabilidad del Estado, sea que legisle sobre ella el Congreso Nacional como una porción del derecho común o lo hagan el propio Congreso y cada legislatura local como parte de sus respectivos ordenamientos de derecho público local.

(64) CSJN, “Dobal, María Victoria c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”, 09/03/2010, Fallos: 333:225.

(65) Ampliar en CARRILLO, SANTIAGO R.; COYEGO, MARÍA P., “Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad del Estado”, en AAVV, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 427 y ss.

(66) Comparto pues, el análisis de este precedente que realiza CANDA, Fabián O., “La responsabilidad del Estado...”, op. cit., p. 632 y ss.

(67) MARIENHOFF, MIGUEL S., op. cit., p. 728 y ss. En sentido similar, REIRIZ, MARÍA G., op. cit., pp. 45/47; BULLRICH, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, Bs. As., Jesús Menéndez Editor, 1920, pp. 186/193; FIORINI, BARTOLOMÉ, op. cit., pp. 718/721.

(68) COMADIRA, J. RODOLFO (coord.); ESCOLA, HÉCTOR J. (col.); COMADIRA, J. PABLO (act.), *Curso...*, op. cit., p. 1568 y ss., texto y nota 161.

En nuestro caso, al considerarla como una materia propia del derecho administrativo, los principios generales que rigen esta rama del derecho también se tornan decisivos para fijar los contornos del instituto examinado.

De allí se deriva que el margen de actuación de las legislaturas locales, al momento de legislar sobre esta cuestión, es realmente limitado, de modo tal que los temores expresados acerca de que los ciudadanos podrán quedar indefensos frente a leyes provinciales extremadamente limitativas de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios son, en buena medida, infundados. Es que, en rigor, una ley que limite excesivamente la responsabilidad del Estado no superaría la prueba de constitucionalidad. Como destacó Reiriz: "repugnaría a los principios superiores de la Justicia y la equidad que el particular, perjudicado por un acto estatal, no pudiese obtener la reparación de su derecho violado por el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden público: el Estado".⁽⁶⁹⁾ En sentido similar, Mertehikian manifestó:

... el principio de orden natural según el cual nadie debe dañar a otro posee raigambre en el art. 19 de la Const. nacional, según ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos". De este principio no se encuentra marginado el Estado, persona ética por excelencia y creadora primaria del derecho. No podemos asumir ni siquiera por vía de hipótesis una conclusión contraria.⁽⁷⁰⁾

Por lo tanto, asumiendo que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos es una exigencia constitucional incuestionable, cabe examinar —siquiera someramente— cuál es el margen de actuación que tienen las legislaturas locales para legislar sobre el tema, tomando como referencia la ley 26.944.

7.1. Principios rectores en la materia con fundamento constitucional. Los límites a la actuación del legislador local

En efecto, la Corte Suprema, a lo largo de su historia, fue configurando los principios rectores de la responsabilidad del Estado con fundamentos de base constitucional y apoyados en principios propios del derecho público, ya instalados en nuestro ordenamiento jurídico.

(69) REIRIZ, MARÍA G., *op. cit.*, p. 18.

(70) MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública*, *op. cit.*, p. 27.

De este modo, puede afirmarse sin hesitación que cualquier norma provincial que regule este tema deberá respetar esos principios básicos, pues de lo contrario será inconstitucional. Por ello, deberá reconocer que:

- a. la responsabilidad del Estado es directa y objetiva;⁽⁷¹⁾
- b. el Estado responde cuando produce un daño, tanto por su actividad ilícita, como por su actuación lícita;
- c. la responsabilidad opera, tanto en el campo contractual, como extracontractual;
- d. el daño puede ser producido por acción u omisión;⁽⁷²⁾
- e. el ejercicio de las tres funciones estatales (administrativa, legislativa y jurisdiccional) puede generar responsabilidad del Estado;⁽⁷³⁾
- f. la responsabilidad del funcionario es subjetiva, se basa en la culpa, motivo por el cual no existe esta responsabilidad cuando actúa legítimamente, aunque esa actuación genere un daño que provoque la responsabilidad del Estado por actuación lícita;
- g. la indemnización por el daño causado por actividad ilícita es integral, cubriendo el daño emergente y lucro cesante.

7.2. El campo de actuación del legislador local

También debe señalarse que otras cuestiones que configuran el régimen de responsabilidad del Estado sí pueden quedar libradas a un mayor margen de discrecionalidad de las legislaturas locales, pues negar esta posibilidad para todos los ítems privaría de sentido esta discusión. De este modo, las provincias tienen atribuciones para regular en forma distinta a la establecida en la ley 26.944 determinadas cuestiones que no derivan de una exigencia constitucional expresa o implícita. Entre esos aspectos, pueden incluirse —sin agotar la lista, desde luego— los siguientes:

(71) CASSAGNE, JUAN C., "La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional...", *op. cit.*, p. 67.

(72) Con la salvedad del supuesto de daños producidos por omisión lícita, que en general no se consideran configuradores de responsabilidad del Estado —conf. art. 4° de la ley 26.944; ver el comentario a este artículo en ROSATTI, HORACIO; ZINGARETTI, GISELA (col.), "Análisis exegético de la Ley 26.944", en AAVV, *Ley 26.944...*, *op. cit.*, p. 551—, aunque existen voces que opinan lo contrario (ver, en esta misma obra: COMADIRA, J. PABLO, "Omisión lícita y Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944").

(73) Aclarando que, en general, no se acepta la responsabilidad del Estado por actuación jurisdiccional lícita, aunque el tema aún no está cerrado —conf. art. 5°, último párrafo de la ley 26.944; ver el comentario a este artículo en ROSATTI, HORACIO; ZINGARETTI, GISELA (col.), "Análisis exegético de la Ley 26.944", *op. cit.*, p. 566 y ss. y USLENGHI, ANDRÉS M., "La responsabilidad del Estado por su actividad judicial", en AAVV, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 242/244.

- I. La indemnización por el daño causado por actividad lícita puede limitarse válidamente al daño emergente, tal como lo postula buena parte de la doctrina,⁽⁷⁴⁾ y como lo hacen, en general, las distintas leyes de expropiaciones y como lo establece la ley 26.944, art. 5° que, sobre el punto, dispone: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.⁽⁷⁵⁾

Empero, nada obsta a que las leyes locales reconozcan también, en este caso, una indemnización integral, que cubra el lucro cesante —entendido por la Corte Suprema como “las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”—,⁽⁷⁶⁾ criterio que tiene aval en la jurisprudencia reciente de la Corte, tanto en el ámbito contractual, como en el extracontractual, y en un sector de la doctrina.⁽⁷⁷⁾

2. No requerir el carácter de “exclusivo” de la relación de causalidad entre la actividad estatal y el daño, en el caso de responsabilidad del Estado por actividad legítima, apartándose así de lo dispuesto en el art. 4°, inc. d) de la ley 26.944 que dispone: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:... c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño...”.

Exigir la “exclusividad” importa rechazar la responsabilidad del Estado por actividad legítima cuando la conducta estatal concorra con una multiplicidad de factores causales, de manera que si hay interferencia de la víctima o de un tercero deberá rechazarse íntegramente la pretensión indemnizadora.⁽⁷⁸⁾

(74) Por todos: COMADIRA, J. RODOLFO (coord.); ESCOLA, HÉCTOR J. (col.); COMADIRA, J. PABLO (act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1589 y ss.

(75) La aceptación de la validez de esta limitación del alcance de la indemnización no es unánime. Cabe citar, por ejemplo, a Perrino, quien sostiene que “... deviene inconstitucional la limitación a indemnizar el lucro cesante que establece el primer párrafo del artículo 5° de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos” (PERRINO, PABLO E., “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 del responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, en AAVV, *Ley 26.944...*, op. cit., p. 275).

(76) CSJN, “Sánchez Granel”, 20/09/1984, Fallos: 306:1409.

(77) La reparación integral, que cubre el lucro cesante, ante la actividad lícita del Estado fue reconocida por la CSJN en: “Sánchez Granel”, 20/09/1984, Fallos: 306:1409 —responsabilidad contractual—; “El Jacarandá SA c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento”, 28/07/2005, Fallos: 328:2654 —responsabilidad contractual—; “Zonas Francas Santa Cruz SA c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 09/06/2009, Fallos: 332:1367 —responsabilidad extracontractual—; “IMSA MICSA c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - OSNA - Ente Residual s/ proceso de conocimiento”, 22/12/2009, Fallos: 332:2801 —responsabilidad contractual—; “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional M° de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, 15/05/2014, M. 1378. XLVII. ROR —responsabilidad extracontractual—. Ver, al respecto, PERRINO, PABLO E., “La extensión...”, op. cit., p. 249 y ss.

(78) SAMMARTINO, PATRICIO M. E., “La relación de causalidad...”, op. cit., p. 448. La Corte Suprema requirió la “exclusividad” del nexo causal al menos en: CSJN, “Ledema SA

Sin embargo, se ha dicho:

... para el caso de la responsabilidad por actuar legítimo, la valoración del nexo causal es más estricto en tanto lo que se requiere es que exista un concepto de inmediatez, donde la víctima no haya concurrido a su producción, pero no por ello cualquier interferencia podrá interrumpir el nexo causal sino una valoración razonable de la conducta asumida por quien sufre el daño para dar efectos interruptivos al iter causal.

Y, específicamente con referencia al art. 4º, inc. c), se interpretó que se "... ha adoptado la teoría de la causalidad adecuada, pero en el caso de la actividad legítima torna más exigente la demarcación del *iter causal*".⁽⁷⁹⁾

De este modo, las legislaturas locales podrían apartarse de la literalidad del art. 4º inc. c), requiriendo el carácter **adecuado** del nexo causal que, sin llegar a la exclusividad sea, de todos modos, más exigente que en el caso de la responsabilidad por actividad ilegítima, aunque admitiendo supuestos de concausalidad, con la reparación proporcional correspondiente.⁽⁸⁰⁾

3. Admitir la responsabilidad del Estado por omisión, no solo cuando "se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado" —tal como reza el art. 3º, inc. d) de la ley 26.944, *in fine*—, sino también en los casos en que la omisión transgrede algún principio general del derecho, esté o no regulado en la Constitución o en tratados internacionales.⁽⁸¹⁾
4. Reconocer la responsabilidad del Estado por omisión lícita, al menos en casos puntuales,⁽⁸²⁾ diferenciándose de la ley 26.944, que únicamente se refiere a la responsabilidad por inactividad ilícita, excluyendo así a la inactividad u omisión lícita (conf. arts. 3º, inc. d, y 4º, inc. b).
5. Admitir la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado, sus agentes y funcionarios (distinguiéndose de lo dispuesto en el art. 1º, último párrafo de la ley 26.944).

Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (M. de Economía) s/ nulidad de resolución", 31/10/1989, Fallos: 312:2022 y "El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento", 28/07/2005, Fallos: 328:2654.

(79) ABERASTURY, PEDRO, "Principios de la responsabilidad del Estado", en AAVV, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 37.

(80) Cfr. COMADIRA, J. PABLO, "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita", en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad...*, op. cit., p. 404, nota 23, que sostiene la posibilidad de responsabilizar al Estado por su actividad lícita, aun cuando existan concausas, graduando la responsabilidad en función de la injerencia del particular damnificado o de cualquier otro hecho eximente parcial de responsabilidad patrimonial.

(81) CASSAGNE, JUAN C., "La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional...", op. cit., p. 68.

(82) COMADIRA, J. PABLO, "Omisión lícita y ley 26.944 de Responsabilidad del Estado", p. 281, de la presente obra.

6. En materia de prescripción de la acción de daños, cabe recordar que la Corte Suprema ha resuelto que es un tema que debe ser regulado por el Congreso Nacional como parte del derecho de fondo, incluso respecto de aquellas relaciones jurídicas reguladas por normas de derecho público local. Así lo sostuvo en relación con la prescripción de la acción para cobrar tributos locales, declarando la inconstitucionalidad de las normas municipales que fijaban plazos de prescripción distintos a los del Código Civil.⁽⁸³⁾

Sin embargo, la cuestión cambia sustancialmente con el Código Civil y Comercial, que expresamente reconoce la atribución local para legislar sobre la prescripción en la mentada materia tributaria (art. 2532). Esa disposición, sumada a la remisión *in totum* de la regulación de la responsabilidad del Estado a las legislaturas locales y a la fijación de plazos especiales de prescripción en la ley 26.944 (arts. 7° y 9°), permite sostener que también podrán establecer los plazos de prescripción de las acciones correspondientes, que pueden ser distintos al genérico y a los especiales del CCyC (arts. 2560 y 2561 a 2564, respectivamente) y a los establecidos en la citada ley 26.944.

7. Necesidad de identificar al agente que ha causado el daño con su acción u omisión personal, como carga en cabeza del propio Estado. Ciertamente, sería irrazonable cargar con esa exigencia al particular damnificado, pues muchas veces puede resultar materialmente imposible esa individualización. No obstante, puede imponerse al Estado esa obligación, cuando es demandado. La Constitución de Chubut, por ejemplo, obliga al Estado demandado a identificar al agente responsable y citarlo al juicio, para luego poder ejercer la acción de repetición, que se consagra como obligatoria (art. 69, transcripto arriba).
8. Por último —aunque, reitero, esta enumeración no pretende ser taxativa— cabe aludir a lo dispuesto en el art. 6° de la ley 26.944. Concretamente, ¿los Estados locales pueden asumir la responsabilidad directa y solidaria de los daños causados por sus contratistas o concesionarios, apartándose expresamente de la regla establecida en el citado artículo de la ley nacional? Planteo el interrogante a raíz de la discusión que se generó en derredor de esta disposición de la ley citada, en oportunidad de su debate legislativo, motivo por el cual, creo necesario detenerme en este punto, en los párrafos que siguen.

(83) CSJN, “Filcrosa SA s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”, 30/09/2003, Fallos: 326:3899; “Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén”, 19/08/2004, Fallos: 327:3187; “Casa Casmma SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación tardía promovido por Municipalidad de La Matanza”, 26/03/2009, Fallos: 332:616; “Municipalidad de Resistencia c/ Lubricom SRL s/ ejecución fiscal”, 08/09/2009, Fallos: 332:2108; entre otros. Vale recordar que, pocos meses después de “Filcrosa”, 17/11/2003, el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en el fallo “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, dictó sentencia adoptando una postura autonomista del derecho tributario contraria a la doctrina del Máximo Tribunal nacional consagrada en “Filcrosa”, estableciendo que la prescripción de los tributos porteños se rige por las normas locales.

Al respecto, vale recordar que el art. 6° de la ley 26.944 dispone: "El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".

Sobre esta norma se ha dicho, por ejemplo:

El artículo 6°, que dice que el Estado no debe responder ni aun en forma subsidiaria por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas, es prácticamente inaceptable. En todos los campos del derecho, el contratista siempre responde solidariamente. A ver, el comitente siempre responde solidariamente con el contratista. Entonces, esto desampara a las víctimas, y hacia esto vamos. Creo que es una ley no solo inoportuna, sino también nociva para el interés general. Y, además, es una norma que tampoco va a poder cumplir con la finalidad que se propone.⁽⁸⁴⁾

Y también:

El artículo 6° excluye de responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios que causen sus concesionarios. De esta manera, queda totalmente desvirtuado el significado del poder de policía estatal. El Estado puede desligarse absolutamente de cumplir con su deber y de ejercer el poder de policía, ya que no será responsable por los daños y perjuicios ocasionados por sus concesionarios o contratistas. Como bien dijo un diputado de la Unión Cívica Radical, esta medida traería como consecuencia que las víctimas de la tragedia de Once quienes se encontrarán con concesionarios absolutamente insolventes, como pasa siempre no podrán demandar al Estado pese a la culpa que le cabe por no vigilar adecuadamente el cumplimiento del servicio concesionado.⁽⁸⁵⁾

Por mi parte, no comparto estas afirmaciones acerca del art. 6°. Considero, en cambio, que el tema fue correctamente abordado por el Senador Marcelo Guinle, quien manifestó lo siguiente:

Más allá de las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, la solución que adopta el proyecto es la que tiene mayor cantidad de adeptos: Comadira, Laura Monti, Pérez Hualde, Gordillo, Perrino, los españoles García de Enterría, Muñoz Machado, Beladiez Rojo.⁽⁸⁶⁾ Esta

(84) Discurso del Senador Cimadevilla en la sesión del 02/07/2014 (versión taquigráfica, [en línea] file:///C:/Users/Usuario/Downloads/VT-2014-07-02%20-OR-06.pdf, pp. 63/64).

(85) Discurso del Diputado Tonelli en la sesión del 27/11/2013 (versión taquigráfica, [en línea] <http://www.diputados.gob.ar/secpar/dtaqui/versiones/>).

(86) Las citas de los autores aludidos en el discurso son las siguientes: COMADIRA, J. RODOLFO (coord.); ESCOLA, HÉCTOR J. (col.); COMADIRA, J. PABLO (act.), *Curso ...*, op. cit., p. 1519; MONTI, LAURA M., "La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas

postura se funda en que el concesionario no es un órgano estatal y tampoco un dependiente del Estado sino una persona jurídica distinta que actúa a su cuenta y riesgo. Y dentro de los riesgos que asume el concesionario, se encuentran los eventuales resarcimientos por los perjuicios que cause la ejecución del servicio (...) Sí debe "co-responder" —el Estado debe responder— cuando al Estado se le imputan actividades u omisiones propias que también produjeron o permitieron que se produzcan los daños; en concreto, que también, juntamente con otro accionar de manera conjunta, contribuya a producir los daños. Me refiero a la responsabilidad por omisión en el control de la prestación del servicio o la responsabilidad por haber hecho el proyecto de la obra ejecutada por el contratista que causa el daño o por haber impuesto una determinada conducta al contratista o concesionario, que es la que provoca el daño, entre otros.

En todos estos supuestos, el Estado responde no en carácter subsidiario sino en carácter principal, directo y objetivo, independientemente de la responsabilidad que pueda atribuírsele al concesionario o contratista. Habrá, en todo caso, responsabilidad concurrente del Estado y del concesionario...⁽⁸⁷⁾

También en el debate en la Cámara de Diputados se expresaron opiniones en la línea que entiendo adecuada. Así, por ejemplo, el Diputado Juan Mario Pais manifestó:

La ausencia de responsabilidad del Estado directa o subsidiaria en materia de los perjuicios ocasionados por los prestadores de

prestadoras de obras y servicios públicos", en AAVV, *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Bs. As., 2004, p. 597 y ss.; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "La responsabilidad del Estado y del concesionario en el contrato administrativo de concesión de servicios públicos", en AAVV, *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 171; PERRINO, PABLO E., "La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados", en AAVV, *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 163 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *CURSO de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed., Bs. As., Thomson Civitas-La Ley, 2006, pp. 392/393; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 130 y ss.; BELADIEZ ROJO, MARGARITA, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 176. Y se pueden agregar, en el mismo sentido: MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, t. III-B, 4ª ed. act., Bs. As., AbeledoPerrot, 1998, p. 595; BALBÍN, CARLOS F., *op. cit.*, pp. 341 y 430/432; MERTEHIKIAN, EDUARDO, "La responsabilidad del Estado...", *op. cit.*, p. 167 y ss.; entre otros.

(87) Discurso del Senador Marcelo Guinle en la sesión del 02/07/2014 (versión taquigráfica en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/VT-2014-07-02%20-OR-06.pdf, pp. 85/86). Esta intervención fue destacada, también, por MERTEHIKIAN, EDUARDO, "La responsabilidad del Estado...", *op. cit.*, pp. 190/191, quien coincide con la interpretación expuesta.

servicios públicos o concesionarios es incuestionablemente la excepción expresa de los fallos de la jurisprudencia. Esto no impide a que el Estado deba responder si existe culpa in vigilando, negligencia o incumplimiento, pero no responderá por las acciones cometidas por los contratistas o concesionarios sino que lo hará por las irregularidades en su propio obrar. En tal caso, cada uno responderá en el marco de sus acciones u omisiones y los jueces impondrán sanción en igual proporción o tal vez, en un ciento por ciento, al concesionario o al Estado. En modo alguno se consagra la irresponsabilidad del Estado y menos aún la de los funcionarios. Además, siempre está la posibilidad de la acción de repetición.⁽⁸⁸⁾

Por lo tanto, entiendo que la solución dada en este punto por la ley 26.944 es acertada, porque refleja los principios generales aplicables, en tanto rechaza, por un lado, la responsabilidad —incluso subsidiaria— del Estado por el hecho o la omisión de sus contratistas o concesionarios —toda vez que estos últimos son terceros, ajenos a la organización administrativa, por los que el Estado no debe responder— pero, por otro, admite su responsabilidad directa y objetiva cuando incurre en falta de servicio por acción u omisión en el cumplimiento de sus funciones de contralor, de regulador, de contratante, de comitente, etc. En definitiva, regula adecuadamente la cuestión.

En esta línea, es posible sostener, al menos en principio, que una ley local que no adoptara esta distinción y asumiera la responsabilidad del Estado, en forma solidaria o subsidiaria, por el hecho o la omisión de sus contratistas o concesionarios —como parecería postularse por algunas opiniones— podría ser considerada irrazonable, por extender la responsabilidad más allá de lo justificable, convirtiendo al Estado en una gran compañía de seguros, extremo que permitiría considerarla constitucionalmente reprochable.

8. El vacío legal que generaría esta reforma, al no existir normas provinciales que regulen la materia

Finalmente, cabe preguntarse qué sucederá desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial hasta que cada una de las provincias sancionen sus respectivas leyes de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios o, en su caso, adhieran a la ley nacional, aceptando la invitación formulada en el art. 11 de la ley 26.944.

(88) Discurso del Diputado Juan Mario Pais en la citada sesión del 27/11/2013 (versión taquigráfica, [en línea] <http://www.diputados.gob.ar/secparl/dtaqui/versiones/>).

La respuesta es, según entiendo, que si no hay normas de derecho público —administrativo o constitucional de las provincias— que puedan aplicarse, entonces seguirá aplicándose el Código Civil —ahora, el Código Civil y Comercial— de manera analógica, es decir, realizándose las adaptaciones necesarias de las normas de derecho privado para ser aplicadas en el ámbito del derecho público.

Y aquí, cabe recordar lo que dispone el art. 1764 en cuanto a que las disposiciones de este Título del Código “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Justamente, por tratarse de una materia de derecho administrativo, las normas de derecho privado no pueden aplicarse de manera directa ni subsidiaria, pero nada obsta a que ante la falta de normas de derecho público, se apliquen las de derecho privado más afines, con las adaptaciones necesarias, esto es, mediante la técnica de la analogía, como ha sucedido y sucede siempre que hay que resolver un caso administrativo no previsto por las normas de esta rama del derecho.⁽⁸⁹⁾

Por cierto, la adaptación habrá de hacerse a la luz de la rica y profusa jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta materia, que mantendrá toda su vigencia, pues hunde sus raíces en la Constitución Nacional.

De esta forma, me inclino por considerar que no sería adecuado cubrir el vacío normativo local con una aplicación extensiva de la ley 26.944, toda vez que, si bien regula la misma materia, lo hace en otro ámbito jurisdiccional, como hemos visto. La ley nacional de responsabilidad del Estado no es aplicable en el territorio de la provincia de que se trate —para los casos de responsabilidad por acción u omisión de las autoridades de esa provincia—; en cambio, el Código Civil y Comercial sí lo es, aunque regule otras materias, lo que permitirá recurrir a este para cubrir casos no previstos por el ordenamiento local. De todos modos, como esa aplicación será analógica, cabe considerar que, para llevar a cabo la adaptación pertinente, puede tomarse como referencia —además de la jurisprudencia ya aludida— la ley 26.944, para extraer de ella sus criterios rectores.

(89) La Corte Suprema consagró esta técnica de integración normativa entre el derecho administrativo y el derecho civil en el famoso caso “Ganadera ‘Los Lagos’ SA c/ Nación Argentina”, 30/06/1941, Fallos: 190:142. Ver también: CSJN, “Mengual, Juan y otra c/ Estado Nacional (M. de Defensa EMGE.) s/ cobro de australes”, 19/10/1995, Fallos: 318:1959.

9. Conclusión

En definitiva, en primer lugar, puede sostenerse que el deslinde que realizan los arts. 1764 y 1765 CCyC y, en la misma línea, el art. 1° de la ley 26.944, se ajusta a nuestro sistema constitucional y a la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a la distribución de competencias que se deriva del sistema federal adoptado.

En segundo término, en cuanto al contenido de la regulación, debe señalarse que la solución adoptada no abre la puerta a una especie de caos normativo, en el que cada provincia pueda regular esta cuestión como le plazca, pues los principios rectores son comunes a todos y surgen de la Constitución Nacional, interpretada por el Máximo Tribunal.

No obstante, sí es cierto que —a menos que adhieran a la ley nacional— habrá diferencias entre las distintas regulaciones normativas que la Nación, cada provincia, la CABA y, eventualmente, los municipios, establezcan sobre la materia en sus respectivas jurisdicciones, pero ello es consecuencia de nuestra organización constitucional. Y, de hecho, esa disparidad normativa ya existe en muchas otras materias que son de regulación local.



Acerca de la ley 26.944 y la responsabilidad del Estado

MARCELO J. LÓPEZ MESA



1. Nuestra visión de la responsabilidad del Estado

El tema de la responsabilidad del Estado concitó nuestra atención hace largos años, desde nuestro paso por la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.

Ya entonces apreciábamos un enfoque excesivamente civilista —**tal vez mejor sería llamarlo “civilizante”**— e ideológico de alguna doctrina y de mucha jurisprudencia que traccionaban la materia de la responsabilidad estatal hacia fuera de su continente natural, para llevarla al seno del derecho privado, en base a una serie de conjeturas, confusiones, distorsiones y hasta intereses.

Baste repasar cualquiera de nuestros Códigos Civiles anotados, puntualmente en la anotación y comentario del art. 1112 o 1113 para comprobar que el Estado ha sido condenado a indemnizar toda clase y magnitud de daños, fuera responsable o no, según parámetros conceptuales aplicables a otros legitimados pasivos.

Incluso siempre hubo un serio malentendido —y hasta algunas extravagancias doctrinales— sobre el tema de la responsabilidad del Estado por

actividad lícita y el requisito de su actuación antijurídica, que nos hemos ocupado de analizar en algunos de nuestros libros.⁽¹⁾

Con motivo de redactar el capítulo de responsabilidad del Estado para nuestro *Tratado de la responsabilidad civil*, en sus dos ediciones (2004 y 2011), nos ocupamos de hacer la sistematización de los presupuestos de la responsabilidad estatal.⁽²⁾ Hasta entonces, el tema era abordado muchas veces de manera empírica y sin verificar, en el caso concreto, cuáles eran y si ellos se hallaban reunidos.

No parece un tema menor el de especificar cuáles son los presupuestos o requisitos necesarios para que el Estado pueda ser condenado a resarcir. Es más: obviando tal faena, en algunos fallos el Estado ha sido condenado a resarcir daños en supuestos injustificables, siendo convertido en algunos pronunciamientos —antes que en un responsable— en un asegurador de todo riesgo y sin cortapisa o defensa alguna. Para peor, el tema no siempre ha sido motorizado por disputas o ideas exclusiva o meramente académicas. Para no llevar la cuestión demasiado atrás, cabe transcribir aquí algunos párrafos de la segunda edición de nuestra obra citada, para advertir qué pensábamos antes y si ello es consistente con lo que ahora sostenemos.

Dijimos entonces que la responsabilidad del Estado, en nuestro país, constituye un tópico desconcertante que ha sido abordado mayormente de un modo empírico o pragmático, que no pretendían hacer a partir de él grandes elaboraciones. Sin embargo, excepcionalmente, algunos pocos juristas han levantado construcciones de valía. Es complejo hacer dogma o racionalismo a partir de una materia que ha sido tratada *ad gustum* por la magistratura argentina y sobre la cual no existe una normativa nacional que la dote de un régimen jurídico claro e indiscutible.⁽³⁾

Se trata de una materia cuya regulación fue reservada constitucionalmente a las provincias, que han consignado en sus constituciones diversas normas regulatorias. Pueden ponerse como ejemplo las constituciones de Catamarca de 1966 (arts. 47 y 48); Misiones de 1958 (art. 80); San Juan

(1) LÓPEZ MESA, MARCELO, *Presupuestos de la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 2013, p. 285; TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. V, La Ley, 2ª ed., pp. 853/854.

(2) TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M., *Tratado...*, op. cit., pp. 839 a 1168.

(3) *Ibid.*, p. 840.

(art. 43); Salta (art. 5°); Jujuy (art. 10); Córdoba (art. 14); La Rioja (art. 48); Chaco (art. 72); Río Negro (art. 55); Formosa (art. 25); Santa Fe (art. 18) y Tierra del Fuego (art. 188).⁽⁴⁾

Tampoco existe una doctrina conteste, pacífica, que torne previsible el alcance actual de la responsabilidad del Estado; todo ello conduce a una gran incertidumbre. Toda la construcción jurídica elaborada en Argentina en torno a la responsabilidad estatal procede, en el fondo, de una elaboración jurisprudencial. En nuestro país se da una superposición compleja: además de no existir legislación nacional en materia de responsabilidad del Estado, no existe un tribunal constitucional, sino que el control constitucional nacional es difuso y ejercido por todos y cualquier juez, que coexiste —en algunas provincias—, con un sistema de control constitucional especializado en cabeza del Superior Tribunal provincial que vela por la salvaguarda de las normas de la Constitución local.⁽⁵⁾

Esta superposición de caracteres ha hecho de nuestra responsabilidad del Estado un amasijo incoherente, caótico y hasta contradictorio en segmentos, en el que se presentan decisiones jurisprudenciales contrapuestas de todo grado y sentido sin que haya decisiones rectoras u orientadoras en numerosos aspectos de la responsabilidad patrimonial estatal. Y como en todo proceso pretoriano de formación de una regla jurídica, dicho proceso es imprevisible, desprolijo, cambiante, existiendo varios fundamentos para una misma responsabilidad, pero principalmente, varias medidas o extensiones para ese deber resarcitorio. La jurisprudencia resuelve el problema concreto sin tomarse el trabajo de escrutar las consecuencias mediatas de tal decisión, por lo que no es raro que se vayan sedimentando soluciones que pudieron ser oportunas o convenientes para el caso, pero que posiblemente no se enmarquen adecuadamente en el sistema jurídico integral o creen desarmonías.⁽⁶⁾ Pareja tesisura habíamos sostenido en la primera edición de la obra. Y también hemos tenido en cuenta estos presupuestos de la responsabilidad del Estado en nuestros votos.⁽⁷⁾

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*, pp. 840/841.

(6) *Ibid.*, p. 841.

(7) CAPEL., Sala A, TRELEW, "Porello Aníbal Alberto c/ Municipalidad de Rawson s/ Daños y perjuicios", 07/04/2009, CAPEL., Sala B, TRELEW, "Paredes, C. D. c/ Provincia del Chubut s/ daños y perjuicios" 13/03/2009, ambos en sistema Eureka.

2. Una vuelta de tuerca en la materia

Modificado el Anteproyecto de Código Civil y Comercial —y sancionada la ley 26.944—, se produjo un giro copernicano en la materia al emplazarse normativamente la responsabilidad estatal en el seno del Derecho Público, vedándose el recurso a la aplicación del Derecho Civil, incluso indirectamente o por analogía.

Ello llevó a que muchos doctrinarios de Derecho Civil y varios jueces pusieran el grito en el cielo, en especial, por el cambio en el Anteproyecto, elevándose de tono, no de altura conceptual, una polémica que hubiera sido conveniente que se planteara en el terreno correcto y de forma más elevada.

Pero no muchas veces ocurren así las cosas en nuestro país, paraíso histórico de la inmediatez y del golpe de efecto, en el que el debate maduro y constructivo es una *rara avis*.

Sin embargo, un par de meses después de entrada en vigencia la ley 26.944, fuimos convocados por la Suprema Corte bonaerense y su Presidente, Dr. Daniel F. Soria, a integrar una mesa de diálogo sobre responsabilidad del Estado, juntamente con los Profesores Juan Carlos Cassagne, Héctor Mairal, Ernesto Marcer y Carlos Balbín, lo que dio lugar a un fructífero intercambio de opiniones entre todos —en un marco de respeto y medida—, lo que hizo que pusiéramos por escrito algunas líneas, primero en una publicación interna de la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires y ahora, con algunos agregados y precisiones adicionales, aquí.

3. Algunas ideas para reflexionar serenamente sobre el tema

Con la calma y el desapasionamiento que significa pensar las cuestiones jurídicas y lógicamente, en lugar de al calor de eventos recientes, y sosteniendo la misma tesitura desde hace largo tiempo —mucho antes de que el legislador nacional así lo dispusiera—, creemos que vale la pena exponer algunas premisas sobre la controvertida ley 26.944 y sobre el tema que regula para, a partir de ellas, extraer algunas observaciones que creemos menester no soslayar o perder de vista:

1. Más allá de cualquier opinión o incluso cuestionamiento, la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado significa un hito en la evolución del derecho argentino.
2. Que el legislador —nacional y provincial— haya dejado vacante su lugar en el marco de la responsabilidad del Estado desde el comienzo de nuestra

organización nacional no significa que así deba ser por siempre, ni que este abandono de la función sea conveniente.

3. Y que la Comisión nombrada por decreto 191/2011 haya repetido y profundizado un esquema civilista de la cuestión, constitucionalmente objetable y de dudosa funcionalidad si se aprecia panorámicamente el sistema de responsabilidad y no sus engranajes sueltos, no significa que esa fuera la solución correcta, ni que tal sistema no merezca objeciones.⁽⁸⁾
4. Ya un año y medio antes de la entrada en vigencia del Código de Vélez, el 31 de julio de 1869, la CSJN había dictado un fallo⁽⁹⁾ en el que dejó sentada la siguiente doctrina legal:
 - Las provincias tienen derecho a regirse por sus propias instituciones y conservan su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación.
 - A ellas corresponde darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene, y todas las conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el art. 108 CN.
 - La justicia nacional es incompetente para juzgar la validez de las leyes provinciales, y de los procedimientos de los funcionarios encargados de su cumplimiento.
 - Se exceptúa el caso en que una disposición constitucional autoriza expresamente el conocimiento, o se trate de una violación de los preceptos de la Constitución Nacional, de las leyes y tratados sancionados por el Congreso.
5. La entrada en vigencia del Código Civil, la exégesis y el entusiasmo posterior a él, y la ausencia de normativa específica relativa a la responsabilidad del Estado, tanto sea por parte del legislador nacional como de las legislaturas provinciales, generó un proceso progresivo de adopción judicial de soluciones creativas para resolver causas concretas, que fueron dando cada vez mayor alcance a soluciones basadas en textos del Código Civil.
6. Como la magistratura tiene aversión por el vacío normativo, pues debe resolver toda cuestión que se le plantee (art. 15 del Código de Vélez y art. 3° nuevo CCC), el Poder Judicial fue llenando la laguna legal con parches interpretativos, que cada vez fueron sedimentando creaciones capa por capa, al punto de llegar a conjeturar intenciones y mandatos normativos, que lejos había estado el legislador de poder contemplar.

(8) Respecto de la crítica del sistema de responsabilidad del CCyC, LÓPEZ MESA, M., *Derecho de las Obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial*, t. 1, Bs. As., B. de F., 2015, cap. 1.

(9) CSJN, "Resoagli, Luis c/ Provincia de Corrientes", 1869, Fallos: 7:373

7. Textos pensados para otros supuestos, como los arts. 1112 y 1113 del Código Civil, fueron aplicados al Estado como si hubieran sido redactados para él, directamente por el Codificador, lo que distaba una enormidad de ser así, dando lugar a todo tipo de conjeturas y excesos hermenéuticos, como llegar a responsabilizar al Estado por la caída de un jockey en una competencia hípica por la teoría del riesgo creado y —obviamente— sin aplicar la asunción del riesgo o el consentimiento del damnificado a una actividad riesgosa como causales de exoneración total o parcial de responsabilidad del Estado.
8. La ideología de la reparación está tan encarnada en algunos civilistas que genera todo tipo de alarmas que el legislador deje su pasividad largamente centenaria y tome cartas en un asunto que es de su incumbencia y que, a grandes trazos, se enmarca dentro del ámbito que le ha fijado la CSJN en diversos fallos.
9. Resulta llamativo tanto alboroto y prevención contra los términos de una normativa que no se aparta, en general **—y salvo un par de excepciones—** de la jurisprudencia de la Corte, y que sin duda se corresponde no solo con el referido caso “Resoagli” sino con su continuidad jurisprudencial el caso “Barreto”.⁽¹⁰⁾
10. Baste recordar, para refrescar la memoria de los que han pasado por alto el dato, que en “Barreto” la Corte resolvió un caso de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Buenos Aires. Sostuvo allí que al tratarse de una “potestad pública” propia del Estado quien la ejerce, cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general, **dicha materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo es de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado.**
- II. La Corte agregó en “Barreto” que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el *sub lite* se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados—, aunque contenidos en aquel cuerpo legal, 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 naturaleza de la relación jurídica de que se trate. Y que tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo.

(10) CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 21/03/2006, Fallos: 329:759.

12. Estos criterios han sido reiterados y hasta ampliados en otro fallo⁽¹¹⁾ que también pasó casi completamente desapercibido para los mismos que gritaban a voz en cuello contra la ley que en poco difería con lo resuelto allí por la Corte.
13. Aunque resulte llamativo, parece que lo que es cuestionable en la ley 26.944 no lo fuera en la jurisprudencia de la CSJN, lo que es todo un síntoma.
14. Aún quienes tienen prevenciones contra el legislador que dictó la ley 26.944 habrán de reconocer que la intención que el mismo tuviera al sancionarla no es necesariamente la que habrá de primar en su aplicación, pues como dijo una vez ese gran juez que tuvo la Corte Suprema, el maestro Luis M. Boffi Boggero, “una vez sancionadas las normas adquieren vida propia y se independizan del ‘pensamiento’ y ‘voluntad’ de sus “autores””.⁽¹²⁾
15. Por ende, ni la intención ni la regulación de la ley 26.944 son eternas e inmutables, sino que los términos de esa norma pueden ser enmendados por un legislador posterior —por otra integración del Congreso Nacional—, si se encuentra que alguno de ellos no es equitativo o que produce violaciones de derechos sustanciales. Y, en el peor de los casos, queda el remedio judicial de eventuales abusos o excesos a los que la aplicación práctica de la ley pueda dar lugar.
16. De tal modo, debe tomarse la ley 26.944 como un punto de partida en el debate del tema de la responsabilidad estatal y no como la última y definitiva palabra sobre el tópico.
17. Dado ello, quienes tienen visiones radicalmente distintas a la que plasma esta ley deberían plantear otro proyecto, otra tesis —superadora según ellos, mejor a la vigente—, de modo de no quedarse solo en la crítica y avanzar en propuestas constructivas que, a su vez, nos permitan a quienes pensamos distinto hacer nuestras observaciones y contrapropuestas en pos del mejoramiento de la ley que a todos nos rige y, por ende, nos interesa. Así se debate en los países europeos y así debe ser acá también.
18. Asimismo, se aduce —**desde una posición cerril o ultramontana**—, que el hecho de dejar en manos de las provincias la regulación de esta materia va a provocar una desigualdad de trato de los ciudadanos de las diversas jurisdicciones. Y también, que el legislador de cada una de ellas buscará su irresponsabilidad y que la falta de regulación provocará caos y desorden, etc.
19. También podría argumentarse que la Ley 24.449 de Tránsito debería ser una ley de fondo y no una norma federal, pues —**imaginación desbordada mediante**— también se podría aducir que alguna legislatura provincial —**en una medida tan desatinada como sería declarar la irresponsabilidad del Estado**— podría decidir

(11) CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, 15/04/2014.

(12) BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, “Discurso”, en *Homenaje a la memoria del Prof. Alfredo Colmo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1962, p. 16.

- cambiar el sentido de la circulación de los vehículos, adoptando la manera inglesa, y causar un magnífico caos vehicular. La irrealidad de un planteo así no difiere demasiado de algunos argumentos que se escuchan para impugnar la medida de dejar en manos de las provincias la regulación de su responsabilidad administrativa.
20. No vemos así la cuestión, como federalistas convencidos que somos. Creemos que los problemas del federalismo se arreglan con más federalismo, como los problemas que trae aparejada la democracia se solucionan con más democracia o no se solucionan.
 21. Por otra parte, viviendo en un sistema federal, pretender la paridad absoluta de todos los ciudadanos del país implicaría negarle a las provincias la potestad de legislar en las materias no delegadas pues, en su seno, las provincias —**14 de ellas al menos**— son autónomas y conservan todo el poder no delegado a la Nación, como preexistentes a ella y fundadoras suyas.
 22. Pueden darse diversas situaciones en el futuro: a) las provincias pueden dictar leyes provinciales compuestas de dos artículos, —por ejemplo: Art 1.- Adhiérese la Provincia... a la Ley Nacional 26.944. Art. 2.-De forma—; b) pueden no dictar ninguna ley y que los jueces deban llenar nuevamente el vacío, lo que seguramente harán ahora como ya lo hicieron antes de la ley 26.944, sin que nadie augure cataclismos; y c) las provincias —o varias de ellas— pueden dictar normas provinciales que tomen de base lo resuelto por el Congreso Nacional, pero que mejoren su articulado y perfeccionen la regulación de esta materia. Nadie sabe qué nos va a traer el futuro, pero asustar con eso no es debatir seriamente sobre esta o sobre ninguna temática.
 23. Creemos que solo un profundo sentimiento antifederal, así como una notoria desconfianza en las instituciones de la democracia, sustentan tal ataque a una norma que puede ser debatida en sus alcances pero no en su formulación —de base federal y administrativista—, que son coordinadas indiscutibles en las que se enclava esta cuestión constitucionalmente.
 24. Por otra parte, la solución a los casos más palpables de arbitrariedad que se augura pudiera cometer una provincia que legislase para su irresponsabilidad, encajaría en el punto 4 del precedente “Resoagli”, y la Corte podría neutralizar esas normativas provinciales como repugnantes a garantías que consagra la Constitución Nacional.
 25. Nos parece que abandonar el Código Civil como norma de referencia para regular las reparaciones por daños causados por el Estado, sus agentes o empresas, no constituye un error en sí mismo, como tampoco es *ab initio* equivocado dejar en manos de las provincias la sanción de sus propios regímenes estatales de responsabilidad. Por el contrario, creemos que es un paso en la buena senda.
 26. Que instrumentalmente pueda estarse de acuerdo o no con determinado artículo de la ley no significa que intrínsecamente el sendero que esta transita no sea el correcto.

27. La ley 26.944 no es, en general, desatinada ni tiende a la absoluta irresponsabilidad del Estado. Tiene un par de artículos que son controvertidos, sin duda. Podría haber quedado redactada más pulcramente, también. Pero, en el peor de los casos, esas dos o tres normas o se salvan a través de una interpretación inteligente, integradora, creativa de los jueces; o pueden ser declaradas inconstitucionales por la justicia cuando, en el caso concreto, ellas impidan una solución justa; o podrán ser modificadas por legisladores posteriores a los que la dictaron.
28. En cualquier caso, es mejor tener un texto legal vigente que sea específico y actualizado a que los jueces espontáneamente conjeturen soluciones a partir de textos largamente centenarios y pensados para supuestos diversos.
29. La ley 26.944 tiene luces y también tiene sombras, tiene aciertos y errores. De los parlamentos provinciales que sancionen normas teniéndola en mira y de los jueces que las apliquen dependerá que la responsabilidad del Estado se llene de sombras o goce de mejores días que los que ha tenido hasta aquí, en los que las soluciones que se le aplicaban eran conjeturales, muchas veces antojadizas y siempre inseguras.
30. Por otra parte, hay margen para pensar que las legislaturas provinciales pueden tomar el texto nacional de base e introducirle mejoras, limar sus imperfecciones y rellenar sus vacíos, superando a la ley nacional. Provincias como Buenos Aires, Córdoba, Neuquén y otras han dictado mejores leyes que la Nación y no tiene esta ocasión por qué ser distinta.
31. Claro que cabría esperar de nuestras provincias un texto más rico que el de la primera ley provincial que adhirió a la ley nacional 26.944. Nos referimos a la Ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz, sancionada en Río Gallegos con fecha 16/10/2014 y de solo cuatro artículos: el primero de adhesión de la provincia al régimen nacional, el tercero de invitación a los municipios a adherir a los términos de la ley 3396, el cuarto de forma y solamente el segundo, el único conceptual, que establece que "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".
32. Y aun así, pese a lo escueto del régimen, el mismo avanza sobre una temática que el ordenamiento nacional acalla, con lo que al menos un paso más ha dado.
33. Por supuesto que esperamos muchos más de nuestras provincias, porque creemos en el federalismo argentino, el que hemos aprendido de nuestro querido maestro Pedro José Frías.
34. El tiempo dirá qué solución prevalece; pero nunca nos han gustado los gurúes supuestamente avizores, ni los futurólogos aficionados que anticipan todo género de cataclismos muchas veces para medrar con el continuismo de que nada cambie.



La responsabilidad del Estado desde el derecho administrativo

ROMINA GAITÁN



1. Introducción

Las primeras manifestaciones tendientes a reconocer la responsabilidad del Estado, como consecuencia de su accionar, se remontan a finales del siglo XIX.

Tanto para el sistema continental europeo como para el sistema anglosajón, el emblemático *arrêt* "Blanco", del Tribunal de Controversias francés de 1873, fue el puntapié inicial de un proceso de construcción jurisprudencial y doctrinario sobre la responsabilidad estatal.

Nuestro país no demoró muchos años más, desde aquella sentencia, en aceptar que el Estado es responsable por los daños que ocasiona y, entrado el siglo XX encontramos las primeras muestras de ello.

Entendida la responsabilidad del Estado como el deber de reparar los daños cometidos como consecuencia del accionar estatal, lo que más controversia ha suscitado en la jurisprudencia y en la doctrina, es lo relativo a la norma aplicable para la resolución del conflicto.

Esta discusión ha cobrado nuevamente vigencia como consecuencia de la inclusión en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de normas relativas a la responsabilidad del Estado y del funcionario y empleado público, y con la recientemente sancionada ley sobre responsabilidad del Estado.

En primer término, surge el interrogante acerca de cuál es la disciplina que regula la responsabilidad del Estado. Definido este dilema podremos adoptar una postura acerca de su inclusión en el Código Civil y Comercial o sobre su regulación en una norma especial.

Atendiendo la evolución histórica, las teorías que diferencian el derecho público y el derecho privado, y los principios que rigen una y otra disciplina, se considera que el estudio de la responsabilidad del Estado, en su faz extracontractual, corresponde al derecho público, particularmente al derecho administrativo.

En segundo lugar, debe analizarse la competencia de la Comisión creada por el decreto 191/2011 para la elaboración de un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del derecho privado, es decir, del derecho civil y comercial.

El Anteproyecto elaborado por la Comisión mencionada, al regular en los arts. 1764 a 1766 cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado y del funcionario y empleado público, excedió el ámbito de atribuciones conferidas por el decreto, pues la norma en cuestión no autoriza, ni expresa ni implícitamente, a regular una materia propia del derecho administrativo, rama del derecho público.

Así lo entendió también el Poder Ejecutivo nacional, que efectuó modificaciones al Anteproyecto con fundamento en el carácter local del derecho administrativo y por ende, de la responsabilidad del Estado.

Por último, deviene oportuno abordar la necesidad del dictado de la norma que ordena y regula la responsabilidad del Estado, bajo los principios y reglas del derecho administrativo, que rigen en un Estado constitucional, social, de derecho.

2. De la disciplina que rige la responsabilidad del Estado

2.1. Acerca del derecho público y del derecho privado

A los fines de comprender la discusión relativa a qué rama del derecho rige la responsabilidad del Estado, se esbozarán algunas consideraciones previas sobre los fundamentos y finalidades de la distinción del derecho público y privado, y las características que los diferencian.

Con carácter liminar, cabe recordar el concepto de Celso⁽¹⁾ sobre el derecho, quien lo definía como “el arte de lo bueno y lo equitativo”. Sabida es por todos la influencia del derecho romano en el mundo occidental, y en nuestro derecho en particular. Así, para los autores nacionales, el derecho es considerado como “el conjunto de normas de conductas humanas obligatorias y conformes con la justicia”.⁽²⁾ Para otros, no solo es un complejo de normas sino también una “organización funcional”.⁽³⁾

Por otra parte, el derecho positivo, entendido como el conjunto de leyes vigentes en un país,⁽⁴⁾ ha sido clasificado en dos grandes ramas: el derecho público y el derecho privado.⁽⁵⁾

Algunos autores consideran necesario agrupar científicamente tales normas a fin de obtener un estudio más acabado de estas.⁽⁶⁾ Desde otro enfoque, existen quienes niegan definitivamente el carácter científico de tal distinción.⁽⁷⁾ Si bien los autores no se han puesto de acuerdo sobre el fundamento de esta división, coinciden en que tampoco puede establecerse una distinción exacta.⁽⁸⁾

Al respecto, Fiorini describe cómo la división secular de las normas jurídicas en públicas y privadas, explicadas con criterios del pasado, entró

(1) COSTA, JOSÉ C., *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009, p. 12.

(2) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Bs. As., AbeledoPerrot, t. I, 2003, p.10.

(3) BARRA, RODOLFO C., *Temas de Derecho Público*, Bs. As., RAP, 2008, p. 9. Para LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Bs. As., LexisNexis/AbeledoPerrot, 2003, t. I, p. 23, el derecho es “el ordenamiento social justo”.

(4) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 32.

(5) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1995, t. I, p. 17 y ss.; BARRA, RODOLFO C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., Depalma, 2002, p. 171 y ss.; BORDA, GUILLERMO A., “*Tratado...*” *op. cit.*, p. 32 y ss.; LLAMBIAS, JORGE J., “*Tratado...*” *op. cit.*, p. 39 y ss.; RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, 3ª. ed. act., Bs. As., LexisNexis/AbeledoPerrot, 2004, t. I, p. 13 y ss.

(6) LLAMBIAS, JORGE J., “*Tratado...*” *op. cit.*, p. 39.

(7) “Así Kelsen califica esta distinción como ‘funestísima’, señalando que es uno de los elementos que han favorecido la irrupción de la política en la teoría del derecho”. BARRA RODOLFO C., “*Tratado...*” *op. cit.*, p. 173, con cita de Legaz y Lacambra.

(8) El civilista Borda expresa: “No debe creerse, sin embargo, que estas dos grandes ramas del Derecho son algo así como compartimientos estancos, sin vinculación entre sí. (...) Es que en realidad el Derecho es uno: el edificio jurídico es único, y coronado por la Constitución Nacional; ésta es el elemento aglutinante y, por decir así, la base sobre la que reposa todo el ordenamiento legal”. BORDA, GUILLERMO A., “*Tratado...*” *op. cit.*, p. 32 y ss.

en plena crisis. Para este autor, la concepción que las divide como dos bloques físicos olvida que, por circunstancias ideológicas e históricas, mucho de lo que hoy aparece como público ayer era calificado como derecho privado.⁽⁹⁾

Por su parte, Cassagne considera necesario obtener un criterio diferenciador no solo porque es previo a la noción de derecho administrativo como rama del derecho público interno, sino —fundamentalmente— por su vigencia en el terreno de la interpretación y aplicación de las normas, por cuanto, según se trate de una u otra rama, procederán el procedimiento de la analogía o el de la subsidiariedad.⁽¹⁰⁾

Más allá de las distintas posturas lo cierto es que —conforme nuestro sistema de gobierno republicano, representativo y federal—, el derecho público, como rama del derecho, ha evolucionado, se ha desarrollado y posee singular importancia en nuestro sistema normativo.

En este sentido, existen reglas especiales que rigen las relaciones jurídicas en las que interviene el Estado nacional, provincial o municipal, otras referidas a las competencias en materia legislativa —como consecuencia de los poderes reservados, concurrentes y delegados entre la Nación y las provincias—, a la interpretación y aplicación de las normas, las relativas a la competencia judicial, a las actividades de interés público y a los servicios públicos. Por lo tanto, la producción normativa del derecho público de un Estado depende de las condiciones políticas e ideológicas vigentes en un Estado y en un momento determinado.⁽¹¹⁾

2.1.1. Distintas teorías

Existen distintas teorías que intentan precisar las diferencias que originan esta clasificación:

- Algunos entienden que, si interviene el Estado u otra persona jurídica pública como poder público, la relación es de derecho público. Por el contrario, si los sujetos que conforman la relación jurídica son particulares, y algunos agregan al Estado en su carácter de simple persona jurídica,⁽¹²⁾ la rama que se aplica es

(9) FIORINI, BARTOLOMÉ, “Derecho...”, *op. cit.*, p. 17 y ss.

(10) CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1996, t. I, p. 49.

(11) Dice Fiorini citando a Garrido Falla: “Hay tantos Estados como ideologías y hay tantas formas de derecho público como corresponden a cada ideología. El régimen de derecho público no se manifiesta siempre en forma unívoca y con carácter universal”, FIORINI, BARTOLOMÉ, “Derecho...”, *op. cit.*, p. 19.

(12) BORDA, GUILLERMO A., “Tratado...” *op. cit.*, p. 33.

el derecho privado. Compartimos esta teoría y se admite que el Estado puede actuar indistintamente en el ámbito del derecho privado y del derecho público conforme sus competencias.⁽¹³⁾

- Otra considera derecho público al establecido en forma imperativa por el Estado,⁽¹⁴⁾ y derecho privado al creado por los particulares en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Cabe advertir que en el derecho privado también encontramos normas denominadas de orden público o imperativas que constituyen un límite a la autonomía de la voluntad en miras al bien común.
- Asimismo, algunos entienden que el derecho público se encuentra destinado a la protección del interés público y el derecho privado a la tutela de los intereses de los particulares. Sin embargo, existen leyes de derecho privado que regulan la propiedad, la familia, el comercio, que ponderan los intereses generales y, a la inversa, existen numerosas normas de derecho público, como la protección constitucional de la libertad, la igualdad, el honor y la vida, que procuran el amparo de intereses individuales.⁽¹⁵⁾
- Por último, mencionamos la teoría que considera que es derecho público aquel en el cual una de las partes tiene una relación de superioridad respecto de la otra, por participar el Estado con su poder de *imperium*. Y que son de derecho privado las relaciones jurídicas que se establecen sobre la base de la coordinación o igualdad de los sujetos.⁽¹⁶⁾

Al respecto, entendemos que las relaciones de subordinación y de coordinación se encuentran indistintamente tanto en el derecho público como en el derecho privado.

Así, en el derecho público, existen relaciones de coordinación entre municipios o entre Estados; y a su vez, el Estado puede someterse a las reglas del derecho privado y concurrir como un particular en una relación jurídica. Por otra parte, en el derecho privado encontramos relaciones

(13) Señala Cassagne: "De esta manera, ya sea que actúe ejercitando sus competencias de Derecho Público o celebre un acto cuyo objeto se regule por el Derecho Civil o Comercial, el Estado —como consecuencia de su personalidad jurídica unitaria— será, en ambos casos, plenamente responsable. CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2002, p. 54.

(14) FIORINI, BARTOLOMÉ, "*Derecho...*", *op. cit.*, p. 19. Y agrega: "Hay estados democráticos que respetan la voluntad individual; Estados totalitarios donde el individuo es absorbido por el poder; hay Estados autocráticos que desconocen elementales libertades de los particulares, etc."

(15) BORDA, GUILLERMO A., "*Tratado...*" *op. cit.*, p. 33 y FIORINI, BARTOLOMÉ, "*Derecho...*", *op. cit.*, p. 21.

(16) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2011, t. I, p. 123 y GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., Macchi, 1974, t. I, p. V-23 y V-24.

de subordinación tanto en institutos de familia, de sociedades, como en materia de contratos.

Cabe destacar que los particulares deciden, por su propia voluntad, cuáles son las reglas a las que se van a someter (salvo casos como los contratos de adhesión); mientras que el Estado, solo puede actuar bajo las reglas del derecho privado cuando existe una norma especial que lo autoriza.⁽¹⁷⁾

Concluyendo, podemos decir que el derecho privado regula las relaciones entre los particulares y que se constituye primordialmente sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad.

Por su parte, el derecho público regula, mediante normas imperativas e irrenunciables, las relaciones del Estado con los particulares y todas las cuestiones relativas a la organización, funcionamiento y actuación del Estado, es decir, el ejercicio de las funciones públicas. Se aplica a los órganos estatales —o persona jurídica en ejercicio de una potestad pública, por delegación— que actúan con la finalidad de garantizar el interés público.

En el derecho público, el principio que rige es el de juridicidad. En función de ello, la adecuación del accionar del Estado al ordenamiento jurídico debe manifestarse no solo hacia afuera, sino también internamente. En este contexto, bajo estos lineamientos de derecho público, se enmarca el deber del Estado de responder por los daños que ocasiona.

2.1.2. Recepción normativa de la clasificación

Remontándonos en la historia, el *jus civile* era el derecho propio de los ciudadanos romanos, y comprendía tanto normas de derecho público como de derecho privado,⁽¹⁸⁾ constituyendo de este modo la ley común de todo el Imperio.

Con la caída del Imperio Romano de Occidente, los invasores introdujeron sus propias leyes sobre la organización estatal y sustituyeron las normas de derecho público, incluidas en el *jus civile*, quedando reservada la denominación de aquel para las normas de derecho privado que seguían subsistentes. Desde entonces, en un sentido lato, se identifica el derecho civil con el derecho privado.⁽¹⁹⁾

(17) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho...*, op. cit., p. 23.

(18) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado...*, op. cit., p. 41.

(19) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado...*, op. cit., p. 36 y ss.

En el art. 2611 de nuestro Código Civil, el propio Vélez Sarsfield recepta esta clasificación al efectuar una expresa remisión al derecho administrativo cuando dice que las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público son regidas por el derecho administrativo. Y en su nota manifiesta que las restricciones impuestas al dominio son extrañas al derecho civil. En el mismo orden de ideas se manifestó en la nota del art. 31 CC al expresar que en un Código Civil no se trata sino del derecho privado.⁽²⁰⁾ Sin perjuicio de ello, encontramos también algunas normas aisladas de derecho público.⁽²¹⁾

2.2. Evolución de la responsabilidad del Estado y del derecho administrativo

La aceptación de la responsabilidad del Estado, como resultado de su propia actividad, se puede estimar moderna. En la antigüedad y durante la edad media, prevaleció la noción de la irresponsabilidad, y no se concebía que alguien pudiera pretender responsabilizar al rey con motivo de los perjuicios que pudiera ocasionar.⁽²²⁾

El principio de irresponsabilidad absoluta lentamente fue disipándose. Cabe mencionar que la responsabilidad por daños entre los sujetos privados se hallaba, en ese entonces, en una fase embrionaria, y la actividad pública era tan reducida que las posibilidades del aparato administrativo de causar daños a los particulares eran poco menos que despreciables.⁽²³⁾

Las reformas producidas a finales del siglo XIX en el derecho francés, comenzaron a admitir primero la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos y luego, la del propio Estado.

En un contexto de múltiples de factores de índole históricos, jurídicos y políticos, es donde encuentra su origen el derecho administrativo, que viene a

(20) La Dra. Highton de Nolasco, en CSJN, "El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento", Fallos: 328:2654, 28/07/2005 —referido a la responsabilidad del Estado por actividad lícita—, citó también tales notas para advertir que esta materia concierne al derecho público.

(21) A modo de ejemplo podemos mencionar al art. 33 CC, que define al Estado como persona jurídica pública, y al art. 2339 y ss. sobre bienes de dominio público y los bienes de dominio privado del Estado. De hecho, en la nota al art. 2340 cita a Foucart, *Derecho Administrativo*, para fundamentar por qué consideró a los ríos como bienes de dominio público.

(22) COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO, *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2013, t. I, p. 1503 y ss.

(23) SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Madrid, Iustel, 2009, t. II, p. 492.

limitar y ordenar la actuación de la administración y a regular las relaciones de ésta con los particulares, en el marco que establece el derecho.

2.2.1. El arrêt "Blanco"⁽²⁴⁾

La causa fue promovida por el señor Blanco, en virtud de los daños ocasionados a su hija ante la embestida de un vehículo de la Manufactura de Tabacos que era guiado por empleados de esa fábrica estatal. En consecuencia, demandó ante los tribunales judiciales a los empleados de la fábrica y al Estado por los hechos de sus dependientes, a fin de obtener una indemnización por los daños sufridos. Al resolver, el Tribunal de Conflictos sentó las siguientes bases:

- a. Respecto de la responsabilidad del Estado y las normas que la rigen estableció:
 - que no resultan aplicables los principios del derecho civil, que la responsabilidad no es general ni absoluta, y que la responsabilidad posee reglas especiales según las exigencias del servicio, y que tales reglas equilibran los derechos del Estado y de los particulares.
- b. Respecto a su competencia entendió:
 - que corresponde a los tribunales administrativos (Consejo de Estado) el entendimiento sobre las causas que importen valorar la responsabilidad del Estado.

De ello se deriva que no procede juzgar con las mismas reglas a las relaciones jurídicas públicas y privadas. Los principios del derecho público son sustancialmente distintos, en virtud de que el Estado protege los intereses públicos a diferencia de los particulares donde cada uno defiende su propio interés. Corresponde al derecho administrativo, entonces, buscar un equilibrio en la ponderación de ambos intereses.

2.3. Reconocimiento de la responsabilidad del Estado y del derecho administrativo en el derecho argentino

La Responsabilidad del Estado fue reconocida, casi al mismo tiempo, en nuestro sistema jurídico, producto de un largo proceso normativo y jurisprudencial.⁽²⁵⁾

(24) LONG, MARCEAU, y OT., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Bogotá, Librería del Profesional, 2009, p. 1 y ss.

(25) USLENGHI, ALEJANDRO J., "Lineamientos de la Responsabilidad del Estado por actividad ilícita", en AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Bs. As., Rap, 2000, pp. 49/58.

En 1938, el Alto Tribunal en la causa "Ferrocarril Oeste",⁽²⁶⁾ aplicó la doctrina del Código Civil al considerar que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución", sin embargo reconoce luego que "si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernantes se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y equidad, debe tener también aplicación a este género de relaciones, **mientras no haya una previsión legal que la impida**" (el resaltado no es del original).

Dicho precedente tiene el mérito de sentar las bases de una concepción publicista de la responsabilidad extracontractual, en tanto aquella es fundada por primera vez en el art. 1112 CC, norma que, de acuerdo a la moderna doctrina administrativa nacional y a la jurisprudencia actual de la Corte federal, consagra la responsabilidad del Estado por falta de servicio.⁽²⁷⁾

En relación con el derecho administrativo, la jurisprudencia jugó un papel primordial para el fortalecimiento de las instituciones de esta disciplina, y sumado a las circunstancias histórico políticas a las que aparece asociado su nacimiento, éste se integró tempranamente al mundo jurídico argentino, incluso desde la visión preclara del codificador civil,⁽²⁸⁾ en los artículos mencionados anteriormente.

3. De la responsabilidad del Estado como materia de estudio del derecho administrativo

3.1. Acerca del derecho administrativo

3.1.1. Principios

El principio de legalidad del Estado de derecho,⁽²⁹⁾ que promovía la idea de un Estado neutralizado y abstencionista y que debía el *laissez faire* para

(26) CSJN, "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios", Fallos: 182:5, 03/10/1938.

(27) PERRINO, PABLO E., "Crítica al enfoque iusprivatista de la Responsabilidad del Estado", en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario Público*, Bs. As., Rap, 2009, p. 794.

(28) COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. Pablo, *Curso...*, op. cit., p. 19. Ver art. 2611 CC.

(29) En nuestro derecho, el principio de legalidad administrativa encuentra especial vinculación con la función administrativa (CSJN, "Naveiro de La Serna de López, Helena M. c/ Bauhoffer Martha", Fallos: 315:2771, 19/11/1992 y "Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 316:3157, 22/12/1993) y ha sido reconocido por el ordenamiento normativo: art. 17 LNPA.

dar plena libertad a la autonomía de la voluntad, fue reemplazado por el principio de juridicidad, que implica el compromiso con los deberes jurídicos que imponen el respeto hacia los derechos fundamentales de la persona, reconocidos en el art. 75, inc. 22 CN.

Luego, la creación de un sistema de control de constitucionalidad de las normas permitió concebir a la Constitución como norma fundante y rectora de todas las demás normas.

Por último, es dable mencionar el reconocimiento, en los pronunciamientos de la Corte, de los principios del "Estado constitucional de derecho"⁽³⁰⁾ tales como los derechos esenciales, inherentes a la dignidad de la persona,⁽³¹⁾ y a la aplicación directa de los principios y valores reconocidos en nuestra Carta Magna.⁽³²⁾

3.1.2. Principales características del derecho administrativo

El derecho administrativo se ha ido consolidando a lo largo de la historia⁽³³⁾ y no es ajeno al ejercicio del poder político y a los cambios que se producen en las formas de manifestación del poder.⁽³⁴⁾

En la actualidad, la doctrina predominante considera que la función administrativa se aplica mayoritariamente a la actividad desarrollada por el poder ejecutivo, pero también, a toda la actividad de los otros

(30) CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro", Fallos: 328:3399, 20/09/2005; "Rosza, Carlos Alberto y otro", Fallos: 330:2361, 23/05/2007; "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros", Fallos: 331:1622, 08/07/2008; "Consumidores Argentinos c/ EN", Fallos: 333:633, 19/05/2010; "Mignone, Emilio Fermín", Fallos: 325:524, 09/04/2002; voto de los Dres. Fayt y Petracchi, en "Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 328:1825, 07/06/2005; y "Ramírez, Juan Carlos c/ E.B.Y. s/daños y perjuicios", Fallos: 330:2548, 05/06/2007 voto de los Dres. Fayt y Maqueda, y Zaffaroni.

(31) CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", Fallos: 327:3753, 21/09/2004; y "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia", Fallos: 329:5266, 21/11/2006.

(32) El Dr. Zaffaroni en "Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento", Fallos: 333:1687, 31/08/2010, consid. 15. El Dr. Maqueda en "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad", Fallos: 328:2056, 14/06/2005, consid. 17.

(33) "El Derecho Administrativo, pues, no puede en ningún momento desvincularse de la historia y, muy especialmente, de la historia política (...) No se trata en absoluto de un mero recordar el pasado, sino, por el contrario, de conocer el suelo del que el Derecho Administrativo ha extraído la savia con la que aún hoy día se nutre". WEIL, PROSPER., *Derecho...*, op. cit., p. 38.

(34) "El Derecho Administrativo posee elementos que corresponden a otras épocas y que son expresivos de concepciones muy diversas". WEIL, PROSPER., *Derecho...*, op. cit., p. 37 y ss.

poderes que no asuman la condición de función legislativa o jurisdiccional.⁽³⁵⁾

Por otra parte, el carácter exorbitante del derecho administrativo, reconocido por la doctrina⁽³⁶⁾ y la jurisprudencia,⁽³⁷⁾ implica entenderlo como un instrumento equilibrado, orientado no solo a la debida protección de los intereses individuales, sino también a la adecuada preservación de prerrogativas públicas y de su carácter de derecho común de la Administración Pública, ámbito excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado.⁽³⁸⁾

Otra de las notas particulares del derecho administrativo, desde la óptica de nuestro derecho positivo, es su carácter local.⁽³⁹⁾ El fundamento de esta afirmación se desprende de la preexistencia de las provincias respecto de la Nación, y de las disposiciones de nuestra Carta Magna, que establece el reparto de competencias entre ellas, conservando las provincias todo el poder no delegado al gobierno federal (art. 121 CN).

En virtud de ello, uno de los poderes reservados por las provincias es el de legislar en materia administrativa,⁽⁴⁰⁾ pues se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas (art. 122 CN), dictan su propia Constitución asegurando la autonomía municipal (art. 123 CN), bajo el sistema representativo, republicano y federal, y de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (art. 5 CN).

El carácter local del derecho administrativo en nuestro sistema federal conlleva, entonces, la existencia de regímenes locales de responsabilidad

(35) CASSAGNE, JUAN C., *Derecho administrativo*, Bs. As., LexisNexis, 2006, tomo I, p. 85 y ss., Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Bs. As., tomo I, p. V-26.

(36) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de...*, op. cit., CASSAGNE, JUAN C., *Derecho...*, op. cit., COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. Pablo, *Curso...*, op. cit., entre otros.

(37) CSJN, "Serra", Fallos: 316:2454, 26/10/1993, especialmente consid. 9º y "Cima, María Cristina", Fallos: 298:2771, 28/6/1977, especialmente consid. 3º.

(38) COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. Pablo, *Curso...*, op. cit., p. 6 y ss.

(39) COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1996, p. 291 y ss., URRUTIGOITY, JAVIER, "El olvidado carácter local del Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Bs. As., IEDA, Ciencias de la Administración, 2000, p. 61 y ss., REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 17 y ss. y FIORINI, BAROLOMÉ, *Derecho...*, op. cit., p. 84 y ss.

(40) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado...*, t. IV, op. cit., p. 130.

de las provincias y de sus funcionarios, tal como lo señala la doctrina⁽⁴¹⁾ y la jurisprudencia.⁽⁴²⁾

3.2. Acerca de la responsabilidad del Estado

Superadas las tesis que encuentran en los institutos del derecho civil el fundamento de la responsabilidad del Estado —como la teoría de la representación, la teoría organicista, y la teoría del enriquecimiento sin causa, entre otras—, la doctrina y jurisprudencia consideran que tal fundamento se halla en las cláusulas constitucionales⁽⁴³⁾ que reconocen el derecho de propiedad (art. 14 CN) y garantizan su inviolabilidad (art. 17 CN), así como las que consagran la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN) y los principios de libertad (art. 19 CN) y de razonabilidad (art. 28 CN), disposiciones que gravitarán conjunta o alternativamente según las especies de responsabilidad de que se trate.⁽⁴⁴⁾

Por otro lado, cabe mencionar que el derecho administrativo transfiere a la responsabilidad del Estado, el carácter autónomo y local y la aplicación de las normas y principios emanados de la Constitución Nacional.

En este sentido, la Corte Suprema, en su actual composición, manifestó en “Barreto” que la materia que regula la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público y el daño que causa como consecuencia del ejercicio del poder de policía de seguridad, “corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional”.

(41) REIRIZ, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo argentino*, hoy, Bs. As., Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 225; BELTRAN, GAMBIER y PERRINO, PABLO, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, en *JA*, 1996-IV, pp. 793/800, CASSAGNE, JUAN C., *Derecho...*, op. cit.

(42) CSJN, “Barreto”, Fallos: 329:759, 21/03/2006, consid. 10 y “Schivone”, Fallos: 331:2534, 01/07/2008, ver dictamen del 16/08/2008.

(43) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado...*, op. cit., p. 558. En el mismo sentido, Reiriz considera preciso abandonar la fundamentación civilista. Y agrega que las disposiciones constitucionales o legales no referidas expresamente a la responsabilidad del Estado sirven sin embargo para fundamentar la obligación estatal de resarcir los daños que se le imputan mediante los principios de la igualdad ante las cargas públicas, la garantía del derecho de propiedad y el respeto a los derechos adquiridos. REIRIZ, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho...*, op. cit., pp. 224 y 225.

(44) COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. Pablo, *Curso...*, op. cit., p. 1511.

La doctrina del Tribunal reconoce que, tanto el derecho administrativo como particularmente la responsabilidad del Estado, encuentran fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado.

De todo ello se puede derivar que la responsabilidad del Estado se rige por reglas propias y especiales del derecho público,⁽⁴⁵⁾ que es una materia que pertenece al campo del derecho administrativo, de carácter esencialmente local, y por ello adquiere autonomía con respecto a la responsabilidad civil.

Por otro lado, el Estado es una persona jurídica pública, que actúa por medio de las personas físicas a quienes les atribuye esa función. Al dispo-nerse su organización, se previó quiénes serían los encargados de expresar la voluntad que imputaría a aquel. Esas personas son los órganos de voluntad del Estado. Todos, es decir, el Estado y sus órganos, componen una sola unidad que no puede diferenciarse ni escindirse en sí misma.⁽⁴⁶⁾ Así lo entendió también la jurisprudencia.⁽⁴⁷⁾

Por último, en cuanto a las relaciones a las que se aplica, el Estado es responsable por los daños que sus funcionarios y empleados públicos causen a un particular en ejercicio de los derechos, obligaciones e intereses del órgano —conocido como “falta de servicio”—, como así también, frente a los derechos e intereses de los propios agentes públicos que hubieran sido pasibles de un perjuicio cuya obligación de resarcir corresponda al Estado.

4. De la regulación de la responsabilidad del Estado

4.1. Distintas posturas

Desde un enfoque civilista, se entiende que a la responsabilidad del Estado le resulta aplicable el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas establecido en los arts. 43 y 1113 CC. De este modo, existe un

(45) CSJN, “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios”, Fallos: 182:5, 03/10/1938.

(46) COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. Pablo, *Curso...*, op. cit., p. 203 y ss.

(47) La CSJN aceptó la teoría del órgano en el caso “Vadell” al entender que la responsabilidad extracontractual del Estado, en el ámbito del derecho público, a causa del ejercicio defectuoso del Registro de la Propiedad de una provincia, no requiere como fundamento de derecho positivo recurrir al art. 1113 CC sobre la responsabilidad del principal por los hechos dañoso de sus dependientes. Toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, se debe considerar propia de estas, quienes deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas. CSJN, “Vadell, Jorge F. c/ Buenos Aires, Provincia de”, Fallos: 306:2030, 18/12/1984, consid. 6°.

único derecho de daños para todas las personas, independientemente de quién lo haya producido.

Desde otro punto de vista, se considera que la responsabilidad del Estado encuentra regulación en las normas y principios del derecho administrativo, en la jurisprudencia y en la doctrina. Y en cuanto a los temas no regulados expresamente, acude a las normas establecidas en el Código Civil.⁽⁴⁸⁾

En nuestro ordenamiento jurídico existían solo algunas normas aisladas.⁽⁴⁹⁾ En consecuencia, el régimen jurídico aplicable ha sido hasta ahora —esencialmente— de creación pretoriana.⁽⁵⁰⁾ Por lo tanto, la idea que se tenga del derecho público y del derecho privado, la concepción ideológica acerca de un modelo de Estado, la aceptación de la autonomía y el carácter local del derecho administrativo, incidirán en la adopción de uno u otro criterio.

4.2. Aplicación de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado

Ante la ausencia normativa, especial e integral, de la responsabilidad estatal, algunas Constituciones y normas locales,⁽⁵¹⁾ la jurisprudencia y la

(48) La Dra. Highton de Nolasco, en CSJN, “El Jacarandá S. A...” fallo cit., consid. 10, en ocasión de pronunciarse sobre la indemnización por responsabilidad del Estado por actividad lícita, manifestó que: “Ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno (doctrina de Fallos: 195:66; 301:403;306:1409, disidencia de los jueces Caballero y Fayt; dictamen de la señora Procuradora Fiscal, María Graciela Reiriz en Fallos: 312:659, al que esta Corte remitió; 312:2266, voto del juez Fayt, entre otros)”.

(49) Art. 130, ley 24.156: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

(50) Muy interesante la cita que Perrino hace de Otto Mayer: “Tropezamos con la gran extensión que el régimen de policía había dado al derecho civil. Era un expediente que se tornó inútil tan pronto como apareció el derecho público administrativo, y se hizo imposible luego que la doctrina del Fisco, que le servía de medio, desapareció. Tratase, ahora, de circunscribir el derecho civil a sus límites naturales y de quitarle la cantidad de instituciones jurídicas de las que se había apoderado, en su perjuicio y también en perjuicio de esas instituciones, porque ellas no pueden ser bien comprendidas sino ubicadas en la esfera del derecho público”. PERRINO, PABLO E., “Crítica al enfoque...”, *op. cit.*, p. 795.

(51) Art. 18, Constitución de Santa Fe; art. 10, Constitución de Jujuy; art. 43, Constitución de Catamarca; art. 32, ley 6773 de San Juan; art. 138, ley 920 de Chubut.

doctrina, acudieron a las normas del Código Civil. En los términos propuestos por Reiriz, se debe recurrir a lo que se denomina la “extensión interpretativa” de sus fuentes para resolver los “casos no previstos” en su propio ordenamiento jurídico.⁽⁵²⁾ La autora citada se refiere a la aplicación del art. 16 CC⁽⁵³⁾ pues, ubicado en el Título Preliminar de dicho cuerpo normativo, se entiende que sus normas se aplican a todas las ramas del derecho y que la mención a la cuestión civil equivale a cuestión no penal.

Por lo tanto, si una cuestión administrativa no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, porque no existe una regulación normativa especial, serán de aplicación las normas del derecho común, luego se analizará si tal aplicación es directa, subsidiaria o analógica.

En este orden de ideas, podemos decir que, en primer lugar, el Código Civil puede ser aplicado directamente para resolver conflictos administrativos, es decir, no en virtud de la extensión interpretativa, sino respecto de las normas jurídicas que pertenecen a la ciencia del derecho⁽⁵⁴⁾ o las de derecho público pero incluidas en dicho cuerpo normativo.⁽⁵⁵⁾

En segundo lugar, si se presenta, en el derecho administrativo el “caso no previsto” en su propio ordenamiento, podrá acudir a la extensión interpretativa mediante la aplicación de normas y principios del derecho común.⁽⁵⁶⁾

Ahora: cabe preguntarse de qué forma se efectuará aquella aplicación del derecho común. Al respecto, existen dos posturas. Por un lado, los

(52) REIRIZ, MARÍA G., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 220.

(53) Art. 16 CC: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

(54) Como el art. 16 CC, así lo entendió la CSJN en “Laplacette, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 195:66, 26/02/1943 en oportunidad de manifestarse sobre un caso de responsabilidad estatal por actividad lícita: “Que a falta de disposición legal expresa, no hay duda de que la solución debe buscarse en los principios generales del derecho y las disposiciones que rigen situaciones análogas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 16 del Código Civil y que no hay otras que las que rigen la expropiación”.

(55) Como por ejemplo los artículos del Código Civil referidos al dominio público o las restricciones al dominio. En el mismo sentido, ver: MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, p. 146 y REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 220 y ss.

(56) REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 223.

autores Marienhoff⁽⁵⁷⁾ y Linares⁽⁵⁸⁾ afirman que corresponde una aplicación subsidiaria de todo el Código Civil, sin especial discriminación del caso. Por otra parte, Gordillo, Cassagne y Reiriz,⁽⁵⁹⁾ entre otros, sostienen que la aplicación de las normas del Código Civil al derecho administrativo debe efectuarse a través del procedimiento de la analogía, que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del derecho público.⁽⁶⁰⁾

Inicialmente, la CSJN, en "Luis y Huser c/ La Nación",⁽⁶¹⁾ entendió que el Código Civil se aplicaba subsidiariamente a las relaciones entre la administración y los gobernados, que forman la materia propia del derecho público. Luego, en el ya mencionado "Ferrocarril Oeste"⁽⁶²⁾ sobre la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por emitir defectuosamente un certificado del Registro de la Propiedad, cabe destacar que, para la solución del caso, la CSJN:

- a. se refirió a la doctrina de los arts. 625 y 630 CC como una "regla" que establece el deber de responder por los perjuicios que se ocasionaren por el incumplimiento de una obligación,
- b. admitió que las cuestiones relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado se rigen por el derecho público,
- c. advirtió que mientras no exista una previsión legal que impida la aplicación de las normas del Código Civil ésta sería válida, de lo que se deduce que podría existir dicha prohibición, y
- d. fundamentó la aplicación de las mencionadas reglas por razones de justicia y equidad pero no manifestó de qué forma se aplican tales normas.

En la causa "Ganadera Los Lagos",⁽⁶³⁾ admitió la aplicación analógica, al decir que "Las disposiciones del Código Civil sobre nulidad de los actos jurídicos son aplicables en la esfera del derecho administrativo, con las

(57) Para Marienhoff, la aplicación subsidiaria solo y únicamente procede ante la falta total de normas o principios administrativos de posible aplicación en la especie. MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, p. 147.

(58) LINARES, JUAN F., "Caso administrativo no previsto", Bs. As., Astrea, 1976, p. 30 y ss.

(59) CASSAGNE, JUAN C., "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema", en AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público...*, *op. cit.*, REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 224., GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, *op. cit.*, t. I, p. VII-2 y ss.

(60) REIRIZ, MARÍA G., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 224.

(61) CSJN, "Luis y Huser c/ La Nación", Fallos: 118:347, 15/07/1914.

(62) CSJN, "Ferrocarril Oeste...", fallo cit.

(63) CSJN, "Ganadera Los Lagos S.A c/ Nación Argentina", Fallos: 190:142, 27/06/1941.

discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último". Luego, en "O.C.A",⁽⁶⁴⁾ añadió que "la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso".

En un caso de responsabilidad por actividad lícita del Estado,⁽⁶⁵⁾ entendió que, a falta de disposición legal expresa, la solución debe buscarse en los principios generales del derecho y las disposiciones que rigen situaciones análogas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 16 CC y que no hay otras que las que rigen la expropiación. Posteriormente expresó que

... ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno.⁽⁶⁶⁾

Luego, en la causa "Vadell",⁽⁶⁷⁾ el Alto Tribunal, en ocasión de manifestarse sobre la responsabilidad del Estado por actividad ilícita nuevamente del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, expresó que la aplicación del art. 1112 CC se efectuaba por vía subsidiaria.

Postura reiterada, recientemente, en el referido caso "Barreto", con cita al profesor Fiorini, al expresar que: "tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias de derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso".⁽⁶⁸⁾

(64) CSJN, "Organización Coordinadora Argentina SA c/ Secretaría de Inteligencia del Estado", Fallos: 321:174, 17/02/1998, consid. 8°.

(65) CSJN, "Laplacette, Juan...", fallo cit., consid. 10.

(66) CSJN, "Motor Once S. A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 312:659, 09/05/1989, remite al dictamen de la Procuradora Fiscal, doctora María Graciela Reiriz, voto del doctor Fayt en la causa "Juncalán Forestal Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 312:2266, 23/11/1989, y voto de la doctora Highton de Nolasco, en la causa "El Jacarandá SA c/ Estado Nacional", Fallos: 328:2654, 28/07/2005, consid. 10.

(67) CSJN, "Vadell, Jorge F...", fallo cit., consid. 5°.

(68) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho...*, op. cit., p. 92 y ss., y CSJN, Fallos: 187:436; 306:2030:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231.

Es decir, la Corte Suprema ha admitido, en reiteradas oportunidades, la aplicación analógica del Código Civil respecto de las nulidades de los actos administrativos y sobre la responsabilidad del Estado por actividad lícita.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por actividad ilícita, si bien se manifestó favorable a la aplicación subsidiaria del Código Civil, lo cierto es que la “falta de servicio” —como factor de atribución— no es del derecho civil, sino que es producto de una construcción pretoriana para endilgar responsabilidad al Estado. Por lo tanto, para resolver en esos casos, la CSJN aplicó el Código Civil analógicamente.

Concluyendo: sea pues a título directo, supletorio o analógico, la responsabilidad del Estado ha sido ya consagrada de manera general, jurisprudencial y legislativamente, y no debe dejar de reconocerse que este problema, de índole netamente jurídico, no dejará de estar influido por las soluciones de carácter político que en cada país se hayan adoptado, con las cuales el sistema jurídico y su aplicación individual habrán de ser siempre congruentes.⁽⁶⁹⁾

4.3. La responsabilidad del Estado en el CCyC

El Poder Ejecutivo nacional creó una Comisión a fin de que elabore un proyecto de ley que reforme, actualice y unifique la legislación nacional en materia de derecho privado y que, sin sustituir la legislación especial, contenga una serie de principios generales ordenadores.

La causa del acto la constituyen las numerosas reformas legislativas que se suscitaron desde la sanción del Código Civil⁽⁷⁰⁾ y del Código de Comercio, y por las relevantes transformaciones culturales de las últimas décadas.

Asimismo, se ha considerado la importancia de la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos.

Cabe destacar, entonces, que la elaboración del Anteproyecto estaba sujeta a determinadas condiciones. Luego, el Poder Ejecutivo posee la potestad discrecional de formular el mensaje al Poder Legislativo para dar inicio al proceso de formación y sanción de las leyes, con o sin modificaciones.

(69) COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. Pablo, *Curso...*, op. cit., p. 1505.

(70) Arts. 2° y 3°, ley 340.

4.3.1. Anteproyecto

El Anteproyecto de reforma, actualización y unificación de los Código Civil y Comercial, reguló las cuestiones relativas a la Responsabilidad del Estado en el Libro Tercero, Derechos Personales; Título V, Otras fuentes de las obligaciones; Capítulo 1, Responsabilidad Civil; Sección 9ª, Supuestos especiales de responsabilidad, en los siguientes términos:

Artículo 1764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar 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.

Artículo 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Artículo 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Los argumentos vertidos por la Comisión no reflejan la profundidad del tema. En primer lugar, y sin mayores aclaraciones, se incluye la responsabilidad estatal como uno más de los supuestos especiales de responsabilidad, lo que implica, lisa y llanamente, considerar que la responsabilidad del Estado es una cuestión de derecho privado, por lo que procede su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación.

A ello se agrega que, si bien la responsabilidad del Estado aparece como un supuesto especial, ninguna norma del Anteproyecto establece que no le serán aplicables los principios generales consagrados en ese Capítulo.

Cabe recordar que el mismo criterio fue adoptado al momento de redactarse el Proyecto de Unificación del CCyC de 1998,⁽⁷¹⁾ y fue rechazado por la doctrina administrativa.⁽⁷²⁾

De este modo, el Anteproyecto desconoce la procedencia de la responsabilidad estatal desarrollada por la propia jurisprudencia y la doctrina, que por regirse bajo los cánones del derecho público es una cuestión de carácter local. Lo mismo se aplica respecto de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y empleados públicos.

4.3.2. Proyecto

El Poder Ejecutivo nacional, impulsor de la iniciativa legislativa, envió al Congreso de la Nación⁽⁷³⁾ el entonces Proyecto de CCyC, con algunas modificaciones. En lo referido a la responsabilidad del Estado se pueden mencionar:

Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Artículo 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. 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,

(71) El mismo fue formulado por una Comisión Honoraria de juristas designados por el Poder Ejecutivo nacional: los doctores Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, tuvo ingreso en la Cámara de Diputados bajo el Expediente N° PE-54-99 del 08/07/1999 y sostenía, en lo sustancial, el mismo criterio que el Anteproyecto en cuestión.

(72) En aquella oportunidad, Cassagne se manifestó plenamente en contra al expresar: "El propio proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, contiene prescripciones especiales y diferentes en cuanto a la responsabilidad del Estado, regulada, erróneamente a nuestro juicio, como si fuera una responsabilidad especial del Derecho civil, a fin de mantener aquella pretendida unidad del derecho de daños; cuando en realidad se trata de reglar supuestos de responsabilidad de otro derecho común y sustantivo como es el Derecho Administrativo". CASSAGNE, JUAN C., "Las grandes...", *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido COMADIRA, J. RODOLFO, "La responsabilidad por su actividad lícita o legítima", en *Documentación Administrativa*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2004, t. 269/270, p. 307.

(73) Mensaje N° 884, 0706/2012, sancionado el 01/10/2014 bajo ley 26.994, BO 08/10/2014. Posteriormente, mediante ley 27.077 del 16/09/2014, BO 19/10/2014, se dispuso el adelantamiento de entrada en vigencia del Código para el 1 de agosto de 2015.

se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

De la presentación del Proyecto en la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación del CCyC surgen los principales fundamentos de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo nacional a los artículos transcritos.⁽⁷⁴⁾ Al respecto, se mencionó el sustento en la jurisprudencia de la Corte, y el carácter autónomo y esencialmente local de la responsabilidad del Estado.

4.3.3. Análisis de las distintas posturas adoptadas

Tanto de la doctrina como del debate parlamentario surgieron cuestionamientos de diversa índole, a favor y en contra.⁽⁷⁵⁾

En particular, atento a que el art. 1763 CCyC, del Título V, dispone que las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones, se observó que el art. 1764 CCyC, al declarar inaplicable el referido Título V a la Responsabilidad del Estado —ni de manera directa, ni subsidiaria—, implicaba admitir que el Estado no respondía.

Al respecto, cabe aclarar que el Estado debe responder no en virtud del derecho común sino por las prescripciones establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales, ya que constituye un principio fundamental en el Estado constitucional social de derecho que rige en nuestro país.

A ello debe agregársele que, al expresar el art. 1764 CCyC que las disposiciones del Título V no son aplicables a la responsabilidad del Estado, está reconociendo positivamente que la responsabilidad del Estado existe, y que a dicha responsabilidad no se le aplican tales disposiciones ni directa ni subsidiariamente. Sin embargo, ello no es óbice para que dicho cuerpo

(74) El 14/08/2012 los miembros integrantes de la comisión redactora, el Dr. Ricardo Lorenzetti, la Dra. Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, expusieron sus fundamentos ante la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación del CCyC. A su turno, el 21/08/2012 se hicieron presentes ante la referida Comisión, el Ministro de Justicia y Derecho Humanos de la Nación, Dr. Julio Alak y el Secretario de Justicia de la Nación, el Dr. Julián Álvarez.

(75) Ver los debates suscitados en las reuniones de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación del CCyC [en línea] <http://ccycn.congreso.gob.ar/index.html> en sus versiones taquigráficas; y las Audiencias Públicas que se realizaron en todo el país, [en línea] <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/>

normativo se aplique analógicamente, tal como lo ha admitido la Corte en reiterados pronunciamientos.⁽⁷⁶⁾

Asimismo, resulta imperioso advertir que el CCyC no distingue la responsabilidad contractual y extracontractual, y, en consecuencia, este regiría la responsabilidad del Estado respecto de los contratos administrativos, los cuales ya cuentan con un sistema normativo especial.

Otra de las consecuencias desfavorables de la aplicación del CCyC a la responsabilidad estatal radica en que el art. 1757⁽⁷⁷⁾ regula la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa. De aplicarse esta norma a la responsabilidad del Estado, sin distinguir su accionar lícito o ilícito, contractual o extracontractual, este se convertiría en un gran asegurador en función de la cantidad de actividades que desarrolla.

Sobre los arts. 1765 y 1766 CCyC también se han planteado manifestaciones a favor y en contra.

Al decir de Cassagne,⁽⁷⁸⁾ la fórmula plasmada en el que fuera Proyecto del Poder Ejecutivo nacional no altera la tradicional jurisprudencia de la Corte sobre la responsabilidad del Estado ni la correspondiente a los funcionarios y empleados públicos.

Sin embargo, se observó que no existían tales leyes administrativas que regulasen tanto la responsabilidad el Estado como la de los funcionarios públicos.⁽⁷⁹⁾ Al respecto, cabe recordar la teoría de la extensión interpretativa desarrollada en el punto anterior. En consecuencia, se trata de encontrar un orden en la aplicación de las normas; y, en función de ello, si no existe una legislación específica y tampoco una norma de derecho público, aun

(76) CSJN, Fallos: 190:142, 27/06/1941, Fallos: 321:174, 17/02/1998, Fallos: 195:66, 26/02/1943, Fallos: 312:659, 09/05/1989, Fallos: 312:2266, 23/11/1989, Fallos: 328:2654, 28/07/2005.

(77) Art. 1757, CCyC: "Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención".

(78) CASSAGNE, JUAN C., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 1, y agrega, particularmente sobre el art. 1765 CCyC, que "lejos de constituir una novedad implica la adopción de un criterio legislativo con anclaje en la doctrina tradicional del Derecho Administrativo y en la jurisprudencia de la Corte".

(79) Seguidamente se analizará la Ley de Responsabilidad del Estado.

incluida en el Código Civil que pueda aplicarse directamente, se deberá acudir a las normas de éste último en forma analógica.

El art. 1765 CCyC consagra el carácter autónomo y local de la responsabilidad estatal, esto es, como materia extraña al derecho privado. Y es enteramente lógico que así sea: no hay que olvidar que el Código Civil y Comercial habrá de regular las relaciones de derecho privado, entre particulares, y según los criterios de la justicia conmutativa.⁽⁸⁰⁾

En cuanto a las observaciones formuladas al art. 1766 CCyC se encuentran aquellas relativas a entender que la remisión al derecho administrativo implica asumir la irresponsabilidad de los funcionarios y empleados públicos.

Sobre ello, vale mencionar la distinción entre la falta personal y falta de servicio, ampliamente aceptada, resultando aplicable este artículo solo a la falta de servicio. Las faltas personales de los agentes públicos se regirán, como hasta ahora, por los preceptos del Código Civil. Por el contrario, las faltas de servicio, es decir, los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se regirán por las normas y principios del derecho administrativo.

En consecuencia, si no existiera una norma de derecho administrativo local que regule la falta de servicio, en virtud de lo dispuesto en el art. 1764, se podrá aplicar analógicamente el CCyC, pero de ninguna manera el perjuicio quedará sin su correspondiente reparación.

Como vemos, los artículos del CCyC son coherentes con la finalidad propuesta en el decreto 191/2011 en cuanto la regulación debía limitarse al derecho privado. Sin embargo, se admite que su incorporación constituye un supuesto denominado de "política legislativa". De haberse mantenido la redacción del Anteproyecto estaríamos en presencia de normas de derecho público incorporadas al CCyC. Pero tal circunstancia hubiera implicado desaprovechar la oportunidad histórica de reflejar en las normas la realidad, aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, y continuar en el camino de construir un derecho público completo e integral.

(80) SAMMARTINO, PATRICIO M., "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 234.

5. De la regulación específica de la responsabilidad del Estado desde el derecho administrativo

5.1. Acerca de la necesidad de una regulación específica

La mayoría de la doctrina administrativista se ha pronunciado a favor de una regulación específica e integral de la responsabilidad estatal.

Según Marienhoff, un sistema de derecho administrativo no es completo sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado.⁽⁸¹⁾

Desde una posición contraria, algunos autores consideran que una regulación sobre el tema implicaría un retroceso del sistema jurídico, construido jurisprudencialmente. Así, Bianchi entiende que “claramente” es la jurisprudencia de la Corte Suprema y la de los tribunales federales la que marca el ritmo con que la responsabilidad avanza o retrocede.⁽⁸²⁾

Analizado el aspecto jurídico, debe mencionarse que el avance de la legislación en materia de derecho público es una decisión política, el que deberá someterse a los mecanismos democráticos correspondientes.⁽⁸³⁾

Pero vale destacar que, tal regulación debe garantizar los derechos que nuestra Constitución reconoce, como el derecho a la propiedad y su inviolabilidad, así como el derecho a la igualdad ante las cargas públicas. Asimismo, tales derechos obtendrán su reconocimiento si se logra garantizar la plena vigencia del principio de dignidad humana.

Al respecto, solo basta mencionar las evidentes ventajas que una ley acarrearía en cuanto a facilitar el conocimiento y la aplicación del derecho, y la unificación de criterios, lo que conllevará inevitablemente a lograr una mayor seguridad jurídica para toda la sociedad.

(81) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado...*, op. cit., t. IV, p. 553, con cita a Schwartz.

(82) BIANCHI, ALBERTO B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, en *LL*, t. 1996-A, p. 924.

(83) “Conviene estar prevenido contra la tendencia que consiste en querer mecanizarlo todo a fin de suprimir cualquier apreciación subjetiva. Porque no hay maquinaria alguna que dispense al jurista de la carga de las responsabilidades personales que le incumben, de determinar en un momento dado qué concepciones son buenas para incluir en el articulado de la ley o en doctrina de derecho positivo”. LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado...*, op. cit., p. 38.

5.2. Bases jurídicas fundamentales para la regulación de la responsabilidad del Estado desde el derecho administrativo

Al respecto, cabe mencionar que la reciente ley 26.944 sobre responsabilidad del Estado⁽⁸⁴⁾ guarda coherencia con lo plasmado en los arts. 1764 a 1766 CCyC, en el sentido expresado en el capítulo anterior, y recepta los criterios establecidos pretorianamente por la CSJN.

Profundizar sobre el debate parlamentario excede ampliamente los parámetros del presente, pero cabe mencionar que las discusiones versaron sobre los artículos que establecen la inaplicabilidad de las disposiciones del CCyC a la responsabilidad del Estado, ni de manera directa ni subsidiaria,⁽⁸⁵⁾ y la posibilidad de las provincias de legislar sobre la materia.⁽⁸⁶⁾ Ambas normas son concordantes con la con la línea argumentativa expuesta a lo largo del presente.

Por otro lado, cabe destacar el objeto de regulación de la ley, limitado a la responsabilidad extracontractual del Estado dado que su actuación contractual está sujeta a la legislación específica que la regula y a las particulares condiciones a las que se somete voluntariamente con la otra parte.⁽⁸⁷⁾

Asimismo, el ámbito de aplicación personal de la ley no se limita a la responsabilidad del Poder Ejecutivo nacional sino que comprende a los tres poderes.⁽⁸⁸⁾

(84) Mensaje N° 1780/13, enviado a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el 12/11/2013, Expte N° 9-PE-13. El mismo obtuvo sanción el 23/11/2013, bajo la Orden del Día N° 2704/2013 y sanción definitiva del Senado de la Nación el 02/07/2014, bajo la Orden del Día N° 214/2014, BO 07/08/2014.

(85) Art. 1° ley 26.944: "Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

(86) Art. 11 ley 26.944: "Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos".

(87) Art. 10 ley 26.944: "La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicables al Estado en su carácter de empleador".

(88) "La responsabilidad extracontractual del Estado tanto puede originarse o surgir de un comportamiento del órgano ejecutivo de gobierno, como del órgano legislativo o del órgano judicial". MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado...*, t. II, op. cit., p. 552. Así lo entendió también la iniciativa parlamentaria ya que no efectúa, en ninguna parte del articulado, una aclaración

Otra cuestión a considerar es el carácter directo de la responsabilidad del Estado. Es decir: el Estado será imputable directamente aun cuando la falta de servicio sea derivada del hecho de los agentes⁽⁸⁹⁾ pues, en virtud de la teoría del órgano, estos no actúan por sí sino que quien actúa o deja de actuar es el propio Estado.

Uno de los temas que más ha suscitado discusión es lo relativo al alcance y a la medida de la indemnización.⁽⁹⁰⁾ Al respecto, la reparación como consecuencia de la actividad o inactividad ilícita del Estado, debe ser plena si se quiere dar cumplimiento con lo establecido por nuestra Carta Magna.

Por el contrario, sobre el alcance de la reparación por actividad lícita, cabe recordar que el Derecho Administrativo ya cuenta con una legislación específica de indemnización por el accionar lícito del Estado, como es la expropiación.

Con fundamento en el derecho a la igualdad ante las cargas públicas, el derecho a la propiedad y su inviolabilidad, la indemnización excluye la consideración del lucro cesante en tanto el Estado, en su accionar lícito y regular, persigue la satisfacción del interés público. Del mismo modo, el propio Código tampoco reconoce este concepto como consecuencia del accionar lícito de cualquier persona.

Por último, la ley contempla la responsabilidad del funcionario y empleado público,⁽⁹¹⁾ en lo que no se encuentre ya regulado por las leyes especiales que rigen la responsabilidad administrativa, profesional, civil y penal.

6. Conclusiones

6.1. *Respecto a la disciplina que regula la responsabilidad del Estado*

- a. La responsabilidad del Estado es una cuestión que concierne al derecho público

relativa a qué poder del Estado refiere. Por lo tanto, debe considerarse que, al expresar que "esta ley rige la responsabilidad del Estado", se aplica a los tres poderes.

(89) CSJN, "Vadell, Jorge...", fallo cit., "Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto s/daños y perjuicios", 17/07/2010, Fallos: 333:1404; "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/daños y perjuicios", 08/10/2013, fallo C. 127. XLVII.

(90) Art. 5º, ley 26.944.

(91) Art. 9º, ley 26.944.

La división histórica del derecho en público y privado, con expresa recepción en nuestro sistema normativo, doctrinario y jurisprudencial, se funda en las evidentes notas distintivas que poseen ambas ramas del derecho así como en la conveniencia de establecer con claridad los principios opuestos que rigen las relaciones entre los particulares, por un lado, y las relaciones en las que interviene el Estado, por otro, a fin de orientar un funcionamiento coordinado y de cooperación entre ambas ramas.

En un sistema de gobierno representativo, republicano y federal, el derecho público adquiere singular importancia. Las autonomías provinciales implican el reconocimiento del carácter local del derecho público.

En este contexto, la adecuación del accionar del Estado al ordenamiento jurídico incluye el deber de responder por los daños que ocasiona de acuerdo a los principios y reglas especiales de derecho público.

- b. La responsabilidad del Estado se rige por los principios y reglas del derecho administrativo

El sistema normativo de un Estado se encuentra influido por la ideología política imperante, por las necesidades sociales y el orden ganado de acuerdo a las legitimidades históricas que cada sociedad define; el derecho administrativo no está exento de esta realidad.

El derecho administrativo es una ciencia autónoma ya que recurre directamente a los principios establecidos en la Constitución Nacional, norma jurídica, que goza de supremacía y que posee eficacia directa.

6.2. En relación a la competencia de la Comisión para regular la responsabilidad del Estado en el CCyC

Los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto no resultaron una derivación razonada del decreto 191/2011. La propuesta de la Comisión excedía el ámbito de atribuciones conferidas que, ni expresa ni implícitamente, la facultaba a regular una materia propia del derecho público.

Las previsiones normativas del derecho privado se podrán aplicar solo analógicamente. Esta metodología exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del derecho público.

La complejidad de una múltiple regulación como consecuencia de las autonomías provinciales no puede constituir un freno para el fortalecimiento del derecho administrativo, más aún cuando la propia Ley Fundamental les reconoce el derecho a darse sus propias instituciones y a regirse por ellas.

6.3. En cuanto a la necesidad de una regulación específica sobre la responsabilidad del Estado desde el derecho administrativo

Una norma especial garantiza no solo el derecho a la propiedad y su inviolabilidad, sino también la unidad de criterio y la igualdad. Nuestro derecho público es merecedor de una ley regulatoria de la responsabilidad estatal para lograr la autosatisfacción del derecho administrativo en esta materia.

Avanzar en una regulación o mantener el *statu quo* es una cuestión discrecional del poder político de un país y contiene una gran determinación ideológica, en tanto la decisión final la define el voto de quienes representan la voluntad popular.



Aportes jurisprudenciales a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado

SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ⁽¹⁾

*“Pues el derecho es el Saturno que devora a sus propios hijos; el derecho
puede rejuvenecerse en tanto que rompe con su propio pasado”*
Ihering, Rudolf von, La lucha por el derecho



1. Introducción

La sanción de la nueva Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal (LRE), que en líneas generales receptó con diversos matices los estándares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha generado profusas críticas por parte de los sectores académicos.

El fenómeno resulta ciertamente interesante. Por un lado, se han desenvuelto las tres principales fuentes de nuestro derecho: la jurisprudencia, sentando durante décadas diversos criterios concretos que se convirtieron en reglas prácticamente consuetudinarias; la legislación, receptando esas directrices de forma sistemática y dándole imperio general; y la doctrina, primero esquematizando los precedentes relevantes y luego con duras críticas a la nueva ley.

(1) Agradezco especialmente al Dr. Andrés Ascárate por su colaboración en este trabajo.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la resistencia de los académicos a esta asimilación legislativa se dio en el marco de un proceso de codificación general,⁽²⁾ lo cual reedita en nuestro ordenamiento una histórica dialéctica ante fenómenos similares. Desde el lejano Código Hammurabi o la Ley de las Doce Tablas, a los recientes códigos sancionados por el Congreso de la Nación, en todo proceso codificador se sintetizan dos tendencias antagónicas. Por un lado, a modo de fuerza centrípeta, la recepción de ciertas reglas enraizadas en la comunidad jurídica, para darle un nuevo origen o validez formal a través del Poder Legislativo. Por el otro, la natural resistencia a esta modificación que actúa como fuerza centrífuga, rescatando el valor y la vigencia de los viejos estándares consuetudinarios o jurisprudenciales.

Resulta ejemplificativo el debate que ocasionó hace dos siglos el Código Napoleón en los territorios que actualmente conforman la República Federal Alemana. En pleno auge de las ideas codificadoras que se exportaban desde Francia, los juristas alemanes debatían sobre la asimilación y el rechazo de estas corrientes. En ese marco, la naciente escuela historicista de Savigny renegaba de la ley como fuente del derecho y realzaba a la costumbre, es decir, la sana tradición popular de los pueblos germánicos frente al derecho romano que, a fin de cuentas, era un conjunto de normas importadas.⁽³⁾

En la concepción filosófica de Savigny, cada pueblo es el sujeto de su propio derecho, el cual nace, progresa y perece con él. "Lo que forma un único todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario (...) semejantes actividades características hacen de cada pueblo un individuo".⁽⁴⁾ El derecho sería, entonces, un producto que emerge de forma natural de la evolución de las costumbres de cada pueblo.

Años después, Ihering, inicialmente seguidor de estas ideas, vendría a romper con esta concepción cargada de ingenuidad y romanticismo. El derecho ya no sería el fruto de la pacífica evolución histórica de un pueblo, sino la variable resultante de una puja, una lucha entre los individuos que

(2) Código Civil y Comercial (ley 26.994); Código Procesal Penal, sancionado (ley 27.063); y Digesto Jurídico Argentino (ley 26.939).

(3) BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, R. de Asís y A. Greppi (trads.), Debate, Madrid, 1993, pp. 133/134.

(4) BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 68/69, con cita de F. K. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*.

lo integran. Así, las concepciones de Ihering y Savigny colisionan en dos frases programáticas. Mientras que para Savigny el derecho no podía ser nunca fruto "del azar, ni de la voluntad, la reflexión o la sabiduría de los hombres"; lo que para Ihering se halla en el origen mismo del derecho es "la lucha y el trabajo del entendimiento humano: intuición, reflexión, conciencia y cálculo".⁽⁵⁾ Con una actualidad asombrosa, decía Ihering:

... una alteración que la ley impone al derecho existente, puede limitar su influencia posiblemente a lo último, a la esfera de lo abstracto, sin extender sus efectos al dominio de las relaciones concretas que se han formado en base al derecho hasta aquí —una mera alteración del mecanismo del derecho, en el que un tornillo inservible o un rodillo es suplantado por otro más perfecto—. Pero muy a menudo están las cosas de tal modo que la alteración se puede alcanzar solo al precio de una intervención extremadamente viva en los derechos e intereses privados existentes. *Se han ligado en el curso del tiempo con el derecho existente los intereses de millares de individuos y de estamentos enteros de tal modo que no se puede suprimir sin lesionar a los últimos de la manera más sensible*; poner en discusión la prescripción jurídica o la institución, equivale a declarar la guerra a todos esos intereses, a arrancar un pólipo que se ha aferrado con mil brazos. Todo intento de esa clase suscita por tanto, en la actuación natural del instinto de conservación, la más violenta resistencia de los intereses amenazados y con ello una lucha en la que, como en toda lucha, no da la pauta el peso de las razones, sino la proporción de poder de las fuerzas en pugna y así no raramente provoca el mismo resultado que en el paralelogramo de las fuerzas, una desviación de la línea original en la diagonal. Solo así es explicable que instituciones sobre las cuales ha sido pronunciado el juicio público hace tiempo, pueden a menudo continuar largo tiempo su vida; no es la fuerza de inercia de la capacidad histórica de afirmación la que les sostiene, sino la fuerza de resistencia de los intereses que sostienen su posesión.⁽⁶⁾

(5) GONZÁLEZ VICEN, FELIPE, "Ihering y el problema del método jurídico", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Gobierno de España, Madrid, 1987, p. 238.

(6) IHERING, RUDOLF VON, *La lucha por el derecho*, 2ª ed., Bs. As., Araujo, 1939, cap. I.

Las palabras del ilustre jurista alemán se aplican perfectamente a lo que ha sucedido con la nueva normativa sobre la responsabilidad del Estado. Mucho más aún: todo este debate entre los defensores del nacimiento pacífico y causal del derecho y aquellos que lo ven como producto de un conflicto se reedita cada vez que una ley pretende recoger estándares arraigados en la doctrina y la jurisprudencia. Y si se encara la LRE desde esta óptica, queda en evidencia la cuestión central que subyace a la discusión generada: ¿se trata del fruto pacífico de una evolución histórica, como sugería Savigny?; ¿o, en la línea de Ihering, es un nuevo golpe en la antigua lucha por el derecho a obtener del Estado el pago de una indemnización?

2. La LRE como receptora de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Debemos señalar que en buena medida la Ley ha reconocido los estándares generales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los cuales se advierten claramente en algunos institutos que veremos a continuación.

2.1. La obligación de indemnizar, y el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal

La primera recepción de la jurisprudencia, que se encuentra implícita es la obligación estatal de indemnizar a los ciudadanos. Este principio de raigambre constitucional ha sido consagrado por diversos tratados con jerarquía constitucional,⁽⁷⁾ y su reconocimiento se remonta al origen mismo del derecho administrativo.⁽⁸⁾

Lo cierto es que la responsabilidad estatal es reconocida desde mucho tiempo atrás, y se coincide en que la CSJN recurría inicialmente a un método de imputación indirecto y subjetivo, fundado en los arts. 1109 y 1113 CC.⁽⁹⁾ Luego, se evolucionó a un criterio objetivo e indirecto,⁽¹⁰⁾ para pasar, con el precedente "Vadell" a un tipo de imputación independiente, de carácter

(7) Arts. 16, 17 y 19 CN; arts. II y XXIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1º, 7º y 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(8) Como es sabido, el *Arrêt "Blanco"*, del 8 de febrero de 1873 fue el primer hito en el que no solo se instituyó la responsabilidad administrativa del Estado, distinta de la civil, sino que se sostiene que en virtud de ese caso se fundó el derecho administrativo.

(9) CSJN, "Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional", 1933, Fallos: 169:111.

(10) CSJN, "F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires", 1938, Fallos: 182:5.

objetivo. Se resolvió allí que quien se compromete a prestar un servicio lo debe realizar adecuadamente.⁽¹¹⁾

2.2. La falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad por actividad ilícita

Esta objetivación implicó un salto evolutivo desde la falta personal del agente del Estado que producía el daño hasta la falta objetiva del servicio. La posibilidad de extender esta falta personal al Estado fue el punto de partida del derecho administrativo, que al erigir a la falta de servicio como antagónica a la falta personal, permitió independizar la imputación de la actitud subjetiva del funcionario.

En Francia fue determinante la diferencia entre la falta personal y la falta de servicio pues, a partir de ella, se extraería el régimen jurídico que le sería aplicable. Suele citarse en este punto a Laferrière, quien sostenía que existía una “falta de servicio si el acto que genera perjuicio es impersonal y revela a la administración más o menos que da motivo al error. La falta personal, por el contrario, es la que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia”.⁽¹²⁾

Este clásico instituto que cimenta la responsabilidad del estado fue recogido en el art. 3º, inc. d LRE, que define a la falta de servicio como toda “actuación u omisión irregular”. Entre la multiplicidad de formulaciones que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Mosca” consideró que se trata de una “violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular”.⁽¹³⁾

Sin embargo, la norma no contiene ninguna disposición que permita imputar al Estado un daño a través de otro tipo de factores de atribución objetivos, como el riesgo o vicio de las cosas previsto en el antiguo art. 1113 CC y en

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

(12) ABERASTURY, PEDRO, *La nueva ley de responsabilidad del Estado*, ADLA 2014-25, 18.

(13) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, 06/03/2007, Fallos: 330:563; también Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 317:1233; 318:77; 319:2824; 320:266; 321:1776; 323:3973; 325:1277; 328:4175; 329:3065; 329:3168; 330:3447; 330:2748, 331:1690; 331:173. En el mismo sentido, CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, “Albornoz, Claudio Marino c/ EN-Ministerio Justicia s/ daños y perjuicios”, 23/10/2007; y “Abeiro Claudio Alejandro c/ EN – Ministerio Justicia s/ daños y perjuicios”, 08/03/2012; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, “Amiano, M. E. y otro c/ E.N. Ministerio de Justicia”, 07/10/1999; “Stalker, A. R. c/ INSSJP y otros s/ Proceso de Ejecución”, 29/08/2000; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala V, “Oppizzi, R. L. c/ YPF SE s/ Juicio de Conocimiento”, 12/08/2002.

los actuales arts. 1757 y 1758 CCyC. Algunos autores criticaron tal omisión al entender que implicaría la ausencia de responsabilidad del Estado ante estos supuestos,⁽¹⁴⁾ mientras que otros han procurado llenar ese vacío recurriendo a las normas de derecho común.⁽¹⁵⁾ La Corte Suprema, en ciertos casos, ha admitido la responsabilidad por el riesgo de las cosas,⁽¹⁶⁾ por lo cual se trata de un debate abierto.

2.3. Daño cierto

El art. 3º, inc. a LRE recibe el criterio unánime sobre la certeza del daño. El Máximo Tribunal sentenció históricamente que solo resulta indemnizable el daño cierto y susceptible de comprobación judicial, 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.⁽¹⁷⁾

2.4. La responsabilidad del Estado como instituto de derecho administrativo y aplicación del Código Civil

El art. 1º LRE declara que no son aplicables a la materia las disposiciones del Código Civil de manera directa ni subsidiaria. Con ello reconoce el criterio que asumió la CSJN en la causa “Barreto”, donde reconoció de forma contundente que la responsabilidad del Estado no es una cuestión de derecho común, en los términos del art. 75, inc. 12, CN sino que se trata de una materia propia de derecho público local. Citando a Marienhoff, Fiorini y Forsthoff, sostuvo:

... en el sub lite los actores persiguen —con apoyo en disposiciones contenidas en el Código Civil— la reparación de los perjuicios derivados del accionar irregular de personal de la policía provincial en la realización de tareas de prevención de delitos. La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado

(14) PERRINO, PABLO, “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, *EDA*, año LIII, n° 13.698, 31/03/2015.

(15) GALDOS, JORGE M., “La responsabilidad del Estado en la ley 26.944 por el daño causado por las cosas de su propiedad”, en *RCyS* 2014-XII, 20.

(16) CSJN, “Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/ Buenos aires, Provincia de y otro s/ cobro de pesos”, 22/12/1987, (Fallos: 310:2804); y también Fallos: 330:563; 315:2834.

(17) CSJN “Rodríguez, Mario y Francisco c/ Provincia de Buenos Aires”, 1985, Fallos: 307:169; y también Fallos: 311:2683; 312:1599; 312:316; 315:2865; 318:531; 320:266; 330:2748; 332:1367.

local por la presunta “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias (Fallos: 306:2030 y sus citas; 320:1999, dictamen de la señora Procuradora Fiscal a la que adhiere este Tribunal) (...) se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; **materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado.**⁽¹⁸⁾

Si he recurrido a esta extensa transcripción es porque entiendo que la claridad de la sentencia de la Corte y de la recepción normativa efectuada en la LRE debiera dar por superado el estéril debate sobre este punto. Por un lado, el Máximo Tribunal asumió la posibilidad de que exista una multiplicidad de ordenamientos jurídicos locales sobre responsabilidad del Estado como una consecuencia lógica de la forma de estado federal; y por el otro, la ley ha sido cautelosa al precisar que el Código Civil no es aplicable de forma “directa ni subsidiaria”, sin vedar la analogía, lo cual resulta evidente ya que esta es la herramienta básica de todo tipo de razonamiento jurídico.⁽¹⁹⁾ Sin embargo la doctrina continúa discurriendo sobre el asunto.⁽²⁰⁾

(18) CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:759, consids. 9º y 10, el resaltado es mío.

(19) Arts. 16 CC y 2º CCyC. El propio mensaje de elevación del Proyecto de Ley, en ese sentido, expresó: “Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del ‘derecho administrativo (Fallos: 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (Fallos: 321:174)”.

(20) PERRINO, PABLO, “La falta de servicio...”, *op. cit.*; GELLY, MARÍA ANGÉLICA, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, en LL 2014-E, 659; COVIELLO, PEDRO, “Los jueces frente a la ley de responsabilidad del Estado”, en ED 259-903; GALDOS, JORGE M., “La responsabilidad...”, *op. cit.*

2.5. Relación de causalidad directa, exclusiva y excluyente en materia de responsabilidad por actividad lícita

A diferencia de lo que sucedió en materia de responsabilidad por actividad ilícita, la Corte Suprema delineó un estándar más exigente en la relación de causalidad de los daños ocasionados por actividad estatal lícita. Sorteando la problemática sobre causalidad adecuada, en el caso "Tejedurías Magallanes", exigió la acreditación de una "relación de causalidad *directa e inmediata* entre el accionar del Estado y el perjuicio";⁽²¹⁾ y luego a partir del precedente "Ledesma", agregó la nota de exclusividad a este vínculo causal;⁽²²⁾ un criterio que luego repitió en diversas oportunidades.⁽²³⁾

El inc. d, del art. 4º LRE, en tanto exige una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño, es, entonces, la consagración de estos precedentes.

2.6. El sacrificio especial como factor de atribución de la responsabilidad por actividad lícita. La ausencia de un deber de soportar el daño

El principio general de que todos los ciudadanos deben soportar las cargas públicas supone, como es sabido, la igualdad con que estas deben distribuirse.⁽²⁴⁾ Ello ha llevado al Tribunal Supremo a admitir, progresivamente, la existencia de una obligación estatal de indemnizar ciertos perjuicios "especiales", "diferenciados", "particulares" o "ca-

(21) CSJN, "Ferrari, A. H. E. y otros c/ Consejo de Adm. del Inst. Politécnico Ind. de Berazategui s/ reintegro descuento de haberes", 10/09/1989, Fallos: 312:1656. En materia de causalidad adecuada, pueden verse los precedentes de la CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "Kohan, Julio c/ E. N. (Ministerio de Defensa) y Otros s/ contrato administrativo", 10/09/96; "Blanco Gálvez, Miguel Ángel y otros c/ Spolski, Alberto y otro s/ daños y perjuicios", 13/05/2008, "Marciano Raúl Alberto y otro c/ Banco Central de la República Argentina s/ proceso de conocimiento", 10/04/2012; "Moro, Eduardo Fabián y otro c/ BCRA s/ proceso de conocimiento", 12/06/2012, CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "Guerra Rosendo Osvaldo c/ Banco Central de la República Argentina s/ Daños y Perjuicios", 08/11/2005; "González, Jorge c/ PFA - Ministerio Interior s/ Daños y Perjuicios", 29/03/2007 y "Rodríguez de Matías, Rosa Nélida c/ Nación Argentina (Ministerio del Interior) Policía Fed. y Sr. Vera Julio s/ juicios de conocimiento", 12/06/2001.

(22) CSJN, "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A", 22/04/2008, Fallos: 312:819.

(23) CSJN, "Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario", 15/08/1995, Fallos: 318:1531; y también Fallos: 328:2654.

(24) Resulta interesante el voto del Dr. Fayt en la causa "Revestek", en el cual precisó que la vida en sociedad no solo impone la obligación de soportar las cargas públicas, sino también el deber de solidaridad. CSJN, "Revestek S. A...", fallo cit.

lificados" que son consecuencia de su actividad regular.⁽²⁵⁾ El momento cumbre de esta evolución se dio con en el caso "Columbia", en el que resolvió que la indemnización de este tipo de perjuicios requiere acreditar un "sacrificio especial" y "la ausencia de deber de soportar el daño".⁽²⁶⁾ Los incs. d y e del art. 4º LRE contienen estos recaudos aceptados pacíficamente.

En particular, el art. 4º, inc. e, LRE aclara que el sacrificio especial, diferenciado del resto de la comunidad, se configura "por la afectación de un derecho adquirido", con lo cual —con cierta deficiencia legislativa— parece hacer referencia al precedente "Revestek",⁽²⁷⁾ en cuanto exigió que el Estado "debe haber producido una lesión a una situación jurídicamente protegida", aclarando que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento inalterable del ordenamiento jurídico.

3. La LRE como reformadora de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ahora bien, sin perjuicio de la recepción señalada, la nueva ley también ha actuado modificando los estándares reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Congreso es más exigente, principalmente al delinear los requisitos para las indemnizaciones por el obrar lícito del estado, la responsabilidad por omisión y los daños ocasionados por el Poder Judicial.

3.1. *Carácter excepcional de la responsabilidad por actividad lícita*

El art. 5º LRE declara que la responsabilidad por actividad lícita es de carácter excepcional, lo cual implica consagrar un principio general que exige un escrutinio mucho más estricto para la admisibilidad de este tipo de acciones. Esta no es una pauta consolidada en la Corte Suprema

(25) CSJN, "Establecimientos Americanos Graty S.A. c/ Nación", 1938, Fallos: 180:107, y también Fallos: 248:83; 293:630; 308:2626; 315:1026; 316:397; 317:1233; 320:955; 321:2345; 323:1897. En el mismo sentido, CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "El Verdadero Paraíso S.R.L. c/ Estado Nacional", 21/08/2007; "La Vendimia S.A. c/ EN (Ministerio Economía Secret. de Com. Interior)", 01/02/2008; "Cengi, S.A. c/ Estado nacional", 05/04/1994; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala I, "Tecnología Integral Médica S.A. c/ Ministerio de Economía y otro", 22/04/1997; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "Copromaneu S.A. c/ SENASA y Calidad Agroalimentaria s/ resolución 113/1994", 04/12/2006.

(26) CSJN, "Columbia Cía. Financiera c/ E. N. Ministerio de Economía", 02/08/200, Fallos: 323:1897.

(27) CSJN, "Revestek S. A...", fallo cit.

de Justicia de la Nación, y solo fue expuesta en el precedente “Malma Trading”,⁽²⁸⁾ sin llegar a considerarse un criterio con raigambre jurisprudencial sólida.⁽²⁹⁾

3.2. Indemnización limitada en la responsabilidad por actividad lícita

La LRE dispone en su art. 5° que en estos supuestos de responsabilidad 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, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”. Además, declara improcedente el lucro cesante, cuya reparación no procede “en ningún caso”. Con estas limitaciones, la norma se sitúa en franca contradicción a la evolución jurisprudencial de la CSJN, que partió desde el desconocimiento del lucro cesante en materia extracontractual⁽³⁰⁾ y la admisibilidad ante supuestos de responsabilidad contractual,⁽³¹⁾ hasta una indemnización plena consagrada en el precedente “El Jacarandá”, y luego ratificada en diversas oportunidades.⁽³²⁾

3.3. Responsabilidad por omisión

La norma ha ubicado a la responsabilidad por omisión como un subtipo de aquella derivada por la actividad ilícita de la administración. En concreto, la define como una variante de la falta de servicio, superando un viejo debate entre los partidarios de encuadrarla en el art. 1112 (Gordillo, Gambier y Comadira) o en el art. 1074 CC (Marienhoff, Cassagne,

(28) CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado nacional – Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento”, del 15/05/2014.

(29) Sostiene Bianchi que, en numerosas ocasiones, la Corte trató acciones de daños ocasionados por el obrar regular del Estado, sin llegar a consagrar la excepcionalidad referida, que podría llevar a renacer al principio de infalibilidad real, *The King can do no wrong*. BIANCHI, ALBERTO, “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (a propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado”, en ED 259-687.

(30) CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires”, 1943, Fallos: 195:66; y también Fallos: 293:617; 312:659.

(31) CSJN, “Compañía Industrial de Alcalis (CIDASA) c/ Nación Argentina”, 1984, Fallos: 306:140; y también Fallos: 307:2399; 311:233; 312:2269; 316:1335; 316:1428.

(32) CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 09/06/2009, Fallos: 332:1367; “IMSA MICSA c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - OSNA - Ente Residual s/ proceso de conocimiento”, 22/12/2009, Fallos: 332:2801.

Mertehikian).⁽³³⁾ Sin embargo, esta irregularidad “solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.⁽³⁴⁾

A primera vista, podría sostenerse que, al exigir un mandato normativo expreso y determinado, la Ley procura brindar precisión a un principio de sentido común, pues responsabilizar al Estado por cualquier omisión, resultaría evidentemente disvalioso.⁽³⁵⁾ Sin embargo, la nutrida jurisprudencia de la Corte⁽³⁶⁾ progresó hasta llegar a los precedentes “Zacarías”⁽³⁷⁾ y “Mosca”.⁽³⁸⁾ De donde se desprenden dos núcleos conceptuales que no han sido recibidos en la norma que comentamos: en primer lugar, deben diferenciarse “entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, 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”.⁽³⁹⁾ Estos últimos casos, deben “ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.⁽⁴⁰⁾

En segundo término, el Máximo Tribunal fijó cuatro pautas determinantes de la responsabilidad por omisión: a) la naturaleza de la actividad; b) los medios de que dispone el servicio; c) el lazo que une a la víctima con el servicio, y d) el grado de previsibilidad del daño.

(33) Por todos, ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VII, 10ª ed., Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, pp. 660/662; ABERASTURY, Pedro, “La responsabilidad del Estado por omisión – en el ejercicio del poder de policía”, en *JA*, Suplemento 2010-II, 19/05/2010; BORETTO, MAURICIO, “Responsabilidad del Estado por omisión: reflexiones a mano alzada”, en *ED* 253-229, con cita de D. Cohen, “Límites de la responsabilidad del Estado por omisión. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

(34) Art. 3º, inc. d LRE.

(35) CATALANO, MARIANA, “Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reformas al Código Civil”, en *RCyS* 2014-XII, 5.

(36) Ver el acabado panorama descrito en COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot 2013, p. 1539.

(37) CSJN, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, 28/04/1998, Fallos: 321:1124.

(38) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo...” fallo cit.

(39) *Ibid.*, consid. 6º.

(40) *Ibid.*

La LRE no ha recogido estos parámetros, y se ha dicho que al condicionar la indemnización a la inobservancia de un deber normativo de actuación “expreso y determinado” su letra deja fuera un ámbito de responsabilidad que en principio se encontraba admitido en la jurisprudencia de la Corte Suprema.⁽⁴¹⁾

3.4. Responsabilidad por actividad judicial

La única mención a la responsabilidad por actividad jurisdiccional contenida en la ley, se encuentra en su art. 5, que dispone que los daños causados “por la actividad judicial ilegítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

Ciertamente, la generalidad de la disposición dificulta evaluar su ámbito de aplicación concreto. La norma pareciera hacer referencia principalmente al instituto de la prisión preventiva, pero ello no es claro. Y si bien no era necesaria la diferenciación que ha realizado la doctrina entre la responsabilidad *in iudicando* e *improcedendo*, se han omitido estándares bastante arraigados en la jurisprudencia de la Corte Suprema que pueden resumirse en los siguientes términos:

- a. la mera revocación de un acto judicial no otorga el derecho a solicitar la indemnización, ya que debe declararse por un nuevo pronunciamiento judicial la nulidad de la disposición que perjudica al justiciable;⁽⁴²⁾
- b. en materia de prisión preventiva, la absolución del procesado no habilita a indemnizarlo si el auto que la dispuso “encuentra sustento lógico suficiente en las constancias de la causa”;⁽⁴³⁾ y
- c. sin embargo, ante ciertos casos, la morosidad judicial manifiesta, o el excesivo tiempo de detención, resulta indemnizable.⁽⁴⁴⁾

(41) CANDA, FABIÁN, “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.’”, en *EDA*, n° 13.718, 30/04/2015, donde el autor propone una interpretación amplia de la ley. En el mismo sentido, PERRINO, PABLO, “La falta de servicio...”, *op. cit.*

(42) CSJN “Garda Ortiz, Enrique c/ Nación Argentina”, 1986, Fallos: 308:2095; y también Fallos: 311:1007; 317:1233; 318:1990; 319:2527; 319:2824; 321:1712; 332:552; CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, “Albornoz”, 23/10/2007 y “Abeiro”, 08/03/2012.

(43) CSJN, “Pouler, E. R. c/ Estado Nac. Ministerio de Justicia s/ daños y perjuicios”, 08/05/2007, Fallos: 330:2112, y “Putallaz, Víctor Orlando c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia de la Nación”, 23/03/2010, Fallos: 333:273, entre otros.

(44) CSJN, “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios varios”, 01/11/199, Fallos: 322:2683; y especialmente “Mezzadra, Jorge Oscar c/ EN M° Justicia y DDHH s/ daños y perjuicios”, 08/11/2011, Fallos: 334:1302 y sus citas.

La omisión no es menor ya que la indemnización por actividad judicial tiene fundamentos constitucionales expresos y contundentes en el art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los arts. 9º, inc. 5, y 14, inc. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.⁽⁴⁵⁾

3.5. Cuestiones controversiales

Finalmente, cabe señalar que la ley contiene cuestiones que han sido fuertemente criticadas por la doctrina, algunas de las cuales ya han suscitado planteos judiciales, y cuyo análisis debo omitir en mi condición de integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Entre ellas, en primer lugar, se encuentra la improcedencia de las "sanciones pecuniarias disuasivas" contra el Estado, sus agentes y funcionarios;⁽⁴⁶⁾ en segundo término, la exención de responsabilidad, aun subsidiaria, ante los perjuicios ocasionados por los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos;⁽⁴⁷⁾ y, por último, la posibilidad de condenar al Estado a indemnizar en aquellos supuestos en que se configura la concausa y/o culpas concurrentes.⁽⁴⁸⁾

4. Reflexiones finales

"Lo que fue, eso mismo será; lo que se hizo, eso mismo se hará: ¡no hay nada nuevo bajo el sol!".⁽⁴⁹⁾ El repaso que hemos llevado a cabo demuestra que la ley 26.944 no ha traído grandes innovaciones, ni en lo jurídico, enfocando la lupa en su contenido, ni en lo sociológico, observando el proceso de elaboración y la reacción crítica de los académicos.

En lo primero, más que una ley general reguladora de los daños producidos por el Estado, se trata de una norma asentada sobre criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, asimilándolos o rechazándolos. Mas, deja fuera numerosos aspectos propios de una "Ley de Responsabilidad del Estado" (v. gr.: principios generales en la materia, la cuestión relativa al *ex ante* y la prevención de los daños; definiciones sobre los conceptos

(45) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., p. 1555.

(46) Art. 1º, ley 26.944.

(47) Art. 6º, ley 26.944.

(48) Arts. 2º, 3º inc. c, y 4º, inc. c, ley 26.944.

(49) Palabras que suelen atribuirse al Rey Salomón en el Libro del Eclesiastés (Ecl. 1:9).

elaborados por los tribunales como la “falta de servicio” o el “sacrificio especial”; procedimientos previos de conciliación; las consecuencias del dictado de una ley del Congreso que expresamente reconozca una reparación tasada; la condena ante un tribunal internacional como fuente de indemnización estatal; etc.). En rigor, todo el articulado supone la traba de un conflicto y, por ende, se trata más bien de una modesta ley reguladora de la acción judicial de indemnización de los daños ocasionados por el Estado. De donde puede asumirse, sin menospreciar los valiosos aportes de otros sectores, que se trata de una norma que tuvo origen en los tribunales y se encuentra destinada a ellos.

En lo segundo, dado este carácter, buena parte de las críticas que ha recibido resultan desproporcionadas o, cuanto menos, apresuradas. Los tribunales federales, destinados a aplicar la nueva normativa, contaban antes con criterios extraídos de los casos de la Corte Suprema, cuya obligatoriedad relativa los obliga a seguirlos si no se aportan nuevos fundamentos.⁽⁵⁰⁾ Ahora pueden recurrir a parámetros plasmados en una ley del Congreso de la Nación que, sin necesidad de recurrir a la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico —el control de constitucionalidad—, puede ser modulada por vía interpretativa. Máxime en una materia donde prima lo casuístico sobre lo sistémico, y en la cual la prueba concreta aportada en cada causa adquiere un rol determinante.

Desde esta óptica, sostener que se ha producido un cambio sustancial en la materia implicaría no solo un análisis abstracto y desapegado de la realidad de los expedientes, sino también menospreciar la vigencia que tienen diariamente los estándares de la Corte Suprema en las sentencias de los tribunales inferiores y sobreestimar el valor de la legislación.

Volviendo entonces al interrogante inicial: esta ley, ¿es el fruto pacífico de una evolución histórica?, ¿o forma parte de la lucha por el derecho? Creemos que ninguna de ellas...

Sumarse a esta discusión, cuestionando las reformas introducidas por la ley, o defendiendo sus recepciones legislativas, implica reeditar un infructuoso e innecesario debate que ya tuvo exponentes de la talla de Ihering y Savigny. Más: ello implica olvidar que estos autores habían roto con la

(50) CSJN, “Cerámica San Lorenzo”, 1985, Fallos: 307:1094; y también Fallos: 315:2386, 332:616; entre otros.

escuela clásica y concebían al derecho como producto cultural. Se había olvidado, como parece suceder ahora, que el derecho solo surge en un caso concreto y es producto de una ponderación prudencial de dos intereses enfrentados. Al decir de los romanos: *la ipsa res justa...* nada nuevo bajo el sol.

Para finalizar, tomo prestadas las palabras de Bobbio quien, al explicar las críticas de Ihering resumía: "sus dichos son indicativos de cierta mentalidad, de la mentalidad del jurista teórico que construye un bello sistema preocupándose más de la lógica y de la estética que de las consecuencias prácticas de sus construcciones".⁽⁵¹⁾



(51) BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 134/138.

La responsabilidad del Estado por omisión

ALEJANDRO J. USLENGHI



1. La responsabilidad por omisión

Tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado se clasifica al instituto de la responsabilidad en contractual y extracontractual.

Toda vez que la responsabilidad contractual, en el marco del derecho administrativo federal y local, se rige por las disposiciones de los regímenes generales de contratación del Estado o por normas especiales destinadas a regular cada tipo de contrato, en este estudio abordaré solo la responsabilidad extracontractual que se genera a partir de una omisión.

La doctrina, al examinar el alcance del art. 1074 CC⁽¹⁾ actual desde el ángulo de la visión unitaria del derecho de daños, tiene dicho que la omisión antijurídica allí descripta solo comprende los ilícitos por “omisión simple”. Vale decir que en estos casos el ilícito consiste en una omisión, una abstención; se distingue de la “comisión por omisión”, en cuyo caso el autor no incurre en el ilícito por medio del actuar positivo, sino absteniéndose de hacer lo que se esperaba que hiciese. Mientras en los ilícitos de omisión lo punible es la omisión misma, en los de comisión por omisión, la

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Comentario al art. 1074”, en Augusto C. Belluscio (dir.); Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, t. 5, Bs. As., Astrea, 1984, p. 92 y ss.; y su voto en la causa: SCJ MENDOZA, “Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza”, 04/04/1989, en LL 1989-C, p. 514.

omisión en sí misma no es punible; lo es cuando de ella se ha hecho un medio para cometer la ilicitud.⁽²⁾

Coincido con quienes propugnan que los ilícitos de comisión por omisión están sometidos al mismo régimen jurídico que los de comisión simple, es decir, cuando se incurre en la violación de una norma prohibitiva haciendo algo de manera positiva; razón por la cual enfocaré el análisis de la omisión estatal en el marco de la “omisión simple”.

2. Concepto de responsabilidad estatal por omisión

En la doctrina se sostiene:

... que la responsabilidad por omisión en el ámbito del derecho administrativo tiene lugar, a nuestro juicio, cuando un poder público, en ejercicio de alguna de las funciones estatales, omite la realización en forma total o adecuada de la conducta a la que se encontraba obligado y esta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas.⁽³⁾

3. ¿Cuál es la jurisdicción competente para regular la responsabilidad del Estado?

El problema de la jurisdicción competente, en nuestro país, está íntimamente atado —por disposición constitucional— al tipo de derecho dentro del que se anida la responsabilidad del Estado. Si la regulación se centra en el derecho privado, corresponderá al Congreso de la Nación, que es el competente para dictar los códigos de fondo; si, en cambio, es una institución propia del derecho administrativo, corresponderá al Congreso Nacional regular la responsabilidad de la Confederación y sus agentes, a las legislaturas locales la responsabilidad de las provincias y municipios, así como a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo atinente a la responsabilidad de esta.

(2) KEMELMAJER, en el fallo citado *ut supra*, cita como ejemplo: “si el Estado no señala a automovilistas que hay trabajos en una carretera, no se necesita norma expresa que lo obligue para condenar si no lo hace, pues se trata de una omisión en la acción”.

(3) COMADIRA, JULIO P., en Julio R. Comadira; Héctor J. Escola y Julio P. Comadira, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 1530; quien también cita a Canda: “existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omite antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño efectivamente sucedido”.

4. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema

- a. A comienzos del siglo veinte, con la sanción de la Ley de Demandas de la Nación (3952, del año 1900, y su ampliación, en 1932, por ley 11.634), quedó soslayado el primer obstáculo que impedía el reconocimiento de la responsabilidad estatal en sede judicial; vale decir, la inmunidad de jurisdicción del Estado para ser llevado a los tribunales sin su consentimiento, expresado a través de la “venia legislativa”.
- b. Reconocimiento judicial de la responsabilidad estatal: bien en el siglo XIX el Alto Tribunal se había considerado incompetente para resolver casos de responsabilidad estatal, por entender que el único órgano constitucional apto para esta decisión era el Congreso Nacional a quien le correspondía arreglar el pago de la deuda interna y externa;⁽⁴⁾ en los albores del siguiente siglo —y previa la venia legislativa otorgada por el Congreso— tuvo oportunidad de reconocer dicha responsabilidad y ordenar el pago de una indemnización por parte del Estado: “Sáenz Peña, Luis A. c/ Gobierno Nacional”, del 31/08/1916; y “Delcasse, Carlos y otros c/ Gobierno Nacional”, del 06/11/1925.⁽⁵⁾

- c. “Tomás Devoto y Cía. c/ La Nación”: en el marco descripto en (a), se pronuncia la Corte Suprema, por vía de apelación, el 22/09/1933, frente a una demanda indemnizatoria iniciada por una empresa que explotaba un campo, el que resultó afectado por un incendio provocado por dependientes del Estado.

Tras alegar la negligencia de los agentes del gobierno, fundó el pronunciamiento en los arts. 1109 y 113 CC.

Este fallo, más allá de su novedad, soslayó totalmente la consideración del obstáculo que restaba para reconocer la responsabilidad estatal y que era el art. 43 CC en su primitiva redacción, según el cual la persona jurídica no respondía por los actos dañosos de sus administradores.

- d. “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”: este pronunciamiento, del 03/10/1938, es el auténtico *leading case* que reconoce la responsabilidad estatal. En síntesis, de él se destacan:
 - i. Que encuadra la exigencia del certificado previo del registro provincial de la propiedad inmueble, necesario para transmitir el bien, como una actividad estatal desarrollada en el marco del derecho público.
 - ii. Que el factor de atribución es la “falta de servicio” —desarrollada por la jurisprudencia administrativa francesa—, la que extrae de la doctrina de los arts. 625 y 630 CC.

(4) Ver fallos: CSJN, “Gómez, José Cándido c/ La Nación”, 01/06/1865; y “Núñez, Anselmo c/ Gobierno Nacional”, 27/08/1872.

(5) Ampliar la evolución jurisprudencial y sus fundamentos en: USLENGHI, ALEJANDRO J., *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Bs. As., Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, pp. 49/58.

- iii. Que “si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida”.
 - iv. Que resultan de aplicación los arts. 1112 y 1113 CC.
 - v. Que, implícitamente, aborda una interpretación dinámica y sistémica del art. 43, según la cual no obsta esta regla a la aceptación de la responsabilidad estatal cuando concurren las circunstancias expuestas por ambos artículos citados del ordenamiento civil, tanto por lo que se desprende de su texto, como porque ese alcance concuerda con la doctrina expuesta por Aubry y Rau, citado por el codificador en su nota al art. 1112.
- e. **“Vadell c/ Provincia de Buenos Aires”**: el tercer hito, fundamental y decisivo en la jurisprudencia del Alto Tribunal —que es la que aún mantiene—, está dado por este fallo, del 18/12/1984. Los aspectos más destacables que nos conciernen son:
- i. Reitera el factor de atribución, la “falta de servicio”, recordando el precedente “Ferrocarril Oeste”: “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”.
 - ii. La responsabilidad del Estado es “directa”, según el art. 1112, no requiriéndose como fundamento el recurso al art. 1113, ya que los órganos del Estado actúan como si fuera el propio Estado, en el desenvolvimiento de los fines de las entidades de que dependen.
 - iii. La falta de servicio entraña una idea “objetiva” de responsabilidad.
 - iv. La aplicación del art. 1112 se realiza por vía subsidiaria.
- f. **“Barreto c/ Provincia de Buenos Aires”**: en este fallo, del 21/03/2006, la Corte Suprema cambia su jurisprudencia sobre el alcance de la noción de “causa civil” a los efectos de definir su competencia constitucional originaria, apartándose de la interpretación sentada en la causa “De Gandía” del 06/10/1992 y formulando una hermenéutica muy restrictiva, acorde con el riguroso criterio doctrinal seguido desde la sentencia del 31/07/1869.

Más que internarme en la discusión sobre el alcance de la noción de “causa civil”, me interesa aquí rescatar los fundamentos jurídicos de la responsabilidad estatal según lo entiende la Corte Suprema, en su actual composición. Aclaro que este fallo es suscripto por todos sus integrantes, con excepción del Dr. Fayt:

- i. La Corte sostiene que no es causa civil el pleito en que se reclame indemnización de carácter civil, pero que para su solución se requiere la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que estas proceden dentro de sus facultades propias, reconocidas por el art. 121 CN y ss.

- ii. Para determinar la responsabilidad del Estado provincial debe procederse al estudio del régimen jurídico administrativo local.
- iii. Este régimen es el que preside la resolución del caso y no obsta a ello que se invoquen, eventualmente, disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento de los daños ocasionados—, aunque contenidos en dicho Código, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho, aplicables a todas las disciplinas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate.
- iv. Tampoco obsta al criterio expuesto que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local, se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo.

5. La reforma del Código Civil

La intención del Estado nacional de proceder a la reforma del Código Civil agudizó nuevamente la polémica en torno al tipo de reglas que deben presidir el reconocimiento y aplicación de la responsabilidad estatal.

El Proyecto de Código Civil, unificado con el Código de Comercio, que en 1998 dieron a luz los prestigiosos juristas, Dres. Méndez Costa, Alegría, Rivera, Roitman y Atilio y Jorge Alterini, estableció normas que fueron tenidas en cuenta en el proceso actual al que me referiré.

5.1. Anteproyecto de Código Civil y Comercial

El Anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial (que resultó la base del Código que nos regirá a partir del 2016) fue elaborado fundamentalmente por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, con aportes de una pléyade de especialistas, mencionados en la nota de elevación.

Bajo el rótulo de “Supuestos especiales de responsabilidad”, contempló distintas alternativas que expongo en prieto resumen:

- i. **Art. 1764:** la responsabilidad del Estado es objetiva. No es necesario identificar al autor del daño. Deriva de la “falta de servicio”; vale decir, del ejercicio irregular de sus funciones.

Criterios de apreciación:

- naturaleza de la actividad estatal.
- medios de que dispone el servicio.
- lazo que une a la víctima con el servicio.

- previsibilidad del daño.
- ii. **Art. 1765:** se refiere a la responsabilidad del funcionario y del empleado públicos por daños causados a los particulares, mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo.
- iii. **Art. 1766:** responsabilidad objetiva del Estado por los daños derivados de actos lícitos. Debe sacrificar intereses de los particulares, con desigual reparto de las cargas públicas.

Alcance del resarcimiento: solo daño emergente.

Si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, que hayan sido razonables para su giro.

5.2. Proyecto del Poder Ejecutivo

En la materia que nos interesa, el Poder Ejecutivo introdujo cambios sustanciales. Para no alterar la numeración del Anteproyecto, insertó nuevos textos en los artículos a que hicimos referencia.

- i. **Art. 1764:** las disposiciones del Título sobre responsabilidad no se aplican al Estado ni de manera directa, ni en forma subsidiaria.
- ii. **Art. 1765:** la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.
- iii. **Art. 1766:** los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales, se rigen por las normas del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

5.3. Valoración de los distintos criterios planteados

Considero que la responsabilidad del Estado, así como la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, son institutos propios del derecho administrativo y, en nuestro régimen federal, corresponde su regulación al Estado nacional o a los Estados locales, según se trate de circunstancias vinculadas al funcionariado federal o al local.

Como juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, tuve oportunidad de sostener —en la causa “Amiano” —⁽⁶⁾ que el art. 1112 CC es una norma federal, inserta en un sistema de derecho común, pero que no sufre mengua alguna en cuanto a su constitucionalidad, dado que proviene del órgano competente para regular la responsabilidad de la Nación, esto es, el Congreso Nacional. Como tal, rige para

(6) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, “Amiano c/ Estado Nacional y otros”, 1999, en LL 2000-C-750, con comentario de Claudia Caputi.

resolver la responsabilidad del Estado nacional y puede ser aplicada en las provincias, en caso de carecer estas de reglas específicas, en virtud del principio hermenéutico de aplicación subsidiaria.

Advierto, por otro lado, que en provincias que han reformado sus constituciones a partir de 1984 encontramos variadas cláusulas que establecen tanto la responsabilidad del Estado provincial, como de sus funcionarios.

Resulta curioso que dos jueces de la Corte Suprema de Justicia que fallaron la causa "Barreto" hubieran resuelto regular la responsabilidad estatal en el Código Civil. Pienso que los tres integrantes de la comisión redactora (Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci), por su carácter de destacados civilistas, adhieren a la concepción de que si bien no niega que la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas, lo cierto es que el derecho de daños está presidido por principios comunes al derecho público y al derecho privado, razón que los ha llevado a insertarlos en el Anteproyecto de Código de derecho común. En la senda, la Dra. Kemelmajer ha tenido oportunidad de sostener que "... propicia la unidad en la teoría del responder que es la consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico. El fraccionamiento en compartimentos estancos lleva a resultados absurdos cuando se trata de actos u omisiones que pueden ser imputados tanto a particulares como al Estado".⁽⁷⁾

6. Ley de Responsabilidad Estatal (LRE)⁽⁸⁾

La LRE se sancionó sobre la base de un proyecto elevado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional. En el Mensaje que acompañó el texto legal se destacó que esa iniciativa tendía a consolidar uno los principios cardinales que dan fundamento al Estado constitucional de derecho vigente en la República.

Se lo consideró un verdadero hito en la historia jurídica del país en tanto permite transitar del régimen jurisprudencial que nos regía a otro de base legal.

Se hizo referencia a los distinguos que surgen entre el régimen de responsabilidad privado y el régimen de responsabilidad estatal, pues si en el primero el legislador focaliza su mirada en la víctima del daño, en el segundo se toman en cuenta los intereses de la víctima en armonía con los intereses públicos, a través de una relación equilibrada de la persona en su vínculo con la comunidad.

(7) Ver su voto en "Torres", fallo cit., Capítulo III: La normativa aplicable, punto 3.

(8) Ley 26.944, sancionada el 02/07/2014 y promulgada de hecho el 07/08/2014.

Coherente con la actitud adoptada al elaborar el Proyecto de Código unificado, y siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada en “Barreto”, el Poder Ejecutivo hace hincapié en la regulación de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias del derecho administrativo, respondiendo a la autonomía adquirida por esa materia respecto del derecho privado.

Abona la diferenciación de un régimen administrativo de la responsabilidad estatal, con relación a la regulación de la responsabilidad civil, sobre la base de sostener que el supuesto de hecho que genera la indemnización por la actividad estatal ilegítima es la falta de servicio, mientras que por la actividad estatal legítima lo es la concurrencia del sacrificio especial. Ambos factores de atribución no existen en el derecho privado y, por ello, justifican su tratamiento dentro del derecho administrativo, tanto el federal como el de carácter local.

Resulta interesante, para ratificar los límites en punto a la interpretación del derecho aplicable, público o privado, transcribir el criterio adoptado al sostener que:

... se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” [aclaro, por mi parte: art. 1º, párr. 3; en concordancia con el proyectado art. 1764 del Código común] (...) Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones por vía analógica impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 310:1578; y 321:174; entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (Fallos: 321:174).

Tras otras consideraciones sobre la propuesta normativa, el Mensaje concluye advirtiendo que, en atención al carácter local del derecho administrativo, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adhieran a sus términos.

La LRE en su redacción final siguió en mayor medida las aguas del proyecto del Poder Ejecutivo, al que el Congreso le introdujo unas pocas modificaciones.

En lo que hace a la médula de este análisis, vale decir la responsabilidad estatal por omisión ilegítima, se siguió a pie juntillas la propuesta del Ejecutivo, con la sola excepción del plazo de prescripción que, del proyecto de dos años, se elevó a tres.

En el art. 1° se marca el alcance de la responsabilidad estatal, según su actividad o inactividad produzcan daños a los bienes o derechos de las personas. Se la define como objetiva y directa, y se declaran no aplicables las disposiciones del Código Civil, ya sea de manera directa o subsidiaria.

Los requisitos para que se configure la responsabilidad por inactividad contraria a derecho, según el art. 3°, son:

- i. daño cierto, debidamente acreditado y mensurable en dinero;
- ii. imputabilidad de la inactividad a un órgano estatal;
- iii. relación de causalidad adecuada entre la inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- iv. falta de servicio que consista en una omisión irregular de parte del Estado; la que se configura cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Conforme al art. 7°, el plazo para demandar al Estado es de tres años computados a partir de la verificación del daño, o desde que la acción de daños esté expedita.

Pasaré revista a estas reglas y requisitos, por separado, no sin antes advertir que no me haré cargo de los supuestos de omisión estatal conforme a derecho, es decir legítima, pues es materia de otro capítulo de la obra.

7. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa

El segundo párrafo del art. 1° LRE así lo declara.

Cabe advertir que esta definición arroja una gran ventaja para la víctima particular que pretende que se reconozca la responsabilidad estatal. En efecto, al ser "objetiva" y "directa" solo basta que el perjudicado pruebe la omisión ilegítima del Estado y la entidad de los perjuicios que le han sido producidos, sin que tenga que indagar y probar acerca de la culpa o el dolo con que se han movido los órganos del Estado, y tampoco identificar los agentes que han provocado los daños. Basta con acreditar el resultado dañoso y que este sea imputable a una de las funciones estatales.

Desde que la Corte Suprema comenzó a reconocer la responsabilidad estatal y fundarla en disposiciones del CC, se acudió en un primer momento a encontrar el sustento de tal responsabilidad en los arts. 1109 y 1113 (antes y después de su reforma por la ley 17.711). Vale decir, que se acudía al aspecto subjetivo (dolo o culpa y negligencia) con que hubieran obrado

los empleados del Estado (caso “Tomás Devoto y Cía.”, ya comentado) y a la imputabilidad del Fisco en su carácter de empleador.

Más adelante se acudió también al vicio o riesgo de la cosa (art. 1113, reformado, del Código Civil) como factor de imputación; circunstancia muy habitual cuando se trataba de daños provocados por los policías con sus armas provistas por el Estado, estando o no en servicio.

En el fallo “Ferrocarril Oeste” el Alto Tribunal incluye un nuevo factor inspirándose evidentemente en la doctrina jurisprudencial francesa: la falta de servicio. Para sustentar esta decisión acudió al art. 1112 CC. En un considerando —cuya vigencia como doctrina jurisprudencial se conserva hasta nuestros días— sostuvo que:

... quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuada para llenar el fin que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del CC). Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida. Que, haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata, siendo así de aplicación al caso los arts. 1112 y 1113 del Código Civil.⁽⁹⁾

Como queda claro, si bien aparece en la jurisprudencia la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad, no luce como el único y a lo largo de buena parte del siglo XX la Corte Suprema utiliza indistintamente los arts. 1119, 1112 y 1113 como sustento de la responsabilidad estatal.

Se ha señalado en doctrina que la idea de falta de servicio es radicalmente extraña al derecho civil, donde la noción de responsabilidad extracontractual por daños aparece configurada por la noción de culpa. El derecho administrativo produce, en cambio, un desplazamiento y sustitución de la noción de culpa, poniendo el acento más que en el autor del

(9) CSJN, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, 03/10/1938.

hecho ilícito, en el desequilibrio que produce el daño, y en el servicio público.⁽¹⁰⁾

Se debió aguardar hasta 1984 para que el Alto Tribunal fijara en un pronunciamiento, en forma definitiva hasta hoy, el fundamento de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima. Al resolver la causa "Vadell", declaró la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por haber emitido un certificado de dominio erróneo, circunstancia que produjo los perjuicios reclamados.

En el considerando 8º, el Tribunal sostuvo:

Que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. En este sentido cabe recordar lo expresado en Fallos, 182-5, donde el tribunal sostuvo que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".

Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 CC, que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas".

Agregó el Tribunal en el considerando siguiente:

Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del CC, al que ha remitido desde antiguo, exclusiva o concurrente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver Fallos, 259-261; 270-404; 278-224; 288-362; 290-71; 300-867). En efecto, no se trata de una responsabilidad

(10) CASSAGNE, JUAN C., "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", en *ED*, t. 99, p. 937 y ss.

indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.⁽¹¹⁾

En esa misma línea de interpretación, el Alto Tribunal ratificó que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa 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.⁽¹²⁾

Esta noción de responsabilidad estatal de carácter directo y objetivo ya había sido anotada por la doctrina, proponiendo que, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de ella, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aun cuando pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad el art. 1112 CC, que nada tiene que ver con la responsabilidad del agente público, como erróneamente han pretendido algunos sectores de la doctrina y se advertía en cierta jurisprudencia de nuestros tribunales.⁽¹³⁾

8. Existencia de un daño cierto

El art. 3º LRE establece cuáles son los requisitos que se deben reunir para tener por configurada la responsabilidad del Estado por actuación u omisión ilegítimas.

Observo que en un mismo artículo se funden tanto los supuestos de actividad como aquellos de inactividad, siempre que en ambos casos medie una actuación estatal violatoria del derecho. El sistema por el que se ha optado, a mi juicio razonable, perpetúa la inclusión de ambos supuestos —actuar u omitir— en una misma regulación, como se traducía del art. 1112 CC, que comenzaba: “los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos...”.

(11) CSJN, “Vadell, Jorge F. c/ Buenos Aires, Provincia de”, 18/12/1984, en *ED*, t. 114, p. 215, con nota de CASSAGNE, JUAN C., “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la corte”.

(12) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, 06/03/2007, Fallos: 330:653, en *LL*, 2007-B, p. 261.

(13) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., t. I, Bs. As., La Ley, 2011.

Los requisitos para sancionar la ilegitimidad imputable al Estado son, entonces, comunes y se detallan en cuatro incisos del art. 3° LRE.

El primero de ellos (inc. a) requiere que medie un daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero. Ello aparece como un recaudo necesario y propio de todo régimen de responsabilidad. Debe poder computarse monetariamente, aún con las dificultades que emergen del cálculo de ciertas afecciones espirituales, como el daño moral. Tiene dicho la CSJN que el daño debe ser cierto.⁽¹⁴⁾

Puede ser actual o futuro, pero al ser cierto se excluyen los llamados “daños eventuales”; debe estar individualizado y debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero.⁽¹⁵⁾

El Alto Tribunal tiene afirmado —si bien con respecto a la responsabilidad por la actividad legítima— que:

... los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir los daños ocasionados por esa actividad, debiendo verificar con antelación si efectivamente se ha producido y, en su caso, constatar si fueron una consecuencia directa e inmediata de la actuación de los órganos del poder, con el fin de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables.⁽¹⁶⁾

En la causa “El Jacarandá”, la Corte nacional debió entender en una apelación ordinaria en la que el actor pretendía ser indemnizado, por cuanto el Poder Ejecutivo había revocado la adjudicación que oportunamente se le hiciera de la explotación de una frecuencia radial correspondiente a la Ciudad de Paraná.⁽¹⁷⁾

Tras sostener que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación, afirmó que en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos que enunciara, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas.

(14) CSJN, “Picon de Raggio, Mercedes Elba c/ Felce, Antonio”, 1978, Fallos: 300:369.

(15) CASSAGNE, JUAN C., *op. cit.*, p. 411.

(16) CSJN, “Galanti, Carlos Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 22/12/1987, en LL 1989-A, p. 4.

(17) CSJN, “El Jacarandá c/ Estado Nacional”, 28/07/2005, Causa E 187, XXXVII.

En definitiva, rechazó la apelación y confirmó el rechazo indemnizatorio dispuesto en la instancia anterior sobre la base de sostener que El Jacarandá SA nunca explotó la licencia, nunca realizó las inversiones imprescindibles para obtener alguna ganancia de la explotación y es una mera conjetura suponer que hubiera obtenido una ganancia equivalente al 2,50% de los ingresos totales registrados en un año determinado que se toma como modelo, una década más tarde. Al respecto, consideró que la prueba pericial rendida en autos se centró en un cálculo abstracto de las utilidades que hubieran debido corresponder a quien explotara la emisora radial. Ello es así porque el período de tiempo a considerar se extendió entre el 01/12/1983 y el 09/06/1994, y el cálculo parte de los ingresos de la emisora por facturación de publicidad sobre la base de 18 horas de emisión durante el año 1997. Concluyó que no se había probado en el litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas.

Entiendo que dado que es la víctima quien sufre el daño, a ella le corresponde la prueba de los diferentes ítems que lo componen y su estimación en dinero, más allá de que la correcta precisión del monto adeudado surja de los diferentes medios de prueba que se alleguen al juicio. En este requisito pienso que no tiene trascendencia aquella posición doctrinaria que ha propugnado una distribución dinámica de las cargas procesales y, por ende, en ciertos casos ha impuesto probar al Estado demandado por ser el que cuenta con mejores elementos o se encuentra en una posición más favorable para ello. Por tanto, tratándose del daño sufrido por la víctima será esta quien debe correr con la carga probatoria, pues ella es la que está en mejor condición de detectar y evaluar los daños que ha debido sufrir.

Un caso interesante, resuelto por la jurisprudencia,⁽¹⁸⁾ se suscitó con motivo de la demanda planteada por el autor de una obra artística de su autoría, que fue instalada en el hall del Aeropuerto "Ministro Pistarini". Imputó al Estado haber omitido los cuidados y el que la obra se hubiera deteriorado por negligencia en la preservación a la que estaba obligado. Por tanto, reclamó una suma en concepto de daño moral, aunque reconocía que la propiedad era fiscal pues él la había transmitido al ganar un concurso público organizado por la Municipalidad de Esteban Echeverría.

(18) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "Z., D. M. c/ Aeropuertos Argentina 2000 y otros s/ daños y perjuicios", 20/03/2014, en ED, 21/05/2014.

Consideró el actor que la enajenación de la explotación económica de una obra no privaba al autor de exigir al adquirente y/o terceros el respeto por el título, la forma, el contenido y su integridad debido al valor económico pero también moral de la propiedad intelectual.

El Tribunal rechazó la demanda, recordando que "... quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos (art. 377 del CPCyC) y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (Fallos: 327:2231; 331:881, entre muchos otros)".

En atención a que la intervención del Estado en la vida de los particulares es creciente, especialmente a través de los servicios públicos, no resulta infrecuente que deba responder frente a agravios producidos a la integridad psicofísica de los particulares. Por ende, es conveniente conocer los criterios de evaluación que ha formulado nuestro más Alto Tribunal al examinar el daño tanto físico como psíquico, así como la determinación del daño moral.

Frente al reclamo indemnizatorio de la víctima de un percance, en la que sufrió lesiones provocadas por el disparo accidental del arma reglamentaria que portaba un policía de la provincia de Buenos Aires, mientras transitaba por el acceso a una estación de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, la Corte tuvo oportunidad de sostener:

... que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 658; 325:1156; 326:847). Para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación (Fallos: 320:1361; 325:1156).

El Tribunal describe el daño físico, remitiéndose al dictamen médico del que surge que:

... la demandante presenta en la cara posterior de la pierna derecha “una cicatriz eutrófica, redondeada, de 0,7 cm. de diámetro, normocrómica, plana, no retráctil ni adherida a planos profundos”, que se ha producido una modificación en el cuerpo de la actora, inexistente antes del accidente, a raíz del cual porta un cuerpo extraño que ingresó en forma violenta y que presenta un cuadro de hiperestesia (muy molesta sensación) que le ocasiona su tacto, por lo que concluye que padece una incapacidad permanente del 5%. Por ello, en atención a lo precedentemente expuesto, a la actividad desarrollada por la damnificada a la época del accidente y teniendo en cuenta la gravitación de la lesión sufrida, este Tribunal —en uso de las facultades que le otorga el art. 165, tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— establece el resarcimiento del daño material en la suma de \$8000. Esta partida comprende lo reclamado en concepto de “daño a la salud o biológico” y “daño estético” (...) rubros que, más allá de la discriminación conceptual y las denominaciones empleadas, persiguen la reparación económica de la totalidad de secuelas que la incapacidad origina en la víctima, atendiendo a su incidencia en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, dimensión a la que atiende el concepto resarcitorio elaborado por esta Corte según lo expresado precedentemente (cf. Fallos: 322:2002).

En el caso, estableció que:

... no se encuentra probada la existencia de secuelas permanentes que justifiquen el resarcimiento de una incapacidad psíquica definitiva. Aun cuando la perito psicóloga designada de oficio expresa (...) que la actora presenta un desarrollo psicopatológico post traumático leve, estimando en un 10% el porcentaje de incapacidad, del mismo dictamen se desprende que tal incapacidad no es permanente. Ello es así, no solo porque la experta no le ha asignado esa condición, sino también porque en reiteradas oportunidades sostiene que el trauma psíquico “no ha sido elaborado” y concluye en que considera adecuada “la posibilidad de elaborar psíquicamente el hecho traumático a través de un

tratamiento psicoterapéutico“ (...) En consecuencia, a los fines de superar el menoscabo psicológico señalado, cabe fijar una indemnización correspondiente a los gastos por el tratamiento psicológico, que la perito ha estimado en una vez por semana durante un período que oscila entre seis y ocho meses.

Finalmente, aborda el Tribunal la problemática de la determinación del resarcimiento en materia de daño moral, indicando que:

... debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (Fallos: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros). El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos, sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida de lo posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al Artículo 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida.⁽¹⁹⁾

(19) CSJN, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios", 12/04/2011, B.140.XXXVI.

9. Imputación a un órgano estatal

El segundo de los requisitos que señala el art. 3º LRE es la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.

Como adelanté, el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal exige al reclamante de identificar a los agentes físicos que han incurrido en la omisión ilegítima que da pie a tal responsabilidad. Pero ello no significa que la demanda no deba ser correctamente dirigida a la persona jurídica pública y estatal que resulte responsable de ejercer la actividad —intelectual o práctica— cuya omisión se reclama.

En un país como la Argentina, en la que conviven una organización de gobierno federal con una organización local, hay que ser muy cuidadoso al tiempo de determinar la exacta responsabilidad del órgano que ha omitido una actuación.

Puede, en ciertos casos, darse la coexistencia de actuación de órganos provenientes de distintas jurisdicciones federales en un mismo escenario. Imagino, por vía de hipótesis, un accidente catastrófico que obligue al empeño de bomberos de la jurisdicción federal y la provincial o municipal coetáneamente. ¿Cuál es la persona jurídica que responde en el supuesto de una omisión ilegítima? A mi modo de ver, para designar al fisco responsable es menester examinar cuál de ellos tenía la responsabilidad primaria de actuar, según la legislación. Ese órgano hará responsable a la persona jurídica de la que dependa, aun cuando la negligencia provenga de órganos de otra persona estatal de jurisdicción ajena, siempre que estos últimos hubieren sido convocados por la primera a título de colaboración.

Si bien la LRE habla de órgano estatal, con lo que remite a una estructura típicamente regida por el derecho administrativo, cabe preguntarse si todo este sistema normativo que vengo comentando es aplicable a las diversas formas societarias a las que acude el Estado para el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicio público (sociedad de estado, sociedad anónima estatal, sociedad anónima de participación estatal mayoritaria, etc.). El cuestionamiento es válido pues, en principio, todas estas formas empresariales aparecen regidas por el derecho privado, ya sea en virtud de los regímenes generales o por lo dispuesto en sus normas de creación.

Considero que la regulación de la LRE también se aplica a estas formas empresariales de propiedad estatal (total o mayoritaria). Para afirmarlo tomo en consideración que integran el patrimonio del Estado, que satisfacen

finés públicos, aunque actúen bajo el manto del derecho privado, y que el Estado recurre a estas formas jurídicas con un carácter “instrumental”.

Cuando una empresa o sociedad mercantil se encuentra bajo el control y dependencia de otra, y desarrolla actividades que en lo sustancial remiten a la que la dirige o controla, existe una instrumentalización de la personalidad y, por ende, la procedencia del levantamiento del velo a instancia de un tercero perjudicado en un caso concreto. Este levantamiento del velo ha de proceder siempre que la actividad de la entidad dependiente constituya parte de la actividad e interés para cuya realización existe la matriz.⁽²⁰⁾

Por ser así en el marco del derecho privado, no hay obstáculo alguno para aplicar el mismo criterio a estas formas empresariales del Estado. En consecuencia, el velo formal de una personalidad instrumental debería ignorarse en cuanto perjudique o cause daños a un tercero y, dentro de esta categoría es menester situar a aquellos que en su relación con el Estado ven mermados sus derechos y facultades como consecuencia de la inaplicación del derecho administrativo.

Como se puede apreciar, la LRE establece una regulación más favorable a la víctima de una actuación u omisión ilegítimas que el régimen de derecho privado. Por ende, corresponde resolver los casos de responsabilidad de dichas empresas mediante la regulación de derecho administrativo; de esta manera se reforzará el principio de legalidad al prevenir frente a las posibles burlas o fraudes de la ley administrativa en bloque, y de sus principios fundamentales.⁽²¹⁾

A los efectos de establecer la imputación de una acción u omisión al órgano estatal es interesante repasar los fundamentos del caso “Morrow de Albanesi”.⁽²²⁾

(20) LICO, MIGUEL A., *Breve estudio sobre los entes instrumentales de la Administración y su huida respecto del derecho administrativo. Medios y mecanismos para lograr su reconducción*. Tesis presentada en la Universidad Austral para acceder al título de Magister en Derecho Administrativo, 2014, p. 54 y ss., con citas de: MASNATTA, HÉCTOR, *El abuso del derecho a través de la persona colectiva (Teoría de la Penetración)*, Rosario, Ediciones Jurídicas ORBIR, 1967; y ORTIZ VAAMONDE, SANTIAGO, *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de Contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Madrid, La Ley, 2004.

(21) GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, t. III, vol. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 95, citado por LICO, MIGUEL A., *op. cit.*

(22) CSJN, “Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto s/ Daños y perjuicios”, 17/08/2010, M.868.XLIII (RO).

La señora Viviana María Morrow, viuda de Albanesi, promovió demanda por sí y sus hijos, contra el Estado nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, con el objeto de que se los condenara al pago de una indemnización por daño material y moral derivado de la muerte de su esposo y padre de sus hijos. Alegó que dicho fallecimiento fue consecuencia de un accidente ocurrido en la República del Paraguay, en ocasión en que uno de los vehículos que se dirigía al aeropuerto, para acompañar al entonces Canciller Guido Di Tella en una comitiva oficial, hizo una maniobra para evitar un animal que cruzaba en la autopista, chocó contra una columna y dio un vuelco que resultó mortal para los señores Francisco Javier Castromán, diplomático argentino que conducía el automóvil y del cual era propietario, y Roberto Antonio Albanesi.

El Alto Tribunal recordó su constante doctrina según la cual la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad; por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, responde directamente por la falta de una regular prestación. Es decir, 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.

Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio es definida por la Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular. 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.

En el aspecto fáctico y probatorio, el Tribunal tuvo por acreditado que el vehículo era conducido por el Primer Secretario de la Embajada Francisco Javier Castromán, quien falleció junto con el profesional técnico Roberto Antonio Albanesi, así como que el auto, propiedad de Castromán, tenía chapa diplomática y estaba afectado al uso oficial y al servicio de la visita al Paraguay del entonces Canciller Guido Di Tella. Asimismo, resolvió que el servicio se había prestado en modo irregular puesto que el accidente no se motivó por el cruce del animal por la ruta, sino por la excesiva velocidad con que el funcionario conducía.

Concluyó que se encontraban reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado nacional con fundamento en el art. 1112 CC, a saber:

- a. aquel incurrió en una falta de servicio, en tanto;
 - i. las personas que protagonizaron el accidente se encontraban en ejercicio de funciones, pues formaban parte de la comitiva oficial que acompañaba al canciller argentino al aeropuerto;
 - ii. el automóvil accidentado estaba afectado como vehículo de apoyo a la referida comitiva oficial;
 - iii. el funcionario estatal no conducía el vehículo en condiciones adecuadas, ya que este circulaba a una velocidad excesiva;
- b. el daño cierto sufrido por los actores a raíz del fallecimiento del señor Albanesi; y
- c. la relación de causalidad adecuada entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

10. Relación de causalidad adecuada

El inc. c) del art. 3º LRE exige como requisito para que se configure la responsabilidad, tanto por actividad como por inactividad legítima, la “relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”.

Cassagne destacaba ya antes de la LRE la importancia de este requisito:

Se trata de indagar la causa eficiente que origina el daño, lo que responde al principio lógico de razón suficiente, conforme al cual todo lo que es, tiene su causa en alguna razón. No se trata aquí de la imputabilidad material del hecho o acto administrativo al órgano del Estado sino determinar si las consecuencia daños de ese hecho o acto derivan necesariamente de estos u obedecen a otra causa.⁽²³⁾

Aclara que puede haber relación causal entre un hecho y el daño ocasionado aunque no se pueda individualizar al autor.

Advierto las diferencias que median entre el enunciado de la relación de causalidad, aplicable a la actividad o a la inactividad estatal de carácter irregular, es decir, contraria a derecho, y la relación de causalidad que preside el resarcimiento en los casos de actividad legítima. En el plano que

(23) CASSAGNE, JUAN C., *op. cit.*, p. 411.

examino (acción u omisión ilegítimas) se requiere una relación de causalidad “adecuada”; mientras que en la actividad legítima solo se responde si la relación de causalidad es “directa, inmediata y exclusiva”.⁽²⁴⁾

Ello me lleva a concluir que en los casos de omisión, si esta es de carácter ilegítima, el Estado deberá responder aunque la víctima o un tercero por el cual el Estado no debe responder hubieran intervenido en la acción aportando un porcentaje de causa a la producción del daño. Es decir, en estos casos, el juez puede distribuir la proporción en que debe ser indemnizada la víctima por el Estado, asignando otra parte a la propia víctima o al tercero interviniente.⁽²⁵⁾

En cambio, la enunciación de la relación de causalidad en el supuesto de actividad estatal conforme a derecho excluye totalmente la indemnización si el perjuicio hubiere sido causado por el Fisco en conjunción con otro factor ajeno.

A los efectos de evaluar la existencia de una adecuada relación de causalidad, resulta interesante repasar lo resuelto por la CSJN en la causa “Carballo de Pochat”.⁽²⁶⁾

La actora había iniciado demanda indemnizatoria contra la Administración Nacional de la Seguridad Social por la responsabilidad en que habría incurrido al no adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar el homicidio del que fuera víctima el Sr. Alfredo María Pochat, perpetrado en su oficina de la Delegación Mar del Plata, siendo este Gerente de Investigaciones Especiales del organismo.

Sostuvo el Alto Tribunal con particular referencia al deber de seguridad, 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

(24) Ver art. 4º, inc. c) LRE.

(25) No es el caso previsto en el art. 2º, inc. b) LRE, en el que se excluye la responsabilidad del Estado porque el daño —en su totalidad— se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

(26) CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ Daños y perjuicios”, 08/10/ 2013, C.127.XLVII (RO)

en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; 313:1636; 325:1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706). Asimismo, expresó que “la obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar...” (Fallos: 321:1124, consid. 7°). Como recaudos de orden genérico, la Corte ha mantenido en forma constante que la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio de los órganos estatales requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar, del modo más claro y concreto, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, y que ello importa la carga de demostrar la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al órgano estatal.⁽²⁷⁾ [Finalmente, el Máximo Tribunal entendió que] no se ha acreditado en autos una falta de servicio imputable capaz de comprometer la responsabilidad del Estado Nacional. En efecto, la participación del doctor Pochat en investigaciones anteriores de similar tenor llevadas a cabo en otras sedes de la ANSES (ver fs. 250 y 317/318), y la existencia —no controvertida— de una instrucción o recomendación en el sentido de que quienes intervenían en aquellas debían tomar ciertas precauciones, unido al hecho de que el organismo demandado funcionaba como una oficina pública de acceso irrestricto, permiten afirmar que conforme a un obrar prudente y con el pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil), quien llevaba adelante esta peculiar tarea debía evaluar, y de ser necesario, solicitar las medidas adicionales de seguridad que estimara pertinentes (contar con una custodia personal o con la presencia policial en el acceso a su despacho). De aquí se sigue que se pueda afirmar que no existe en el caso de autos una omisión por parte del demandado al deber de seguridad; antes bien (...) la víctima no había solicitado una custodia policial adicional que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente.

(27) CSJN, Fallos: 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699, entre muchos otros.

Dicho de otro modo, el Tribunal entendió que la negligencia de la víctima en solicitar una custodia había determinado el acaecimiento del perjuicio, impidiendo que el deber de seguridad del empleador —en el caso— se constituyera en una omisión antijurídica.

11. Omisión como falta de servicio

El inc. d) del art. 3° LRE exige como requisito el factor de atribución “falta de servicio”, que ya había sido mencionado por la Corte Suprema en la causa “Ferrocarril Oeste” y que es adoptado definitivamente por ese tribunal como el único constituyente para determinar la responsabilidad estatal en “Vadell”.

Define a la falta de servicio —en línea con pronunciamientos del Máximo Tribunal que hemos citado— como una actuación u omisión irregular de parte del Estado. A continuación expresa la única diferencia entre los requisitos de la actividad o inactividad ilegítimas. En efecto, aclara el contenido de la omisión indicando: “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

De esta manera circunscribe la configuración de la responsabilidad estatal al caso de no haber llevado a cabo una actividad que le hubiera sido establecida por una obligación emanada de una norma jurídica, redactada como un deber expreso y determinado. De esta manera, el legislador se ha inclinado por acoger la reparación solo en los casos definidos por la jurisprudencia como “mandatos expresos y determinados”; pero —en principio— parece haber dejado fuera “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”.⁽²⁸⁾ Como ambos supuestos han sido tomados en cuenta por la jurisprudencia, admitiendo su virtualidad para configurar el deber de reparar, habrá que aguardar los pronunciamientos judiciales que establezcan si esta limitación consulta el principio de responsabilidad que tiene jerarquía constitucional.⁽²⁹⁾

(28) Ambas clasificaciones surgen de pronunciamientos de la CSJN. Por ejemplo, caso “Mosca”, citado abundantemente más adelante.

(29) *Alterum non laedere*, citado por la CSJN, “Luis Federico Santa Coloma y otros”, 1986, Fallos: 308:1160.

La doctrina ha tratado con extensión los alcances del deber a cargo de la Administración y sus distintas clasificaciones,⁽³⁰⁾ haciendo conexión con la clásica distinción del derecho administrativo entre potestades regladas y discrecionales.⁽³¹⁾

En reiterados pronunciamientos el Alto Tribunal recordó los criterios jurisprudenciales que rigen la solución en casos de omisión ilegítima, indicando que la responsabilidad extracontractual del Estado está comprometida cuando media una falta de servicio; que esta responsabilidad es directa y se configura como una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular. Agregó que 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. En consecuencia, el factor de atribución genérico deberá ser examinado en función de los elementos antes mencionados.⁽³²⁾

Pero asigno gran importancia a la doctrina jurisprudencial exhibida por la Corte Suprema en el caso "Mosca".⁽³³⁾ El actor inició demanda contra la Asociación del Fútbol Argentino, el Club Atlético Lanús y la Provincia de Buenos Aires. Me voy a limitar a considerar los aspectos del pronunciamiento que atañen a esta última por estar comprometida su responsabilidad en virtud de una presunta omisión ilegítima.

Manifestó Mosca que trabajaba como chofer, motivo por el cual el 30/11/1996 trasladó a fotógrafos del diario *Clarín* hasta la sede del Club Atlético Lanús, debido a que se disputaría un partido de fútbol entre el equipo local e Independiente por el "Torneo Apertura". Expresó que el partido estaba empatado, pero finalizando el segundo tiempo, Independiente hizo otro gol, lo que motivó no solo un gran altercado, sino que los simpatizantes de Lanús comenzaron a arrojar todo tipo de objetos hacia el campo de juego, como así también contra la hinchada del equipo visitante que intentaba abandonar precipitadamente el estadio.

(30) COMADIRA, JULIO R., *op. cit.*, pp. 1531/1532, con citas de Nieto García, Canda y Gómez Puente. Se puede recordar también el voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en la causa "Torres", a la que ya se hizo mención, con sus citas de Geovanni Duni.

(31) Ver el interesante aporte de PERRINO, PABLO E., "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", en LL 2011-E, p. 715, cap. II, 4.

(32) CSJN, "Carballo de Pochat, Violeta Sandra...", fallo cit.

(33) CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo...", fallo cit.

En esas circunstancias, aproximadamente a las 23.30 horas, según manifiesta el actor, fue alcanzado por un elemento contundente en el rostro a la altura del ojo izquierdo, lo que le provocó una importante herida que le ocasionó una progresiva disminución de su visión, la que se fue agravando posteriormente.

En la faz del pleito que nos interesa, el actor advierte que la policía bonaerense no cumplió con el deber de preservar la vida e integridad física de la comunidad y que debió “hacerse presente no solo dentro sino también fuera del estadio”. Por ello considera que su intervención fracasó, y en consecuencia genera una responsabilidad culposa por impericia y negligencia.

Me parece muy conveniente reproducir el considerando 6° del fallo, en el que el Tribunal desarrolla la doctrina de los elementos constitutivos de la omisión ilegítima, precisando la diferencia de apreciación —respecto del factor de atribución— según se trate de acciones u omisiones gubernamentales; vinculando estos criterios jurídicos con los elementos probatorios allegados a la causa. Dijo la Corte:

... el factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de los mencionados elementos de concretización de la regla general. En primer lugar, corresponde examinar la naturaleza de la actividad. Al respecto, esta Corte ha dicho que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual 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 (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325:1265 y 3023; 326:608, 1530 y 2706). En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, 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. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista 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. En segundo lugar, se debe apreciar si se dispusieron tales medios razonables para el cumplimiento del servicio. En el presente caso, la policía destinó efectivos para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio. Así, del informe expedido por la Superintendencia de Investigaciones de la Capital Federal (...) surge que la policía asignó una custodia de cuatrocientos noventa y nueve efectivos policiales, complementados con doce patrulleros, un ómnibus y un celular. Consta también que se dispuso la presencia de policía adicional (efectivos de infantería, de caballería, guías con canes, brigada de investigaciones, brigada de explosivos, de inteligencia, dos de ellos con filmadoras para captar las imágenes del ingreso y egreso del público) y que el personal del comando de patrullas era el encargado de hacer "constantes" recorridos por las adyacencias del estadio. Corroboran lo expuesto los artículos periodísticos publicados en los diarios (...) y las declaraciones de los testigos (...) quienes manifiestan que no solo había custodia dentro del club sino también fuera del estadio. (...) En tercer lugar, se debe

atender al lazo que une a la víctima con el servicio. En este caso no existe un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente, como ocurriría si hubiera existido una relación con el Estado contratado para brindar el servicio en forma específica. Se trata en cambio, de un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos quienes, en consecuencia, no tienen un derecho subjetivo, sino un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad. En cuarto lugar, corresponde estar al grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas. Sobre el particular, surge del expediente administrativo citado que finalizado el partido y como consecuencia de una medida tomada por el árbitro, los simpatizantes locales que se encontraban en las plateas reaccionaron “arrojando trozos de mampostería hacia el campo de juego —al cual intentaron ingresar— tratando de impactar en los jugadores, árbitros y personal policial”. Pero los efectivos policiales lo impidieron, de manera tal que los árbitros y los jugadores visitantes se pudieron retirar del estadio sin “que sufrieran daños físicos” (fs. 777). Como consecuencia del procedimiento quedaron detenidos treinta y ocho espectadores, cuya identidad fue determinada (fs. 778/779). Por otra parte, el testigo Laguna declara que en el momento del accidente el actor fue socorrido por unos policías que se encontraban dentro de un patrullero estacionado a unos dos metros de distancia, quienes lo trasladaron hasta una clínica de la zona (fs. 258/259). Es decir, de lo expuesto puede concluirse que la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no genera responsabilidad según el Código Civil (arts. 901 a 906). En función de todo lo expuesto, habiéndose delimitado la extensión del servicio, no se advierte una falta imputable capaz de comprometer la responsabilidad de la Provincia.

12. Prescripción

El art. 7° LRE fija en tres años el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual —lo que supone actuación y omisión, tanto ilegítimas como legítimas—. Agrega que ese plazo debe computarse a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

Si bien la Corte Suprema aplicó diversos plazos para computar la prescripción de la acción resarcitoria hasta la reforma del Código Civil (ley 17.711), a partir de la nueva redacción acordada al art. 4037⁽³⁴⁾ entendió que dos años era el plazo aplicable a todos los supuestos de responsabilidad estatal (por actividad legítima, como por ilegítima).⁽³⁵⁾

Conforme a esta línea jurisprudencial, el Poder Ejecutivo formuló el proyecto de ley asignando un plazo bianual de prescripción, pero en el Congreso fue cambiado inclinándose el legislador por el trienal. No parece objetable el cambio; en primer lugar, porque tutela de un modo más amplio la necesidad de las víctimas de ser indemnizadas, al extender a tres años el plazo de prescripción. En segundo lugar, porque acopla este plazo al de prescripción fijado en la Ley de Defensa del Consumidor (24.240 y reformas), lo que aventa dudas ya que de mantenerse los dos años iniciales podrían colisionar con el plazo de tres años de la Ley de Defensa del Consumidor. Toda vez que esta última se aplica a la provisión de servicios —incluyendo servicios públicos— la incertidumbre va a reinar al momento de plantearse una acción de responsabilidad contra el Estado sustentada en las disposiciones de la ley 24.240.

La aclaración de que el plazo comienza a correr “a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita” es muy acertada, pues hay supuestos en los que la verificación del daño no alcanza para que la víctima tome adecuada conciencia de su alcance y extensión, lo que suele producirse más adelante; oportunidad a partir de la cual recién comenzará a computarse la prescripción.⁽³⁶⁾

13. A modo de conclusión

La LRE significa un avance muy destacado en la regulación de este instituto. Basta recordar que desde la organización constitucional de la Argentina (1853) han transcurrido más de 160 años sin que la legislación plasmara un régimen integral de la responsabilidad, instrumento esencial en un Estado republicano y democrático.

(34) Art. 4037 CC: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

(35) La doctrina no es unánime en aceptar esta solución. En contra, CASSAGNE, JUAN P., *op. cit.*, p. 415.

(36) Ver las especiales circunstancias tomadas en cuenta y la equidad del pronunciamiento en: CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala III, “Puca, Pedro Crisoldo c/ Gobierno de la Nación —Estado Nacional— Ministerio de Defensa s/ Daños y perjuicios”, julio de 2003.

Si bien todo el siglo XX asistió a un enjundioso reconocimiento de la responsabilidad de los entes públicos por parte de la jurisprudencia —encabezada por la obra señera de la Corte nacional—, ahora contamos con una regulación normativa metódica, sencilla, con la debida concisión, expresada en términos técnicamente correctos y que aborda los temas fundamentales; todo ello es mérito de la ley 26.944.

Especialmente, destaco que las regulaciones contenidas en la LRE siguen a pie juntillas la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal.

Estimo que el resultado del ordenamiento es doblemente beneficioso. Por una parte, el texto legal se ha alineado estrechamente con los logros de la jurisprudencia —en especial de la CSJN— que en las últimas décadas ha formulado una construcción integral y pretoriana de la responsabilidad estatal, a partir de unos principios constitucionales y alguna norma aislada del Código Civil, sabiamente traspolada al ámbito y sobre la base de los principios propios del derecho administrativo.

Por otra parte, la invitación a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de la ley (art. 11) para regular la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos es un acierto que satisface la distribución de competencia constitucional entre Nación y Provincia —como resolvió la Corte en “Badaro”— y permite, con el beneplácito de la legislación local, llegar a regular uniformemente en toda la República esta institución, lo que coadyuva a su mejor conocimiento y aplicación. Ello traerá beneficios por la justicia de sus reglas y por la consolidación de la seguridad jurídica que significa un régimen común.

En lo que hace a la responsabilidad estatal por omisión, aprecio que el texto, si bien conciso, es fácilmente inteligible, técnicamente correcto y, como el resto del articulado, ajustado a los cánones jurisprudenciales vigentes.

Me atrevo a vaticinar que el tema que generará más cuidado en su aplicación es el concepto de “omisión” introducido en el inc. d) del art. 3º, toda vez que el legislador ha escogido una fórmula restrictiva que deberá ser adecuadamente matizada en los casos particulares, con el objeto de no desvirtuar el reconocimiento de la responsabilidad estatal en esta materia; sobremanera hoy en día en que el ciudadano exige del Estado una serie de prestaciones indispensables para poder gozar de los derechos humanos que le han sido constitucionalmente reconocidos.



Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión⁽¹⁾

FABIÁN CANDA



1. Planteo

La reciente sanción de la ley 26.944, primer texto legal que procura un tratamiento integral de la responsabilidad estatal por su actividad no contractual, invita a la reflexión acerca del deber de reparar que se suscita ante la inactividad estatal, instituto profundamente vinculado al Estado constitucional social de derecho.

Nos hemos ocupado de esta cuestión antes de ahora,⁽²⁾ por lo cual nos vamos a permitir insistir aquí, frente al novel texto legal, en que la irrupción

(1) El presente artículo es una actualización y ampliación de nuestro trabajo "La responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia reciente de la CSy en la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal", en *Revista de Derecho Administrativo*, Juan C. Cassagne (dir.), n° 97, enero/febrero 2015, pp. 1/21.

(2) Hemos analizado este instituto en COMADIRA, JULIO R.; CANDA, FABIÁN, "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa)", en *LL*, 1996-A-600; CANDA, FABIÁN O., "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)", en AAVV, "Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público", Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Bs. As., Ediciones RAP, 2008, p. 139 y ss. Ver también, "Responsabilidad del Estado por omisión ante incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso 'Mosca' de la CSJN", en *Revista Derecho Administrativo Austral*, año 2008, n° 1, Bs. As., Ad-Hoc, p. 339 y ss.; CANDA, FABIÁN O., "Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de

en el ámbito de los derechos fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales implicó un cambio en el paradigma de operatividad de estos: mientras que los clásicos derechos civiles (particularmente los de libertad y propiedad) exigían del Estado un mero deber de abstención (un *non facere*), los derechos sociales, económicos y culturales van a exigir conductas estatales positivas para su disfrute. Con ello se quiere expresar que, en apenas un siglo, el paradigma ha virado, desde una **pretensión de omisión** (que el Estado se abstenga de interferir en el goce de los derechos civiles), a una **prohibición de omisión** (que el Estado intervenga activamente a través de prestaciones que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales).⁽³⁾

En el Estado social de derecho las autoridades asumen el compromiso de brindar prestaciones y, cuando no lo hacen, incumplen. Ante este incumplimiento, dos son las herramientas que debe proveer el derecho: de un lado, un remedio para obligar al Estado a actuar; de otro, una acción de daños para que sea reparado el perjuicio del cual la omisión fue condición necesaria.⁽⁴⁾

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, puede sostenerse que, en un primer momento —identificado con el Estado de derecho clásico— aquellos asumieron una dimensión defensiva (derechos fundamentales como **derechos de defensa** orientados a evitar avances estatales indebidos sobre su núcleo vital —prohibición de exceso estatal—; mientras que, en la actualidad, sobresale la dimensión protectora (derechos fundamentales como **mandatos de protección** que exigen un obrar estatal como condición de posibilidad).⁽⁵⁾

un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS "C. de P.", en *El Derecho Administrativo*, n° 13.718, 30/04/2015.

(3) BAZÁN, VÍCTOR, "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en AAVV, *Inconstitucionalidad por omisión*, Víctor Bazán (coord.), Bogotá, Temis, 1997, p. 41 y ss., en especial p. 46).

(4) Normalmente la inactividad no produce por sí el daño, sino que genera las condiciones para que el perjuicio se suceda (cuando se omite señalar y dar aviso de la existencia de trabajos de reparación en los caminos, esa carencia no es la causa del accidente —la causa es el mal estado del camino— pero constituye una condición idónea que posibilita la producción del evento dañoso). En este orden, se ha dicho: "La omisión es causa cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o a su evitación" (LORENZETTI, RICARDO, *Notas sobre la responsabilidad civil por omisión*, Rosario, Zeus, t. 33-D, p. 55).

(5) SCHMIDT-ASSMAN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 72/74. Puntualiza el autor alemán que las dos dimensiones (defensiva y protectora) enraízan en un mismo derecho de libertad, pero difieren en su estructura

Es verificable que la responsabilidad del Estado por omisión, con germen en el Estado de derecho, encontrará un espacio más que apto para su desarrollo en el Estado social (prestacional)⁽⁶⁾ de derecho.

El Estado social de derecho viene así, a prorrogar el antiguo concepto de Estado de derecho y puede sintetizarse, en palabras de Habberle, como el Estado constitucional comprometido con la justicia social.⁽⁷⁾

Por cierto, no resulta ajena a este Estado social de derecho la incorporación de los denominados derechos de tercera generación, vinculados con el valor “solidaridad” pues —como lo ha puesto magistralmente de relieve la también reciente y conmovedora encíclica papal “Laudato Si” al ocuparse del que, tal vez, resulte el derecho de tercera generación por antonomasia, esto es, el **derecho humano al medio ambiente sano**— es innegable la relación entre vulneración al medio ambiente y pobreza. Desde esta mirada, la protección adecuada del medio ambiente es consustancial al ideario de la justicia social,⁽⁸⁾ ya que son los más pobres lo que más sufren y

y esquema aplicativo, pues el derecho fundamental es susceptible de defensa sin necesidad de la ley frente a las intervenciones estatales, mientras que la dimensión protectora suele precisar, para su eficacia, de una concreción normativa, pues al legislador le corresponde fijar el “esquema esencial” para la protección de cada derecho fundamental. Es interesante, al respecto, revisar la contemporánea jurisprudencia de la CSJN en materia ambiental, cuando afirma: “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y especiales propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente” (CSJN, “Mendoza”, Fallos: 329:2316; consid. 7). En otras palabras, el derecho a gozar de un ambiente sano no queda librado a la discrecionalidad de los poderes públicos y la ineficacia en la protección autoriza a accionar cuando se invoque “un daño que se atribuye a la inactividad u omisión del Estado provincial cuando pesa sobre este la obligación de actuar en ejercicio imperativo del poder de policía entendido (...) como una ‘potestad pública’ propia del estado de derecho tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares” (consider. 10).

(6) La dimensión prestacional de los derechos fundamentales se vincula con situaciones en las que la libertad depende de prestaciones públicas. Hay, pues, un mínimo de prestaciones exigibles al Estado que, de no darse, comprometen la existencia de los derechos fundamentales. Esa dimensión prestacional conlleva, pues, una correlativa **responsabilidad de garantía** por parte del Estado, de modo tal que, los poderes públicos deben actuar en aquellos casos en que, de no hacerlo, un determinado bien social quedaría sin un mínimo de protección (SCHMIDT-ASSMAN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit., pp. 75 y 170).

(7) HABBERLE, PETER, *El estado constitucional*, Bs. As., Astrea, 2007, p. 357.

(8) La relación entre ambiente y justicia social no ha pasado desapercibida para el mundo académico (ver, en tal sentido, HARDIN, GARRETT; STONE, CHRISTOPHER D., *Derecho ambiental y justicia social*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 2009).

los que menos defensas reales tienen contra los fenómenos derivados de la polución de nuestro planeta; muchas veces originados por un obrar humano centrado exclusivamente en el lucro, obrar que no mide consecuencias y se desentiende de los efectos que, para la “casa común” planetaria, derivan de la explotación indiscriminada de los recursos, así como de las omisiones más flagrantes en el acceso a bienes que garanticen una vida en condiciones de mínima dignidad, como acontece con el problema del agua.⁽⁹⁾

Bajo esta impronta, el estudio y la aplicación del deber de obrar estatal exigirá un afinamiento de los mecanismos jurídicos, que permita la superación prudencial de la encrucijada en la cual se encuentra el instituto.

Me refiero, pues, al dilema entre un Estado que —tras garantizar un cúmulo cada vez más numeroso y cualitativamente relevante de derechos (haciéndose cargo para su atención de funciones y servicios múltiples)⁽¹⁰⁾—

(9) Puede leerse en este documento: “De hecho, el deterioro del ambiente y el de la sociedad afectan de un modo especial a los más débiles del planeta: ‘Tanto la experiencia común de la vida ordinaria como la investigación científica demuestran que los más graves efectos de todas las agresiones ambientales los sufre la gente más pobre’ (...) Se pretende legitimar así el modelo distributivo actual, donde una minoría se cree con el derecho de consumir en una proporción que sería imposible generalizar, porque el planeta no podría ni siquiera contener los residuos de semejante consumo (...) La inequidad no afecta solo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera ‘deuda ecológica’, particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países (...) La deuda externa de los países pobres se ha convertido en un instrumento de control, pero no ocurre lo mismo con la deuda ecológica. De diversas maneras, los pueblos en vías de desarrollo, donde se encuentran las más importantes reservas de la biosfera, siguen alimentando el desarrollo de los países más ricos a costa de su presente y de su futuro. La tierra de los pobres del Sur es rica y poco contaminada, pero el acceso a la propiedad de los bienes y recursos para satisfacer sus necesidades vitales les está vedado por un sistema de relaciones comerciales y de propiedad estructuralmente perverso (...) Las regiones y los países más pobres tienen menos posibilidades de adoptar nuevos modelos en orden a reducir el impacto ambiental, porque no tienen la capacitación para desarrollar los procesos necesarios y no pueden cubrir los costos. Por eso, hay que mantener con claridad la conciencia de que en el cambio climático hay *responsabilidades diversificadas* y, como dijeron los obispos de Estados Unidos, corresponde enfocarse ‘especialmente en las necesidades de los pobres, débiles y vulnerables, en un debate a menudo dominado por intereses más poderosos’ (...) Necesitamos fortalecer la conciencia de que somos una sola familia humana. No hay fronteras ni barreras políticas o sociales que nos permitan aislarnos, y por eso mismo tampoco hay espacio para la globalización de la indiferencia” (“Laudato Si”, [en línea] http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html).

(10) La desmesurada extensión que suele atribuirse a los deberes derivados del ejercicio del poder de policía conduce muchas veces a que se responsabilice al Estado por hechos en los cuales sus órganos no tuvieron intervención, pero a los que se les imputa falta de control, vigilancia o seguimiento. La doctrina civilista ha dicho al respecto que sin intentar

asuma ampliamente la responsabilidad patrimonial cada vez que se produzca un daño relacionado con aquellos derechos (posición que puede derivar en un **Estado asegurador**)⁽¹¹⁾ versus un Estado que solo responda en casos en los que una norma le imponga, con precisión de relojería, un deber concreto de actuar respecto de puntuales derechos (exigencia que puede reconducir a un **Estado irresponsable** por sus omisiones).⁽¹²⁾

En la medida en que el legislador reconoce explícitamente en sus fundamentos que se ha procurado plasmar el desarrollo jurisprudencial del instituto de la responsabilidad del Estado, conforme este ha evolucionado en la jurisprudencia de la Corte, resultará interesante pasar revista a la actual jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta central cuestión; para abocarnos luego, al estudio de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal.

Analizaremos, en primer lugar, dos fallos de 2011 —vinculados con la seguridad en espectáculos deportivos— y un tercero, de 2013, también vinculado con el bien jurídico seguridad, pero esta vez en el ámbito del empleo público. Por último, nos ocuparemos de un precedente de marzo de 2015, relacionado con el incumplimiento del deber de seguridad ante un conocido atentado, tal como lo fue el ataque a la Asociación Mutual

dispensar al Estado de tales deberes, “también nos apartamos de la visión simplificadora que busque siempre y en todos los casos la culpabilidad por omisión (...) El presupuesto del Estado, el dinero disponible para inversiones, limita sus posibilidades de actuación. Hemos aprendido que ese dinero no sale de una caja de Pandora sino del bolsillo de los contribuyentes. Es entonces, un gasto social...” (MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Visión iusprivatista de las Responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 9: Responsabilidad del Estado, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 7 y ss.).

(11) A ello se refirió la Corte Suprema, en un caso en que se pretendió responsabilizar al Estado provincial por falta de control sobre la actividad de parapente y de asistencia médica inmediata al accidentado en un vuelo. El tribunal sostuvo que el deber de controlar y prestar auxilio inmediato no resultaba de la reglamentación ni era exigible en las circunstancias del caso, pues el deber genérico de proveer el bienestar y la seguridad general no se traduce automáticamente en una obligación positiva de obrar, evitando cualquier resultado dañoso, en palabras del tribunal: “Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder” (CSJN, “Cohen”, 30/05/2006, Fallos: 329:2088, consid. 10).

(12) Desde este punto de vista restrictivo, el Estado solo respondería cuando una norma, expresa y concretamente, establezca un deber específico de actuar. La norma debe describir “típicamente” la concreta conducta estatal debida (por ejemplo, estableciendo con precisión la acción esperable, por ejemplo, “la Administración otorgará X beneficio a todo aquel que lo solicite y acredite los siguientes requisitos...”). No es difícil advertir que si se exige la precisa descripción normativa de la conducta debida, las posibilidades de obligar al Estado a actuar o, en su caso, responder patrimonialmente por la omisión, se reducen notablemente.

Israelita Argentina (AMIA) en julio de 1994, dos años después de otro lamentable atentado a la Embajada de Israel.

2. Los casos “Migoya” y “Molina”. La CSJN condena al Estado por su actuación en el control de espectáculos deportivos

En la evolución jurisprudencial sobre responsabilidad del Estado por actividad ilícita destacan varios fallos vinculados con casos de violencia en el fútbol. Las sentencias de la Corte emitidas en los precedentes “Migoya” y “Molina” se inscriben en esa línea.

Nuestro derecho público carecía, hasta fecha muy cercana,⁽¹³⁾ de normas que —atendiendo a su especial naturaleza— regulasen con carácter general muchos de los principales institutos del derecho administrativo, entre ellos, el de la responsabilidad estatal.

Ante el vacío legislativo, y como sucede en otras materias del derecho público nacional (por ejemplo, el proceso administrativo, carente de regulación en la órbita federal), cobra especial relevancia la voz de la jurisprudencia y, dentro de ella, la del Máximo Tribunal federal. Ha sido la Corte la que, en una constante evolución, moldeó los contornos del deber de reparar cuando es el Estado quien actúa (u omite actuar); y genera, o da lugar a que se genere, un daño a los particulares.

Ese fantástico deporte llamado fútbol,⁽¹⁴⁾ que en su esencia es celebración y alegría, no siempre es comprendido de ese modo por quienes asisten a presenciarlo. Normalmente son pequeños grupos violentos los que dan lugar a situaciones en las que la vida e integridad de los espectadores es puesta peligrosamente en riesgo, cuando no, directamente afectada. Dado que en los torneos oficiales de primera división la seguridad en los estadios está a cargo de las fuerzas policiales, no es raro que el Estado sea uno de los sujetos pasivos de las acciones reparatorias iniciadas por quienes han sufrido algún daño, imputándole a la autoridad policial —sea responsabilidad por omisión (por no haber hecho nada o

(13) La primera ley de regulación sistemática de la responsabilidad estatal es la ley 26.944, promulgada, de hecho, el 7 de agosto de 2014.

(14) “Dinámica de lo impensado”, en palabras de Dante Panzeri; “un milagro a través del cual Europa encontró la manera de odiarse sin destrozarse”, según Paul Auster; “una fantasía, dibujitos animados para mayores”, para Osvaldo Soriano. En cualquier caso, una celebración de la vida, en mi entendimiento (para más definiciones no técnicas pero sí bellas y/o curiosas, [en línea] <http://la-pelota-no-dobla.blogspot.com/2011/05/30-definiciones-de-futbol.html>).

haber actuado insuficientemente) o por acción, en supuestos de exceso en el uso de la fuerza—.

Fue el caso de una bomba de estruendo colocada y detonada en el vestuario del club visitante en un partido entre Instituto de Córdoba y San Lorenzo de Almagro el que dio lugar a las lesiones sufridas por el defensor azulgrana, Claudio Zacarías, y al caso homónimo, resuelto por la Corte.⁽¹⁵⁾

En ese fallo —en lo que aquí interesa— se analizó la responsabilidad del Estado cordobés (más específicamente, de su policía) por la omisión en la detección de la mentada bomba, colocada por la barra brava del conjunto local sin que esa fuerza de seguridad lo hubiere advertido.

Se le imputaba a la policía no haber hecho lo suficiente para evitar la explosión y el daño, es decir, se le adjudicaba el incumplimiento del deber genérico de seguridad. La Corte dio aquí un paso fundamental, pues hasta entonces y ante la inexistencia de un deber específico estatal de cumplimiento (esto es: la carencia de una norma que expresamente determine cuáles son los recaudos a adoptar por la policía *in concreto* para cumplir con sus deberes en la custodia del espectáculo deportivo),⁽¹⁶⁾ la solución clásica era el rechazo directo de la acción.

En otras palabras, si el deber estatal incumplido no era específico y concreto la responsabilidad por omisión resultaba improcedente.⁽¹⁷⁾ En “Zacarías”, en cambio, se sostiene que **no por tratarse de un deber genérico debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber fue cumplido teniendo en consideración:**

- a. la naturaleza de la actividad;
- b. los medios de que disponía el servicio;
- c. el lazo que unía a la víctima con el servicio; y
- d. el grado de previsibilidad del daño.

(15) CSJN, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, Fallos: 321:1124, 28/04/1998.

(16) Estándar del art. 1074 CC, que exige el incumplimiento de una obligación específicamente establecida por la ley para que proceda la responsabilidad por omisión en el ámbito del derecho privado (COMADIRA, JULIO R.; CANDA, FABIÁN, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa)”, en LL, 1996-A-600).

(17) La evolución jurisprudencial en nuestro trabajo “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, *op. cit.*

En aquel caso, y luego de verificar estos cuatro requisitos, el tribunal rechazó la pretensión contra el Estado cordobés, pues entendió que el deber genérico de seguridad había sido debidamente atendido por el Estado.

Similar criterio fue seguido por la Corte en el precedente “Mosca”,⁽¹⁸⁾ vinculado con un chofer de periodistas de un diario que —encontrándose del lado de afuera de la cancha esperando la terminación del partido Lanús-Independiente— fue alcanzado por un cascote lanzado desde adentro del estadio. De todos modos, en este nuevo caso la Corte profundizó el análisis relativo a cuándo procede la responsabilidad estatal por omisión de un deber genérico, **al establecer que este “debe ser motivo de un juicio estricto”⁽¹⁹⁾ que se basa en:**

- a. “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos”; y
- b. “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

Por cierto, también “Migoya” y “Molina”⁽²⁰⁾ tienen su origen en hechos de violencia, al punto de expresar, la Corte, que la ocurrencia de daños en los partidos constituye una “lamentable realidad” de cotidiano suceso en nuestra sociedad, causada por la violencia de los hinchas, la inadecuación de los estadios y la falta de medidas tendientes a evitarlos.⁽²¹⁾

¿Cuál es el aporte de estos fallos en esa evolución jurisprudencial?

En primer lugar, si bien en “Zacarías” y “Mosca” se ampliaron las causales de responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de seguridad, al afirmarse que —del hecho— de tratarse de un “deber genérico” no se seguía, como consecuencia necesaria, la irresponsabilidad; sino que había que analizar el cumplimiento de dicho deber en el caso concreto, tal como en aquellos dos precedentes el Estado no fue responsabilizado.

Los casos bajo estudio, en cambio, **son los primeros en los cuales la CSJN decide condenar por responsabilidad estatal ilícita a la provincia de Buenos**

(18) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, 06/03/2007, Fallos: 330:563.

(19) Sienta así, una regla de importancia: si se imputa el incumplimiento de un deber genérico, la responsabilidad debe ser evaluada con “juicio estricto”, lo que indica un criterio de evaluación restrictivo por el cual solo procederá en casos donde el incumplimiento resulte claro, a la luz de los requisitos que enuncia seguidamente.

(20) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, M. 341. XXXVI. ORI; “Molina, Alejandro A. c/ Provincia de Santa Fe y otros s/ Daños y perjuicios”, M. 31. XXXVII. ORI, 20/12/2011.

(21) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit., consid. 5º, con cita de “Zacarías” y “Mosca”.

Aires y a la de Santa Fe, respectivamente, por la actuación de sus fuerzas policiales en los estadios de fútbol bajo la doctrina de "Zacarías" y "Mosca", es decir, ante el incumplimiento de deberes genéricos.⁽²²⁾

Como segundo aspecto interesante, la CSJN aplica los estándares diseñados para la responsabilidad del Estado por omisión a casos en los cuales lo que estaba en juego no era la falta de intervención policial o la intervención insuficiente (típicas situaciones omisivas, como las tratadas en "Zacarías" y "Mosca") sino el exceso en el ejercicio de la policía de la seguridad (responsabilidad por acción). Así la CSJN adhiere a una doctrina unificada de la responsabilidad por actividad ilícita aplicable, tanto a supuestos de daños originados por acción, como por omisión estatal.

En tercer lugar, los fallos vienen a ratificar que el factor de atribución "falta de servicio" se encuentra en el núcleo de la responsabilidad estatal por actividad ilícita, activa u omisiva.⁽²³⁾

Como cuarta nota, cabe señalar que los precedentes bajo estudio analizan la responsabilidad estatal sin necesidad de encuadrarla expresamente en norma alguna del Código Civil. Estamos pues, ante una construcción jurisprudencial que, prácticamente sin recurrir al Código Civil,⁽²⁴⁾ estableció los requisitos de procedencia de la responsabilidad por actuación irregular del Estado, tanto por omisión ("Zacarías", "Mosca"), como por acción ("Migoya", "Molina"). No puede omitirse señalar que los requisitos fijados por la CSJN en los fallos que nos ocupan fueron luego, literalmente, copiados en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado en su versión original. De este modo, se regulaba la responsabilidad estatal, pese a tratarse claramente de una materia ajena al derecho privado y propia del derecho administrativo.

(22) En "Zacarías" se había condenado al club local y eximido a la AFA y al Estado; en "Mosca" se condenó al club local y a la AFA (constituyendo en este aspecto un *leading case*) pero se eximió de responsabilidad al Estado.

(23) CASSAGNE, JUAN CARLOS, "La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)", en LL, 2009-F-1226 y "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", en LL, 2005-D-1268. En relación con el factor de atribución en el tipo de responsabilidad bajo estudio, ver PERRINO, PABLO E.; "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", en LL, 24/08/2011.

(24) De los cuatro fallos más arriba mencionados en el único en el que aparece una cita del Código Civil en lo atinente a la responsabilidad estatal es en "Mosca", al valorarse que el obrar policial había sido "conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no genera responsabilidad según el Código Civil (arts. 901 a 906) (consid. 6°). Adviértase la ausencia de citas de los artículos clásicamente invocados para el estudio de la responsabilidad estatal (arts. 1112, 1109, 1113 CC).

El art. 1764 del proyecto original expresaba: **“Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor (...) Para tales fines se debe apreciar 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”**.⁽²⁵⁾ Se desprende de esta redacción que las notas de la responsabilidad por actividad ilícita (en sus vertientes activa y omisiva) son de carácter objetivo y la apreciación de las circunstancias concretas en que se suceden los hechos bajo los estándares diseñados en “Zacarías” y “Mosca” (responsabilidad por omisión) y reiterados en “Migoya” y “Molina” (responsabilidad por acción).

Desde otro perfil, se observa que **en los cuatro relevantes casos** vinculados con la violencia en el fútbol **los demandados son los mismos** (clubes, AFA, Estado), **pero los condenados se van ampliando**. En “Zacarías”, solo los clubes; en “Mosca”, clubes y AFA; en “Migoya” y “Molina”, clubes, AFA y Estado.

Por último, y para el debate, en “Migoya” la CSJN analiza la actividad de la fuerza de seguridad en el estadio de fútbol como una actividad que genera una obligación prácticamente de resultado, cuya contracara es el derecho de asistir a un espectáculo sin sufrir daño alguno, apartándose así, como veremos, de lo sostenido en otros precedentes, incluido el caso “Mosca”.

2.1. El caso “Migoya”

2.1.1. Los hechos

Los hechos se ubican en un partido del torneo nacional “B” entre Quilmes y Nueva Chicago, disputado el 6 de noviembre de 1999 en el estadio del equipo “cervecero”.⁽²⁶⁾

La histórica buena convivencia entre ambas parcialidades hacía prever un espectáculo tranquilo⁽²⁷⁾ y así parecían vivirlo los asistentes a una cancha no demasiado poblada, cuando el accionar de la policía, dio lugar a una

(25) El resaltado me pertenece.

(26) Queda para la anécdota que la campaña del equipo de Mataderos no era de las mejores y que sus jugadores llevaban, según las crónicas de la época, cuatro meses sin cobrar.

(27) Las hinchadas de ambos equipos guardaban entre sí una antigua “amistad” (de esas que, excepcionalmente, suelen darse en nuestro medio futbolístico) que llevó —según las crónicas de entonces— a evaluar la posibilidad de, como prueba piloto, jugar el encuentro sin presencia policial.

represión que provocaría innumerables heridos, tal como puede apreciarse en videos de la época.⁽²⁸⁾

Según surge del fallo —y puede apreciarse también en los mentados videos— los hechos se sucedieron al ingresar la hinchada de Chicago a la tribuna que le fuera asignada y hacer detonar bombas de estruendo. La policía intentó entonces, detener a los autores de las explosiones, pero la hinchada impidió la detención, produciéndose forcejeos que derivaron en una desmedida represión policial que causó heridas a varios asistentes, entre ellos, el aquí actor.⁽²⁹⁾

2.1.2. La responsabilidad de la provincia de Buenos Aires. Particularidades

La Corte interviene en instancia originaria aduciendo el prolongado trámite de la causa y el tiempo transcurrido desde el llamado de autos para sentencia, sin perjuicio de no tratarse de una “causa civil”, en los términos de su última doctrina expresada en el caso “Barreto”.⁽³⁰⁾

Al analizar la responsabilidad de la provincia se recuerda que la responsabilidad extracontractual por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad, sino directa e imputable al órgano cuando este presta un servicio público de manera irregular.⁽³¹⁾

Es una responsabilidad que deriva de la “prestación inadecuada del servicio”, de una “violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular” que exige realizar “una apreciación en concreto” según los parámetros de “Zacarías” y “Mosca”.⁽³²⁾ Así entendida, es un juicio sobre la prestación del servicio “y, por ello, la responsabilidad es objetiva”, es decir, no interesa identificar al agente que —en concreto— incumplió ni determinar si

(28) Los médicos de ambas instituciones debieron abandonar el campo de juego con el partido en marcha para atender a las personas heridas refugiadas en el vestuario de Chicago y que ascendían, según los testimonios del comisario deportivo, a 40 simpatizantes. Un documento audiovisual interesante para tener una idea de lo que sucedió aquel día: [en línea] <http://www.youtube.com/watch?v=ECH2YprJftw> y [en línea] <http://www.youtube.com/watch?v=z9jkh1JY79k>

(29) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit, consid. 2°. Las balas de goma disparadas por la policía alcanzaron a Migoya en su cuerpo, por lo que debió recibir asistencia médica en el vestuario visitante y luego, en un hospital.

(30) *Ibid.*, consid. 1°.

(31) *Ibid.*, consid. 3°. Cita los casos de Fallos: 321:1124 (“Zacarías”), 330:563 (“Mosca”) y 330:2748 (“Serradilla”); pero el origen de esta doctrina puede rastrearse en “Ferrocaril Oeste”, 03/10/1938 y, más explícitamente, en “Vadell”, 18/12/1984, Fallos: 306:2030.

(32) La naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio, el grado de previsibilidad del daño.

actuó con culpa o dolo. Lo que importa es establecer si el servicio fue prestado regular o irregularmente, alcance que hay que darle —en el ámbito del derecho público— al concepto indeterminado “responsabilidad objetiva”.⁽³³⁾

Dicho esto, la CSJN recuerda: “[el] servicio de policía de seguridad se debe llevar a cabo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido” y que el Estado responde tanto ante su “incumplimiento” como ante su “ejecución irregular”.⁽³⁴⁾

Al analizar una típica función de policía como si se tratase de un “servicio público”, la Corte otorga al concepto de **servicio público** un alcance mucho mayor que el que hoy posee,⁽³⁵⁾ identificándolo, prácticamente, con función administrativa.⁽³⁶⁾

En otras palabras, cuando la Corte señala que el Estado responde por el funcionamiento anormal o inadecuado de los servicios públicos no debe

(33) Como lo ha dicho la doctrina, el concepto de responsabilidad objetiva estatal “no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso”, pues “la responsabilidad por falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. Ello es así pues el comportamiento desplegado por la Administración no es irrelevante para la configuración de la falta de servicio, ya que no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal para dar lugar al pago de una indemnización”, toda vez que “es preciso demostrar el anormal o irregular funcionamiento de la Administración” cuya determinación en concreto debe hacerse sobre la base de los estándares fijados en los casos “Zacarias” y “Mosca” (PERRINO, PABLO, “La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia”, en AAVV, *Servicio público, policía y fomento*, Bs. As., RAP, 2004, p. 609).

(34) Consid. 4°. Recuérdese que no solo de servicios públicos se nutren las formas de la actividad administrativa. Existe también la actividad de policía y la de fomento (CANDA, FABIÁN; “Régimen jurídico de la actividad de policía”, en AAVV, *Servicio Público, policía y fomento*, op. cit., p. 123 y ss.) y el ejercicio propio de la función administrativa (por ejemplo, actividad específica de los ministerios tal como la atención de la salud, de la educación pública, la defensa nacional, etc.).

(35) Hasta el absolutismo, lo que conocemos como Administración reducía su actividad a la coacción, función que hoy denominamos actividad de policía. En la Europa de los siglos XVII y XVIII, los Estados comenzaron a incentivar ciertas actividades de los particulares, que es lo que en el presente conocemos como fomento y; por último, en el s. XIX el Estado inicia su experiencia como productor de bienes y dador de servicios, es decir, la etapa del Estado como prestador de servicios públicos (SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 299/300).

(36) Con lo cual viene a coincidir con el amplio alcance dado a la noción en Francia durante el apogeo de la denominada “Escuela de Burdeos” o del “servicio público” de los profesores Gastón Jeze y León Duguit, que procuró desplazar la noción de soberanía como concepto central, sustituyéndola por la idea de servicio público. El funcionamiento “anormal” de los servicios públicos como causal genérica, para que proceda la indemnización a favor de los particulares, aparece en la legislación española de mediados del siglo pasado (Ley de Expropiación Forzosa de 1954, art. 121.1) y se mantuvo en la LRJAP N° 30/92, 139.1; ver SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A., *ibid.*, pp. 306/307, 476 y 486.

interpretarse esto de modo literal, pues de su propia jurisprudencia se desprende que —no solo los daños ocasionados por deficiente prestación de los servicios públicos quedan comprendidos, sino en general los causados por cualquier tipo de actividad estatal irregularmente prestada—. Prueba cabal son los dos casos bajo comentario, que versan sobre la actividad de policía arquetípica, tal es la de seguridad, al que la Corte refiere como “servicio de policía de seguridad”.⁽³⁷⁾

2.1.3. La responsabilidad por actividad ilícita activa u omisiva. Unificación de sus requisitos esenciales

La Corte alude a la “responsabilidad extracontractual” del Estado para referirse a la responsabilidad del Estado por actividad ilícita, sea por acción (“Migoya” y “Molina”) como por omisión (“Zacarías” y “Mosca”).⁽³⁸⁾

Cuando en el fallo, la CSJN preceptúa que el Estado responde, tanto ante el “incumplimiento”, como ante la “ejecución irregular” de su actividad está refiriendo a las dos posibles conductas que dan lugar a la responsabilidad por actividad ilícita: la omisiva (incumplimiento) y la activa (ejecución irregular).

Así, existirá **responsabilidad estatal por omisión** cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño, en definitiva, sucedido.

Asimismo, se configura la **responsabilidad estatal por actividad ilícita** cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, realice actos o hechos contrarios al ordenamiento jurídico que resultan razonablemente idóneos para producir el daño sucedido.

El caso en estudio encuadra en la responsabilidad por actividad ilícita por acción. El **elemento subjetivo** (Estado) ciertamente está presente, pues la Policía pertenece a los cuadros de la Administración; la conducta (represión) es imputable a sus órganos (**imputabilidad**) y es de naturaleza

(37) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit., consid. 4°.

(38) En nuestro criterio, en el ámbito del derecho público las clasificaciones que interesan en materia de responsabilidad son las atinentes a responsabilidad por actividad ilícita (que puede provenir de una relación tanto contractual como extra) y lícita (ídem), pues es —en ese plano— donde se verifican diferencias de régimen jurídico, al exigirse en la última de las citadas, además de la imputabilidad, el daño y el nexo causal, la existencia de un sacrificio especial que no exista el deber de soportar (por todos, CSJN, “Columbia”, Fallos: 315:1026).

positiva, **por acción** (no omisión) en ejercicio de la función de seguridad. Esta competencia estatal fue ejercida irregularmente (**con antijuridicidad**) siendo **causa adecuada** del daño invocado (daño físico, lesiones, daño moral producto de los disparos con balas de goma). Se reúnen así los requisitos de **imputabilidad, antijuridicidad, nexo causal y daño** que caracterizan a la **responsabilidad estatal por actividad ilícita por acción**.

2.1.3.1. ¿La actividad de policía de la seguridad genera un deber de resultado?

Una de las particularidades de “Migoya” radica en la afirmación que la Corte hace en cuanto a que “la seguridad —entendida como el derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno— es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes lo organizan, así como de las autoridades públicas encargadas de su fiscalización”.⁽³⁹⁾ Se enrolan así, en una posición cercana a la “obligación de resultado” que se exige, en el caso bajo estudio, no solo del organizador, sino también del Estado que ejerce la actividad de policía.

Si bien la referencia al “derecho de asistir a un espectáculo sin sufrir daño alguno” está extraída del consid. 7° de “Mosca”, en dicho considerando de aquel precedente no se estaba analizando la responsabilidad del Estado, sino la del club organizador.

En “Mosca” los alcances del deber de seguridad a cargo del Estado fueron analizados desde una perspectiva diferente, desechándose que pudiese tratarse de una obligación de resultado. En efecto, la Corte tuvo en cuenta que el servicio de seguridad no está definido legalmente de modo expreso y determinado, “y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado y que no registra antecedentes en el derecho comparado”. Agrega luego, que sería irrazonable que el Estado asuma que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, pues ello requeriría un grado de previsión insoportablemente costoso y lesionaría las libertades de los propios ciudadanos a proteger.⁽⁴⁰⁾

(39) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit., consid. 5° *in fine*, con cita del consid. 7°, “Mosca”.

(40) CSJN, “Mosca”, consid. 6°.

En suma, en el marco de la relación de consumo —protegida por el art. 42 CN— la contracara del deber de seguridad es el derecho a asistir a un espectáculo sin sufrir daño alguno, obligación de resultado que —hasta “Mosca”— la CSJN aplicó al organizador del espectáculo, y no al Estado en ejercicio de la actividad de policía.

Sin embargo, en “Migoya”, la CSJN aplica al Estado el estándar utilizado en “Mosca” para el organizador, esto es, el de procurar asegurar al espectador, en el marco de la relación de consumo, la asistencia sin daño alguno, lo cual denota una ampliación en la responsabilidad estatal, que quedará comprometida en un nivel similar a la del organizador del evento; pese a que, entre el espectador y el Estado prestador de la seguridad, no exista una “relación de consumo” en los términos del 42 CN y de la ley 24.240.

2.1.3.2. Deber de seguridad preventivo y represivo.

La falta personal separable del servicio

En “Migoya” se advierte una preocupación por estandarizar el deber de seguridad a cargo del Estado, distinguiendo entre **deber de seguridad preventivo** y **represivo**. El primero exige “la adopción de las medidas idóneas de prevención y control”. La inexistencia o insuficiencia de tales medidas implicaría una responsabilidad por omisión del deber de seguridad.

Ahora bien, una vez desencadenados los disturbios, nace el **deber de seguridad represivo cuyas notas son la “disuasión y contención”**.⁽⁴¹⁾

La Corte analiza luego, si se cumplió con el deber de seguridad preventivo. Evalúa, en tal orden de ideas, la cantidad de efectivos destinados, la designación de autoridades policiales responsables del operativo y de especialistas,⁽⁴²⁾ la afectación de “móviles”, la asignación de armamento, etc. Concluye que las medidas adoptadas fueron adecuadas. Descarta, por tanto, que hubiera habido una omisión en las medidas de “prevención y control”.

Aclara, asimismo, que la provisión de las balas de goma no constituye, de por sí, un obrar ilegítimo. Pues, tales proyectiles no son letales y buscan

(41) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit., consid. 5° *in fine*.

(42) Designación de perito en explosivos que realizaría un relevamiento de las instalaciones del estadio (recuérdese los hechos del caso “Zacarías”).

neutralizar los desmanes que se pudieran producir, por lo que hay que analizar cómo fueron utilizados en el caso concreto.

Al valorar el ejercicio en concreto del deber de seguridad represivo, la Corte concluye que el obrar policial fue “inadecuado”⁽⁴³⁾ pues se reprimió salvajemente, disparándose proyectiles de goma desde distancias mínimas, inclusive por la espalda, configurándose una irregular prestación del servicio por exceso en el uso de los medios coercitivos lícitos,⁽⁴⁴⁾ lo que deriva en la responsabilidad del Estado “por su falta en la prestación del servicio de seguridad”.⁽⁴⁵⁾

Ahora bien, en su fallo la Corte cita la palabra del oficial policial a cargo del operativo y la de otro efectivo a cargo del control de la tribuna visitante, quienes señalan que la superioridad de esa fuerza no dio la orden de reprimir, sino la de replegarse. Por lo cual, la represión fue una “reacción espontánea del personal policial”.⁽⁴⁶⁾

Esta cuestión no fue profundizada en la sentencia, pero cabría preguntarse si el obrar de un policía que, no obstante recibir una orden expresa en un sentido decide actuar en otro y hace uso de un arma —pese a que se le indica replegarse—, no trasunta un supuesto de “falta personal separable del servicio” en los términos en los que lo ha receptado la doctrina y la jurisprudencia.

Una aproximación a este concepto puede verse en el voto disidente del juez Vázquez en el caso “Welter”.⁽⁴⁷⁾ En él se expresó que hay falta personal “cuando se evidencia la intención del funcionario de obrar en su propio interés o por cuenta propia”,⁽⁴⁸⁾

... sea abusando de sus atribuciones o excediéndose voluntariamente de los límites de sus facultades y deberes (...) Por

(43) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit., consid. 8°.

(44) Es interesante la distinción entre medios coercitivos lícitos (por ejemplo, las balas de goma) y su ejercicio (que pudo ser lícito o ilícito). La combinación medios lícitos y ejercicio ilícito encuadra en la responsabilidad del Estado por actividad ilícita (caso “Migoya” en comentario). La utilización de medios lícitos, de modo igualmente lícito, no genera —en principio— la responsabilidad del Estado, a menos que al así utilizarlos, se exija de alguien un sacrificio especial que justifique una indemnización (por ejemplo, revisión rigurosa del equipaje de un pasajero en un aeropuerto por razones de antiterrorismo, que le lleve a perder el vuelo).

(45) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit., consid. 13.

(46) Testimonios de los comisarios Lencina y Colantoni (considerando 11 del fallo).

(47) CSJN, “Welter, Lidia Ramona c/ Estado Nacional, Ministerio de Justicia, Procuración General de la Nación”, 15/02/2000, Fallos: 323:115.

(48) BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, 1921, tomo 1, p. 315 y ss.

consiguiente tratándose de hechos estrictamente personales no puede haber responsabilidad de la administración, sino simplemente, responsabilidad individual del agente. Tal es la aplicación del criterio determinante tanto en el sistema francés, cuanto en el argentino, para establecer la distinción entre *faute (o culpa) personnelle* y *faute (o culpa) de service*.⁽⁴⁹⁾

Este también es el criterio que se desprende del voto de los jueces Petracchi, Belluscio y Bossert en la causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA”. En este voto se dijo:

... en principio, la administración pública no es responsable cuando el funcionario obra a título meramente personal, al margen de la función y en exclusivo provecho propio (con cita de Bielsa y del precedente del Consejo de Estado, 29/07/1943, “Compagnie de Tramways”, citado por Sayagués Laso, “Responsabilidad del Estado por acto o hecho administrativo”, nota 41; JA 1950-II-Secc. Doctr., p. 48 y ss.).⁽⁵⁰⁾

Ciertamente, en casos como el que nos ocupa, responsabilizar exclusivamente al agente público tendría como contrapartida —atendiendo a la condición de policías de los autores de los disparos dañosos— la posible insatisfacción de la reparación por insuficiencia económica de los responsables. Tal vez pueda haber sido esa una razón para que el tribunal no ingrese en el estudio de la aludida falta personal, ya que —de configurarse— hubiera derivado en la consecuente eximición de responsabilidad del Estado.

2.2. El caso “Molina”. Fundamentos en “Migoya”. Conclusiones sobre la responsabilidad estatal por actividad ilícita de la CSJN antes de la ley 26.944

Era septiembre de 2000 y corría el entretiempo de Rosario Central-Vélez Sarsfield en cancha del primero; cuando, al salir del baño del estadio para dirigirse a su ubicación en la tribuna alta, el simpatizante de la visita —Alejandro Molina— fue agredido por la Policía de la provincia de Santa Fe. Al recibir varios disparos de balas de goma desde muy cercana posición, el actor sufrió la pérdida de la visión en uno de sus ojos.

(49) CSJN, “Welter, Lidia Ramona...”, fallo cit.

(50) CSJN, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo”, 18/07/2002, Fallos: 325:1787.

El lesionado demandó patrimonialmente al policía —autor de los disparos—, a la Policía de Santa Fe, al club organizador y a la AFA.

En lo que aquí interesa, cabe señalar que se tuvo por probado que, en el entretiem po, la policía acudió a la zona de los baños del estadio rosarino para impedir que los hinchas de Vélez pasaran junto al alambrado que los dividía de la hinchada rival y se arrojaran objetos contundentes. Al advertir un enfrentamiento entre ambas parcialidades, la policía reprimió lesionando, en el caso de Molina, con nueve balas de goma disparadas con una escopeta Ithaca desde muy corta distancia.

Luego de analizar la responsabilidad civil del policía que efectuó los disparos y concluir que había actuado negligentemente, la CSJN se ocupó de la responsabilidad de la Policía de Santa Fe, condenándola con arreglo a los fundamentos dados en “Migoya”, sentencia emitida el mismo día.⁽⁵¹⁾

Cuadra advertir que se trató —al igual que en el fallo al que se remite— de la responsabilidad del Estado por obrar activo ilícito. Pues se tuvo por configurado un exceso en el ejercicio de la seguridad represiva, de modo que son de aplicación las reflexiones efectuadas al comentar el referido precedente.

Los fallos dados en materia de responsabilidad por acción u omisión en el deber genérico de seguridad en materia deportiva nos suscitan diversas reflexiones. En primer lugar, el preponderante triste lugar que ocupa la violencia en el fútbol en los repertorios jurisprudenciales del derecho de daños, lo que da cuenta del fracaso de la denominada “seguridad preventiva” a cargo, tanto de los organizadores (clubes y AFA), como del Estado en ejercicio de la función de seguridad.

En segundo lugar, la tendencia a unificar los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal bajo estándares de base sustancialmente jurisprudencial. En tal sentido, los criterios establecidos en “Zacarías” y “Mosca” para la configuración de la responsabilidad por omisión, han sido trasladados en “Migoya” y “Molina” a la responsabilidad por actividad ilícita.

A resultas de la jurisprudencia que precede al dictado de la ley 26.944, puede afirmarse que, para la CSJN, la responsabilidad del Estado en ejercicio de la función administrativa exige la existencia de una “falta de servi-

(51) CSJN, “Migoya, Carlos Alberto...”, fallo cit., consid. 8°.

cio". Dicha falta constituye el "factor de atribución" de la responsabilidad estatal por actividad ilícita.

Se trata de una responsabilidad directa del Estado, basada en la prestación inadecuada o anormal del servicio, sin que sea necesario identificar al autor ni probar su dolo o culpa.

¿Cómo se evalúa si existió tal "falta de servicio"? Es necesario efectuar una "apreciación en concreto" (caso por caso), que tome en cuenta cuatro estándares:

- a. la naturaleza de la actividad;
- b. los medios de los que disponía el servicio;
- c. el lazo que unía a la víctima con aquel;
- d. el grado de previsibilidad del daño.

Estos criterios fueron inicialmente diseñados para explicar la responsabilidad por omisión en supuestos en los que se imputaba el incumplimiento de un deber genérico.

Recuérdese que en la jurisprudencia antigua de la CSJN, la responsabilidad por omisión solo procedía cuando se vulneraba un deber específico que obligaba al Estado a actuar. El Estado no actuaba y, a resultas de la omisión a dicho deber específico, sobrevenía un daño.

En "Zacarías" y "Mosca", la CSJN se muestra receptiva a la posibilidad de responsabilizar al Estado aun cuando el deber incumplido fuese genérico (deber de seguridad), pues sostiene que no por el hecho de tratarse de un deber genérico debe desecharse la responsabilidad estatal, sino que hay que evaluarla —en concreto— conforme los criterios antes enunciados para la "falta de servicio".

Con todo, cuando deba apreciarse si el Estado violó o no un deber genérico a su cargo, la valoración debe partir de un juicio estricto basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.⁽⁵²⁾

En "Migoya" y "Molina" el radio de acción de esta doctrina se amplía: también la responsabilidad por actividad ilícita dependerá de la configuración

(52) CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo...", fallo cit.

de una falta de servicio, que deberá ser evaluada conforme los cuatro extremos enunciados más arriba.

Se llega así a una doctrina jurisprudencial unificada para la responsabilidad por actividad ilícita. Pues, tanto la responsabilidad por acción, como la responsabilidad por omisión reconocen un mismo factor de atribución: la falta de servicio, que —además— ha de ser valorada teniendo en cuenta las circunstancias concretas en las que se sucedan los hechos dañosos según el tipo de actividad, los medios estatales disponibles, el vínculo entre la víctima y la autoridad estatal y la posibilidad de prever el daño.

Cuando la responsabilidad derive de una omisión a un deber genérico de actuación, habrá de ser apreciada restrictivamente, considerándose de modo especial los bienes jurídicos protegidos (por ejemplo: no será lo mismo la salud, la educación, el medio ambiente u otro bien social de alto vuelo que un derecho estrictamente patrimonial) y las consecuencias de la decisión que se adopte de cara al futuro (es decir, el aspecto previsor de la sentencia, en lo atinente a que —en el futuro— deberá seguirse igual criterio frente a similares casos).

Antes de pasar al último estadio de la evolución de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, que indudablemente se inaugura con la promulgación de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, no será ocioso detenernos en algún precedente posterior al tándem “Migoya”-“Molina”, que resulte representativo del pensar de la CSJN en su última composición y nos permita avizorar de qué manera podría el Máximo Tribunal interpretar algunas previsiones de la ley 26.944.

3. El caso “Carballo de Pochat”

El luctuoso hecho que da origen al caso⁽⁵³⁾ se vincula con un homicidio perpetrado por el esposo de una funcionaria de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) que era objeto de una investigación oficial por presuntos hechos de corrupción. Esa investigación estaba a cargo de un Gerente de Investigaciones Especiales, el auditor Dr. Pochat. Él resultó asesinado en las oficinas del ANSES Mar del Plata al recibir en su despacho al marido de la investigada, quien le disparó con un arma de fuego.

(53) CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucia c/ ANSES sí daños y perjuicios”, 08/10/2013, C. 127. XLVII.R.O.

Para analizar la posible responsabilidad estatal, la CSJN recuerda el criterio sentado en los fallos que antes reseñamos. Ratifica que el factor de atribución por excelencia en materia de responsabilidad por actividad ilícita es la falta de servicio, entendida como “una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular” que debe ser apreciada “en concreto” y “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”. Recuerda también —citando a “Moscá”— que cuando se trata de la responsabilidad por omisión derivada de un pretense incumplimiento de un deber genérico, la valoración debe hacerse con criterio estricto, ponderándose los bienes jurídicos en juego y las consecuencias generalizables de la sentencia (consid. 9°).

Al apelar —por vía de recurso ordinario— el rechazo de la demanda resuelto por la Cámara, los actores imputaron diversas omisiones al organismo demandado, a saber: la no adopción de medidas adicionales de seguridad, pese a estar investigándose hechos de corrupción; el no ofrecimiento de custodia personal; la falta de impedimento de acceso de quien sería el homicida, lo que habría llevado al auditor a “no tener otra opción” más que la de recibirlo en su despacho.

Para resolver, la Corte valoró la prueba reunida de la cual dedujo que la seguridad estaba a cargo de la Policía Federal, uno de cuyos efectivos se encontraba ese día en la sede de la ANSES. Las oficinas eran de acceso público y se accedía sin trámite previo alguno. Si quienes llevaban adelante las investigaciones consideraban que eran necesarias medidas especiales de seguridad, podían solicitarlas. Además, el homicida había ingresado tranquilo y calmo a la delegación con el objeto de acompañar un certificado médico de su esposa, entrevistándose primero con el intervector y luego, con el auditor, víctima del asesinato.

La CSJN tiene por probado que existía una recomendación para quienes investigaban hechos de corrupción de solicitar, si así lo estimaban, medidas adicionales de seguridad. Dice el Tribunal:

... no existe en el caso de autos una omisión por parte del demandado al deber de seguridad” pues “la víctima no había solicitado una custodia policial adicional que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente”, toda vez que “cuando la responsabilidad del Estado se funda en **mandatos jurídicos**

indeterminados 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.⁽⁵⁴⁾

Nuevamente se repite el esquema argumental típico, seguido a partir de “Zacarías” y “Mosca”: ante la ausencia de un deber de obrar específico incumplido, se analiza el posible incumplimiento del deber genérico de seguridad. Esta evaluación es estricta, en el sentido de que es severa, pues no cualquier incumplimiento de un deber genérico acarrea responsabilidad del Estado, evitando que él se convierta en un gran asegurador de todo daño. Así se llega a la conclusión, en el caso, de que dicho deber genérico tampoco fue vulnerado.

Desde el punto de vista dogmático, lo más relevante del caso consiste, en nuestro parecer, en el hecho de que la Corte reconoce que —de haber solicitado el auditor custodia adicional— “hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado (...) basado en una obligación preexistente”.

4. El caso “Faifman”⁽⁵⁵⁾

La actora reclamó daños y perjuicios al Estado nacional a resultas de la conducta omisiva en el cumplimiento del deber de seguridad estatal de prevención del trágico atentado a la Asociación Mutual Argentina (AMIA), en el que perdió la vida el cónyuge de la accionante.

El Estado argentino opuso la excepción de prescripción, que fue rechazada por la Corte en el entendimiento de que él había renunciado a aquella al suscribir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a la que habían acudido varias organizaciones no gubernamentales para hacer efectiva la responsabilidad estatal) un acuerdo en el cual el gobierno nacional manifestó que reconocía su responsabilidad “ya 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 Argentina”. Este acuerdo, en el cual —entre otros tópicos— el Estado se comprometía a promover una ley de reparación, fue aprobado por decreto 812/2005. El PEN envió un proyecto de ley, en

(54) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo...”, fallo cit. El resaltado me pertenece.

(55) CSJN, “Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 10/03/2015, [en línea] http://www.revistap.com.ar/Derecho/administrativo/danos_perjuicios_i/1adm0059098390000.html

los términos de lo acordado, el cual obtuvo solo media sanción en el Congreso y perdió luego, estado parlamentario.

La Corte sostuvo que el Estado había reconocido de modo incondicional y absoluto su responsabilidad, por lo que era inadmisibile la alegada falta de relación causal entre la omisión estatal y la muerte del cónyuge de la actora, pues había sido el propio Estado el que admitió que la muerte de las víctimas del atentado “le era imputable por el incumplimiento de su función de prevención”.⁽⁵⁶⁾

En lo que aquí interesa cuadra puntualizar que el deber incumplido no era sino el deber genérico de seguridad en la prevención del atentado. Este deber genérico, empero, se hallaba potenciado. Pues, tal como surge del acta acuerdo suscripto por el Estado ante la CIDH —luego aprobado por decreto 812/2005— “existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptados 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 Argentina...”⁽⁵⁷⁾

En resumidas cuentas, el Estado argentino reconoció internacionalmente su responsabilidad por omisión del deber de seguridad porque hubo un gravísimo hecho anterior (atentado a la Embajada de Israel) que debió llevarlo a adoptar medidas de prevención que, evidentemente, no adoptó.

Este modo de razonar es extremadamente importante para nuestro objeto de estudio, pues tanto el PEN al aprobar el acuerdo por decreto como la CSJN al valorarlo en oportunidad de resolver la responsabilidad estatal, tuvieron en cuenta que el deber genérico de seguridad en la prevención de atentados se vio potenciado por un antecedente fáctico: la existencia de un atentado similar dos años atrás que no obstante su gravedad no llevó al Estado a profundizar en la prevención de nuevos hechos, los que finalmente se sucedieron.

Adviértase que no existía, en el caso, una norma que —de modo “expreso y determinado”—⁽⁵⁸⁾ consagrara un deber que, al ser incumplido, generara la responsabilidad estatal. Las normas en materia de policía de

(56) CSJN, “Faifman, Ruth Myriam...”, fallo cit., consid. 17.

(57) Fallo cit., consid. 9º, en el que transcribe el acuerdo.

(58) La ley 26.944 exige como requisito para que proceda la responsabilidad por omisión que se demuestre “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (art. 3º, inc. d).

la seguridad son genéricas: establecen competencias de los cuerpos policiales para la prevención y represión de delitos. Pero, en la especie, existía un antecedente fáctico —el atentado a la Embajada de Israel dos años antes— que habría tornado aquel deber genérico en un deber determinado por el conocimiento del antecedente que obligaba ahora a adoptar medidas de prevención orientadas a evitar su reiteración. El Estado supo que un grave atentado a la seguridad había acontecido, sin embargo no potenció el deber de seguridad que presumiblemente le habría posibilitado prevenir futuros atentados similares. En otras palabras, el daño se había vuelto previsible por la existencia de antecedentes similares que hacían necesario potenciar el deber de prevención, no obstante lo cual nada se había hecho en tal sentido.

5. La responsabilidad por omisión en la jurisprudencia de la CSJN. Síntesis

A modo de síntesis, el método de análisis frente a un caso de responsabilidad del Estado por omisión —hasta la sanción de la ley 26.944—, era el siguiente:⁽⁵⁹⁾

a. *¿Se trató del incumplimiento de un deber específico o genérico?*

Si el deber incumplido era específico habrá falta de servicio y, de reunirse los demás requisitos de procedencia propios de la responsabilidad, corresponderá reconocerla (imputabilidad, nexo causal y daño).

Si el deber incumplido era genérico, la responsabilidad por omisión deberá ser objeto de un juicio estricto (es decir, procederá solo con carácter restrictivo). Ese juicio estricto se basará en “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.⁽⁶⁰⁾

La cuestión de la ponderación de los bienes jurídicos en juego para determinar la procedencia de decisiones jurisdiccionales contra el Estado nos parece, por demás, acertada.⁽⁶¹⁾ Ciertamente, cuanto mayor sea la entidad

(59) Según los criterios seguidos por la CSJN, a partir de los precedentes: “Zacarías”, Fallos: 321:1124 y “Mosca”, Fallos: 330:563.

(60) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo...”, fallo cit.

(61) Los bienes jurídicos en juego son ciertamente relevantes para la procedencia de decisiones jurisdiccionales contra el Estado. En materia cautelar, por ejemplo, los requisitos de procedencia, e inclusive las exigencias procesales de las medidas cautelares contra el Estado, se flexibilizan cuando los bienes jurídicos recaen sobre sectores socialmente vulnerables, cuando se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de

del bien jurídico afectado por la omisión del deber genérico (por ejemplo, cuando la omisión genérica afectó la vida, la integridad física o la salud, el medio ambiente, el derecho a la educación, etc.), mayores serán las posibilidades de procedencia de la responsabilidad. Pero, a la vez, habrán de valorarse las consecuencias generalizables de la decisión jurisdiccional a adoptar (en otras palabras, si el tribunal reconoce que el incumplimiento de una omisión genérica da lugar a la responsabilidad en un caso, deberá asumir que —en todos los casos análogos— también deberá declararla y mensurar qué incidencia tiene esa generalización para el interés público).⁽⁶²⁾

b. Aceptado que el Estado omitió el cumplimiento de un deber genérico y, por su intermedio, afectó bienes jurídicos de entidad. Y, que la eventual decisión favorable de reparar sea susceptible de generalizarse a casos análogos, habrá todavía que considerar:

- i. la naturaleza de la actividad;
- ii. los medios de que disponía el servicio;
- iii. el lazo que unía a la víctima con el servicio; y
- iv. el grado de previsibilidad del daño.⁽⁶³⁾

Por ejemplo, en el caso de reiteradas denuncias por accidentes con animales sueltos en la ruta, el deber de seguridad genérico se potencia, al tornarse previsible el daño.

Similar criterio debe seguirse si una mujer denuncia reiterados hechos de violencia doméstica a manos de su pareja y la justicia y/o la policía omiten actuar, hasta que —finalmente— se produce un trágico final.

Idéntica reflexión puede hacerse respecto de la seguridad en ciertos espectáculos deportivos (por ejemplo, el fútbol) por la previsibilidad de los hechos de violencia que suelen sucederse en los estadios.

naturaleza alimentaria o ambiental; de modo que es admisible que la cautelar sea dictada por juez incompetente —art. 2º inc. 2 y ccs. de la ley 26.854—.

(62) Puede suceder que la omisión recaiga sobre un valioso bien de la vida y —sin embargo— resultar dudosa, desde el punto de vista del interés público. La generalización de esta solución a todos los casos análogos (por ejemplo: un niño pierde un ojo por una rama de un árbol no debidamente podada en una plaza pública, ¿debe responder el Estado por no haber podado adecuadamente la rama? De ser positiva la respuesta: ¿hay que indemnizar en todos los casos análogos en que los ciudadanos sufran daños por deficiencias en las podas? Solo si la respuesta a esta última pregunta es también positiva, habrá de reconocerse el deber de reparar por incumplimiento de un deber genérico, pues se estarían así aceptando “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

(63) Extremos a ponderar según la jurisprudencia de la CSJN a partir de “Zacarías”, fallo cit.

En este sentido es sumamente ilustrativo el ya comentado precedente “Faifman” de la CSJN, en el cual el Tribunal ponderó que el propio Estado había reconocido su responsabilidad por omisión en el deber de seguridad, basado en que no se habían adoptado medidas de prevención; pese a la existencia, dos años antes, de un grave precedente, como lo fue el atentado a la Embajada de Israel.

Por el contrario, si el grado de previsibilidad es bajo o nulo (por ejemplo, daño en un camino sufrido por un automotor a resultas de la nevada de julio de 2007 sobre Buenos Aires), las posibilidades de que el Estado responda por el incumplimiento de un deber genérico se esfuman.

Asimismo, el lazo que une a la víctima con el servicio puede facilitar, en ciertos casos, el reconocimiento de la responsabilidad. Por ejemplo, en “Pochat”, se trataba de un dependiente de la propia administración que fue asesinado al realizar una tarea de fiscalización sobre posibles hechos de corrupción que involucraban a altas autoridades de un organismo estatal, por lo cual, pensamos que este estándar —lazo que une a la víctima con el servicio— debió ser ponderado favorablemente por el Tribunal para reconocer la responsabilidad estatal, aunque no fue ese el criterio de la Corte.

En otros, en cambio, la inexistencia de una relación contractual, de dependencia, especialidad o de algún modo calificada (por ejemplo, el conductor de una ruta nacional no concesionada) indica que se trata de un vínculo general ciudadano-Estado. En él, el deber genérico, en principio, no aparece potenciado.

En cuanto a los medios con los que cuenta el servicio, es dable observar cómo la Corte mensura, por ejemplo, la cantidad de agentes asignados a un espectáculo futbolístico en el que se produjeron daños, las medidas que se adoptaron, las armas que se utilizaron, etc. De modo de concluir si lo hecho fue lo razonablemente posible, teniendo en cuenta los medios disponibles ante las circunstancias del caso.

6. La Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal

Primera regulación sistemática del instituto de la responsabilidad estatal, la ley 26.944 refleja consolidada doctrina de la CSJN, en cuanto a que esta materia es de derecho público y local. De ahí que, su ámbito de aplicación sea propio del derecho administrativo. Y, desde el punto de

vista jurisdiccional, solo nacional, sin perjuicio de invitarse a las provincias a adherir a su texto.⁽⁶⁴⁾

Con anterioridad a la sanción de esta ley, la doctrina señalaba, como notas características de la responsabilidad del Estado, su origen y evolución netamente jurisprudencial (por histórica carencia de un régimen normativo orgánico que la regule) y su carácter autónomo y local.⁽⁶⁵⁾

En lo que atañe a la responsabilidad del Estado por omisión, la ley —en su art. 3°— la encuadra siguiendo los parámetros jurisprudenciales vigentes como una manifestación de la responsabilidad por actividad ilegítima⁽⁶⁶⁾ y establece que son requisitos para su procedencia los siguientes:

- a. daño cierto y mensurable en dinero;
- b. imputabilidad a un órgano estatal;
- c. relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño;
- d. falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular.

Se preceptúa, en este último inciso, que: “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. Las provisiones más relevantes para

(64) Antes de la sanción de la ley tuvimos oportunidad de desarrollar estas ideas al comentar el precedente “Barreto” de la CSJN en CANDA, FABIÁN, “La responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo. El derecho administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de Derecho Público local”, en AAVV, *Derecho Administrativo*, CSJN, *Máximos Precedentes*, Juan Carlos Cassagne (dir.), Bs. As., La Ley, t. II, p. 632 y ss.

(65) Ampliar en SAMMARTINO, PATRICIO, “Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado Constitucional Social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la “relación de causalidad”, trabajo en el cual —además— el autor propicia como fundamento de la responsabilidad estatal a la “dignidad humana” (en *Revista de Derecho Público*, año 1, n° 2, Bs. As., Infojus, octubre de 2012. Puede consultarse asimismo, el trabajo [en línea] <https://drive.google.com/file/d/0B0-Bq0tzPquSOHNldE03amNweG8/view>).

(66) En efecto, si bien es admisible en el plano teórico pensar la posibilidad de una responsabilidad estatal derivada de una omisión lícita, no se registran precedentes —al menos de nuestro Máximo Tribunal— en los cuales se haya dado cabida a este instituto. Sobre la cuestión, puede verse el análisis al fallo “Couiteas” del CE Francés y la cita de doctrina nacional que analiza la viabilidad de la responsabilidad por omisión lícita en CANDA, FABIÁN, “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, *op. cit.*, Un estudio de este instituto en nuestro derecho puede verse en COMADIRA, J. PABLO, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita”, en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Bs. As., RAP, 2008, pp. 397/406.

nuestro objeto de estudio son las insertas en el inc. d), en tanto regulan el factor de atribución “falta de servicio”.

Según la redacción legal, la falta de servicio se configura cuando se sucede una omisión irregular del Estado (es decir, de cualquiera de los poderes estatales, no solo de la Administración). El concepto “omisión irregular” equivale a “omisión contraria al ordenamiento jurídico”; sin embargo, la norma aclara enseguida que la omisión solo generará responsabilidad cuando no se cumpla “un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Adhiere así a un criterio restrictivo que, en principio y con carácter general, concuerda con el proclamado por la Corte.

Recordemos que en “Mosca”, el Máximo Tribunal sostuvo: “era relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas” y que en cuanto a estas últimas correspondía discernir entre las 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”, supuesto este último que debía “ser motivo de un juicio estricto”.⁽⁶⁷⁾

La Corte ha admitido más frecuentemente la responsabilidad por actividad ilegítima que por inactividad. La ley sigue un derrotero similar al establecer requisitos más severos para la responsabilidad por omisión que por acción ilegítima.

Ahora, en lo referente a los “tipos” de omisión, la CSJN diferencia entre las omisiones a mandatos normativos expresos y determinados (cuyo mero incumplimiento configura una falta de servicio) y las omisiones a objetivos fijados por la ley, de modo general e indeterminado. Respecto de estos últimos, no descarta de plano la posibilidad de responsabilizar al Estado por su incumplimiento, pero adopta un criterio cauteloso pues estas omisiones a deberes genéricos “deben ser motivo de un juicio estricto”.⁽⁶⁸⁾

(67) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo...”, fallo cit.

(68) *Ibid.*

La ley, en cambio, limitaría la responsabilidad por omisión al primero de los supuestos reseñados en “Mosca”: solo procederá “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (art. 3º, ley 26.944).

El legislador ha seguido la terminología de la CSJN en “Mosca”; de modo que, la omisión antijurídica dañosa, configurativa de la falta de servicio en esta vertiente de la responsabilidad por actividad ilegítima, solo se configura cuando se reúnen tres requisitos:

- a. deber establecido normativamente;
- b. de modo expreso; y
- c. determinado.

Bajo esta redacción, la omisión derivada del incumplimiento a un deber normativo “general e indeterminado” no da lugar a la responsabilidad estatal. En otras palabras, se agravarían los requisitos de procedencia vigentes en la jurisprudencia de la CSJN. Pues, desde “Mosca” en adelante, la omisión de deberes genéricos e indeterminados debía ser objeto de “un juicio estricto”, pero podía dar lugar al deber de responder patrimonialmente; con el nuevo texto legal y desde una lectura gramatical de la norma, esa posibilidad, desaparecería. Cabe preguntarse si esta exégesis es la única que admite la norma en comentario.

No olvidemos que, frente a un texto que en su lectura literal lucía aún más cerrado que el que nos ocupa —como lo es el del art. 1074 CC—, las posiciones doctrinales no han sido unívocas.

Nos ilustra Susana Mellid⁽⁶⁹⁾ que, conforme con una interpretación exegética de ese artículo del Código de Vélez, habrá responsabilidad por omisión solo cuando exista una disposición expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho (cita, en este parecer, a Zavala de González; Machado; Salvat y Orgaz). Mientras, desde otra óptica, se interpreta la norma entendiendo que consagra el deber de responder no solo cuando la ley consagre un deber específico, sino también cuando exista una obligación jurídica de obrar (derivada del conjunto del ordenamiento jurídico) y que sea impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos (en esta posición, ubica a Llerena, Colombo, Acuña

(69) “El particular frente a la inactividad de la Administración Pública Nacional. Distintas vías procesales-administrativas”, en *ED*, Serie Especial de Derecho Administrativo, 31/12/2004. Se trata de la publicación de la que fuera su tesina para optar a la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

Anzorena, Aguiar, Spota, Quinteros, Trigo Represas, Pliner, Borda, Cammarota, Llambías, Mosset Iturraspe y Alterini).

En el derecho público, Marienhoff —que aceptaba la aplicación del art. 1074 CC a la responsabilidad estatal por omisión— lo hacía interpretándolo de un modo amplio. Entendía que, no solo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento genere responsabilidad, sino que este también, puede surgir de normas morales o principios éticos cuyo acatamiento resulta espontáneamente sobrentendido.⁽⁷⁰⁾

Para Cassagne, el art. 1074 CC comprende el incumplimiento estatal de una obligación legal expresa o implícita y no alcanza el incumplimiento de un mero deber genérico o difuso.⁽⁷¹⁾

Hutchinson, en cambio, entiende que no existen razones para tratar de modo distinto las omisiones de los particulares y la del Estado. Concluye —en sintonía con el art. 1074 CC— que la obligación de actuar solo puede surgir de norma expresa y que, en ausencia de esta, el Estado no responde. Esta posición sintoniza, pues, con el texto del art. 3º inc. d) de la ley 26.944.⁽⁷²⁾

Tawil, por su parte, afirma que de entenderse aplicable analógicamente el art. 1074 CC, debe interpretarse que la alusión a la “ley” efectuada en esa norma comprende a toda ley en sentido material (constitución, ley o reglamento).⁽⁷³⁾

Kemelmajer de Carlucci —con apoyo en parte de la doctrina italiana— entiende que no solo en el supuesto de existir una expresa obligación legal de actuar deberá responder el Estado. También lo hará cuando su omisión, pese a no vulnerar ningún mandato legal explícito:

1. deje sin atención un interés normativamente relevante;
2. se configure una necesidad material de actuar para tutelar dicho interés;
3. exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

(70) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1996, pp. 24, 29 y 68.

(71) CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *LL*, 2000-D-1219.

(72) HUTCHINSON, TOMÁS, “Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito”, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 3: Accidentes de tránsito, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 306.

(73) TAWIL, GUIDO, “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado”, en *LL*, 1991-D-62.

Reunidos estos tres requisitos, el Estado debe obrar, no obstante la falta de deber expresamente establecido. Si no lo hace, su omisión genera responsabilidad.⁽⁷⁴⁾

7. Interpretación del requisito de incumplimiento de un deber expreso y determinado según el principio de dignidad humana. Nuestra opinión

Una hermenéutica del art. 3° inc. d) de la ley 26.944 que identifique el “deber determinado” con el “deber específicamente establecido en la norma” puede conducir, en ciertos casos, a resultados injustos. Pensamos en aquellos supuestos en los que no exista un deber normativo expreso y específicamente determinado, pero sí un deber genérico flagrantemente incumplido que, a resultas de tal incumplimiento, diera lugar a un daño a un bien de la vida relevante (por ejemplo, vida, salud, educación, medio ambiente, etc.).

Creemos que, en tales casos, los tribunales deberán evaluar la cuestión desde los principios generales que sustentan el instituto entre los cuales descuella, por cierto, el de **dignidad humana**,⁽⁷⁵⁾ evitando así resultados injustos.

Va de suyo que cuando se omite un deber expreso y específico, estamos ante el incumplimiento de un deber **determinado**. Ahora, cuando el deber es expreso pero genérico (por ejemplo, el deber de seguridad policial debido por las fuerzas del orden a la ciudadanía) en principio es **indeterminado**, pero cabe —al menos preguntarnos— si no puede devenir “determinado” en razón de las circunstancias del caso.

(74) Ver voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci (seguido por los demás miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza) en el caso “Torres, Francisco C. c/ Provincia de Mendoza”, en LL, 1989-C, 511, con cita de GIOVANNI DUNI, “Lo stato e la responsabilità patrimoniale”, Milano, Giuffré, 1968, p. 55 y ss.

(75) Como lo reseña Sammartino, el fundamento de la responsabilidad estatal ha sido anclado por la doctrina en la justicia y en la equidad, cuando no en los principios de solidaridad, legalidad o en la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, de la expropiación, del enriquecimiento sin causa, del derecho de propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas. Para este autor, con quien coincidimos, “El cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho es el principio de dignidad humana [pues] el derecho a obtener una reparación que, en la medida de lo posible, restablezca al particular afectado en la posición que hubiera tenido si el hecho lesivo no se hubiera producido, no solo concierne a la protección del derecho de propiedad e igualdad. Hace también (...) al efectivo y previsible respeto que se le debe dispensar, en las dimensiones horizontal y vertical, a la integridad (física, psíquica y moral) de la persona y de todas las personas”. (SAMMARTINO, “Responsabilidad de los poderes públicos...”, *op. cit.*).

Lo siguiente se desprende, por ejemplo, del ya mencionado precedente “Carballo de Pochat”. En él, si bien la CSJN rechazó la responsabilidad estatal por omisión del deber de seguridad por el crimen del auditor del ANSES (a manos del marido de la funcionaria investigada y habiendo sucedido en la propia sede de esa Administración) sostuvo que, de haber solicitado el auditor custodia adicional, “hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado (...) basado en una obligación preexistente”.⁽⁷⁶⁾

Puede postularse, bajo este criterio, que el deber de actuación normativo expreso puede estar determinado en la propia norma (por ejemplo, cuando esta fija el deber policial de custodiar ciertas personas o bienes en particular)⁽⁷⁷⁾ o puede resultar determinado en razón de las circunstancias del caso (en el caso “Pochat”, si el auditor amenazado hubiese requerido custodia y fuera desoído, produciéndose luego, un ataque en su contra).

Desde este punto de vista, el deber normativo expreso admitiría tres posibles expresiones:

- a. deber expreso determinado, es decir, especificado directamente en la norma atributiva de la competencia (deber de custodia policial en un acto eleccionario o respecto de ciertos funcionarios políticos o legisladores);⁽⁷⁸⁾
- b. deber expreso genérico e indeterminado que, como regla, no genera responsabilidad por omisión (deber de seguridad genérico);
- c. deber expreso genérico, no determinado que, sin embargo, deviene “determinado” porque el omitente tenía conocimiento de la necesidad de potenciar ese deber, haciendo caso omiso.⁽⁷⁹⁾

(76) CSJN, “Carballo de Pochat”, 08/10/2013 C. 127. XLVII. ROR. Hemos comentado este fallo en “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.’”, *op. cit.*

(77) En un precedente, la CSJN rechazó que estuviese comprometida la prestación del deber de seguridad respecto de bienes de un senador nacional asentados en su provincia. El tribunal dijo que “no cabe imputar a la Policía Federal Argentina (...), omisión alguna en el cumplimiento de sus deberes, que pudiera significar una falta de servicio (...) Ello es así, toda vez que el mantenimiento de la custodia sobre la vivienda particular de los actores constituía una actividad típicamente discrecional pues, según la Ley Orgánica y el decreto reglamentario citados, aquellos no estaban obligados a vigilar el patrimonio de los demandantes dentro de la jurisdicción de la provincia”. Sostuvo asimismo la CSJN que “Por otra parte, no existe controversia con respecto a que, al tiempo de los sucesos que dieron lugar a la causa, el senador Carlos Juárez y su esposa habían viajado a Buenos Aires y en ningún momento su seguridad personal estuvo en juego”. En suma, el deber específico de prestar seguridad personal al senador no se extendía a los bienes sitos en jurisdicción provincial (CSJN, “Juárez”, 18/09/2007, Fallos: 330:4113).

(78) Como se desprende del caso, “Juárez”, fallo cit.

(79) Esa advertencia pone en aviso a la autoridad omitente y potencia el deber hasta entonces meramente genérico. Puede provenir de la conducta de la víctima —CSJN, “Carballo de

Un ejemplo de deber expreso genérico indeterminado que deviene determinado por las circunstancias del caso lo constituye el aludido caso “Faifman”, resuelto por la CSJN con posterioridad a la sanción de la ley 26.944.⁽⁸⁰⁾

En este precedente, la CSJN condenó al Estado a reparar a la cónyuge e hijos de una persona fallecida en oportunidad del atentado a la AMIA. Ya que el propio Estado había reconocido en un acta compromiso aprobada por un decreto que le cabía responsabilidad por omisión, pues —pese a existir un atentado de características similares contra otra institución judía dos años antes (Embajada de Israel)— nada se había hecho para potenciar el deber de prevención.

No se trataba de la violación de un deber expreso y determinado, pero tampoco del mero incumplimiento de un deber genérico, pues el Estado había tomado conocimiento de un atentado contra un objetivo de esa colectividad sucedido dos años antes, lo cual potenciaba aquel deber genérico de seguridad en cabeza de la omitente; quien sin embargo, nada hizo para prevenir un nuevo acto terrorista que finalmente, se concretó sobre la AMIA. Los antecedentes conocidos por el Estado (el reciente atentado anterior) mandaban a potenciar el deber de seguridad o, en otras palabras, tornaban previsible un nuevo atentado y sus consecuentes daños. No obstante lo cual el Estado nada hizo para prevenir lo que finalmente volvió a suceder. Sostenemos que en supuestos como el del caso “Faifman” el deber de seguridad incumplido estaba indirectamente determinado en la norma. Pues esta asume que un deber, en principio indeterminado, puede tornarse “determinado” si se advierte al responsable de su cumplimiento acerca de la necesidad de reforzarlo y, no obstante ello, el órgano a cargo permanece impasible, nada hace.

Esta interpretación de los requisitos de procedencia de la responsabilidad por omisión permite, por otra parte, superar el hecho de que la mayoría de las veces las normas atributivas de competencia evitan —sabiamente— caer en el casuismo y asumen que resulta sumamente difícil (cuando no inconveniente para la realización del interés público) pretender agotar, mediante “descripciones”, el universo de conductas posibles de los órganos administrativos;

Pochat”, para el supuesto de que el auditor hubiere solicitado custodia—, de la conducta de terceros —conductores denuncian animales sueltos en la ruta, hasta que finalmente un vehículo sufre un accidente; o de las circunstancias del caso— CSJN, “Faifman”, del que nos ocuparemos enseguida).

(80) CSJN, “Faifman, Ruth Myriam...” fallo cit. Es un fallo posterior a la sanción de la ley 26.944, aunque no regido por ella, por versar los hechos de una época anterior a su sanción.

por lo que se contentan con postularlas, de modo más o menos genérico, sin ingresar en mayores determinaciones o especificidades.

No resultaría razonable que esta modalidad genérica de atribución de la competencia, que en buena medida se justifica en la mejor realización del bien común, pueda luego derivar en una **prohibición absoluta** de reconocimiento de la responsabilidad estatal, justamente por razón del carácter “abierto” de la norma atributiva. Pensamos, en cambio, que **el deber —en principio genérico e indeterminado— puede resultar determinado por la propia conducta del omitente, quien no obstante puede tomar conocimiento de la necesidad de potenciar ese deber sea por la existencia de antecedentes que así lo aconsejan (caso “Faifman”) o por haberlo advertido la víctima o terceros (hipótesis analizada en “Carballo de Pochat”).**

Por último, entendemos que toda vez que la ley de responsabilidad estatal exige el incumplimiento de deberes “determinados” y no el incumplimiento de deberes “reglados” para que proceda la responsabilidad por omisión, es posible sostener que no necesariamente deberá tratarse del incumplimiento de competencias de actuación que admitan una única solución justa posible (regladas) para que proceda esta responsabilidad.

En síntesis, para que proceda la responsabilidad del Estado por omisión según los cánones de la ley 26.944, leídos bajo el principio de **dignidad humana**, resultará necesario: que exista una norma que establezca un deber (norma atributiva de la competencia, normalmente de creación del órgano o ente al cual se le dota de aptitud legal para obrar).⁽⁸¹⁾ Ese deber deberá ser expreso (o razonablemente implícito, ya que lo razonablemente implícito surge de lo expreso) y determinado (directamente determinado: cuando el deber es específico; indirectamente determinado: cuando es genérico pero los derechos en juego y las circunstancias del caso hacían necesario potenciarlo y tornaban previsible el daño).⁽⁸²⁾ No responderá el Estado cuando se trate del nudo incumplimiento de un deber normativo genérico.



(81) Constitución, ley o reglamento, según el art. 3° LNPA. Agregamos, sobre todo luego de la Reforma constitucional de 1994, a los tratados internacionales también como fuente posible de atribución de competencias.

(82) CSJN, “Carballo de Pochat” y “Faifman”, fallos cits. en los cuales el bien en juego era la vida. En el primero, como vimos, la CSJN dijo que, de haber solicitado la víctima custodia, el deber genérico habría devenido determinado. En el segundo, consideró que la existencia de un atentado dos años antes hacía necesario adoptar medidas de prevención que, al no ser tomadas, generaron la responsabilidad por omisión en el deber de seguridad.

Los factores de atribución en la Ley de Responsabilidad del Estado

AGUSTÍN FRANCISCO ZALAZAR



1. Introducción

Entre las novedades introducidas por la ley 26.944, una de las más interesantes, a mi parecer, es el tratamiento que se le da a los factores de atribución, uno de los requisitos fundamentales para la configuración de la responsabilidad estatal por actividad ilícita. A pesar de haber sido tradicionalmente descriptos como la falta de servicio y el riesgo, conceptos ambos identificados o directamente importados del derecho civil, la ley plantea una nueva concepción respecto a ellos que, a mi entender, jerarquiza no solo la idea de responsabilidad estatal sino el derecho administrativo todo. En efecto, la ley contempla la falta de servicio y la omisión —aunque con una concepción estricta—, no así el riesgo.

En este artículo procuraré hacer un breve *racconto* de cada concepto y su historia, su tratamiento en la Ley de Responsabilidad del Estado y sus implicancias en relación al Código Civil y Comercial. De todas formas, adelanto que creo que la norma no excluye tajantemente el concepto de riesgo del ámbito de la responsabilidad estatal, encausa una figura que había sido desnaturalizada y permite la aplicación analógica de previsiones del CCyC en nuestro ámbito, con adaptaciones.

2. La falta de servicio

A fin de que se configure la responsabilidad estatal es menester que se acredite el factor de atribución, que hasta la sanción de la norma que nos ocupa había sido considerado integrado por la falta de servicio y el riesgo creado.

El primero de estos conceptos, famosamente concebido en el derecho francés, en donde se convirtió en la base del sistema de responsabilidad estatal, puede ser definido como aquella situación que ocurre si un servicio no funciona, funciona mal o funciona tarde. Es decir, es el funcionamiento o desempeño anormal, deficiente o incorrecto de la Administración, ya sea tanto por su accionar como su omisión. En nuestro derecho podemos encontrar su introducción de la mano de la Corte Suprema, quien por primera vez⁽¹⁾ trató el concepto en el célebre fallo "Ferrocarril Oeste", en donde opinó que "... en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".⁽²⁾ Sin embargo, no sería hasta otro célebre caso del Tribunal, "Vadell", que se recogería la figura expresamente, y se la identificaría con el artículo 1112 del Código de Vélez,⁽³⁾ con lo cual se manifestaba una concepción orgánica, de responsabilidad objetiva y directa. Esto implicaba la innecesariedad de evaluar la subjetividad del actuar del funcionario y verificar simplemente la falta de la Administración, exteriorizada a través del actuar diligente o no del sujeto. Así,

(1) Iniciando así una postura que sostendría con estabilidad en CSJN, "Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c/ Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 307:1942; "Tejedurías Magallanes SA c/ Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 312:1656; "Mascaró de Manuilo, Martha Esther c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 313:1465; "García, Ricardo Mario y otra v. Pcia. de Buenos Aires" Fallos: 315:1892; "España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros SA c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicio", Fallos: 316:2136; "Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 317:1921; "Menkab SA c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 318:1800; "Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL c/ Santa Fe, Provincia de s/ ordinario", Fallos: 320:266; "Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", Fallos: 325:1277; "Gerbaudo, José Luis c/ Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 328:4175; "Blackie, Paula Yanina y otros c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 329:3065, entre muchos otros.

(2) CSJN, "Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 182:5, consid. 5°.

(3) "Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 CC que establece un régimen de responsabilidad 'por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas'", CSJN, "Vadell, Jorge Fernando v. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 306:2030, consid. 5°.

se valora no solo el perjuicio y la vinculación causal con el accionar de la Administración, sino también las circunstancias de tiempo y lugar, recursos materiales y humanos con los que contaba la administración, el grado de previsibilidad del daño, y el lazo que unía a la víctima con el servicio.

El concepto de falta de servicio es netamente administrativista, ya que en el derecho civil la responsabilidad extracontractual es inherentemente culposa, mientras que la *faute de service* es objetiva y abarca toda la actividad jurídica o material que emane de la función administrativa y genere un daño imputable a ella, resultando en un concepto mucho más amplio. Así podemos encontrar faltas de servicios originadas en el actual formal, no formal, material de la Administración pero también de los otros dos poderes realizando actividad administrativa.

3. La omisión

Una forma particular de falta de servicio es la omisión antijurídica. En palabras de Comadira, es la que

... tiene lugar (...) cuando un poder público, en ejercicio de alguna de las funciones estatales, omite la realización en forma total o adecuada de la conducta a la que se encontraba obligado y ésta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas [y cita en igual postura a Canda, quien opina que] “existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño efectivamente sucedido.”⁽⁴⁾

Esta omisión puede desprenderse de una actividad reglada o discrecional, pero debe ser de medios y no de resultados. Es que no es concebible la omisión de una actividad discrecional, toda vez que no existe un deber normativo determinado —sin perjuicio de que obviamente esté sujeto a los métodos de control de ejercicio abusivo de facultades discrecionales—, como así tampoco lo es de normas programáticas o no operativas, incluso si se trata de normas constitucionales.

(4) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2013, p. 1530.

El quid de la cuestión en este punto radica entonces en la obligación de la realización de la actividad, lo cual configuraría la omisión como antijurídica. Comadira cita a Gómez Puente quien propugna

...que la legalidad no sirva tan sólo como título activo de la acción pública que legitime jurídicamente la intervención sobre la esfera de interés individual, sino también como título de sujeción que los destinatarios de la actuación administrativa pueden hacer valer frente a la omisión de ésta, cuando de ellos dependa la indemnidad de su esfera de interés individual o se descuide el interés social y en la medida que así resulte de la ley. Se trataría, pues, no tanto que la Administración solo pueda hacer aquello que le autoriza la ley, como de que tenga que hacerlo si la falta de actuación administrativa obstaculiza en cualquier modo el interés público definido por ley.⁽⁵⁾

Puede encontrarse una conexión con un principio fundamental de nuestra rama que es la obligatoriedad del ejercicio de la competencia, consagrado legislativamente en el art. 3° de la Ley de Procedimiento Administrativo. También en este punto puede citarse a Cassagne, quien ha dicho que "La antijuridicidad se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita y no de un deber genérico o difuso".⁽⁶⁾

Estas omisiones dañosas, concretas y a cargo de la Administración, eran consideradas regidas, en subsidio, por el art. 1074 CC, que dice "Toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido". A pesar de que había algunos, como Marienhoff,⁽⁷⁾ que consideraban que este artículo era el idóneo para responsabilizar a la Administración por sus omisiones, la

(5) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., p. 1532.

(6) CNAC. APPEL. CIV., Sala J, "Podazza, María C. v. Asoc. Civil Coop. Gral. San Martín del Polideportivo Parque Chacabuco y otro", con cita de J. C. Cassagne, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Jurisprudencia de la Suprema Corte", en *La Ley*, 2000-D-1219.

(7) MARIENHOFF, MIGUEL, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2001, postura a la que adhieren Cassagne, Mertehikián, Barraza y Lamoglia, entre otros.

Corte Suprema comenzó a encuadrar la responsabilidad por omisión dentro del art. 1112 CC, posición que comparte Perrino,⁽⁸⁾ que opina que toda vez que ese artículo regula la inacción, es correcto su uso ya que el art. 1074 CC no es preciso en cuanto al alcance de la obligación que se debe reparar.⁽⁹⁾

4. La omisión en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema: el caso "Pochat"

Llegado a este punto, es oportuno remitirnos a uno de los fallos relativamente más nuevos del Tribunal Cívero a fin de comprender su concepción actual en cuanto a la falta de servicios y en particular la omisión. El 08/10/2013, la Corte se expidió en "*Carballo de Pochat*"⁽¹⁰⁾ en el marco de una demanda contra el Estado por imputársele no haber tomado las medidas de seguridad adecuadas para evitar la muerte de un funcionario.

Alfredo María Pochat era un funcionario que cumplía funciones en un cargo jerárquico de la Delegación ANSES de la ciudad de Mar del Plata que, tras disponer el apartamento de una funcionaria de ese organismo, fue asesinado en su oficina por el esposo de la misma que se había presentado para entregar cierta documentación. Enmarcando la cuestión en una concepción, como dijimos, objetiva y directa por falta de una regular prestación, la Corte se centró en la extensión de la obligación de seguridad que tenía la Administración respecto a la víctima. Sostuvo entonces 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 [y agregó que] ...obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber

(8) PERRINO, PABLO, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", en *La Ley* 2011-E-715, 24/08/2011.

(9) De igual manera opinan Gordillo y Gambier.

(10) CSJN, "*Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ daños y perjuicios*", 08/10/2013, Fallos: 332:1115.

aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar...⁽¹¹⁾

El fallo separó la idea de omisiones y mandatos expresos y determinados en una regla de derecho que, al no ser cumplida, resultaba en una falta de servicio indudable de los casos en que la Administración está obligada a alcanzar objetivos, fijados indeterminada y generalmente, en cuyo caso debe utilizarse un criterio estricto para valorar la existencia o no de una omisión. En esta tesitura, la ANSES no estaba obligada a proveer una protección policial especial al funcionario, quien había recibido a su victimario voluntariamente, quien —a su vez— se había comportado de manera calma y racional hasta el momento del homicidio. Si bien existe una obligación de velar por todos los ciudadanos, “... no es razonable asignar a ese deber genérico un alcance de tal amplitud que lleve a la absurda consecuencia de convertir a éste en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito extraño a su intervención directa...”.⁽¹²⁾ La Corte se distancia así expresamente de la postura que aplica el art. 1074 CC, lo que también había sido sostenido por la Cámara y compartido por Cassagne.⁽¹³⁾

Considero relevante, expuesto el aspecto fáctico, enfocarse en el *holding* del fallo, que es el requisito de “un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente”.⁽¹⁴⁾ A pesar de hacer mención a la doctrina de uno de los fallos más famosos en términos de omisión, “Mosca”, en el que opinó que

... corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los

(11) CSJN, “Carballo de Pochat...”, fallo cit., consid. 9°.

(12) *Ibid.*, consid. 3°.

(13) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed. actualizada, reimpresión, Bs. As., AbeledoPerrot, 2001, p. 301.

(14) CSJN, “Carballo de Pochat...”, fallo cit., consid. 13.

bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.⁽¹⁵⁾

En esta oportunidad, la Corte se ubica en una postura incluso más firme: requiere deber jurídico determinado y obligación preexistente.

Resumiendo, el Tribunal Supremo encuadra la omisión dentro de la falta de servicios del art. 1112 CC —y no ya en el 1074 del Código de Vélez—, imponiendo sobre la figura un criterio estricto que exige deber jurídico determinado y obligación preexistente, lo cual es receptado en la Ley de Responsabilidad del Estado.

5. El riesgo creado

Como fuera mencionado, el otro concepto tradicionalmente considerado fundamental dentro de los factores de atribución es el de riesgo creado. El mismo fue encuadrado en el art. 1113, 2ª parte, CC, que establece que “En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”. Es razonablemente deducible de esta norma que la cosa riesgosa es la que, en función de su naturaleza o por la forma en la que se usa, genera riesgos a terceros, por lo que hasta un objeto inerte podría considerarse riesgoso dependiendo de las circunstancias.

El artículo, concebido para regir las relaciones entre particulares, tuvo alcances desmedidos cuando fue transpuesto al derecho público, en el que la Administración realiza una cantidad y variedad tan grande de actividades, involucrando a su vez una cantidad tal de objetos —muchos de los cuales son de carácter netamente peligroso y que solo puede utilizar el órgano estatal—, por lo que conllevó una concepción distorsionada de lo que se podía considerar riesgoso y, en consecuencia, una excesiva pretensión de imputación al Estado. Puede verse esta distorsión incluso en ideas asociadas, como la de riesgo provecho, por la que se justifica la responsabilidad por el beneficio, no necesariamente material, que obtiene de una actividad u objeto una persona, en la mayoría de los casos incompatible

(15) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, 06/03/2207, Fallos: 330:563, consid. 6.

con los riesgos generados por la Administración, que no son originados en una búsqueda de provecho sino de realización de actividades en pos del interés público.

Esta importación de la idea civil de riesgo sin adaptarla a los principios imperantes en el derecho administrativo —particularmente la relación de desigualdad entre el Estado y el administrado, contrastante con la relación de igualdad entre los sujetos privados—, tuvo, repetimos, consecuencias desmedidas, originadas quizás en la concepción subordinante de nuestra rama a la civil —sumada a una laguna normativa en el tema—, por la que pasó a considerarse al Estado como el asegurador de todos los avatares de la vida en sociedad. Es esta postura la que explica la existencia de fallos como “Deoca”, en el que la Cámara Federal de Córdoba hizo responsable al Estado por un homicidio perpetrado por un militar retirado con un sable decorativo otorgado por el Ejército Argentino.⁽¹⁶⁾ Otra instancia que ilustra con claridad las consecuencias de la postura es un fallo analizado por Canosa,⁽¹⁷⁾ en el que delincuentes ingresaron a una sede del Correo Argentino, redujeron al policía que se encontraba vigilándola y le sustrajeron su arma reglamentaria, escapando con la recaudación. El oficial logró desatarse y comenzó a perseguirlos, en respuesta de lo cual los malhechores comenzaron a dispararle con su propia arma, además de otra adicional, hiriendo en el proceso a transeúntes. La Cámara responsabilizó al Estado por el actuar del policía a pesar de que el daño fue originado por un hecho de terceros, lo cual rompió el nexo causal.⁽¹⁸⁾ Canosa concluye allí que “las loables doctrinas que propugnan la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos no pueden extenderse a ciertos supuestos de manera que por arribar a una solución conforme a ella se llegue al efecto

(16) A pesar de que la CSJN, en última instancia, revocó la sentencia.

(17) CANOSA, ARMANDO, “Peligrosa Extensión de la Responsabilidad del Estado (Segunda Parte)”, Comentario al Fallo P. de C., C.I. vs. Estado Nacional s. Daños y perjuicios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II del 10/11/2011, en *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n° 80 abril 2012, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012.

(18) Lo cual configura un caso que podría ser estudiado desde el riesgo que conlleva el uso de armas, pero también desde la falta de servicio en el cumplimiento del deber de seguridad o incluso por daño originado en actividad lícita, que puede llegar a recordar, por su complejidad, el caso de la Corte Suprema “Lozano Gómez, Juan C. v. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, en donde se encuadró el daño sufrido por el auto de un particular, que fue utilizado por la policía en una persecución en la que ocurrió un tiroteo, en el art. 1112 CC interpretado más allá de la falta de servicio sino más bien como un servicio irregular, prestado sin falta pero dañoso al fin.

contrario al buscado; el beneficiario sería uno solo y el principal perjudicado el interés general".⁽¹⁹⁾

Una cuestión que refuerza las consecuencias negativas de la concepción en análisis es la repercusión en la cuestión probatoria. En efecto, debe recordarse la inversión de la carga de la prueba que consagra el art. 1113 CC: cuando el daño es causado con las cosas, el dueño o guardián se exime probando que no ha habido culpa por parte suya. Sin embargo, si el daño es causado por el riesgo sin más, solo se exime al acreditar culpa de la víctima o del tercero. Así, basta con demostrar el nexo causal y daño para que nazca el deber, resultando intrascendente la cuestión de la acreditación de la irregularidad del servicio de administración, lo que termina en una expansión injustificada del deber de reparar.

6. Los factores de atribución en la Ley de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial

Resumiendo, hasta la aparición de la ley, los factores de atribución para que se configurara la responsabilidad por actividad ilícita eran regidos por el art. 1112 CC para la falta de servicio (incluyendo la omisión) y el art. 1113, párr 2, CC para el riesgo creado. La innovación que apareja la ley en este punto es la exigencia del requisito de una "Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado" para que se configure la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima de los tres poderes. ¿Por qué resulta esto una innovación? La ley no hace mención al riesgo, lo que lleva entonces a preguntarse si este continúa siendo un factor de atribución. La respuesta es que sí, **el riesgo es ahora factor de atribución siempre y cuando se encuadre en una falta de servicios**. La ley es clara y taxativa, por lo que ya no es posible ninguna aplicación analógica de los arts. 1112 y 1113 CC o sus sucesores espirituales del Código Civil y Comercial, como el art. 1757.

Ilustrando esta idea, podemos pensar en un árbol viejo que cae y hiere a una persona. Desde el derecho civil (y la concepción anterior a la ley) esto podría imputarse a la persona (la Administración, en este caso) por el riesgo de la cosa, pero desde esta nueva postura administrativista, el Estado sería responsable solo si existiera una obligación de mantenimiento o poda cuyo incumplimiento configure la falta de servicios.

(19) CANOSA, ARMANDO, "Peligrosa Extensión...", *op. cit.*

No considero, sin embargo, que esta concepción de los factores de atribución implique una imposibilidad de aplicación analógica de aspectos del Código Civil y Comercial al ámbito de responsabilidad estatal. Así, se advierte la inclusión del art. 1759 CCyC que regula el daño por animales, situación habitual en casos de responsabilidad estatal, que podría ser aplicado siempre y cuando configure un incumplimiento de una obligación preexistente y que los mismos no pertenezcan a un particular. Nada obsta, tampoco, a la aplicación del art. 1758 CCyC, que prevé la responsabilidad concurrente del dueño y el guardián de la cosa riesgosa generadora de daño en casos que la Administración sea el guardián.

Otro caso destacable es el que prevé el art. 1759 CCyC, que reza

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. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, 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 él obtenido.

La primera parte no resiste mayor análisis y de hecho es conciliable con el tratamiento que ambas normas realizan del hecho de la víctima, pero considero interesante la segunda parte del artículo. Podemos imaginar, regresando al ejemplo del árbol viejo y aceptando que puede ser un caso de laboratorio, una situación en la que una persona ve que un árbol comienza a caerse y en su trayectoria hay un niño o un objeto valioso y corre a rescatarlo, lográndolo pero resultando dañada en el proceso. ¿Podría esta persona ser indemnizada por el Estado? No veo por qué no, siempre y cuando, reitero, la falta de cuidado y caída de ese árbol implicara una falta de servicio.

Vemos entonces que el legislador buscó reencauzar de una figura que había sido desnaturalizada por una concepción civilista, resultando no en una escisión total sino un juego de normas en el que aún hay lugar para la aplicación analógica.

7. La omisión en la ley

Esta cuestión es tratada en la segunda parte del art. 3º, inc d, ley 26.944, ya que prevé que “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. Esta redacción desplaza definitivamente la aplicación de la idea civil del art. 1074 CC y pone punto final a la discusión respecto al carácter expreso o implícito y genérico o concreto de la obligación. Podría decirse, a primera vista, que esto excluye la omisión del cumplimiento de los principios, pero sería olvidar que ellos son una vinculación negativa, límites a la libertad de actuación y no imposiciones.

Resta ver el juego de esta segunda parte del art. 3º, inc. d, ley 26.944 con el nuevo Código Civil y Comercial. Las reglas básicas están planteadas por los arts. 1716, 1717 y 1749 CCyC, que definen que el incumplimiento de una obligación origina una nueva obligación de reparación del daño causado, la antijuridicidad de cualquier omisión dañosa (a menos que esté justificada), y la responsabilidad directa de quien incumple la obligación generando el daño, respectivamente. Completa este panorama el artículo 1766 CCyC que indica la aplicación de normas y principios del derecho administrativo nacional o local para hechos y omisiones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones por no cumplir sino irregularmente las obligaciones que les están impuestas.

No considero que ninguno de estos artículos amerite detenernos en ellos, no así la cuestión de la antijuridicidad del daño a menos que esté justificada, lo cual está tratado en el art. 1718 CCyC. En efecto, este enumera los casos en los que, para el Código Civil y Comercial, una acción u omisión antijurídica está justificada:

- a. en ejercicio regular de un derecho;
- b. en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;
- c. para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

Resulta difícil imaginar un caso en el que el ejercicio regular de un derecho implique un daño por omisión, como así también un caso en el que la

Administración ejerza legítima defensa propia en los términos civilistas. Resta analizar si podría concebirse un escenario en el que la Administración omita un deber normativo de actuar expreso y determinado para evitar un mal mayor, actual o inminente, no originado por ella y que resulta inevitable. Considero que sí, una situación así podría tranquilamente ocurrir (como por ejemplo si una custodia policial asignada a un edificio o persona desatienda sus deberes en pos de tratar una amenaza a la seguridad mayor, resultando dañada la persona o lugar original) y creo que este artículo sería plenamente aplicable por vía analógica. Puede verse entonces que a pesar de ubicarse la ley en una postura restrictiva, la importación de figuras del Código Civil y Comercial es posible, aunque más dificultosa debido precisamente a esa estrictez.

8. Conclusiones

Habiendo llegado al final de este breve artículo, creo que de todas formas es posible extraer una serie de conclusiones respecto al tratamiento de los factores de la atribución y el tratamiento normativo de la figura en general. La sanción de la norma misma implica definir a la figura de la responsabilidad estatal de una vez por todas como administrativa, y no como un tipo de responsabilidad civil. La exclusión del riesgo genérico y civil como factor de atribución es una consecuencia lógica y necesaria de esta definición. Sin embargo, su exclusión del texto no implica una incompatibilidad con el concepto: el hecho riesgoso dará lugar a la responsabilidad estatal en tanto haya implicado una falta de servicio.

De todas formas, resulta determinante la consagración de la falta de servicio, en la que pueden incurrir los tres poderes, como única causal de atribución de responsabilidad. El concepto es totalmente ajeno al derecho a civil, en donde existe la idea de riesgo, que ha sido correctamente encuadrada en el texto de la norma: la aplicación analógica de la idea de riesgo será procedente en tanto configure una falta de servicio.

Siempre y cuando ese riesgo sea al mismo tiempo una falta, no veo por qué no podrían ser procedentes algunas aplicaciones analógicas del Código Civil y Comercial, tales como las que fueron expuestas. En cambio, respecto a la omisión, la ley ha sido taxativa: ha cristalizado la postura de la Corte al momento de su redacción, recogiendo el *holding* de Pochat; a menos que haya deber expreso, no habrá responsabilidad ni analogía posible con la normativa civil.



Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO



1. Introducción

La Ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado (en adelante, LRE) es un punto de inflexión para el derecho público argentino.

De un lado, marca el tránsito de un régimen de base jurisprudencial a un esquema sistemático de ordenación sustantivo de carácter predominantemente legal.

De otro, concibe al instituto como una materia de derecho público y, en tanto tal, asume que las respuestas a los problemas que plantea la responsabilidad extracontractual del Estado incumben, de modo primordial, al derecho administrativo. En este ámbito, la voluntad general —formalizada a través de la ley 26.944 y de los arts. 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC)— recorrió un camino que, por lo menos en esta materia, descarta la declamada posibilidad de **privatizar del derecho público**.⁽¹⁾

(1) Aunque parezca paradójico, la **privatización del derecho público** es auspiciada también por algunos profesores de derecho administrativo. Así, en un trabajo reciente, se señala que ora porque la ley 26.944 sea derogada, o porque se la declare inconstitucional o porque una reforma legislativa restablezca las previsiones normativas originariamente propuestas por la Comisión 191/11, “de acá a unos años nuestro sistema de responsabilidad estatal se asemejará en importante medida al contemplado en el Título V, Capítulo I del Código Civil y

El plexo legal vigente, sin embargo, no es un punto de partida.

Sus ideas rectoras, esto es, el carácter objetivo, directo, autónomo y local del derecho de la responsabilidad estatal —juntamente con sus típicos factores de atribución, la falta de servicio y el sacrificio especial en aras del interés público—, fueron labradas por la doctrina científica y judicial, nacional y provincial, durante las tres últimas décadas de gobiernos de *jure*.

El régimen jurídico de la responsabilidad del estado, conformado por la ley 26.944 y los arts. 1764 a 1766 CCyC, es una de las tantas respuestas posibles que la discrecionalidad legislativa pudo brindar a las cuestiones generadas por el proceso de transformación y unificación del derecho privado que finalmente desembocó en la sanción de la ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación).

El sistema normativo vigente tampoco es de un punto de llegada ni de ruptura.

Es un eslabón, una pieza —necesaria aunque incompleta— en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho. En este sentido no tenemos dudas de que los desarrollos jurisprudenciales que se realicen durante los próximos lustros irán modelando el nuevo sistema legal de acuerdo con las necesidades que, en cada caso, plantea la efectiva concretización de los valores y principios del Estado de los derechos fundamentales vigente en la república.

Ciertamente, la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión compleja. Encierra una gran cantidad de problemas, que exceden largamente la variable normativa.

Una observación macroscópica, global y sistémica de la responsabilidad estatal exige enlazar el mundo jurídico normativo con otras diferentes áreas del conocimiento, como la economía,⁽²⁾ la política, la sociología, los valores, la filosofía, entre otros. Un enfoque centrado de manera exclusiva y excluyente en lo jurídico-normativo es, desde una perspectiva científica,

Comercial del que la ley 26.944 ha intentado apartarlo". Por las razones que se exponen en el texto, no coincidimos de manera alguna con estas afirmaciones.

(2) Así, por ejemplo, no se puede desconocer que la ley 26.944 debía guardar compatibilidad con otras producciones legislativas anteriores del Congreso como, v. gr., la ley 26.896, BO 22/10/13, que prorrogó la vigencia de la ley 25.561, de emergencia pública en materia económica.

insuficiente. La cuestión normativa es apenas una de las parcelas de nuestra unidad de observación. Por ello, con carácter previo a la formulación de juicios abstractos de aprobación o desaprobación parece conveniente, en esta como en otras materias de nuestra disciplina, establecer interconexiones con otras áreas del saber. El aspecto jurídico normativo es solamente un fragmento, una parcela, de la complejidad.

Como bien sabemos, no ha sido el enfoque integrador, global, y de conjunto, consustanciado con el principio de **reserva de lo posible**, el método lógico (metodología) que, en general, se ha utilizado para estudiar la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y los arts. 1764 a 1766 CCyC.

Aun así, desde la unidimensional visión normativa, el examen de la LRE se ha realizado desde dos grandes campos: el derecho privado y el derecho público. En este último ámbito, es dable verificar que los estudiosos han encarado la ley desde el derecho constitucional y desde el derecho administrativo.

No hay duda de que todos los aportes realizados desde la doctrina expresan una idea de justicia. Sin embargo, no desconocemos que en el debate de las ideas, muchas veces apasionado, se filtran circunstanciales **intereses** —económicos, políticos, profesionales, ideológicos, académicos, amén de vanidades— que, ajenos al principio de reserva de lo posible y solapados bajo una supuesta inspiración científica, fuerzan sus aportes doctrinales según el modo y la intensidad con que aquellos intereses se pueden ver comprometidos.

El trabajo introductorio y provisional que ponemos a consideración del lector no tiene otro propósito que examinar las características principales que exhibe la reciente la ley 26.944.

2. El derecho de la responsabilidad del Estado y sus problemas

2.1. Los problemas clásicos

El derecho de la responsabilidad del Estado plantea problemas diversos. Algunos de ellos son clásicos, en tanto se anudan con la concreta efectividad de los principios basilares del Estado legal de derecho. Otros, en cambio, son más recientes. Emergen como producto del tránsito del Estado formal de derecho al Estado constitucional social de derecho (o Estado de los derechos fundamentales).

El catálogo de asuntos tradicionales —además del fundamento que sustenta al instituto—⁽³⁾ es variado y complejo. Así, desde esta atalaya cabe interrogarnos sobre las siguientes cuestiones:

- i. cuál es la **función** de la responsabilidad del Estado (en este punto se debate si la responsabilidad estatal opera como garantía patrimonial o como instrumento de control);
- ii. qué reglas y principios deben regir la responsabilidad del Estado, en ejercicio de funciones públicas. En este orden se plantea si la materia concierne al derecho público (**derecho administrativo**) o si, en paridad con los particulares, al Estado se lo debe juzgar de acuerdo con las normas de **derecho privado** sobre responsabilidad civil, en el marco de la unidad del derecho de daños o de la teoría general del derecho de daños;
- iii. a quién le incumbe regular la responsabilidad del Estado. Concretamente: tanto desde el principio cardinal de división de los poderes como de acuerdo con la técnica de descentralización del poder territorial consagrada en la Constitución (forma de Estado federal), nos preguntamos quién es la autoridad pública competente para establecer el régimen jurídico de la responsabilidad estatal;
- iv. si el régimen jurídico de la responsabilidad estatal debe ser **único** o si, en cambio, puede (o debe) ser plural;
- v. si se aceptara que la responsabilidad patrimonial del Estado es un asunto atañe de manera determinante al derecho administrativo, nos interrogamos sobre la proyección de las previsiones normativas que rigen la responsabilidad civil a la responsabilidad estatal (método de interpretación);
- vi. si la responsabilidad del Estado opera de manera subsidiaria, con respecto a sus funcionarios o agentes, o si, en cambio, se la debe considerar **directa**;
- vii. si la responsabilidad del Estado se debe afincar en la idea de culpa del agente o del funcionario (responsabilidad subjetiva) o, si la construcción orgánica del

(3) Abandonada por completo la teoría de la soberana como sustento de la infalibilidad estatal y, por ende, de su irresponsabilidad, la doctrina administrativa no exhibe uniformidad a la hora de exponer el fundamento de la responsabilidad del Estado. Así, no son pocos los que proclaman que el fundamento de la responsabilidad estatal reside en la justicia y en la equidad. Otros, en sustento de aquella, proponen los principios de solidaridad, legalidad o, lisa y llanamente, la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, de la expropiación, del enriquecimiento sin causa, del derecho de propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas.

Más allá de la inexcusable parcela de verdad que encierra cada una de las tesis enunciadas, pensamos que el cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho debe tener en consideración al **principio de dignidad humana**. En efecto: el principio de dignidad humana y la inescindible nota de alteridad jurídica que él acarrea justifican incluir a la responsabilidad estatal dentro del elenco de principios basilares del Estado constitucional social de derecho contemporáneo. Esto aparece de manera clara cuando el hecho generador produce un daño sobre los **derechos humanos indisponibles**.

- régimen jurídico del responder estatal debe examinar la prestación de la función pública, con prescindencia del reproche subjetivo (responsabilidad objetiva);
- viii. si el hecho generador que hace nacer la responsabilidad del Estado se focaliza en la actuación irregular de sus órganos o entes o si, a diferencia de lo que de ordinario ocurre en la responsabilidad civil,⁽⁴⁾ cabe que el Estado también responda por la actividad (formal o material) lícita de aquellos;
 - ix. si la responsabilidad patrimonial del Estado, derivada de la omisión ilegítima se proyecta a supuestos de omisiones estatales lícitas;
 - x. si son los requisitos que estructuran el supuesto de hecho que origina la responsabilidad extracontractual del Estado coinciden o se diferencian, total o parcialmente, con los de la responsabilidad civil;
 - xi. si los factores de atribución de la responsabilidad estatal son idénticos, o no, a los de la responsabilidad civil;
 - xii. En lo relativo a la relación de causalidad los problemas son de índole diversa. Más allá de la conceptualización, sobre esta cuestión se plantean dudas respecto de las funciones que está llamado a cumplir el nexo de causalidad; los criterios que gobiernan la atribución de consecuencias; la prueba; el diferente régimen de la co-causación y el de las concausas; las eximentes, etc.
 - xiii. El derecho de la responsabilidad del Estado plantea problema sobre si existe algún tipo de interrelación entre el factor de atribución y la relación de causalidad, y si esta interconexión gravita al momento de fijar el alcance de las consecuencias dañosas resarcibles;

2.2. El rol de la jurisprudencia

A lo largo de los tres últimos lustros del siglo pasado y en los primeros del actual, gran parte de los interrogantes precedentes recibieron respuesta, no siempre homogénea, de la jurisprudencia y también de la doctrina que, a no dudarlo, frente a la orfandad normativa ha tenido un rol prejurisprudencial preponderante.

En efecto: en ausencia de un régimen normativo específico, la jurisprudencia, sobre todo la CSJN, tuvo a su cargo una doble y delicada tarea: dirimir con fuerza de verdad legal los casos concretos de responsabilidad patrimonial del Estado sometidos a su conocimiento y decisión, y, simultáneamente, tallar de manera general y con vocación de perdurabilidad los

(4) No podemos ignorar que en el derecho privado existen situaciones de responsabilidad por actividad lícita, como la prevista en los artículos 1977 (instalaciones provisionales indisponibles sobre inmueble lindero) o 1718, inc. 3° (estado de necesidad), entre otros. Sin embargo, estos supuestos son ajenos a la idea de interés público, como lo sí es, en cambio, la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

requisitos y estándares de la responsabilidad estatal según los principios consagrados, primordialmente, en los arts. 16, 17 y 19 CN.

Bajo el régimen jurisprudencial vigente hasta 2014, la cartografía del derecho de la responsabilidad del Estado exhibió criterios consolidados (como, v. gr., el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal); aunque también mostró posiciones que distaban de ser uniformes. Así, los recaudos que habilitan la falta de servicio por omisión; el criterio para determinar la relación de causalidad, tanto en la responsabilidad estatal nacida de la actividad ilegítima como lícita; la extensión del resarcimiento, en los supuestos de responsabilidad de fuente legítima, entre otras, eran cuestiones que recibieron un trato cambiante, flexible, sobre todo a través de los *obiter* que, en algunas oportunidades, habrían de transformarse en *holding*.

A pesar de ello, durante este período el precedente jurisprudencial —no siempre uniforme— adquirió, en la práctica, una gravitación materialmente legislativa. De ese modo los poderes públicos admitieron que sutilmente se modificara la atribución constitucional de competencias, en menoscabo de la voluntad general.

2.3. Los problemas de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Estado constitucional social de derecho

Los problemas contemporáneos de la responsabilidad del Estado nacen, en cambio, de la paulatina decantación del Estado de derecho en Estado constitucional social de derecho.

En este marco —en el que el derecho administrativo se asume como derecho constitucional y convencional concretizado—, los interrogantes se focalizan en precisar si el derecho de la responsabilidad del Estado debe ser uniforme, neutral o indiferente a la valiosidad de la relación de disponibilidad en juego o, en cambio, si es posible reconocer modulaciones en el esquema del responder estatal cuando el hecho generador imputable a un órgano o ente estatal interfiera lesivamente sobre derechos fundamentales indisponibles.

Al respecto, nos adelantamos a señalar que, en el Estado constitucional contemporáneo, el principio de dignidad humana (principio preestatal expresamente reconocido en el art. 75, inc. 22 CN) se erige en el estándar básico de interpretación de todo el sistema legal (nacional y provincial) y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado. De suyo, en ese marco, los principios constitucionales son, naturalmente, los principios del derecho administrativo.

De allí que, por ejemplo, en los excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera comprometer la integridad de **derechos fundamentales indisponibles**, inherentes al principio de dignidad humana —me refiero a los derechos esenciales de la persona física, art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)—, el art. 4° de la ley 26.944, en el que se establecen los requisitos del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal por actividad legítima, como también el art. 5°, en cuanto fija el alcance del resarcimiento de los daños nacidos de fuente extracontractual lícita, deberán ser interpretados según los estándares consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En el Estado constitucional social de derecho, la centralidad que adquiere la persona nos lleva a considerar que todo daño sobre **derechos fundamentales indisponibles**, que la persona física (art. 1.2 CADH) no tiene obligación de soportar, sea de fuente ilegítima o legítima, obliga al **íntegro restablecimiento de la dignidad lesionada**, lo cual comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona. A tal efecto, deviene decisivo, por ejemplo, proveer a la plena rehabilitación de la persona y a la reconstrucción de su proyecto de vida, amén, claro está, del equivalente indemnizatorio que fuera pertinente.

Otro de los problemas contemporáneos nos inquiera sobre la posibilidad de trasladar la tutela inhibitoria (acción preventiva) al derecho de la responsabilidad del Estado. Ello, claro está, con arreglo a las modulaciones que impone la interpretación analógica. En este punto no resulta irrazonable predicar, con miras a **preservar "in natura" un derecho esencial indisponible**, que, además de su tradicional función reparadora, el derecho de la responsabilidad estatal está llamado a cumplir, también, una función preventiva o de evitación de daños que pudieran tener origen en la actividad ilegítima de órganos o entes públicos.

La reciente Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (LRE), juntamente con las normas pertinentes del Código Civil y Comercial (arts. 1764 a 1766 CCyC) consagran un elenco mínimo de reglas, abstractas y generales, a partir de las cuales es posible extraer respuestas concretas a los problemas clásicos del derecho de la responsabilidad del Estado. A su vez, sobre este tangible

corpus normativo habrán de operar los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república, a partir de los cuales se podrán encontrar respuestas plausibles a los problemas contemporáneos de la responsabilidad estatal.

3. Características generales del sistema legal de responsabilidad del Estado

En el plano normativo, es evidente que el examen y valoración de la ley 26.944 —esto es, la **ley-marco** de responsabilidad estatal actualmente vigente— debe realizarse en su contexto, esto es, en paralelo con el proceso de discusión del Anteproyecto y Proyecto de Código Civil y Comercial.

Una apreciación inicial permite comprobar que la sanción de una ley de responsabilidad del Estado no parecía ser, de antemano, una prioridad en la agenda del derecho público argentino.

El debate en torno a la necesidad concreta de regular por vía legislativa la responsabilidad del Estado comienza en marzo de 2012 con la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Juristas creada por el decreto 191/2011.

En su redacción original el Anteproyecto de la Comisión —integrada por insignes profesores de derecho privado— insertó a la responsabilidad del Estado y del funcionario en la Sección 9ª, del Capítulo 1º, del Título V, del Libro Tercero. El Anteproyecto contemplaba la responsabilidad de los poderes públicos —y del funcionario— dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil. En ese esquema, en tanto supuesto especial de responsabilidad civil, a la responsabilidad del Estado le habría de ser aplicable **directamente** el régimen general de derecho privado consagrado en el Capítulo 1, del Título V, del Libro Tercero del nuevo Código.

Y allí nace una disyuntiva con indudable proyección práctica: ¿era competente la Comisión creada por el decreto 191/2011 —dotada de facultades para proponer un anteproyecto de Código que unificara el derecho privado— para incursionar en una cuestión de derecho público, como es la responsabilidad del Estado? ¿Debía el Código Civil y Comercial —llamado a unificar el derecho privado— reglamentar un instituto de derecho administrativo, como es la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos y de sus entes?

En la respuesta a ese problema medular se jugaba una parte importante del ser o no ser del derecho administrativo argentino, puesto que, más allá de las interconexiones y recíprocas influencias entre el derecho privado y el público, era evidente que la regulación de la responsabilidad estatal desde el derecho privado —tal como lo propiciaba el Anteproyecto de 2012 en los arts. 1764 a 1766— desafiaba tanto el carácter local —esto es, las competencias provinciales no delegadas— como la autonomía científica del derecho administrativo.

Incurriríamos en un error de apreciación si escindiéramos el estudio de la ley 26.944 de las circunstancias jurídicas, sociales, económicas, políticas e históricas que llevaron al Congreso a aprobar el régimen legal de la responsabilidad estatal a través de un cuerpo normativo diferente del nuevo Código. No cabe duda de que, en esa oportunidad, el legislador tuvo presente que la adscripción de la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de responsabilidad civil —tal como lo propiciaban originalmente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial— ignoraba el federalismo como forma de Estado (arts. 1º, 5º, 121, 122, 129 CN y concs.) y, también, un siglo y medio de construcciones jurídicas autónomas labradas desde el derecho administrativo de nuestro país.

Basta, pues, recordar que ya en 1869 Vélez Sarsfield discernía perfectamente los ámbitos de incumbencia del derecho privado y del derecho administrativo. En tal sentido, el art. 2611 CC,⁽⁵⁾ y la nota al art. 31,⁽⁶⁾ conjuntamente con la jurisprudencia labrada por el Alto Tribunal en torno a ellos,⁽⁷⁾ permiten comprobar el miraje desde donde se debía examinar y regular la responsabilidad del Estado.

Las principales características que distinguen al sistema legal vigente son:

(5) El art. 2611 CC establece: “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”. En la nota al pie, el codificador enfatizaba que las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público son extrañas al derecho civil.

(6) La nota al art. 31 puntualiza específicamente que el Código Civil trata sobre cuestiones de derecho privado (“Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado, la capacidad artificial de la persona de existencia ideal, solo se aplica a las relaciones de derecho privado y no a las de derecho público”).

(7) Ver, por todos, CSJN, Fallos: 328:2654, voto de la Dra. Highton.

3.1. El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un sistema legal-marco que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en ejercicio de funciones públicas

A diferencia de lo que ocurre en el derecho iberoamericano comparado,⁽⁸⁾ la Constitución Nacional de la República Argentina, reformada en 1994, no contiene una cláusula general que establezca, de manera expresa, el derecho a la indemnización de los daños provocados por la actuación o inactividad de las autoridades públicas.

Existen, en cambio, normas específicas. Así, además del art. 17 CN, que reconoce la garantía patrimonial frente a la expropiación por causa de utilidad pública,⁽⁹⁾ el art. 15 establece que una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar la declaración constitucional mediante la cual los esclavos quedaban libres desde la jura de la Constitución.

(8) En España, el art. 106, inc. 2) de la Constitución, establece que: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

El art. 37, párr. 6, de la Constitución de la República Federativa del Brasil, dispone: "*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*".

En Colombia, el art. 90 de la Constitución Política de Colombia prescribe que "[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

En México, el art. 113, inc. 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: "La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes".

En Chile, el art. 38, párr. 2, de la Constitución de ese país establece: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

En Uruguay, el art. 24 de la Constitución consagra la responsabilidad estatal del siguiente modo: "El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección".

(9) En lo pertinente, el art. 17 CN establece que "... [l]a expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...".

A su vez, el art. 63.1 CADH, que tiene jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22 CN), prescribe que cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Y agrega: “[d]ispondrá 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”. Esta norma, por la que se establece el alcance de las competencias de la Corte IDH, se refiere a la reparación de las consecuencias dañosas inferidas a los derechos esenciales del hombre, esto es, a los derechos que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Aunque resulte redundante, vale recordar que el ámbito de protección de la CADH alcanza a los derechos y libertades reconocidos en ella en relación a toda **persona**. Al respecto, el art. 1.2 CADH prescribe que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Tampoco existía, hasta la sanción de la ley 26.944, una regulación legal orgánica de la responsabilidad del Estado.

Salvo alguna norma aislada, como el art. 130 de la ley 24.156,⁽¹⁰⁾ lo concreto es que hasta el año 2014 el derecho de la responsabilidad estatal se sustentó, básicamente, en los precedentes labrados por la Corte Suprema de la Nación (en adelante, CSJN).

En tal sentido, con arreglo a los aportes científicos prejurisprudenciales,⁽¹¹⁾ la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal en esta materia se sustentó, primordialmente, en el art. 1112 CC,⁽¹²⁾ norma esta que, en su contexto y gramaticalidad, está destinada a regular la falta personal de funcionario.

(10) Art. 130.- “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

(11) En esta materia, los aportes realizados por el Prof. Juan Carlos Cassagne hace ya más de treinta años (“En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, en *ED*, 99-937, y “La responsabilidad extracontractual del estado en el campo del derecho administrativo”, en *ED*, 100-986) son un punto de referencia obligada para quienes estudian este tema.

(12) Art. 1112.- “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”. Se refiere al Título IX, “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”) de la Sección Segunda (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones) del Libro II (de los derechos personales en las relaciones civiles) del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Con la reciente sanción de las leyes 26.944 y 26.994 se produce un cambio de sustancial relevancia.

En primer lugar, a través de un cuerpo normativo con rango de ley, se reconoce de manera expresa, general y abstracta el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que el genere el Estado mediante su actuación —activa o pasiva; formal o material— ilegítima, como también por su actividad lícita, siempre que se compruebe un sacrificio especial en aras del interés público.

El reconocimiento legal de esta **garantía patrimonial** queda explicitado en el art. 1º, párr. 1, de la ley 26.944. Allí se establece que la referida ley “rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”.

Ese reconocimiento también opera por conducto de los arts. 1764 y 1765 CCyC (ley 26.994). Este último prescribe que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Se advierte así que, a diferencia de épocas pretéritas, el régimen vigente de la responsabilidad estatal emana hoy del órgano que, en tanto representante de la voluntad general, tiene asignada la función legislativa, el Congreso de la Nación. Es así pues que las normas referidas son la reglamentación legal de la garantía patrimonial frente a los daños que produzca el Estado en ejercicio de funciones públicas.

En definitiva:

- i. El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un **sistema legal-marco** de responsabilidad del Estado.
- ii. Coetáneamente, y como correlato de lo anterior, con la sanción de la ley 26.944 **se abandona el régimen jurisprudencial** —esencialmente variable— construido en torno a una norma insertada en el Código de Vélez (el célebre art. 1112 CC) que regula la responsabilidad extracontractual, de naturaleza cuasi delictual, del agente o funcionario.
- iii. La ley 26.944 (LRE), juntamente con los arts. 1764 a 1766 CCyC, configuran la reglamentación legislativa de la garantía patrimonial sustantiva reconocida en los arts. 16, 17, 19 y 75, inc. 22 CN, en cuanto atañe al daño producido por el obrar de los órganos estatales en ejercicio de funciones públicas.

Anticipamos desde ahora que las llaves maestras para interpretar adecuadamente el sistema legal vigente a partir de 2014 son la analogía y el principio de dignidad humana.

3.2. La responsabilidad del Estado, en el régimen legal vigente, cumple una función de garantía

La responsabilidad patrimonial del Estado es un principio material ínsito en el Estado constitucional social de derecho.

En su función reparadora, tiende de manera primordial a restablecer, ex post, el equilibrio perdido entre el Estado y el particular a causa de la lesión jurídica inferida a los derechos o bienes de las personas por los órganos o entes estatales en ejercicio de funciones públicas.

En esa dirección, el carácter decididamente **objetivo** en el cual se enrola el régimen legal vigente (arts. 1º, 3º y 4º, de ley 26.944), en el que la idea de culpa queda ostensiblemente enervada, permite aseverar que la responsabilidad patrimonial del Estado cumple, primordialmente, una función de **garantía**.

En efecto, más que instrumento de control llamado a sancionar una actividad estatal, el núcleo teleológico predominante que inspira el sistema creado por la ley 26.944 (LRE) reside en asegurar la reparación de una lesión cierta —que la persona no tenga la obligación de soportar—, real, mensurable en dinero, que resulte imputable a la inactividad o a la actuación —activa o pasiva; formal o material— de un órgano estatal en ejercicio de funciones públicas, encuadrable en alguno de los factores objetivos de atribución previstos legalmente.

Esa función predominante de garantía que tiene asignada el derecho de la responsabilidad del Estado, en la actualidad se potencia y complementa con la aplicación, por vía **analógica**, de las técnicas de prevención del daño consagradas en el CCyC.

A diferencia de lo que ocurre con las sanciones pecuniarias disuasivas, que como bien sabemos de manera alguna se confunden con las sanciones conminatorias o astreintes, la LRE no prohibió la postulación de pretensiones preventivas frente al Estado. Si bien las normas del nuevo Código no resultan aplicables de manera directa o subsidiaria —arts. 1º, párr. 3, LRE y 1764 CCyC— nada impide su aplicación analógica. De allí pues que este dispositivo sustantivo, consagrado en el art. 1711⁽¹³⁾ CCyC y concordantes —denominado también “tutela inhibitoria”— está llamado a **evitar la producción de un daño previsible**, originado por la actividad estatal ilegítima,

(13) Art. 1711.- “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

con la menor restricción de derechos. Su prudente utilización —con las modulaciones que impone la analogía—, en la medida que no interfiera, ni frustre, la satisfacciones de los bienes jurídicos que protegen el interés público ni el desarrollo de la autotutela declarativa, puede traer fecundos resultados en el ámbito del derecho público, sobre todo en aquello cuanto concierne a la evitación de daños sobre los derechos esenciales indisponibles. A tal efecto, consideramos que el catálogo de situaciones y derechos enumerados en el art. 2.2 de la ley 26.854⁽¹⁴⁾ asoma como un primer radio de desarrollo de este dispositivo en el ámbito del derecho administrativo, a los efectos de procurar la protección *in natura* del derecho.

De consiguiente, la garantía patrimonial, de talante resarcitorio o reparador, expresamente reconocida en la LRE se complementa, por vía analógica, con la **garantía de prevención** del daño de origen **antijurídico**.⁽¹⁵⁾

En suma:

- i. Se desprende de la ley 26.944, el derecho de la responsabilidad del Estado en la Argentina, en su variable reparadora, se exhibe como una garantía patrimonial de las personas frente al Estado.
- ii. Sin embargo, la responsabilidad estatal no tiene por finalidad hacer del **Estado** un asegurador universal y anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio. Como lo señala el fuero especializado en materia administrativa, **la responsabilidad del Estado no es una especie de seguro público general**.⁽¹⁶⁾
- iii. A la vez, el derecho de la responsabilidad del Estado, en su hora actual, no desdeña la tutela inhibitoria del daño previsible originado por la actuación an-

(14) La ley 26.854 brinda un tratamiento diferenciado cuando “se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y también un derecho de naturaleza ambiental”.

(15) En el derecho administrativo, la configuración del supuesto de hecho que da lugar a esta acción requiere, primeramente, verificar la existencia de mandatos jurídicos expresos y determinados de actuación, cuyo total o parcial incumplimiento (antijuridicidad) producirá, previsiblemente, el daño que esta acción está llamada a evitar. Por cierto, es necesario demostrar la existencia de una adecuada relación causal. A los fines de establecer quién es el obligado, se deberán examinar las incumbencias materiales, territoriales, de grado y de tiempo del órgano o del ente estatal a que se le imputa el hecho que se pretende prevenir.

Por cierto, a diferencia de las medidas cautelares, la técnica de prevención aludida no requiere acreditar el peligro irreparable en la demora. Ello es así debido a que el objeto de la pretensión preventiva es evitar la producción —o agravamiento— de un daño derivado de una conducta u omisión antijurídica (conf. art. 1711), mas no asegurar el objeto del proceso (art. 3.1, de la Ley 26854 de Medidas Cautelares).

(16) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 22/03/2012, considerando VII.

tijurídica de un órgano estatal. En ese entendimiento la acción de prevención contemplada en los arts. 1711⁽¹⁷⁾ CCyC y ss., solo por vía analógica, tiene un horizonte de proyección muy concreto en cuestiones que atañen a la protección de derechos fundamentales indisponibles.

3.3. La responsabilidad patrimonial del Estado está gobernada por normas y principios de derecho administrativo. De allí que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda (art. 1° de la ley 26.944 y 1765 CCyC)

El derecho de la responsabilidad del Estado, en la Argentina, exhibe dos notas singulares: **autonomía** (científica, jurídica y ahora legislativa)⁽¹⁸⁾ con respecto a la responsabilidad civil, de un lado; y **carácter local**⁽¹⁹⁾ (o nacional, según corresponda), de otro.

Ambas características aparecen consagradas en el CCyC y en la ley 26.944. Ellas fueron expresamente afirmadas en distintos pronunciamientos de la CSJN, sobre todo, durante los dos últimos lustros.⁽²⁰⁾ Va de suyo, pues, que las normas aprobadas por el legislador —arts. 1764 a 1766 CCyC y arts. 1° y 11 LRE— prosiguen la línea trazada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal.

En efecto, el art. 1765 CCyC establece que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

(17) Ver nota 11.

(18) La responsabilidad patrimonial del Estado —como también la de los funcionarios y agentes públicos— fue considerada una materia propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular. Ambas cuestiones resultan extrañas al Código Civil puesto que sus normas han sido diseñadas para regular las relaciones de derecho privado. Esa finalidad legislativa aparece con nitidez en la nota al art. 31 CC y en el propio art. 2611 y su nota

(19) Este rasgo distintivo de la responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional en el federalismo (art. 121 y ss. CN): la responsabilidad del Estado tiene carácter esencialmente local (o nacional, según corresponda). En tanto cuestión propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular, la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que las provincias no le han delegado a la Nación. En ese entendimiento, lo entes autónomos —como las provincias y la CABA— conservan para sí las facultades de autorregulación y autonormación de la responsabilidad estatal. De allí que si se proclamara que el Código Civil debe regular la responsabilidad del Estado, esa posición sería doblemente inconstitucional puesto que el Estado nacional, además de carecer de competencia constitucional para incursionar en una materia local no delegada, avanzaría con una suerte de intervención federal sobre las provincias o la CABA (art. 75.31 CN) sin que estén reunidas las condiciones constitucionales que la autorizan (art. 6° CN).

(20) CSJN, “Basigaluz Sáez”, 2009, Fallos: 332:548; “Barreto”, Fallos: 329:759, considerandos 10 a 12; “Schiavone”, Fallos: 331:2534 (donde se señala que la responsabilidad extracontractual por falta de servicio se rige por el derecho público provincial), y también en “Contreras”, 18/04/2006; “Zulema Galfetti de Chalbaud”, 09/05/2006; y “Mendoza”, 20/06/2006.

En congruencia con esa previsión normativa, el art. 1764 CCyC establece que las disposiciones del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero, relativas a la responsabilidad civil, “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En línea con los arts. 1765 y 1764 CCyC, el art. 1º, párr. 3, de la ley 26.944 prescribe: “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. A la vez, el art. 11 LRE invita “a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

En congruencia con los arts. 11 de la ley 26.944 y 1764 CCyC, distintas provincias han sancionado sus propias leyes de responsabilidad del Estado: Santa Cruz (ley 3396, de 2014), Chubut (ley I-560, de 2015) y Santiago del Estado (ley 7179, de 2015). En otras, es un tema que está en plena discusión.

Vale recordar que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC fueron introducidos al Proyecto de Código Civil por el Poder Ejecutivo.⁽²¹⁾

Ellos sustituyeron las previsiones normativas propiciadas por la Comisión Redactora en la que se regulaba la responsabilidad del Estado (y de los funcionarios) dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil.

Por cierto, durante esta etapa jurisprudencial algunos sectores del pensamiento jurídico argentino, sin discernir suficientemente las diferencias entre el derecho público y el privado, rechazaron con énfasis toda posibilidad de que la responsabilidad patrimonial del Estado (nacida de la actividad, ilegítima o legítima, de los poderes públicos originada en el

(21) Las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, más que una opción jurídica posible, era un deber tendente a preservar la vigencia de la juridicidad. Tal como fueron concebidos originariamente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto, ellos exhibían un doble orden de ilegitimidad: de un lado, violaban el federalismo (art. 121 y ss. CN); de otro, al propiciar la regulación de un tema de derecho público —como es la responsabilidad del Estado— en un Código de derecho privado —tal como aparecía en los arts. 1764 a 1766, según la redacción original— el Anteproyecto exhibía un exceso en el ejercicio de la competencia atribuida por parte del órgano redactor. Vale recordar que la finalidad de interés público que justificó la creación de esa Comisión fue la de elaborar de un anteproyecto de Código que unificara el derecho “privado” (civil y comercial). Con miras a esa finalidad (unificar el “derecho privado”) se asignaron atribuciones. De allí, pues, que la Comisión Redactora, creada por el decreto 191/2011, carecía de competencia expresa, implícita o inherente —entendidas estas dos últimas según el estándar teleológico de la especialidad— para regular una materia que, de manera indiscutible —pues así lo ha considerado la propia doctrina del Alto Tribunal— pertenece al derecho administrativo y a las autoridades nacionales o locales, según corresponda.

ejercicio de las funciones administrativa, legislativa o judicial) fuera regulada autónomamente por normas propias del derecho público.

Los argumentos que dieron sustento a esta posición elusiva de los presupuestos que gobiernan la responsabilidad estatal, fueron múltiples y heterogéneos. Así, se sostuvo que no existen diferencias ontológicas entre las responsabilidades pública y privada; que las normas y principios de la responsabilidad extracontractual del Estado forma parte integrante de la teoría general del derecho de daños; que referirnos a una responsabilidad pública distinta de la del derecho privado aparece a contramano de una fuerte tendencia, en el derecho comparado, que aproxima el derecho público al privado; que en la actualidad la tendencia es “privatizar el derecho público”; que, en esta materia, la normativa aplicable debe buscarse en el derecho privado, en el Código Civil y Comercial, y no por la vía de la analogía. Estas posiciones críticas adquirieron mayor virulencia cuando el Poder Ejecutivo decidió sustituir la propuesta original de la Comisión creada por el decreto 191/2011 por los actuales arts. 1764, 1765 y 1766 CCyC.

Un importante sector de la doctrina civilista —que, en su mayoría, había colaborado en la elaboración del Anteproyecto de Código— objetó el cambio de paradigma.⁽²²⁾

En línea con la jurisprudencia labrada por la CSJN en los últimos lustros, el plexo normativo vigente caracteriza a la responsabilidad del Estado como

(22) Así, se sostuvo que las modificaciones introducidas al Proyecto de la Comisión Redactora implican bastardear el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; que las normas de derecho administrativo nacional o local no tienen aptitud ni comprensión para regular aceptablemente el derecho de daños; que solo el derecho privado podrá brindar una adecuada reparación en justicia del daño que ha sufrido un particular; que solamente existe un sistema, el del Código Civil; que no existe el pretendido sistema autónomo atinente al ámbito administrativo.

Se dijo, además, que la normativa proyectada por el PEN —los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC— no solo emplaza la responsabilidad del Estado en el terreno del derecho público nacional o provincial, sino que va mucho más lejos: veda lisa y llanamente la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil en esta materia; que eso no tiene precedentes en el derecho argentino y que deviene “claramente inconstitucional”. Se manifestó, además, que las normas proyectadas son una solución escandalosa que traspasa las posiciones más radicales que, sobre el tema, han exigido algunos sectores del derecho administrativo; que se quiere cerrar todo punto de contacto entre las normas del Código Civil con la responsabilidad del Estado.

Se destacó también que no solo es cuestión de resguardar la unidad del **derecho de daños**: se trata de evitar el fraccionamiento de la responsabilidad según la persona que los vulnere. También se sostuvo desde una vertiente política con proyección jurídica que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC abren la tentación de sancionar normas de irresponsabilidad e impunidad por parte de los propios Estados provinciales.

una materia que concierne al derecho administrativo.⁽²³⁾ En ese entendimiento, expresamente el art. 1765 CCyC dispone que las normas y principios de esta disciplina —el derecho administrativo— gobiernan el responder estatal. No quedan dudas que el legislador enfatizó la autonomía científico-jurídica del derecho de la responsabilidad con respecto al derecho privado. Es evidente que en esta materia ha tenido influencia el desarrollo exhibido por el derecho francés a partir de la decisión del Tribunal de Conflictos francés, en 1873, en el célebre *arret* “Blanco”.

En este pronunciamiento —que tenía en miras deslindar competencias entre la justicia ordinaria y el Consejo de Estado—, el Tribunal de Conflictos puntualiza que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en un servicio público no puede estar regida por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Y más adelante añade: la responsabilidad (del Estado) tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y los derechos de los particulares.⁽²⁴⁾

Tres grandes ideas rectoras emanan de esta célebre decisión:

- i. la responsabilidad del Estado no puede estar regida por el Código Civil, esto es, por las normas que regulan las relaciones entre los particulares;
- ii. la responsabilidad del Estado tiene sus reglas especiales (diferentes de las que rigen las relaciones de particular a particular);
- iii. esas reglas especiales varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar las potestades estatales con los derechos y garantías de los particulares.

Sin mucho esfuerzo se advierte que las ideas rectoras que emanan del *arret* “Blanco” guardan congruencia con la nota del art. 31 y el art. 2611 CC, redactado por Vélez Sarsfield en 1869. Y es lógico que así sea. La influencia del pensamiento francés se proyectó no solo en el Código Civil sino también en el derecho administrativo.

(23) Ya los jueces de la primera Corte Suprema del gobierno de jure que se inició en 1983 sostuvieron al respecto: “... corresponde dejar sentado que la responsabilidad estatal por los efectos dañosos de su accionar dentro de la esfera de la función administrativa (...) se rige por principios propios del derecho público, los que difieren de las reglas que en materia de responsabilidad se aplican a las relaciones privada”, en CSJN, “Sánchez Granel”, 1984, Fallos: 306:1409, voto en disidencia de los Dres. Caballero y Fayt.

(24) TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE FRANCIA, “Blanco”, 08/02/1873, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 1ª ed., Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000, p. 1 y ss.

Más allá de ello, es oportuno tener que el eje rector de la doctrina desplegada en el arret Blanco se proyecta actualmente en el derecho privado francés. Así, la doctrina civilista francesa contemporánea destaca que la responsabilidad civil es muy distinta de la responsabilidad administrativa, puesto que posee reglas específicas aunque tiene unidad de inspiración con la civil, de la cual utiliza ciertas nociones.⁽²⁵⁾

A la vez, como derivación secuencial de lo anterior, se establece que la competencia para su regulación es local o nacional, según corresponda a la responsabilidad de las autoridades públicas provinciales —o de la CABA— o al Estado nacional. El legislador nacional, al discernir correctamente el ámbito de atribuciones nacional y provincial, ha garantizado adecuadamente la forma de estado federal que consagra nuestra ley suprema (arts. 1º, 121, 122, 129 CN y concs.).

Vale puntualizar que, de haberse mantenido la redacción original del Anteproyecto, todas las provincias argentinas, incluso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habrían estado procesalmente legitimadas para postular pretensiones declarativas de inconstitucionalidad contra el Estado nacional con fundamento en los propios fallos de la CSJN, como “Barreto”⁽²⁶⁾ o “Basigaluz Sáez”,⁽²⁷⁾ entre otros. Ello así pues, con arreglo a la doctrina de estos precedentes, los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto elaborado originalmente por la Comisión, habrían conducido a una indebida y manifiesta interferencia de una autoridad pública nacional (el Congreso) sobre materia de **derecho público local** reservada a las autonomías provinciales. La incompetencia habría sido absoluta, toda vez que colisiona frontalmente con la Constitución que por cuanto el Congreso de la Nación habría ejercido facultades que la propia Ley Fundamental le reserva a las provincias o a la CABA.

En definitiva, tanto el nuevo Código (arts. 1764 y 1765 CCyC) como la ley 26.944 asumen que la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que incumbe al “derecho administrativo”. Por ende, en tanto es una asunto que atañe al derecho público, la competencia regulatoria de los poderes nacionales encuentra su límite constitucional en las “autonomías provinciales” —o de la CABA— (arts. 121, 129 CN y concs.).

(25) LE TOURNAEU, PHILIPPE, *La responsabilidad civil*, Bogotá, Legis, 2008, p. 22.

(26) CSJN, “Barreto”, 2006, Fallos: 329:759.

(27) CSJN, Fallos: 332:548 (2009).

3.4. La ley 26.944, juntamente con los arts. 1764 a 1766 CCyC, es un esquema sistemático de ordenación sustantivo que reglamenta legislativamente una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado

La regulación legal de la responsabilidad estatal tiene el explícito propósito de brindar una respuesta equilibrada a las consecuencias no deseadas del desarrollo de las funciones estatales, llamadas a satisfacer el bien común.

En ese marco, la reciente ley 26.944 traduce la configuración normativa de una las variables del derecho constitucional a no ser dañado (art. 19 CN).

Va de suyo que el mentado cuerpo normativo, conocido como Ley de Responsabilidad del Estado, reglamenta la obligación de reparar el menoscabo patrimonial producido por la actuación de los órganos y entes en ejercicio de funciones públicas que violaron el principio general, consagrado en el art. 19 CN, que prohíbe perjudicar o dañar los derechos de terceros.

El régimen regulatorio de la responsabilidad estatal vigente desde 2014 es producto de la **voluntad general**. Está formalizado a través de una **ley**. La ley, a su vez, fue sancionada **previa deliberación** de los representantes del pueblo de la nación y de las provincias elegidos por la voluntad popular. La nueva ley, al igual que el CCyC, cumplió regularmente el **proceso legislativo** de formación y sanción de las leyes previsto por la Constitución.

De consiguiente, aunque resulte redundante señalarlo, la LRE —como el CCyC— es un producto del órgano constitucional competente para ejercer el poder legislativo, el **Congreso de la Nación**.

Entre las diferentes alternativas de política legislativa que se pudieron adoptar en esta materia, el Congreso consideró como opción apropiada la de sistematizar el derecho a la reparación de los daños resarcibles producidos por la actividad u omisión de las autoridades públicas mediante criterios propios de derecho público, de acuerdo con las tendencias jurisprudenciales, en muchos casos, ya consolidadas. En las situaciones en las que las doctrinas jurisprudencial y científica no eran pacíficas, el Congreso ejerció plenamente la libertad de configuración normativa procurando armonizar, en el devenir histórico presente, los derechos e intereses de los particulares con los bienes jurídicos que tutela el interés general.

Ciertamente, la ley 26.944 contempla el caso de lesiones inferidas sin justificación jurídica. Es la variable del responder estatal que nace de la actuación estatal —activa o pasiva— irregular (art. 3°).

La ley también considera aquel otro supuesto en el que, estando justificada la conducta que origina el daño, el particular no tenga la obligación de soportar la consecuente lesión que la conducta estatal lícita produce sobre su patrimonio o su persona. Es la responsabilidad estatal generada por la actuación legítima del Estado (art. 4°).

En puridad, la ley 26.944 consagra un sistema de responsabilidad extracontractual de derecho público abastecido por dos subsistemas claramente individualizados. La singular especificidad que exhiben los factores de atribución reconocidos en la ley (la falta de servicio, para el supuesto de la denominada responsabilidad por actividad estatal ilegítima —art. 3, inc. d— y el sacrificio especial, en los casos de responsabilidad por actuación lícita del Estado —art. 4, inc. e—) muestra que las construcciones propias del derecho administrativo guardan prevalencia sobre las concepciones civilistas.

Frente al vacío legislativo preexistente, uno de los fines de la ley ha sido consagrar un esquema básico y equilibrado de ordenación jurídica tendente a brindar previsibilidad a los particulares y al propio Estado.

La ley ha fijado con precisión cuáles son los elementos del supuesto de hecho que da origen al deber jurídico de indemnizar. También ha establecido la extensión de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación. En este punto es menester tener en cuenta, como lo expondremos más adelante, que la relación de causalidad (arts. 3°, inc. c, y 4°, inc. c, LRE) se erige en una de las piezas centrales del sistema pues, además de vincular los elementos del supuesto de hecho que da origen a la obligación de indemnizar, fija el alcance de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación en clara interconexión con el factor de atribución aplicable en cada caso.

3.5. En el sistema legal vigente, las normas de derecho privado reguladoras de la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica

El art. 1764 CCyC establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En el mismo sentido, el art. 1°, párr. 3, de la ley 26.944, determina que “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Ahora bien, los límites que el nuevo Código y la ley 26.944 le impone a la aplicación del derecho privado, no impide en modo alguno que, frente a

situaciones no previstas específicamente por la LRE —como sucede, *v. gr.* con las normas relativas al alcance de la indemnización que nace de la responsabilidad estatal por falta de servicio—, se proceda a integrar el ordenamiento lagunoso a través de la interpretación analógica del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial.

Sobre esta cuestión, en los Fundamentos del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, expresamente se señala que si bien las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, “[e]llo no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 310:1578; 321:174, entre otros)”.

En relación con esta técnica hermenéutica, Reiriz puntualiza que cuando se aplica una norma del derecho civil se la integra con los principios y normas del derecho administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar.⁽²⁸⁾

El Prof. Comadira, por su lado, explica que la analogía supone carencia histórica de normas, y que la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado. Puntualiza que la analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado. La aplicación subsidiaria, en cambio, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro.⁽²⁹⁾

Vale recordar que en “Ganadera Los Lagos”,⁽³⁰⁾ la ausencia de normas específicas de derecho público llevó al Tribunal a aplicar, analógicamente, normas del derecho civil —régimen de las nulidades del acto jurídico— al derecho administrativo —sistema de invalidez de los actos administrativos— mediante una tarea previa de adaptación de aquellas en función de las normas, principios y fines del derecho público.

(28) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, en *El derecho administrativo argentino, hoy*, 1996, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 1997, p. 225.

(29) COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo*, Bs. As., La Ley, 2003, pp. 14/15, nota 32.

(30) CSJN, Fallos: 190:142.

En definitiva, frente a la ausencia de previsiones normativas específicas de derecho administrativo, ninguna norma de la LRE ni del nuevo Código impide la aplicación **analógica** de las normas de derecho privado.

Para proceder a la aplicación analógica de las previsiones normativas reguladoras de la responsabilidad civil, es necesario discernir qué es aquello que la LRE **permite, habilita, ordena o prohíbe** (v. gr., la improcedencia de hacer nacer una responsabilidad estatal por actividad lícita del Poder Judicial; hacer lugar a una pretensión resarcitoria nacida de un acto nulo sin que se hubiera demandado y obtenido la nulidad de ese acto; ordenar sanciones pecuniarias disuasivas).

En definitiva, el sistema legal actualmente vigente permite sostener que:

- i. las normas del CCyC no son aplicables de manera directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado (arts. 1° LRE y 1764 CCyC);
- ii. en supuestos lagunosos, esto es en situaciones que no estén reguladas por la ley 26.944, corresponde, en primer lugar, recurrir a las leyes análogas (conforme art. 2° CCyC)⁽³¹⁾ de derecho administrativo;
- iii. frente a la ausencia de una solución normativa singularizada en la LRE como en otras normas de derecho administrativo, se podrá emplear, solo por vía analógica (conforme arts. 1° LRE y 1764 CCyC) a las normas del derecho privado;
- iv. las normas civiles se deberán adaptar al régimen legal vigente (a la ley 26.944) y a los principios que lo sustenta;
- v. la aplicación de la norma de derecho privado debe hacerse en función de la especificidad del sistema integrado (ley 26.944), lo cual conlleva una cuidadosa elaboración que no desvirtúe ni desnaturalice los ejes rectores y fines que inspiran el esquema sistemático de ordenación consagrado por el legislador;
- vi. la analogía resulta improcedente cuando: a) la propia ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe, como ocurre, v. gr., con las sanciones pecuniarias disuasivas (art. 1° LRE) o en los supuestos de actividad legítima del Poder Judicial (art. 5° LRE), entre otros supuestos.

3.6. La responsabilidad del Estado se sustenta en factores de atribución objetivos

Siguiendo la tendencia jurisprudencial que gobernó esta materia durante más de tres décadas, la LRE establece, en el art. 1°, que la responsabilidad del Estado es **objetiva**.⁽³²⁾

(31) Art. 2°.- "Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas...".

(32) El art. 1722 CCyC, sancionado en 2014, establece que el factor de atribución es objetivo "cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad".

Consiguientemente, en el régimen legal vigente, si bien es una carga procesal de quien postula la pretensión indemnizatoria acreditar que la actividad o abstención es imputable a un órgano estatal, no resulta en cambio necesario individualizar al autor del daño ni demostrar que incurrió en culpa o dolo. De allí que, a los fines de la configuración de supuesto de hecho previsto en los arts. 3° y 4° LRE, el reproche subjetivo deviene irrelevante.

Así, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad estatal ilegítima, la impronta esencialmente **objetiva**⁽³³⁾ adoptada en los arts. 1° y 3°, inc. d) LRE, en tanto garantía a favor del particular, está llamada a enjuiciar concretamente la prestación del servicio, el desarrollo legalmente adecuado de la función estatal, más que la conducta de los agentes. En ese sentido, el Alto Tribunal sostiene 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”.⁽³⁴⁾

En otros casos, en cambio, el factor objetivo de atribución requiere acreditar la concreta presencia de un esfuerzo desigual, desproporcionado, ante las cargas públicas.

Distinto es la responsabilidad personal del funcionario. En este supuesto, el factor de atribución es subjetivo.

3.7. En el régimen legal vigente, la responsabilidad del Estado opera de manera “directa”, no subsidiaria

El art. 1° LRE establece que la responsabilidad del Estado es **directa**. De consiguiente, la Administración no responde en subsidio por sus agentes y funcionarios. Ellos no son ni representantes ni mandatarios del Estado. Son sus órganos,⁽³⁵⁾ esto es, el Estado mismo. Por lo tanto, para que se

Y agrega: “[e]n tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

(33) Según el art. 1722 del Proyecto del CCyC, el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”.

(34) CSJN, “Cohen”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

(35) Los funcionarios y agentes, actuando en el ejercicio de la función, son órganos del Estado. Por ende, lo que ellos realizan se considera que lo hace el Estado mismo y se le imputan a él. Al respecto, la CSJN destaca que “todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para

configure el supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, no es necesario que se identifique ni que, de manera previa, se le reclame a un agente por la lesión resarcible.

Al respecto, el Alto Tribunal sostiene que 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 (esto es, del Estado), el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.⁽³⁶⁾

Como señalamos, en el régimen legal vigente, el Estado no responde de manera indirecta, en subsidio, de sus agentes o funcionarios. De suyo, la configuración del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad remite a la actividad, activa o pasiva, de la Administración, de sus órganos, sin que se requiera individualizar concretamente el funcionario o agente autor de la conducta productora de daño.

El carácter **directo** de la responsabilidad estatal torna improcedente la responsabilidad del Estado por la actuación de contratistas y concesionarios de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6°). Ni unos ni otros son órganos o entes estatales.

En el esquema legal para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, resulta indispensable que el hecho generador del daño indemnizable resulte imputable materialmente a un ente u órgano estatal (art. 3°, inc. b, y 4°, inc. b, LRE). Entre los concesionarios y contratistas y el Estado no existe relación orgánica⁽³⁷⁾ que permita atribuir la conducta de aquellos a este. No

"querer" en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia (CSJN, Fallos: 327:5571; 331:2257)", en CSJN, "Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/ Amparo (daño ambiental)", 11/12/2015.

(36) CSJN, Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; CSJN, "Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ Daños y perjuicios", 12/06/2007, Fallos: 330:2748, causa S.2790. XXXVIII; "Reynot Blanco c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios", 2008, Fallos: 331:1690.

(37) Señala Julio R. Comadira que la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquel y no representantes ni mandatarios. Desde esa perspectiva afirma que la persona física que expresa la voluntad del Estado subsume su voluntad psicológica en la orgánica de modo que al actuar por y para la organización, en la cual se incrusta, permite que esta, por su intermedio, actúe ella misma de modo directo. El órgano imputa, así, su actuación al Estado. Concluye finalmente que los daños causados por los concesionarios o los licenciatarios de servicios, en tanto no son órganos del Estado, no se pueden en principio, imputar al Estado. Ver COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, p. 374.

existe responsabilidad directa ni subsidiaria del Estado por las actuaciones u omisiones propias del concesionario.⁽³⁸⁾ Este actúa a costa y riesgo.⁽³⁹⁾

En Francia, cuando el Estado le delega a otra persona (privada o pública) la prestación del servicio público, es esta quien responde frente a usuarios o terceros por los daños causados en la ejecución del servicio.⁽⁴⁰⁾ Según puntualiza la doctrina especializada, esta solución es general y se proyecta para todas las hipótesis en que un servicio público se confía a un sujeto de derecho distinto de su titular.⁽⁴¹⁾

Sin embargo, existen excepciones. En lo que atañe al contratista o concesionario, el art. 6° LRE no exonera al órgano o ente estatal competente de los daños cuyo hecho generador resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control (art. 3, inc. d, ley 26.944). Esta situación le es imputable de manera directa al órgano. Tampoco el Estado se exime de responsabilidad si los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado fueren consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación o regulación del servicio.⁽⁴²⁾ Ciertamente, los fundamentos de una y otra

(38) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, t. II, 1ª ed. argentina anotada [de la novena edición], Bs. As., La Ley, 2006, pp. 392/393) puntualizan: “[e]l dato de la integración en la organización administrativa es, en efecto, básico, tanto positiva como negativamente. Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los notarios). En lo que a los concesionarios se refiere, hay que observar que, aunque la responsabilidad se califique en estos casos como administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas básicas aplicables a esta, los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos...”.

(39) En “Bianchi”, la CSJN consideró que se debía rechazar la demanda entablada contra una provincia, en su carácter de concedente de una ruta bajo el sistema de peaje por cuanto la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio, en CSJN, “Bianchi”, 07/11/2006, Fallos: 329:4944, Considerando 2°, apartado B.

En los autos “PMR c/ Metrovías SA s/ Daños y perjuicios”, del 24/02/2012, la Sala H de la Cámara Nacional Civil analizó el reclamo de daños por el delito sufrido por la actora luego de descender de una formación de la línea “E” de subtes. La Cámara sostuvo que el concesionario actúa por cuenta propia, y su accionar debe ser atribuido a su propia responsabilidad, sin obligar al concedente.

(40) PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa* [título original: *La responsabilité administrative*], Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 130.

(41) *Ibid.*

(42) Así lo prescribe el art. 2° de la ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz (Ley Provincial de Adhesión a la Ley Nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal).

situación son diferentes. En la primera, la falta de control —como falta de servicio— se habrá de configurar si se presenta una abstención (omisión) derivada de la inobservancia de un mandato normativo, expreso y determinado. En la segunda situación la responsabilidad nace por aplicación de la teoría de la causalidad adecuada (de aplicarse la teoría de la causalidad próxima, que no es la asumida por el legislador en el art. 3º, inc. c, de la ley 26.944, la responsabilidad sí recaería en el concesionario).

3.8. El derecho a la reparación de los daños jurídicos nace siempre que se alegue y pruebe que el hecho generador se subsume en alguno de los factores de atribución previstos en la ley: falta de servicio o sacrificio especial

La LRE consagra dos subsistemas de responsabilidad: uno por actividad y omisión ilegítima (art. 3º); otro por actividad lícita (art. 4º). El elemento primordial del primer subsistema reside en el factor de atribución **falta de servicio** (art. 3, inc. d); en el segundo, la nota caracterizadora se aloja en factor de atribución, también objetivo, **sacrificio especial** (art. 4º, inc. d).

3.8.1. Falta de servicio

Tanto en el régimen jurisprudencial como en el sistema legal vigente, la falta de servicio se presenta como un requisito indispensable del supuesto de hecho que origina la obligación de indemnizar por actividad ilegítima. Como destaca acertadamente Perrino, el legislador coloca como centro de la responsabilidad por actividad estatal ilegítima a la “falta de servicio”.⁽⁴³⁾

En efecto, la CSJN, con anterioridad a la sanción de la ley 26.944, sostuvo⁽⁴⁴⁾ que la procedencia del reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita debe reunir los siguientes requisitos: que el Estado haya incurrido en una **falta de servicio** (art. 1112 CC) o ejecución irregular del servicio,⁽⁴⁵⁾ por acción u omisión; que la actora haya sufrido un **daño cierto**,⁽⁴⁶⁾ aunque también en algunos fallos se exigió que el

(43) PERRINO, PABLO E., “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, en *LL*, diario del 31 de marzo de 2015.

(44) CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios”, 2011, Fallos: 334: 376, Considerando 3º; “Zonas Francas Santa Cruz c/ EN”, 2009, Fallos: 332: 1367, Considerando 6º; “Ramos”, Fallos: 328:2547, Considerando 7º.

(45) CSJN, “Reynot”, 12/08/2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6º.

(46) CSJN, “Periopontis SA c/ E.N. Mº de Economía s/ Daños y perjuicios”, 04/10/2011, Considerando 4º.

perjuicio fuera actual;⁽⁴⁷⁾ y que exista una **relación de causalidad** (en algunos supuestos se exige que sea directa)⁽⁴⁸⁾ entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.⁽⁴⁹⁾

Por su parte, el art. 3º, inc. d), de la ley 26.944 establece los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Como dijimos, el núcleo de este primer subsistema reside en el factor de atribución falta de servicio. Según se desprende del texto legal, la falta de servicio está directamente identificada con el irregular cumplimiento de la función pública asignada a un órgano o ente estatal.⁽⁵⁰⁾

Este factor de atribución es una construcción propia del derecho público,⁽⁵¹⁾ ajena al derecho privado. La ley 26.944 lo asocia a la antijuridicidad objetiva. Ello se desprende del propio art. 3º, inc. d) de la referida ley.

(47) CSJN, "Morrow de Albanesi", 17/08/2010, Fallos: 333:1404, Considerando 7º.

(48) CSJN, "Perioponti SA...", fallo cit., Considerando 4º.

(49) La CSJN, en Fallos: 328:2509, le asigna al nexo de causalidad el carácter de "presupuesto de la pretensión indemnizatoria". También se ha señalado que aquella es una condición indispensable para que pueda atribuirse hacer nacer el deber de resarcir, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "Transporte Río de la Plata c/ EN", 01/06/2000. Como indicamos en el texto, la relación de causalidad es un elemento indispensable, esencial, del supuesto de hecho que lleva a la indemnizabilidad.

(50) CSJN, Fallos: 331:1690, Considerando 6º. Al respecto, el Tribunal señala: "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (CSJN, Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892; 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

(51) El Prof. Juan C. Cassagne ("Reflexiones sobre los factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", en LL, 2005-D-1268) señala que en el derecho público las soluciones reparatorias se deben fundar en criterios objetivos vinculados con el funcionamiento defectuoso de los servicios públicos (en sentido lato). Desde ese miraje enfatiza, a nuestro juicio con acierto, que la teoría del riesgo tiene un campo de aplicación excepcional en el derecho administrativo, no en forma directa, sino por analogía. Por su parte, el Prof. Perrino (*op. cit.*), desde una posición pragmática, cuestiona a la LRE en cuanto no ha contemplado el riesgo de las cosas o de la actividad riesgosa. Frente a lo que entiende es un "defecto" del régimen legal vigente, este autor considera propicio acudir a la legislación civil mediante la técnica de la interpretación analógica.

La ley vigente es precisa en su conceptualización. Al referirse a la falta de servicio no emplea el sintagma “funcionamiento defectuoso del servicio” ni tampoco hace referencia a la ambigua, poco luminosa, y bastante subjetiva,⁽⁵²⁾ noción de anormalidad.

El art. 3º, inc. d) LRE conceptualiza la falta de servicio como “una actuación u omisión irregular de parte del Estado”. Asimismo, en ese mismo inciso también emplea el sintagma “inobservancia de un deber normativo”.

En estas condiciones la falta de servicio —en los categóricos términos utilizados por el art. 3º, inc. d) LRE— está ligada, de modo general, a la presencia de una conducta antijurídica,⁽⁵³⁾ a la falta de legitimidad de la conducta estatal,⁽⁵⁴⁾ a una irregularidad en el ejercicio de la función estatal, a la falta de una regular prestación,⁽⁵⁵⁾ a la violación frente a las obligaciones del servicio regular.⁽⁵⁶⁾

De consiguiente, para determinar si efectivamente se configura la falta de servicio, se debe examinar el sistema normativo dentro del cual se encauza la actividad a la que se le imputa el daño y, desde allí, realizar un juicio de comparación entre la concreta actuación o abstención —a la que se le asigna aptitud generadora del daño— y el régimen jurídico específico (v. gr., Constitución, tratado, ley y reglamento) que rigen la función estatal.

Para comprobar si concurre este requisito indispensable del supuesto de hecho que da origen al deber de reparar es necesario, en primer lugar, realizar un juicio de comparación entre la concreta actuación —activa o pasiva del órgano o ente estatal, en ejercicio de funciones públicas— con el sistema normativo rige esa actividad. En segundo término, se debe verificar, *in concreto*, si se han observado, total o parcialmente, los deberes y obligaciones establecidos por la norma aplicable;⁽⁵⁷⁾ finalmente se habrá de

(52) PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 139.

(53) CSJN, “R., G. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Indemnización de daños y perjuicios”, 15/07/2014.

(54) CSJN, “Cohen Eliazar”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

(55) CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ Daños y perjuicios”, 08/10/2013. En este caso se examinaba si existió incumplimiento en el deber de seguridad por parte del Estado.

(56) *Ibid.*

(57) Con anterioridad a la sanción de la ley 26.944, la doctrina del fuero especializado en materia administrativa, en línea con la doctrina del Alto Tribunal, señalaba que es necesario para configurar la falta de servicio por acción u omisión “que haya un incumplimiento por parte de los órganos y funcionarios públicos a una obligación legal expresa o implícita, es

constatar que existe incumplimiento de las normas que rigen la actividad. de tal magnitud que impide satisfacer los bienes jurídicos que protege el sistema normativo dentro del cual se encauza la actuación enjuiciada. A tal efecto se deberá considerar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo dentro del cual se encauza la actuación estatal enjuiciada.

Ciertamente, no se puede determinar si la actuación, activa o pasiva, o abstención es ilegítima si previamente no se examina la totalidad del ordenamiento jurídico dentro del que se inserta la actividad estatal a la que se le imputa el daño. Ello es así pues, como enseña la doctrina, el factor de atribución falta de servicio opera como dispositivo de reenvío.⁽⁵⁸⁾

La falta de servicio está asociada al irregular ejercicio de la función estatal; es una figura **poliédrica**, en tanto y en cuanto exhibe diversas caras y formulaciones. Se puede manifestar a través de una actuación, ora material, ora formal. En este último supuesto, la actuación formal puede ser activa o pasiva. Unas y otras pueden dañar derechos o intereses disponibles (esencialmente patrimoniales) o indisponibles (como la vida, la salud y todo aquel otro que ponga en juego, de manera directa, el principio de dignidad). Así la falta de servicio por actuación formal activa se presenta cuando la autoridad pública emite un acto administrativo que revoca, de manera ilegítima, otro acto anterior por el cual se autorizó la realización de una actividad comercial o industrial; en cambio existe falta de servicio nacida de una actuación formal pasiva, cuando, *v. gr.*, se emite un acto administrativo que deniega aquello, jurídicamente, corresponde otorgar. Este último supuesto de falta de servicio por actuación formal pasiva no se confunde con la omisión. Ello es así pues en esta (omisión) existe abstención de hacer aquello que está jurídicamente preestablecido. En la actuación

decir, que de actuar el Estado o sus agentes de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico, se evitaría ocasionar daños a las personas" (cfr. CNAC. CONT. ADM. FED., Sala 1ª, in re "De Llantada, Mirta Lilian c/ Estado Nacional —M° Justicia y DDHH— Inspección General de Justicia s/ Proceso de conocimiento", 06/07/2010, y, en este sentido, Fallos: 329:2737; 330:3447; 333:2426; entre otros).

(58) Al referirse al art. 1112 CC, en torno al cual la CSJN elaboró la doctrina de la idea objetiva de falta de servicio, la Prof. Reiriz puntualiza que aquella es una norma incompleta, más bien una norma de reenvío "porque para determinar si la conducta u omisión del funcionario público puede equipararse al hecho ilícito, habrá que analizar las leyes que rigen el servicio o función pública en que se encuentra encuadrado tal agente (por ejemplo las leyes de los Registros de Propiedad Inmueble, las leyes orgánicas de la Policía, las leyes orgánicas del Poder Judicial o el Reglamento de la Justicia, y tantas otras)", en REIRIZ, M. GRACIELA, *op. cit.*, p. 227.

formal pasiva, en cambio, hay declaración, existe un proceso intelectual previo, pero el contenido del acto es indebidamente denegatorio.

La falta de servicio por omisión —esto es, la abstención de actuar— también puede ser material —v. gr., inobservancia de un deber jurídico determinado a cargo del Estado basado en una concreta obligación preexistente de proveer a la seguridad— o formal —v. gr., no pronunciarse, previa solicitud de pronto despacho, en tiempo útil—.

Vale recordar que la indemnización de los daños lleva implícita la realidad de los perjuicios y que, para su fijación judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad.⁽⁵⁹⁾

La jurisprudencia presenta a este factor de atribución como falta de prestación del servicio,⁽⁶⁰⁾ como ejecución irregular de la función⁽⁶¹⁾ o del servicio,⁽⁶²⁾ o como inobservancia de actuar tempestivamente.⁽⁶³⁾ En otras ocasiones se muestra como una abstención frente a un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente.⁽⁶⁴⁾

En la doctrina francesa es clásica la clasificación de Duez. Este autor considera tres casos típicos de falta del servicio: el servicio ha funcionado mal; el servicio no ha funcionado; el servicio ha funcionado tardíamente. Esta taxonomía ha sido criticada por Paillet puesto que, el primer rubro, resulta en “extremo amplio” y los otros dos son estrechos y muy próximos.⁽⁶⁵⁾

(59) CSJN, “Periopontis SA...”, fallo cit.

(60) CSJN, “Migoya”, 20/12/2011, Fallos: 334:1821. En este caso, frente a los desmanes del público asistente a evento deportivo, la conducta reprochable a los órganos de la policía de seguridad consistió en no haberse ajustado a las directivas impartidas por los superiores que ordenaban el repliegue y haberse involucrado en una riña descontrolada con la concurrencia que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta.

(61) CSJN, “Reynot Blanco”, del 12/08/2008, Fallos: 331:169. En este caso se hizo lugar a la pretensión indemnizatoria por responsabilidad estatal contra una provincia al haberse verificado un cumplimiento irregular de su función registral, es decir, se incurrió en el ejercicio defectuoso de las funciones encomendadas al registro.

(62) CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748. En este caso la irregular ejecución del servicio consistió en no cumplir con el deber de custodia de documento nacional de identidad, tal como establecía el convenio entre la Nación y una provincia.

(63) CSJN, “Mezzadra”, 08/11/2011, Fallos: 334:1302. En este caso el Tribunal consideró que existe falta de servicio por cuanto el poder judicial empleó un plazo excesivo o irrazonable para dirimir un proceso judicial.

(64) CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

(65) PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, pp. 150/154.

La carga de la prueba del factor de atribución pone en cabeza de quien postula la pretensión resarcitoria la carga procesal de “describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo”.⁽⁶⁶⁾ Para considerar que el Estado nacional o sus organismos son responsables por falta de servicio no basta con enumerar una serie de actos o 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.⁽⁶⁷⁾

También los tribunales especializados en materia administrativa han destacado, con arreglo a la jurisprudencia de la CSJN, que la falta de servicio “requiere dar cumplimiento a la carga de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, se debe describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo”.⁽⁶⁸⁾ Se destaca, además, que cuando la responsabilidad estatal pretende fundarse en la falta de servicio, el actor debe “probar del modo más concreto posible el ejercicio irregular de la función”.⁽⁶⁹⁾

Va de suyo que no alcanza con demostrar la configuración de falta de servicio. El art. 3º, inc. a) LRE, consagra como primer recaudo indispensable, al daño, esto es, a la lesión no justificada sobre un interés jurídicamente protegido. La norma establece que debe existir un “daño” “cierto” “debidamente acreditado por quien lo invoca”, que, a la vez, resulte “mensurable en dinero”.

De consiguiente, quedan fuera del radio de la indemnizabilidad los daños meramente eventuales o conjeturales.⁽⁷⁰⁾ Es que, como enfatiza el Alto Tribunal, la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado.⁽⁷¹⁾

En lo que atañe a la falta de servicio nacida de la inactividad estatal, el art 3º, inc. d), *in fine*, LRE establece que la omisión “solo genera respon-

(66) CSJN, “Hisisa Argentina s/ Daños y perjuicios”, 12/08/08, Fallos: 331:1730, Considerando 6º.

(67) CSJN, “Friar”, Fallos: 329:3966.

(68) CSJN, “López Casanegra”, 15/08/2006, Fallos: 329:3168.

(69) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, “Brusa, Laura V. c/ Estado Nacional - Prefectura Naval Argentina”, 20/04/2014, y sus citas de CSJN, Fallos: 317:1233; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973, 329:3168 y 3966; 331:1730, entre otros); CNAC. CONT. ADM. FED., Sala I, “Zainbrana María Arellano”, 19/05/1998; y Sala II, “Mucciolo, Rubén Alberto”, 20/05/2008.

(70) CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748.

(71) CSJN, Fallos: 307:169, y sus citas.

sabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Desde una perspectiva jurídica, la falta de servicio por omisión asume como presupuesto que el órgano o ente estatal ha dejado de hacer o de ejecutar algo.

Sin embargo, no basta acreditar que se ha dejado de actuar. Es necesario demostrar que esa abstención de hacer, ese haber dejado de hacer algo, configura un incumplimiento, total o parcial, de un mandato normativo.

En efecto, en esta variable de la responsabilidad estatal se requiere demostrar que existe una abstención de realizar una actividad —formal o material— establecida por una norma u otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria. Ciertamente, en algunos supuestos, esa abstención se podrá presentar mediante la realización de una conducta diferente a la debida, pudiendo dar lugar, en este supuesto, a una abstención solo parcial.

Para que se configure la falta de servicio por omisión, se requiere algo más que una abstención o un no hacer. Es necesario que la actuación estatal que se le imputa al órgano no haber realizado sea de observancia obligatoria (y posible, jurídica y materialmente) por estar prescrita en un precepto normativo válido (juridicidad) que concierne al ámbito de incumbencias funcionales del órgano en razón de la materia, territorio, tiempo y el grado (competencia).

En ese entendimiento el art. 3º, inc. d) LRE, prevé que la falta de servicio por omisión se configura “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

La formulación del precepto legal guarda congruencia con la doctrina del Alto Tribunal, labrada en 2013, en la que se subordinó la procedencia de la pretensión indemnizatoria por omisión ilegítima del Estado a la existencia de un “deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente”.⁽⁷²⁾

Es menester realizar una aclaración: la correcta hermenéutica del art. 3, inc. d, *in fine*, LRE, permite verificar que esa previsión normativa, cuando se refiere al deber normativo de actuación expreso y determinado, no alude al principio de competencia (por cuyo conducto se establece a

(72) CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

quién le incumbe, según la parcela de poder atribuida por la Constitución, las leyes y los reglamentos que se dicten en consecuencia, realizar una determinada acción o conducta, formal o material), sino a una de las variables del principio de juridicidad entendido como presupuesto, cierto y determinado, de actuación.

En efecto: cuando el art. 3º, inc. d) remite al “deber normativo de actuación”, alude al principio de juridicidad, en su condición de encargo jurídico de actuación. En modo alguno se podrá examinar esa previsión normativa desde los estándares que fijan el alcance de la competencia. “Deber normativo de actuación”, como reza el art. 3º, inc. d) se refiere a mandato legal (juridicidad). La competencia, en cambio, indica esfera de incumbencia o atribuciones del órgano según la fijan la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia (art. 3º de la Ley Nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo —LNPA—). En tal sentido, estimamos que no resulta adecuado intentar extraer del principio de especialidad un deber o manda jurídica. Ello es así pues el principio de la especialidad es una técnica para determinar el alcance de la competencia material del órgano. En tal sentido, a los fines de la interpretación del art. 3, inc. d) consideramos desacertado fundir el principio de juridicidad con el de competencia.

Claro está, así como la irregularidad requiere demostrar que existe una abstención del órgano o ente frente a un mandato normativo determinado —con lo cual se descarta la configuración de la irregularidad cuando el orden normativo faculta al órgano a optar entre actuar o no hacerlo, puesto que no cabe imputar falta de servicio frente a una actividad típicamente discrecional—⁽⁷³⁾ no lo es menos que al referirse a mandato normativo “expreso”, el art 3º, inc. d) lleva ínsita la observancia del contenido implícito de ese deber de actuación.

Ese contenido implícito, esto es, el efecto jurídico incluido en el mandato de actuación —que insisto, no se confunde con la medida de la potestad, esto es, la competencia— puede emanar de un acto administrativo,⁽⁷⁴⁾ de

(73) Ver CSJN, “Juárez, Carlos Arturo y otra c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación) por conducto del Ministerio de Interior de la Nación”, 18/09/2007, Considerando 5º.

(74) Doctrinalmente se distinguen el contenido natural, el implícito y el eventual. Mientras el primero es aquel que necesariamente forma parte del acto administrativo y lo diferencia con relación a los demás, el segundo concierne a los efectos que si bien no son expresos, están incluidos en el acto. El tercero, el accidental o eventual, atañe a las prestaciones o modalidades que el órgano emisor puede o no incorporar.

un reglamento, de la ley o de la propia Constitución.⁽⁷⁵⁾ Concretamente: el contenido implícito de la norma, o del acto, indica la existencia de un mandato jurídico que está **inescindiblemente incluido** en una norma o acto estatal obligatorio.

El art. 3º, inc. d), *in fine*, es una previsión normativa que desalienta las ingeniosas arquitecturas jurídicas basadas en previsiones normativas genéricas, dotadas de un alto grado de abstracción. A partir de ella, el legislador consideró, de modo prudente, que el instituto de la responsabilidad del Estado no puede ser instrumentalizado para convertir a este en un asegurador anónimo de frente a cualquier tipo de situación.

Frente al utopismo reparador que pregona un sector doctrinal, la LRE, haciendo **reserva de lo posible** en este momento histórico y atendiendo las propias advertencias de la jurisprudencia,⁽⁷⁶⁾ ha sido cauto y no ha sucumbido a las presiones ejercidas desde diversos ámbitos.

En ese orden, es evidente que el sistema legal refleja la decisión del Congreso de preservar la función genuinamente reparadora de la responsabilidad estatal, evitando convertir al instituto en una suerte de seguro de indemnidad que pudiera ser indebidamente utilizado como mecanismo extractivo de los recursos públicos que tienen destino de bien común.

Vale recordar que, con anterioridad a la ley 26.944, la jurisprudencia especializada desarrollaba la responsabilidad por omisión en términos similares a los que establece el art. 3º, inc. d).⁽⁷⁷⁾

(75) CSJN, "Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN –CSJN– Consejo de la Magistratura – art. 110 s/ Empleo público", 21/04/2015, Considerandos 19 a 22.

(76) La doctrina jurisprudencial del fuero especializado en derecho público señala que "no es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general", en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios", 22/03/2012, Considerando VII.

(77) La doctrina labrada de la CNac. Cont. Adm. Fed. vigente al momento de la sanción de la LRE, es plenamente compatible con el art. 3º, inc. d) *in fine*. Así, asevera el tribunal: "[l]a configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan con una obligación legal expresa o implícita (...) Y resulta imprescindible agregar que, para que se genere la obligación de reparar es necesario que se trate de un deber concreto que no opere en dirección genérica y difusa..." en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "C., M. M. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina", 21/12/2010. Sobre esa estructura el Tribunal rechazó la demanda iniciada por los familiares de una persona que se suicidó mientras estaba detenida en el calabozo de la comisaría. El Tribunal consideró que el factor de atribución de responsabilidad invocado por la accionante como falta de servicio, concerniente al incumplimiento de los deberes de custodia y seguridad específicos respecto

3.8.2 .Sacrificio especial

El segundo subsistema atañe a la responsabilidad por actividad legítima. En este ámbito el factor de atribución adoptado por la LRE, en claro seguimiento de la jurisprudencia preexistente,⁽⁷⁸⁾ es el sacrificio especial.

El art. 4º, inc. e) presenta a este factor de atribución como un padecimiento “diferenciado” en relación con el “que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

La idea de sacrificio especial en aras del interés público remite a la idea de un perjuicio específico, grave y anormal. No cualquier daño es susceptible de reparación por conducto de este instituto. Debe existir actividad válida del Estado, que produzca un perjuicio particular desproporcionado para alcanzar finalidades de **interés general o colectivo**.⁽⁷⁹⁾

En la LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la indemnizabilidad por la actividad estatal legítima requiere alegar y probar que existe un supuesto de sacrificio desigual. El damnificado debe exhibir, pues, un perjuicio especial, esto es, que su situación recibió un **tratamiento especialmente desfavorable**.⁽⁸⁰⁾ El paradigmático *arret* “La Fleurette” (referencia obligada en esta materia) plantea un supuesto típico de sacrificio especial en aras del interés público, que en tanto perjuicio singularizado que rompe la igualdad ante las cargas públicas debe ser soportado por la comunidad.

En este ámbito, la calificación de **excepcional**⁽⁸¹⁾ que le brinda el art. 5º a la responsabilidad por actividad estatal legítima, se identifica con la idea de apartamiento de lo que es general, común.

de los detenidos, no se encuentra configurado, simple y sencillamente, porque si bien la Policía Federal tiene —entre sus deberes— lo atinente a la preservación de la integridad física y psíquica de las personas alojadas en sus establecimientos, en el caso de autos no se había incurrido en la omisión de deberes a cargo de los agentes policiales encargados del control del sector en el que se encontraba la persona que se suicidó.

(78) CSJN, “Columbia”, Fallos: 315:1031.

(79) CSJN, Fallos: 316:406.

En “Los Pinos”, Fallos: 293:617, la Corte federal señaló que el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad no es propio que sea soportado únicamente por aquella, de lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la Constitución”.

(80) PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 221.

(81) El art. 5º de la ley 26.944 establece: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

De ordinario, la actividad lícita, esto es, la actividad jurídicamente justificada, no es indemnizable. Este principio, con toda lógica, rige en el derecho privado⁽⁸²⁾ y en el público —en ambos casos, con las modulaciones propias de cada una de esas disciplinas—. Lo que es extraordinario, lo que resulta excepcional, es la dispensa a ese principio.

En el derecho público, la dispensa se produce cuando se verifica un sacrificio especial —tal como lo califica la ley 26.944—; esto es, cuando se comprueba que una actuación estatal lícita origina a una persona determinada un **padecimiento** —afectación de un derecho adquirido— que resulta **desproporcionado** con respecto al resto de los miembros de la comunidad.

La responsabilidad por la actividad lícita del Estado, enfatiza el Alto Tribunal, “no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad”.⁽⁸³⁾

El texto legal está en línea con la doctrina jurisprudencial, expresada apenas un par de meses antes de la sanción de la ley, en cuanto identifica el sacrificio especial con las **consecuencias anormales**, en tanto van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales y “significan para el titular del derecho un verdadero **sacrificio desigual**, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional”.⁽⁸⁴⁾ En este mismo precedente, el Tribunal puntualiza que la procedencia de la pretensión de responsabilidad estatal requiere que la actividad del Estado produzca **una lesión a una situación jurídicamente protegida**.⁽⁸⁵⁾ La ausencia de una lesión sobre un interés jurídicamente protegido determina la improcedencia de la pretensión indemnizatoria por actividad legítima puesto que, en ese supuesto, no se confi-

(82) El art. 1718 CCyC establece que “[e]stá justificado el hecho que causa un daño: a) en el ejercicio regular de un derecho”.

(83) CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ Proceso de conocimiento”, 15/05/2014, en JA 2014-III-233.

(84) CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional”, 15/05/2014, Considerando 10. El Tribunal destaca, en el Considerando 11, que “es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir —a través de él— finalidades de interés general o colectivo (Fallos: 312: 2266; 316: 397)”.

(85) CSJN, “Malma”, 2014, Considerando 11; “Revestek”, 1995, Fallos: 318:1531.

gura un daño resarcible con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas.⁽⁸⁶⁾

El sacrificio especial, consagrado como factor de atribución objetivo de la responsabilidad por actividad legítima del Estado, alude a la idea de especialidad del daño. Se refiere a un padecimiento jurídicamente relevante —en tanto se concretiza en un menoscabo a una situación jurídica protegida— que resulta desigual con respecto al conjunto social.

La ley asume la doctrina jurisprudencial en cuanto considera al “sacrificio especial” como la carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad.⁽⁸⁷⁾

Al respecto, se señala que en estos casos se deberá indemnizar la afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualmente a raíz de la vida en comunidad.

Por cierto, la correcta ponderación del “sacrificio especial”, como factor de atribución de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado, exige valorar la idoneidad y necesidad del padecimiento singular que sufre el particular de acuerdo con los fines de interés público perseguidos por el acto estatal que lo produce, esto es, con las necesidades sociales que la ley, el acto o el hecho están llamada a satisfacer y con magnitud de los bienes jurídicos comunes que la medida viene a proteger.

La concurrencia de este factor de atribución lleva ínsito un deber implícito de observar los subprincipios de idoneidad y necesidad. Es por ello que el sufrimiento desigual, diferenciado, al que alude el art. 4º, inc. e) LRE debe guardar proporcionalidad (interna) con los objetivos colectivos que el acto estatal pretende alcanzar. Por consiguiente, el padecimiento especial que exceda el subprincipio de necesidad, o el de adecuación, quedará situado a extramuros del art. 4º, inc. e) LRE.

Este segundo subsistema no prevé la responsabilidad por omisión lícita. En ese orden, la objeción planteada al texto legal por esa supuesta carencia, con fundamento en el *arret* “Coutiéas” (resuelto por el Consejo de Estado francés en 1923), debe ser rechazada de plano.

A nuestro modo de ver, el citado *arret* no configura un supuesto de responsabilidad por omisión lícita. Muy por el contrario, el deber de responder

(86) CSJN, Fallos: 318:1531.

(87) CSJN, “García”, Fallos: 315:1892.

nace frente a un acto (no una omisión) de contenido denegatorio, que es algo diferente.

En efecto, en el invocado *arret* “Couitéas”, el derecho para solicitar una indemnización pecuniaria por quien se ve impedido de expulsar de sus tierras a quienes se consideraban ocupantes legítimos desde tiempos inmemoriales, no tuvo origen en una omisión lícita del gobierno francés — que negó la ayuda militar indispensable para ejecutar una sentencia que ordenaba la expulsión de tribus autóctonas que ocupan un terreno en Túnez—, como alguna doctrina vernácula ha indicado. El derecho a una indemnización, a cargo de la comunidad, fue el producto de un **acto** del gobierno que **denegó** el auxilio de la fuerza armada para expulsar a los ocupantes de parcelas de tierra que eran propiedad del Sr. Couitéas —beneficiario de un fallo favorable que no puede ser ejecutado por la negativa del gobierno en aras del interés general— con el propósito de conservar, de ese modo, el orden y la seguridad públicas en razón de los graves disturbios que ocasionaría la observancia del mandato de la justicia.

3.9. La relación de causalidad, en tanto es un requisito indispensable del supuesto de hecho que genera la obligación de indemnizar (arts. 3º, inc. c, y 4º, inc. c, de la ley 26.944) está llamada a cumplir una doble función

3.9.1. Concepto y función

El nexo de causalidad es un requisito indispensable⁽⁸⁸⁾ y autónomo del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado. Los arts. 3º, inc. c,⁽⁸⁹⁾ 4º, inc. c),⁽⁹⁰⁾ y 2º⁽⁹¹⁾ de la ley 26.944, se refieren a él, ora de manera directa, ora de modo indirecto.

(88) Así lo señala la CSJN en “Syntex SA c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, 21/11/2000, Fallos: 323:3765, Considerando 6º.

La CSJN lo califica al nexo causal como recaudo “**ineludible**” (“Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ EN”, 2009, Fallos: 332:1367, Considerando 6º). En Fallos: 328:2509, se le reconoce la condición de “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”.

(89) El art. 3º, inc. c) establece que es requisito para que nazca la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima “la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”.

(90) En lo que atañe a la responsabilidad por actividad legítima, el art. 4º, inc. c) LRE prescribe que debe existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.

(91) A su vez, el art. 2º LRE establece las causales de exención de responsabilidad. Se contemplan los daños y perjuicios que se deriven del caso fortuito o fuerza mayor; los daños producidos por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

Un abordaje inicial permite visualizar al nexo de causalidad como un vínculo externo y objetivo entre el daño y el hecho generador, entre el cambio y su causa. Desde esta atalaya la relación de causalidad se presenta como el enlace material, el encadenamiento fáctico particular, entre un hecho antecedente y un suceso consecuente.

Un examen más profundo permite considerar al nexo causal como el elemento que une, liga o vincula la actividad u omisión estatal, subsumible en alguno de los factores de atribución previstos por la ley, con el daño jurídico, esto es con las consecuencias que le son legalmente imputables al hecho generador.

En ese entendimiento, creemos que la relación de causalidad como elemento indispensable del supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado se presenta como el genético vínculo de conectividad que liga un cambio jurídicamente relevante del mundo externo, denominado “daño” (entendido como un menoscabo o lesión a las relaciones de utilidad o disponibilidad que tutela un derecho o interés), con un suceso antecedente (también jurídicamente relevante) denominado “hecho generador” (obrar, simple o complejo, activo o pasivo, material o formal, imputable a un ente u órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas) subsumible en algún “factor de atribución” habilitado por la ley aplicable: falta de servicio (art. 3º, inc. d) o “sacrificio especial” (art. 4º, inc. c).

Sin embargo, además de amalgamar los elementos estructurales del supuesto de hecho que genera el deber de indemnizar, la relación de causalidad fija —extiende, pero a la vez limita— el alcance de las consecuencias dañosas que, en cada, corresponde imputar al *factum* lesivo a los fines de la reparación.

De consiguiente, en el régimen legal vigente las dos funciones de la relación de causalidad —la que concierne a la determinabilidad del vínculo de conectividad como la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles— dependen de la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

3.9.2. El nexo de causalidad en la LRE. Precisiones

Señalamos que una de las funciones del requisito causal es brindar los parámetros objetivos indispensables para establecer qué consecuencias dañosas se deben reparar. Va de suyo pues que el menoscabo patrimonial, el daño, será reparable siempre que se encuentre comprendido dentro del círculo de consecuencias jurídicamente atribuidas, para ese supuesto, al autor de la actuación u omisión imputada.

En ese orden, el sistema legal vigente consagra la tesis por la cual el factor de atribución modula el alcance de las consecuencias dañosas atribuibles al hecho generador. La articulación funcional entre ambos elementos —factor de atribución y relación de causalidad— determina, en cada caso, que la cadena de resultancias imputables a la autoridad pública extenderá o reducirá su radio de acuerdo a que el supuesto de hecho que origina la responsabilidad repose en la “falta de servicio” o en el “sacrificio especial”.

Así, mientras en el subsistema de responsabilidad por actividad ilegítima, el art. 3º, inc. c) LRE establece que debe existir “[r]elación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”, en lo que atañe a la responsabilidad por actividad estatal lícita, el art. 4º, inc. c) exige una “[r]elación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”.

Se advierte así que, para supuestos de responsabilidad por actividad ilegítima, el legislador, de acuerdo con la tendencia jurisprudencial de los últimos lustros, adoptó la teoría de la causalidad adecuada (conforme art. 3º, inc. c, de la ley 26.944).

Al adoptar la teoría de la adecuación, el legislador desestimó otras teorías como la de la equivalencia de condiciones —denominada de la *conditio sine qua non*—, la teoría de la exclusividad, la de la causa próxima y también la denominada teoría de la causalidad virtual.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “**idoneidad**” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Le Tourneau enfatiza que hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado.⁽⁹²⁾

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad —adoptado según la experiencia de la vida—, normalmente produce u ocasiona el resultado —daño— que debe atribuirse al hecho. Alguna jurisprudencia sostiene que solo debe calificarse como causa a aquella que está dotada de la

(92) LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, p. 82

mayor fuerza productiva. También se alude a ella mediante el sintagma eficacia causal preponderante.

Al respecto, se ha señalado que adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de "causalidad adecuada" implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente.⁽⁹³⁾

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

Por aplicación de esta teoría se aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; se verifica su condición de hecho decisivo, sin el cual el daño no se hubiera producido, se lo declara causa del daño y se descartan los otros hechos que no adquieren categoría de causa.

El examen de la causalidad adecuada opera *a posteriori*. En ese entendimiento, se advierte que la teoría de la causalidad adecuada focaliza su atención en determinar si un hecho específico, examinado retrospectivamente, es objetivamente apto, idóneo, para producir, normalmente, esa consecuencia lesiva.

3.9.3. El criterio adoptado por el art. 3º, inciso c) de la LRE, en cuanto adopta la teoría de la causalidad adecuada, mantiene la tendencia jurisprudencial predominante

Si bien en algunas oportunidades la CSJN —en su actual integración— afirmó que debe existir una relación de causalidad "**directa**" entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue,⁽⁹⁴⁾ la

(93) CAPEL. CIV. Y COM. N° 3 La Plata, Sala 3, "Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios", 28/03/ 2006.

(94) CSJN, "Baeza", 2011, Fallos: 334:376; "Reynot", 2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6º; "Ramos", Fallos: 331:1690.

La locución directa es, en este punto, polisémica. Indica, de un lado, que las consecuencias de un determinado hecho u omisión acaecen en sí mismas, sin otros aditamentos, es decir, los efectos se producen sin que medie otro acto o hecho. Pero también indica que existió efectiva "intervención" estatal dotada de la suficiente idoneidad y preponderancia para producir el daño. Pensamos que este segundo significado es el adecuado. Así, en "Bertinat"

doctrina judicial anterior a la LRE —en lo relativo a responsabilidad por actividad o inactividad ilegítima del Estado— se inclinaba, no sin modulaciones, por la causalidad adecuada. En algunas ocasiones, el Alto Tribunal, y sus tribunales inferiores, utilizaron el sintagma “nexo o relación adecuada de causalidad”, sin rodeos.⁽⁹⁵⁾ En otros, se utilizó alguno de sus equivalentes funcionales: causa idónea, causa apta, causa relevante, etc.

Así, en “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”⁽⁹⁶⁾ —pretensión reparatoria promovida por la esposa de una persona fallecida por la ingesta de un producto denominado propóleo que poseía altas concentraciones de dietilenglicol y que fuera elaborado por un laboratorio privado—, el Alto Tribunal, con remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que no se verificaba la adecuada relación causal entre el daño ocasionado y su imputación al Estado por supuesta inobservancia de la policía sanitaria, puesto que el perjuicio resultaba exclusivamente atribuible a la conducta del laboratorio. En esta causa, se rechazó la demanda sustentada en la falta de servicio por omisión. Se sostuvo, en lo que atañe a ese caso, que el poder de policía sanitaria estaba legalmente definido de modo genérico y no se identificaba con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos, derivado de la acción de terceros.

En “Deoca”,⁽⁹⁷⁾ la CSJN sostuvo que la entrega en propiedad del sable a un militar retirado como parte de su uniforme no hacía imputable al Estado del hecho dañoso por cuanto dicha entrega no es la **causa adecuada** del delito de homicidio, según el curso natural y ordinario de las cosas, asignándole el carácter de consecuencia remota, por la cual el Estado no debe responder.⁽⁹⁸⁾

(Fallos: 323: 305) el Tribunal rechazó la demanda de daños contra la autoridad pública por cuanto el accidente provocado en una ruta por un animal suelto es un hecho extraño a su intervención “directa”.

(95) CSJN, “Syntex S.A. c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, Fallos: 323:3765, Considerando 8°.

(96) CSJN, “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

(97) CSJN, Fallos: 324:1701.

(98) Para fundamentar su decisión, la CSJN entendió que: 1) un militar en situación de retiro no guarda la misma relación que uno en actividad: aquellos no desempeñan función estatal alguna; 2) por eso la falta de relación con el Estado no le es imputable al Estado; 3) la propiedad del sable no es del Estado ni de la Armada; era propiedad del propio militar. El Estado no era ni propietario ni guardián; 4) aun cuando fuere propiedad de la Armada, la cuestión encuadraba en el tercer párrafo del art. 1113 porque la comisión de ese hecho dañoso es

En “Kasdorf”,⁽⁹⁹⁾ se sostuvo que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de la actividad desplegada por una provincia que obró de manera **idónea** para producirlo (art. 901 CC).

También se aplicó este criterio en “Roque Reymundo e Hijos c/ Pcia. de San Luis”.⁽¹⁰⁰⁾ El desvío hacia un camino que estaba en deficientes condiciones, en abstracto, era normal y ordinariamente **idóneo** para producir accidentes como la destrucción de una carga de cosas frágiles, como vidrios.

En “Cohen”,⁽¹⁰¹⁾ la CSJN sostuvo 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, como también su **idoneidad** para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama.⁽¹⁰²⁾

En “Friar”,⁽¹⁰³⁾ el Alto Tribunal asevera que la responsabilidad por falta de servicio exige: a) examinar cada uno de los actos y conductas que se le impugnan al Estado Nacional desde el punto de vista de su legitimidad y b) examinar la **aptitud** de cada uno de los actos para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.

En otros supuestos, aun sin mencionar a la teoría de la causalidad adecuada, la CSJN directamente alude a ella al adoptar como estándar “el grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas”⁽¹⁰⁴⁾ o al nexo de causalidad jurídicamente relevante.⁽¹⁰⁵⁾

contra la voluntad expresa o presunta de su dueño; 5) la CSJN sostiene que la entrega del sable por parte del Estado al autor del homicidio no es la causa adecuada del delito, según el curso normal y ordinario; aquella fue una consecuencia remota de dicha entrega.

(99) CSJN, Fallos: 313:284.

(100) CSJN, Fallos: 327:2764.

(101) CSJN, Fallos: 329: 2088.

(102) Previamente, el Alto Tribunal había señalado que “la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en co-responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto”.

(103) CSJN, “Friar”, 26/09/2006.

(104) CSJN, “Mosca”, Fallos: 330:563; “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

(105) CSJN, “Banco de la Nación Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de”, 2001, Fallos: 324:1243.

3.9.4. La relación de causalidad en la falta de servicio por omisión

Según el art. 3° inc. d) LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal ilegítima exige acreditar el factor de atribución **falta de servicio**. Como ya vimos, la LRE conceptualiza la falta de servicio como una **actuación u omisión irregular** de parte del Estado. A la vez, el supuesto de “omisión irregular” se concretiza mediante “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

A partir de estas formulaciones, se advierte que el nexo de causalidad en la responsabilidad nacida de la falta de servicio por omisión exhibe algunas singularidades.⁽¹⁰⁶⁾

En estos supuestos, para que se configure la relación de causalidad, es menester acreditar que, de haberse cumplido la actuación establecida de manera determinada en la norma, el daño —esto es, la lesión sobre un derecho o interés— no se hubiera producido.

Concretamente: concierne a quien postula la pretensión indemnizatoria demostrar, conforme el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) y el art. 1736 CCyC que, previsiblemente, según el curso ordinario y natural de las cosas, mediante la observancia del deber normativo de actuación (expreso —o incluido implícitamente en la misma norma— y determinado), las consecuencias dañosas que se le atribuyen a la inactividad estatal se habrían evitado.

Por cierto, no habrá encadenamiento causal entre el daño y la inactividad que se le imputa al órgano, si el demandado demuestra que aun con el cumplimiento de la conducta debida en los términos del art. 3°, inc. d) LRE el daño igualmente se hubiera producido.

Naturalmente, como **presupuesto** de la falta de servicio por omisión, es necesario que exista la posibilidad material y jurídica de realizar la conducta ordenada por la norma.

En definitiva: la configuración de la relación de causalidad en el supuesto responsabilidad por omisión (art. 3°, inc. d, LRE) requiere acreditar: (i) en primer lugar, que el órgano se abstuvo de actuar; (ii) en segundo término, que esa abstención, ese dejar de hacer o de ejecutar algo colisiona y se contrapone al mandato jurídico de actuación preestablecido de modo

(106) Pablo Perrino puntualiza, con razón, que la acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión (“La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, en *LL*, diario del 31 de marzo de 2015).

expreso (o implícitamente incluido dentro de lo expreso) en la norma —constitucional, supranacional, legal o reglamentaria— o en otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria frente a terceros; (iii) finalmente que, de haberse realizado la conducta prescrita por la norma, la lesión sobre la relación de utilidad protegida por el derecho o interés no se habría producido.

3.9.5. La relación de causalidad debe exhibir certeza.

En este ámbito no tiene cabida la presunción de causalidad

Ni aun postulando la aplicación analógica del CCyC será posible abrirle la puerta a la presunción de causalidad.

En efecto: el art. 1736 CCyC, en línea con la regla que emana del art. 377 CPCCN, es categórico en cuanto establece que la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma.

Por lo demás la jurisprudencia labrada por el Tribunal con anterioridad a la ley 26.944 es refractaria a la presunción de causalidad.⁽¹⁰⁷⁾

En efecto: el régimen jurisprudencial de la responsabilidad estatal vigente hasta 2014, en tanto resulta refractario a la presunción de causalidad,⁽¹⁰⁸⁾ se mantiene en la ley 26.944. En respaldo de esta posición, la aplicación analógica del art. 1736 CCyC, juntamente con el art. 377 CPCCN, nos lleva a la misma conclusión.

En este orden, quien demanda la reparación de daños producidos por actividad o inactividad ilegítima del Estado no solo tiene la carga de alegar y justificar la causación; tiene también la de aportar pruebas concluyentes que permitan establecer que existe, con suficiente certeza, un vínculo de material de conectividad que anuda la consecuencia dañosa con un hecho generador idóneo, apto, relevante, emanado de un órgano o ente estatal.

(107) CSJN, “Denberg”, Fallos: 322:3101.

(108) Así, en “Jabif de Sousa David Néstor c/ Estado Nacional- Ministerio del Interior- Policía Federal Argentina y/o responsable s/ Daños y perjuicios”, 31/07/2012, la Sala III de la CNac. Cont. Adm. Fed., desestimó la pretensión reparatoria por cuanto el actor no había logrado acreditar la relación causal entre el hecho dañoso y el actuar estatal. Al fundamentar su decisión se señaló que “cada parte debe probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende, ya que la actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés y de esa actividad procesal depende producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, pudiendo el litigante llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una conducta omisiva (conf. CSJN, Fallos: 318:2555, entre otros). En sentido similar, se ha señalado que “el *onus probandi* deviene imperativo del propio interés del particular interviniente...”.

3.9.6. El concurso de causas en la responsabilidad del Estado

Un mismo daño puede ser el efecto resultante de varias causas, ora coetáneas, ora sucesivas. Si la acción de varias personas contribuye de manera idónea en la producción de un determinado resultado lesivo, existe lo que se denomina “causalidad conjunta o concurrente”. De manera corriente se ha calificado a esta situación como “concausa”. En verdad, estamos frente a un supuesto de **co-causación**.

Como lo enseña la doctrina civilista más autorizada, la co-causación consiste en la actuación concurrente y causalmente relevante de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño. En este supuesto el daño se distribuye entre las diferentes co-causas de acuerdo a la participación causal de estas, no pudiendo los co-causantes oponer defensa causales frente a la víctima ante quienes responderán por el todo sin perjuicio de reclamar lo que hubiera pagado en exceso.⁽¹⁰⁹⁾

La concausa es una situación bien distinta a la co-causación, por cuanto es una causa independiente que altera el curso causal y que, por ende, no se le puede imputar al demandado el aporte causal de la concausa, el que se deberá desagregar de la imputación causal que se le haga. La concausalidad produce una alteración parcial de la primera causa, y por ende no puede imputarse al dañador la totalidad del daño ya que la concausa no guarda relación causal adecuada con el hecho del dañador.⁽¹¹⁰⁾ Al respecto López Mesa puntualiza que la concausa, lejos de ser neutra, tiene la funcionalidad de hacer cargar a quien la aporta una parte del daño que sufriera, justamente el segmento atribuido a su aporte concausal.

Si bien la co-causación no parece postulable *ab intio* en el subsistema de responsabilidad por actividad estatal lícita —por cuanto en ese ámbito, el art. 4º, inc. c) LRE exige que la actuación estatal opere como causa “exclusiva” del perjuicio—, aquella es admisible con respecto a los daños originados por la actividad estatal subsumible en el factor de atribución “falta de servicio”.

La jurisprudencia exhibe casos de causalidad conjunta o concurrente (co-causación) entre la autoridad pública y un particular, y también entre dos órganos estatales.⁽¹¹¹⁾

(109) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada”, en *LL*, 2013-D-1167.

(110) *Ibid.*

(111) La CNac. Cont. Adm. Fed. sostuvo que el Estado a los efectos indemnizatorios debe responder cuando coparticipa —por su obrar negligente— en la generación de un hecho

Así, en “Kasdorf”⁽¹¹²⁾ la CSJN reconoció que había una concurrencia de factores causales imputables a la Administración y a un tercero. Se sostuvo que la responsabilidad atribuida a la Provincia demandada no excluía la que corresponde al tercero. En este juicio, la actora reclamó el resarcimiento de los daños derivados de la interrupción y retracción de ventas como consecuencia de la muerte de tres niños que se intoxicaron en un hospital de Jujuy por haber ingerido leche de esa marca. La realidad fue el producto (denominado “Bonalac”) fue transportado juntamente con insecticida; este se derramó y contaminó la leche. No obstante tener un fuerte olor a insecticida, el personal del hospital preparó y suministró esa leche a los niños.⁽¹¹³⁾

En “Serradilla” el Alto Tribunal federal consideró probada la existencia de concausas (en puridad, co-causación) derivada de la concurrente falta de servicio por parte del Estado Nacional y de una provincia.⁽¹¹⁴⁾

Discernir la concausa de la co-causación tiene efectos relevantes. Como dijimos, si se verifica esta última (co-causación), los co-causantes responderán de manera completa frente a la víctima. Es un supuesto de condena

dañoso, máxime cuando ello ocurre en el marco de su poder de policía y sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Transporte Río de la Plata c/ E. N.”, fallo cit.

(112) CSJN, Fallos: 313:284.

(113) Dijo la CSJN que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de una actividad de la Provincia de Jujuy que obró de manera idónea para producirlo (art. 901 CC). Los dependientes de la Provincia incurrieron en una conducta negligente al no advertir la contaminación notoria del producto. Sin embargo, destacó que la responsabilidad de la provincia no excluye a la que corresponde a la empresa de transporte. La conducta de sus dependientes que se desentendieron de los riesgos que podía ocasionar la entrega del producto en las condiciones en que se efectuó obliga a resarcir un daño que constituye una consecuencia mediante ese hecho y que guarda con esta un adecuado nexo causal (art. 901 CC).

(114) CSJN, “Serradilla, Raúl c/ Pcia de Mendoza y otro”, 12/06/2007. En dicha causa el Máximo Tribunal responsabilizó al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza por la deficiente prestación del servicio a su cargo: no cumplieron adecuadamente el deber de custodia que la ley y el convenio celebrado entre el Estado y la provincia celebraron con respecto a la documentación de las personas. En la especie, no se había custodiado el nuevo ejemplar de DNI requerido por el demandante. Tal circunstancia provocó que se abrieran cuentas bancarias a nombre del actor, pero con datos falsificados, que dieron lugar luego al libramiento de cheques sin fondos contra aquellas, lo cual generó que el BCRA inhabilitara al actor para operar en cuenta corriente en todo el país y diera de baja su tarjeta de crédito. Luego de enfatizar que existía una responsabilidad concurrente de los entes públicos, con fundamento en la idea objetiva de falta de servicio, la Corte señaló que las circunstancias del caso revelaban una cadena de conductas causales jurídicamente relevante en el resultado fáctico calificado como dañoso.

in solidum.⁽¹¹⁵⁾ Cualquiera de los co-causantes debe la reparación plena de las consecuencias que le son atribuidas. Frente a la víctima la co-causación no opera, ni aun parcialmente, como eximente de responsabilidad. Esto no afecta las relaciones recíprocas entre quienes contribuyeron al daño. De allí que un co-causante podrá accionar por repetición o regreso contra quien también ha sido condenado. Esto no ocurre, en cambio, en los supuestos de concausa.

3.9.7. Factores que suprimen la relación causal. Eximentes de responsabilidad

La estructuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal requiere, como requisito negativo de configuración, la ausencia de eximentes contempladas en el art. 2° LRE: hecho de la víctima, hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder y caso fortuito o fuerza mayor.

Ciertamente, si el daño tiene su origen en una causa extraña o ajena al hecho que se le imputa al órgano estatal, como las previstas en el art. 2° LRE, ello traerá como consecuencia la interrupción del vínculo causal—por cuanto la causa material del menoscabo se desplaza hacia otro u otros centros de imputación— y la consecuente imposibilidad de satisfacer el requisito previsto en el art. 3°, inc. c) LRE. La existencia de alguno de los tres supuestos de causa ajena, en la medida que esté debidamente demostrada—la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien la alega (art. 1734 CCyC)— libera al Estado demandado, con las modulaciones que seguidamente examinaremos.

3.9.7.1. Hecho del damnificado

La propia conducta del damnificado se puede convertir en causa exclusiva o no exclusiva del daño. Mientras el primer supuesto exime de responsabilidad al órgano, el segundo la limita.

Para que el hecho de la víctima interrumpa totalmente el nexo causal debe haber sido causa adecuada y exclusiva del daño. Ahora, si la conducta del damnificado tiene solo incidencia parcial en la producción del resultado, por cuanto ella interfiere o actúa de manera independiente al hecho imputable al Estado, habrá pluralidad de agentes causales (con-

(115) La obligación *in solidum*, puntualiza Le Tourneau, significa que la víctima de un daño causado por varios responsables dispone de tantos recursos cuantos autores del hecho dañino haya. Cada uno de ellos es visto como si hubiera causado la integridad del daño; de donde se deduce que cada uno puede ser asignado por la totalidad (ver LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, pp. 86/87).

causa) que determinará la reducción del monto indemnizatorio puesto que al órgano imputado solamente debe cargar en proporción a su exclusivo aporte causal.

En el ámbito de la responsabilidad estatal la jurisprudencia anterior a la ley 26.944 registra distintos pronunciamientos que merecen ser tenidos en cuenta.

Así, en “Gómez”, sentencia del 30/06/1998, la CSJN eximió de responsabilidad a la Administración tras advertir que no hubo relación de causalidad directa e inmediata entre el procedimiento legítimo llevado a cabo por el agente oficial y el daño sufrido por el actor. El daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse provocando el enfrentamiento policial que derivó en un disparo del agente que impactó en la espalda del actor produciéndole una lesión gravísima.

Se observa así un supuesto de eximición total de responsabilidad por acto del damnificado, determinante de una ruptura del nexo causal.

En “Ramos”,⁽¹¹⁶⁾ si bien estaba acreditado el perjuicio —daño psíquico de la demandante por la muerte de su hijo—, el Alto Tribunal desestimó el reclamo por ese rubro por cuanto el evento no era atribuible a la falta de servicio de la autoridad Administrativa. Se sostuvo que el origen de la muerte era imputable a la imprudencia de la propia víctima que se arrojó al río en un balneario de la provincia de Córdoba en una época en la que no está legalmente previsto la presencia de bañeros (el hecho acaeció en noviembre y la norma obligaba al municipio a proveer bañeros desde diciembre). En este caso estamos frente a la ruptura del nexo causal por el hecho de la víctima.

3.9.7.2. Hecho de un tercero extraño

El art. 2º, inc. b) de la ley 26.944 consagra como eximente de responsabilidad el supuesto en que el daño tenga su origen por el hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder. El fundamento de esta exención remite a la ausencia de nexo causal.

En efecto. De acuerdo con esta previsión normativa, el Estado demandado se libera demostrando que el daño ha sido provocado de modo único o

(116) CSJN, Fallos: 328: 2547.

determinante por un tercero extraño. En tal supuesto la atribución material del menoscabo se desplaza hacia el tercero, que es en definitiva el sujeto en relación con el cual se podrá efectuar la imputación. Sin embargo, en supuestos en que el hecho generador no le es atribuible exclusivamente al tercero extraño, esto es en casos de concurso o concurrencia de causas (co-causación), como ya se señaló, la condena es *in solidum* (v. gr. “Serradilla”; “Kasdorf”), siendo admisible la acción de regreso por lo que el Estado hubiera pagado en exceso de acuerdo a su participación causal.

Es dable tener presente que, a diferencia del art. 1731 CCyC, el art. 2º, inc. b) de la ley 26.944, al consagrar al hecho de un tercero como causal de exoneración, no exige que aquel reúna los caracteres del acto fortuito.

Cabe recordar que el hecho del tercero no se presume, siendo una carga del demandado demostrar su incidencia en el nexo causal.

3.9.7.3. Caso fortuito

El caso fortuito y la fuerza mayor constituyen factores extraños con aptitud para provocar la interrupción del nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el daño.⁽¹¹⁷⁾ Son un obstáculo para la indemnización del damnificado.⁽¹¹⁸⁾ Se configura cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente. El *casus* determina la ausencia de responsabilidad por defecto del nexo causal.

El art. 1730 CCyC lo regula del siguiente modo: “[s]e considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

La irresistibilidad —esto es, la presencia de un evento insuperable, que no se puede dominar, en el que el agente es juguete de la fatalidad—, puntualiza Le Torneau, es la más importante de las características de la fuerza mayor. La imprevisibilidad, que es la otra característica del caso fortuito o fuerza mayor —que en el nuevo Código deben ser asumidos como sinónimos (art. 1730, *in fine*)— se consuma cuando no hay ninguna razón particular para pensar que se producirá.

(117) Ver CSJN, Fallos: 306:1413 y CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, “F., S. O. y otro c/ Estado Nacional”, 29/06/ 2005, Considerando II.

(118) Ver CSJN, “Sanchez Granel”, 20/09/1984, Fallos: 306:1409, Considerando 6º.

3.9.8. La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado por actividad legítima

El art. 4° de la ley 26.944 establece los requisitos que estructuran el supuesto de hecho de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado. Algunos recaudos legales son comunes a la responsabilidad por actividad ilegítima; otros, en cambio, son propios. Así, se deberá acreditar que existe un daño cierto y actual,⁽¹¹⁹⁾ debidamente acreditado por quien lo invoca⁽¹²⁰⁾ y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; **relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva**⁽¹²¹⁾ entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño;⁽¹²²⁾ sacrificio especial⁽¹²³⁾ en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.⁽¹²⁴⁾

En congruencia con la doctrina jurisprudencial, el art. 5° califica la responsabilidad por actividad lícita como “excepcional”. Esta calificación toma en cuenta, de un lado, la ajenidad que tiene este supuesto, propio del derecho administrativo, con respecto a la doctrina civilista (recuérdese que el supuesto de hecho que genera responsabilidad civil reposa en la antijuridicidad,⁽¹²⁵⁾ y que fue esa situación la que tuvo en cuenta el dictamen de la Procuración General cuando señaló en “Motor Once” que la responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme

(119) CSJN, “Tejeduría Magallanes”, Fallos: 312: 1656, Considerando 11; “Revestek”, 15/08/1995, Considerando 6°.

(120) Con lo cual queda *ab initio* descartado los daños conjeturales (CSJN, Fallos: 328: 2654).

(121) CSJN, “Ledesma”, 1989, Fallos: 312:2022, Considerando 16; “Revestek”, fallo cit., Considerando 6° (sostuvo el Alto Tribunal: el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal exigía la demostración de la “existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”); “El Jacarandá”, 28/07/2005, Fallos: 328:2654, Considerando 9°, *in fine*.

(122) CSJN, “Malma Trading SRL”, 15/05/2014, Considerando 10.

(123) En “Malma Trading SRL”, la CSJN destaca que la procedencia de la indemnización por actividad legítima del Estado requiere de “verdadero sacrificio desigual” para el titular de un derecho (Considerando 10 *in fine*).

(124) CSJN, “Revestek”, fallo cit., Considerando 7°. En el Considerando 8°, el Tribunal puntualiza que la lesión a una situación jurídicamente protegida no es sino “un presupuesto del éxito en lo sustancial del reclamo de resarcimiento; dicho en otras palabras, de una condición de la existencia del daño reparable...”.

(125) El art. 1717 CCyC establece: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos).⁽¹²⁶⁾ Y de otro, la propia situación **anormal** que presenta, aún desde el derecho público, las reparaciones por actividad legítimas⁽¹²⁷⁾ puesto que como principio la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada.

La jurisprudencia anterior a la ley 26.944 enfatizaba las diferencias entre la estructura del supuesto de hecho que lleva la indemnizabilidad por la responsabilidad estatal lícita y el de la derivada de la actuación ilegítima de los poderes públicos. Estas particularidades se proyectaron sobre la configuración de la relación de causalidad como requisito ineludible del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad.

Así, en “El Jacarandá SA”, sentencia del 28/07/2005, el voto de la mayoría sostuvo que en el campo de la actividad lícita, es decir, cuando se trata de resarcir daños causados por actos inspirados en el interés colectivo, en el interés general los jueces deben actuar con suma prudencia. A tal efecto se deberá verificar: i) que los daños “efectivamente” se han producido; ii)

(126) En igual sentido se expidió el Dr. Fayt en el Considerando 18 de su voto en “Juncalán”. Ya en “Cantón” (Fallos: 301:403) la CSJN consideró que ante la falta de normas expresas sobre la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración se debe atender al modo de responder establecido en instituciones análogas (expropiación), “no siendo procedentes las (normas) propias de derecho común relativas a la responsabilidad civil” (ver Considerando 8°).

En “El Jacarandá” (Fallos: 328:2654), la Dra. Highton sostuvo que frente a la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad por actividad lícita del Estado, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas. Señaló que esa analogía debe fundarse en principios de derecho público. Sostuvo que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la responsabilidad por actividad lícita del Estado, conduce a encontrar la solución en la Ley de Expropiaciones (21.499), es decir, en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija. La posición de la jueza Highton de Nolasco, en cuanto considera que, en este supuesto, corresponde rechazar la reparación del lucro cesante, fue reiterada en el Considerando 14 de CSJN, “Malma”, 15/05/2014.

(127) Sostuvo la CSJN en “Malma”, 15/05/2014, Considerando 10: “es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros)”.

que ellos sean una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina 310:2824); enfatizándose luego, con arreglo a Fallos: 312:2022, considerando 16, “que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”.

Esos criterios jurisprudenciales, en tanto modulan la configuración del requisito causal según el factor de atribución, han sido asumidos por el art. 4º, inc. c) de la ley 26.944

3.10. Según la índole del factor de atribución, la LRE establece regímenes diversos en cuanto al alcance de las consecuencias dañosas resarcibles

La LRE no fija normas relativas al alcance de la reparación de los daños generados por actuaciones u omisiones del Estado subsumibles en el factor de atribución falta de servicio. De consiguiente, en este ámbito de la responsabilidad por actividad ilegítima cabe la aplicación **analógica** de las reglas pertinentes del derecho privado vigentes al momento de resolver.

Ergo, con arreglo a esa técnica de interpretación, se deben adaptar los criterios de reparación civil de daños que se originan en acciones u omisiones que no están justificadas, es decir, que nacen de conductas antijurídicas (art. 1717). En ese entendimiento, la reparación del daño que nace de la actividad ilegítima del Estado dará lugar la reparación plena (art. 1740) de aquellas consecuencias que guarden nexo adecuado de causalidad con el hecho generador del daño (art. 3, inc. c, LRE y art. 1726 CCyC).

En ese entendimiento, como regla, corresponderá la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En este orden la doctrina del Alto Tribunal puntualiza que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral.⁽¹²⁸⁾

(128) Conf. CSJN, Fallos: 324:2972; y arg. Fallos: 326:2329.

En materia de responsabilidad por actividad legítima, la LRE establece, en cambio, un régimen especial y propio de derecho público que excluye la aplicación del Código Civil.

En primer lugar, la LRE dispone que le son atribuibles al Estado aquellas consecuencias que guarden una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño (art. 3º, inc. c). A la vez la ley establece que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante (art. 5º).

Tanto en materia de causalidad como en lo relativo a la extensión del resarcimiento, la ley mantiene así una de las líneas jurisprudenciales que gobierna esta materia.

Vale recordar que el art. 1766 del Anteproyecto, propuesto por la Comisión Redactora (decreto 191/2011), establecía que la responsabilidad derivada de los actos lícitos del Estado “solo comprende el resarcimiento del daño emergente”.⁽¹²⁹⁾

El art. 5º LRE tuvo especialmente en cuenta la posición asumida por la jueza, Dra. Highton, en la causa “El Jacarandá”⁽¹³⁰⁾ y “Malma” como así también la doctrina labrada por el Alto Tribunal en otros precedentes (“Motor Once”, “Cantón”, “Laplacette”, entre otros).

La solución adoptada, en tanto excluye el lucro cesante, mantiene la directriz trazada por la Ley de Expropiaciones (art. 10); a la vez, guarda congruencia con otras previsiones normativas que regulan el responder por la actividad legítima del Estado, como por ejemplo el art. 12, inc. d) del decreto 1023/2001, en materia contractual; el art. 26 de la ley 25.344; el art. 26 de la ley 25.344 y el art. 11 de la ley 25.453 y antes también en el art. 5 de la ley 12.910 y los arts. 30, 38 y 54, inc. f) de la ley 13.064 (arts.). Vale recordar, además, que el art. 18 LPA de la CABA establece que la indemnización debida por la Administración en supuestos de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia “solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante”.

(129) Y luego agregaba: “pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

(130) CSJN, Fallos: 328:2654.

Es claro que el esquema causal, previsto en el art. 4º, inc. 3), como la extensión de resarcimiento (art. 5º) quedaron sometidos a lo que la doctrina extranjera denomina “**reserva de lo posible**”. Basta recordar la historia económica de nuestro país durante las últimas décadas para comprender a qué nos referimos. Es evidente que las norma ponderaron no solo la pretensión individual de quien reclama la reparación de una lesión patrimonial derivada de la actuación **lícita** del Estado, sino también la situación del Tesoro (la recordada “debilidad presupuestaria del Estado de derecho”, como lo califican los autores alemanes) y la repercusión de este supuesto excepcional de responsabilidad sobre quien es el **legitimado pasivo indirecto**, al que se refiere la CSJN en el fallo “Q”, del 24/04/2012, esto es, el resto de la comunidad que soporta la carga y reclama la satisfacción de otros derechos.

Por cierto, en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita de los poderes del Estado, frente a situaciones particulares el **legislador** está habilitado para establecer, con la pertinente reserva presupuestaria, que los daños patrimoniales que deriven de la aplicación de sus productos normativos (leyes) satisfagan de modo pleno el daño emergente y el lucro cesante de aquellas consecuencias dañosas que guarden nexos adecuados de causalidad. Ello es así pues, en relación con los actos estatales de naturaleza legislativa, no rige el principio de inderogabilidad singular del reglamento

Amén de lo anterior, en aquellos excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera impactar lesivamente sobre derechos esenciales de las personas físicas, esto es, sobre derechos humanos indisponibles, inherentes al principio de dignidad humana, no cabe duda que el referido art. 5º deberá ser interpretado según los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte IDH. También, en el ámbito de los derechos humanos indisponibles, entendemos que resulta predicable extender, por vía de la analogía, el principio consagrado en el art. 1743 CCyC,⁽¹³¹⁾ en cuanto considera inválidas las limitaciones a la obligación de indemnizar cuando está en juego la afectación de derechos indisponibles.⁽¹³²⁾ Desde este vértice, y aun cuando esa norma esté destinada a cuestiones convencionales

(131) Art. 1743.- “Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles”.

(132) “Los derechos indisponibles reciben tratamiento diferenciado en los arts. 2.2., 4º, 5º y 13 de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares en los casos en que el Estado es parte”.

de carácter privado, parece razonable sostener que la indemnización de los daños generados por la actividad lícita del Estado sobre un derecho fundamental indisponible, extramuros del art. 5° LRE, debe ser plena.

Concretamente: exista falta de servicio o sacrificio especial en todos los supuestos en que en que el hecho generador imputable a un órgano o ente del Estado lesione **derechos fundamentales indisponibles**, la reparación se satisface mediante el **pleno restablecimiento de la dignidad lesionada**.

4. Conclusiones

4.1.

A partir de la sanción de las leyes 26.944 (Ley de Responsabilidad del Estado) y 26.994 (CCyC), es dable comprobar que la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) tiene reconocimiento legislativo expreso; (ii) cumple una función de garantía; (iii) está gobernada por normas y principios de derecho administrativo; (iv) en tanto derecho público local, su regulación es nacional o provincial, según corresponda; (v) las normas de derecho privado que rigen la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica (arts. 1° de la ley 26.944 y 1765 CCyC); (vi) la analogía resulta improcedente cuando: a) la propia ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe.

4.2.

La ley 26.944 tiene como finalidad regular una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado. A tal efecto el régimen legal vigente establece que la responsabilidad del Estado: (i) es objetiva (arts. 1°, 3° y 4° de la ley 26.944) y directa (art. 1° y 6°, de la ley 26.944), no es subsidiaria del agente o funcionario; (ii) en la LRE el derecho a la reparación nace frente a la actividad o inactividad —formal o material— ilegítimas de los órganos o entes estatales, como también en relación con las actuaciones, formales y materiales, lícitas de aquellos, siempre que se acredite un sacrificio especial en aras del interés público (art. 4° de la ley 26.944); (iii) la ley 26.944 asume como clave de bóveda a los factores de atribución “falta de servicio” (art. 3°, inc. d) y “sacrificio especial” (art. 4°, inc. d); (iv) en la LRE (arts. 3°, inc. c, y 4°, inc. c) la relación de causalidad está llamada a cumplir una doble función. De un lado, conecta el hecho generador con el daño; pero, a la vez, fija el alcance o extensión de las consecuencias

indemnizables; (v) las consecuencias dañosas resarcibles exhiben modulaciones en función del factor de atribución; (vi) Sin embargo, sea que concurra el factor de atribución falta de servicio o sacrificio especial, en todos aquellos supuestos en que el hecho generador produzca una lesión sobre derechos fundamentales indisponibles la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.



El resarcimiento en los supuestos de responsabilidad extracontractual lícita del Estado

Su alcance en la ley 26.944

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO



1. Introducción

En estos breves comentarios nos abocaremos a analizar un punto que ha suscitado, desde siempre, no pocas controversias en nuestro derecho administrativo, cual es el de la extensión de la reparación en aquellos supuestos en los que el Estado, en ejercicio de su actividad extracontractual lícita—esto es, sin que medie una actuación irregular de su parte, y en procura de un beneficio para la comunidad—, origina un daño particularizado, generándose así su responsabilidad, que se hace efectiva mediante una indemnización o restitución.

Las discrepancias interpretativas, como se verá, surgían, ante la ausencia de texto expreso regulatorio de la materia, a expensas de una línea jurisprudencial no del todo clara y de encontradas opiniones doctrinarias muchas de ellas, a nuestro criterio, producto de una concepción que, al encontrarse fuertemente imbuida de principios iusprivatistas, soslayaban el rol del Estado como gestor de los intereses públicos o generales, colocándolo en

una relación propia de la justicia conmutativa frente a los afectados. Por el contrario, el criterio que debe imperar, para el abordaje de esta delicada cuestión, es el de justicia **distributiva**, en tanto el vínculo jurídico generado en estas circunstancias supone la relación del todo (el Estado) con la parte (el o los afectados particularmente).⁽¹⁾ De todos modos, y según también nos ocuparemos, las críticas no se han acallado luego de la sanción de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal (en adelante, LRE).

Como es sabido, la emisión de esta ley se encontró íntimamente relacionada con la decisión política del Poder Ejecutivo nacional de establecer una regulación específica para la responsabilidad del Estado, expresamente imbuida de principios de derecho público, excluyendo toda referencia sobre el particular del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) —en adelante, CCyC—. ⁽²⁾

Bajo tal premisa se ha inscripto la decisión legislativa de limitar la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita que la LRE consagra en su art. 5° bajo estos términos:

La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas...

En los párrafos siguientes habremos de desarrollar el estudio del tema que motiva este trabajo.

2. Noción conceptual

En términos generales, puede decirse que habrá responsabilidad del Estado cuando la acción de sus órganos en ejercicio de sus funciones, o bien su omisión antijurídica —que supone el incumplimiento de una obligación

(1) MARIENHOFF, MIGUEL S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", en *ED*, 114-949.

(2) El Código Civil y Comercial de la Nación ha dispuesto, en el art. 1764, la inaplicabilidad —"de manera directa ni subsidiaria"— de las disposiciones 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 corresponda". El órgano ejecutivo, al enviar el Proyecto de Código luego sancionado por el Congreso de la Nación como ley 26.994, decidió eliminar los supuestos de responsabilidad estatal por actividad ilícita y lícita que la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011 había contemplado en los arts. 1764 y 1766 del Anteproyecto.

a cargo de ellos—, ocasionen un daño o perjuicio susceptibles de apreciación pecuniaria, generando, bajo ciertas condiciones, el deber estatal de reparar.

En rigor, la posibilidad de responsabilizar al Estado y a sus funcionarios, integra el cuadro de garantías que, junto a otras (v. gr. la vigencia irrestricta de la legalidad o juridicidad, la igualdad, la propiedad, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva, el respeto y tutela de los derechos humanos, etc.) vienen a equilibrarse con las prerrogativas de la Administración, propias del régimen exorbitante del que se vale para satisfacer el interés público.

De este modo, ese equilibrio, de suyo inestable y en constante tensión dialéctica, es el que ha dotado al derecho administrativo de un contenido que, superando la concepción clásica fincada exclusivamente en el *imperium* estatal, resulta más acorde a la evolución social, económica, cultural, ideológica y tecnológica operada a lo largo del siglo pasado y en el presente, transcurrida ya su primera década. Vale decir que la denominación **régimen exorbitante**, como bien se ha precisado, responde hoy solo a una convención de uso y no a su sentido originario, pues el mismo es inconcebible sin las aludidas garantías que el ordenamiento jurídico asegura a los particulares.⁽³⁾

Considerada la responsabilidad estatal como una garantía a favor de los ciudadanos, ella debe configurarse de manera objetiva, es decir, dejando de lado la noción de culpa y atendiendo, en cambio, a la producción del resultado dañoso cuando este es la consecuencia de una falta de servicio en la que ha incurrido el órgano. Bajo tal esquema es que corresponderá el resarcimiento a la víctima, aunque diferenciando situaciones y bajo la exigencia de la verificación de determinados extremos, sobre los que no habremos de extendernos pero a los cuales nos hemos referido en otro estudio.⁽⁴⁾ Así, es acertada la nueva ley al expresar categóricamente que la responsabilidad del Estado es **objetiva y directa** (art. 1º, párr. 2, LRE).

3. Fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal

La fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal fue materia de debate en el derecho comparado y nuestro país no fue la excepción. Así

(3) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bs. As., La Ley, 2011, p. 77.

(4) SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., "La responsabilidad estatal en la Ley 26.944 (Algunas consideraciones exegéticas preliminares)", en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n° 97, enero/febrero 2015, pp. 67/100.

se delinearón teorías originadas en el derecho privado y teorías propias del derecho público.

Es destacable señalar que el derecho civil hubo de esbozar en su evolución —especialmente a partir del el siglo XIX con el advenimiento del maquinismo—, criterios tendientes a objetivizar el factor de atribución para contemplar situaciones novedosas en las cuales los clásicos factores subjetivos no podían brindar una solución justa a la víctima. De allí es que se comenzaron a construir variadas hipótesis de atribución sin culpa, con un factor objetivo sustentado en el riesgo, la seguridad o la garantía.

Creemos que así como ya no es posible analizar la cuestión desde un ángulo civilista que mire solamente al Estado como un sujeto de derecho más, sometido a las mismas reglas y con los mismos derechos y obligaciones que los particulares, tampoco puede prescindirse totalmente de una mirada que contemple la situación de la víctima del daño si es necesario, incluso, apelando a la equidad.

La redacción de los arts. 1764 y 1765 CCyC, *supra* referida, sumada a la del art. 1º, párr. 3, LRE (que repite el citado art. 1764) viene a superar aquella controversia entre civilistas y administrativistas que reclamaban para sus respectivas disciplinas la regulación de la responsabilidad estatal, llegando algunos, incluso, a considerarla integrante del derecho de daños como una suerte de tercera opción frente a las otras dos.

Así, desde el ámbito iusprivatista, autores como Mosset Iturraspe señalaron que la noción de responsabilidad en el derecho público no podía ser diversa de la que imperaba en el derecho privado.⁽⁵⁾ A su modo de ver, el Código Civil velezano hacía de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad de los funcionarios un tema propio, asimilándolo a la relación entre las personas jurídicas privadas y sus dependientes, toda vez que —entendía—, el Estado no podía arrogarse para sí preferencias o privilegios y que, por el contrario, su actuación debía desarrollarse al “hilo de la ejemplaridad”.⁽⁶⁾

(5) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, t. II-B, Bs. As., Ediar, 1981, pp. 318/319.

(6) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Visión iusprivatista de la Responsabilidad del Estado”, en G. Stiglitz (dir.) *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Bs. As.-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editorial, 2003, pp. 17/33.

Desde la óptica civilista se propugnó también, como se dijo, su inclusión en el derecho de daños sosteniéndose que este es uno solo que involucra, igualmente, al que atañe al Estado, con conceptos del derecho público y del derecho privado que lo sustentan.

Esta idea había sido propiciada por Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la Comisión creada por el decreto 191/2011 que tuvo a su cargo la redacción del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en su calidad de miembro de la Suprema Corte de Justicia la Provincia de Mendoza,⁽⁷⁾ cuando expresó textualmente:

... estoy convencida que existe un Derecho de Daños, presidido por principios comunes al derecho público y privado; ello no implica negar que la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas. En otros términos propicio la unidad en la teoría del responder que es la consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico. El fraccionamiento en compartimentos estancos lleva a resultados absurdos cuando se trata de actos u omisiones que pueden ser imputados tanto a particulares como el Estado.⁽⁸⁾

Por otra parte, desde el campo del derecho administrativo, se defendió la aplicación de principios propios para el tema sosteniendo —por ejemplo, Cassagne—, que la materia de la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público pertenece al derecho administrativo que, por su naturaleza, es local o provincial. Con lo cual este autor trató de detraer la temática de la responsabilidad del campo del derecho civil entendiendo que ello no impediría recurrir a la analogía, como método de interpretación válido también en el derecho público, ni la posibilidad de que algunas normas del Código Civil pudiesen aplicarse al mismo.⁽⁹⁾

(7) SCJ MENDOZA, Sala I, "Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza", 04/04/1989.

(8) Esta postura también la sostuvo en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y PARELLADA, CARLOS, "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial", en Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1986, p. 24.

(9) CASSAGNE, JUAN C., *Curso...*, op. cit., p. 386. Ver también, en el mismo sentido, PERRINO, PABLO, "Crítica al enfoque iusprivatista de la Responsabilidad del Estado", en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Bs. As., 2008, pp. 791/803.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha establecido que la responsabilidad estatal es materia propia del derecho administrativo, de naturaleza local.⁽¹⁰⁾

En definitiva, y más allá de que la puja entre el derecho civil y el administrativo aparezca zanjada con la nueva ley, estimamos que no habrá de resultar descartable la contribución que, por vía analógica, pueda proporcionar el derecho de daños, a los fines de determinar una reparación justa —lo que no quiere decir **integral**, como veremos—, a favor de la víctima.

Pensamos, no obstante, que no debería perderse nunca de vista que se trata, en suma, de la aplicación de un sistema jerárquico de normas donde la Constitución y los tratados a ella incorporados constituyen el vértice superior aplicable **directamente** al caso y por encima de toda otra previsión infraconstitucional, habida cuenta de su **fuerza normativa**.⁽¹¹⁾

La consideración de la responsabilidad estatal como una materia propia del derecho administrativo es, a nuestro modo de ver, la clave de bóveda para entender la solución legal que restringe la pretensión resarcitoria ejercida contra el Estado nacional por su responsabilidad extracontractual lícita.

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

Con anterioridad a la sanción de la LRE, la CSJN había emitido fallos que no permitían establecer una línea jurisprudencial conteste en torno a la cuestión. Pensamos que, del elenco de casos sujetos a su consideración, se desprende que el Cimero había sentado una posición ora restringida, ora intermedia y, en los últimos años, se había inclinado hacia un criterio eminentemente casuista, que atendía a las circunstancias fácticas.

Pasaremos revista a los pronunciamientos más relevantes —y reveladores— de dichas posiciones.

(10) CSJN, "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", 21/03/2006, Fallos: 329:759.

(11) Véase BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995, pp. 115/123.

4.1. La posición restringida

El quiebre que hubo de superar la tesis reacia a reconocer la indemnización⁽¹²⁾ estuvo dada por el *leading case* "Laplacette, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires",⁽¹³⁾ en el que se debatió un reclamo por terrenos inundados en las cercanías de Laguna de Gómez como consecuencia de trabajos realizados por la Provincia de Buenos Aires. Sostuvo allí el Máximo Tribunal que "los actos del Poder Público, aun cuando fueren lícitos pueden generar la obligación de indemnizar", admitiendo, con ello, la excepción a la regla de la irresponsabilidad cuando mediaba un daño particularizado.

Unos años después, en la causa "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires",⁽¹⁴⁾ en la que se trataba de la revocación de la autorización para funcionamiento de un albergue transitorio, la Corte fundó la pretensión resarcitoria en la garantía de igualdad ante las cargas públicas y en el derecho de propiedad (arts. 16 y 17 CN), limitada al daño emergente, teniendo en cuenta que

... el sacrificio de los intereses particulares se hace en el interés público sin que paralelamente el patrimonio de la administración se vea acrecentado, solo viene a resultar atendible el interés negativo que limita el resarcimiento a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido, pero que excluye todo otro valor o garantía (lucro cesante).⁽¹⁵⁾

En "Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional",⁽¹⁶⁾ ante un decreto que prohibió la importación de determinados productos para proteger la

(12) Reiriz ha analizado la jurisprudencia de comienzos del siglo pasado concluyendo que, en los primeros fallos, la CSJN había negado la responsabilidad por regla aunque admitiéndola, al menos teóricamente, para el caso de mediar un "sacrificio especial" en el damnificado (ver REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, pp. 65/71).

(13) CSJN, "Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Buenos Aires", 1943, Fallos: 195:66.

(14) CSJN, "Corporación Inversora Los Pinos SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 1975, Fallos: 293:617.

(15) La Corte, sin decirlo, encontró también sustento para reconocer indemnización al particular en la doctrina de la confianza legítima. Ver SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., "La confianza legítima. Algunos apuntes desde una perspectiva comparatista", *Revista RAP*, Bs. As., vol. 369, pp. 7/30, "Confianza legítima, derechos adquiridos y efectos de la ley en relación al tiempo", *Revista RAP*, vol. 436, pp. 7/38.

(16) CSJN, "Canton, Mario Elbio c/ Nación", 1979, Fallos: 301:403.

industria nacional, la Corte entendió que, pese a la validez de la norma, debían indemnizarse los perjuicios ocasionados haciendo lugar al daño emergente, pero rechazando el lucro cesante por aplicación analógica del art. 10 de la Ley de Expropiaciones.

Aunque en el caso “Sánchez Granel Obras de Ingeniería SA c/ Dirección Nacional de Vialidad”,⁽¹⁷⁾ el Cimero admitió una reparación amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, debe destacarse que, en la especie se debatía sobre los alcances de la responsabilidad **contractual** en un supuesto de rescisión del vínculo por razones de oportunidad.

El Máximo Tribunal retomó la línea restringida en el fallo “Motor Once SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”,⁽¹⁸⁾ causa en la cual, ante una medida de policía urbanística que impidió proseguir a la actora con su actividad comercial de expendio de combustible, haciendo suyo el Dictamen de la Procuradora Fiscal, también restringió la indemnización. Así, con el mismo fundamento normativo que el utilizado en “Cantón”, limitó el reconocimiento al valor objetivo del bien y a los daños que fueran una consecuencia directa e inmediata de la expropiación.

4.2. La posición intermedia

En el caso “Juncalán Forestal Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires”,⁽¹⁹⁾ la actora reclamó por los perjuicios que impidieron la normal explotación de campos de su propiedad producidos por inundaciones provocadas por la construcción de obras hidráulicas por parte de la Provincia de Buenos Aires.

La posición de la CSJN quedó claramente expuesta en el voto del Dr. Baqué, quien expresó, en lo esencial, que el principio general de no admitir la inclusión del lucro cesante no debía ser aplicado mecánicamente, sin admitir excepciones y sin tener en cuenta las características de cada caso. En ese sentido, aquellas situaciones en las cuales la exclusión del lucro cesante llevaría a resultados claramente violatorios de la garantía constitucional de la propiedad debían ser tenidas como circunstancias excepcionales que permitían apartarse del principio ge-

(17) CSJN, “Sánchez Granel, Obras de Ingeniería, SA c/ Dir. Nac. de Vialidad”, 1984, Fallos: 306:1409.

(18) CSJN, “Motor Once, SA c/ Municipalidad de Buenos Aires”, 1989, Fallos: 312:659.

(19) CSJN, “Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires”, 1989, Fallos: 312:2266.

neral aludido de no admitirlo. Así se desprende del fallo que correspondía procurar una solución equitativa que compatibilizase los vitales intereses públicos que motivaron la acción estatal con la necesidad de evitar la destrucción del derecho individual.

Bajo tales fundamentos, el Alto Tribunal, redujo el “lucro cesante ganadero”, fijado por peritos, tomando en consideración el lapso que demandaba la recuperación del suelo, estimado en cinco años. Con relación al “lucro cesante agrícola”, se disminuyó el valor asignado en un informe pericial. Finalmente, en lo atinente a la determinación del lucro cesante futuro —ganadero y agrícola—, se precisó que no cabía partir de una rentabilidad ideal, pues debían considerarse las incertidumbres o eventualidades propias de la actividad.

4.3. Las soluciones casuistas

En fallos más recientes, y como hemos advertido más arriba, la Corte se orientó por un criterio netamente casuista.

Así en “El Jacarandá SA c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento”,⁽²⁰⁾ causa en la cual la actora reclamaba, entre otras cuestiones, el resarcimiento de daños y perjuicios supuestamente provocados por la decisión de la Administración de dejar sin efecto la adjudicación para la explotación de la frecuencia de una radioemisora de la Ciudad de Paraná, la mayoría de la Corte sostuvo —luego de recordar su tradicional doctrina de que los jueces deben actuar con suma prudencia al tiempo de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando que se hayan producido y sean consecuencia directa e inmediata de su obrar— que “... la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación (...) no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente, con exclusión del lucro cesante...”. Pero, enseguida, descartó la procedencia del lucro cesante en tanto la actora nunca había realizado las inversiones necesarias para obtener ganancia alguna de la explotación, con lo cual su reclamo por ganancias dejadas de percibir no pasaban de ser una “mera conjetura”.

La Dra. Highton de Nolasco, en su voto, luego de hacer una remisión al criterio sentado por el Tribunal en “Motor Once” y extenderse en consideraciones sobre la diferencia existente entre la regulación privatista y

(20) CSJN, “El Jacarandá SA c/ Estado Nacional”, 2005, Fallos: 328:2654.

la basada en principios de derecho público —que cabe aplicar al Estado cuando provoca daños actuando lícitamente—, estimó que

... la circunstancia de que el instituto de la expropiación suponga una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso, no impide la aplicación analógica de la ley de expropiaciones a casos como el de autos (...) admitida la facultad de la administración de limitar el derecho de los particulares fundándose en propósitos de bien común, es razonable que las consecuencias de su ejercicio sean similares a las que se producen cuando dicha limitación se origina en una ley. No se advierte una diferencia sustancial entre una actividad lícita del estado basada en ley y una basada en normas de inferior jerarquía, en un todo de acuerdo con la relación de que se trate.⁽²¹⁾

En “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional-PEN-Dec. 1583/1996 s/ Daños y Perjuicios”,⁽²²⁾ caso en el que se reclamaba una indemnización a raíz del dictado del decreto 1583/1996, que había derogado al 520/1995 por el que se autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las zonas francas de Río Gallegos y Caleta Oliva en varias localidades de la Provincia de Santa Cruz, el Alto Tribunal desestimó la procedencia del rubro lucro cesante porque la actora no acreditó haberlos padecido. La Dra. Highton de Nolasco se remitió a su voto en disidencia en “El Jacarandá SA”.

Esta inteligencia se mantuvo en “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ Proceso de conocimiento”,⁽²³⁾ en el que la actora promovió demanda contra el Estado nacional a fin de que se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de la decisión de este último de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas.

Luego de sostener que la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por daños derivados de su actividad lícita no debía entenderse

(21) CSJN, “El Jacarandá...”, fallo cit.

(22) CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz SA c/ Estado Nacional PEN Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 09/06/2009, Fallos: 332:1367.

(23) CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ proceso de conocimiento”, 15/05/2014.

como dirigida a instituir un sistema de reparación **objetiva**, afirmó el Tribunal Supremo que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización no comprendía los daños que fuesen consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada,

... puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional...⁽²⁴⁾

La Corte reconoció parcialmente el daño emergente en el rubro “anticipo a cuenta no recuperado”, pero lo rechazó en cuanto a los ítems: “inversiones en publicidad” e “inversiones en infraestructura” por considerarlos riesgos propios del giro comercial. Y, al considerar el lucro cesante, estimó que, al igual que estos dos componentes del daño emergente, no se encontraba acreditada su condición de **especialidad**.

5. Las opiniones doctrinarias

La doctrina de los autores, como adelantáramos, registró dos posturas nítidamente diferenciadas: una contraria a la admisión del lucro cesante y otra proclive a su reconocimiento. Los cuestionamientos, como hemos advertido, no se han apagado luego de la sanción de la LRE.

5.1. Argumentos contrarios a la admisión del lucro cesante

Para esta postura, a falta de norma expresa, correspondía aplicar analógicamente los principios de la expropiación, limitándose el reconocimiento a la admisión del daño emergente, con exclusión del lucro cesante.⁽²⁵⁾ Es

(24) CSJN, “Malma Trading SRL...”, fallo cit.

(25) MARIENHOFF, MIGUEL S., “El lucro...”, *op. cit.*; CASSAGNE, JUAN C., *Curso...*, *op. cit.*, t. II, p. 421, aunque propugnando la aplicación analógica de la Ley 21.499; HUTCHINSON, TOMÁS, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés

el criterio seguido por la CSJN en los casos “Los Pinos” y “Motor Once”, así como en los votos de la Dra. Highton de Nolasco en “El Jacarandá”, “Zonas Francas” y “Malma Trading”, que hemos citado más arriba.

En esta línea, Comadira explica que el principio de la integralidad de la indemnización no posee sustento en el plano constitucional, pues si el fundamento para reconocer su admisión fuese la garantía de la propiedad, ello implicaría atribuir a la Constitución el reconocimiento de un derecho absoluto.⁽²⁶⁾

Esta posición, por otra parte, aparece reflejada en varias normas de derecho público de nuestro ordenamiento positivo, a saber: la Ley 13.064 de Obras Públicas,⁽²⁷⁾ el decreto 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional;⁽²⁸⁾ la Ley 25.344 de Emergencia Económica Financiera,⁽²⁹⁾ y la Ley 25.453 de Equilibrio Fiscal,⁽³⁰⁾ entre otras.

5.2. Argumentos proclives a la admisión del lucro cesante

Como argumentos a favor de una indemnización comprensiva del daño emergente y lucro cesante puede mencionarse que:

- a. el principio que rige toda indemnización es el de la “integralidad” (citándose —erróneamente, a nuestro entender— el precedente “Sánchez Granel”);
- b. el lucro cesante está incorporado al patrimonio del acreedor y goza de la protección del art. 17 CN con la misma fuerza que el daño emergente⁽³¹⁾; y

público”, en AAW, *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 535 y ss.; REIRIZ, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado”, *op. cit.*

(26) COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, Bs. As., LexisNexis-AbeledoPerrot, 2ª ed., 2003, pp. 383/417.

(27) Art. 54, inc. f, ley 13.064, en el que, al remitirse a las causales de rescisión previstas en el art. 53, se expresa que “... no se liquidará a favor del contratista suma alguna en concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener de las obras no ejecutadas”.

(28) Art. 12, inc. a, decreto 1023/2001: “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”.

(29) Art. 26, ley 25.344: “Cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicios, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos”.

(30) Art. 11, ley 25.453: “Los contratos de ejecución afectados por las reducciones dispuestas en el artículo 34 de la Ley 24.156 podrán revocarse por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en el caso de que los contratistas o proveedores no acepten la reducción de la contraprestación a cargo del sector público nacional, siendo de aplicación el artículo 26 de la Ley 25.344”.

(31) BIANCHI, ALBERTO B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos jurídicos-patrimoniales de los actos normativos lícitos*, Bs. As., Ábaco, 1999,

- c. limitar la indemnización al daño emergente porque la expropiación lo imponga implica contrariar la regla hermenéutica que prohíbe aplicar en forma extensiva o analógica los institutos limitativos de derecho como aquella.⁽³²⁾

Las objeciones que han seguido exponiéndose ante el texto de la LRE giran, en verdad, en torno a las mismas fundamentaciones.

Así, para Márquez, la extensión analógica del instituto expropiatorio no es procedente y la solución legal presagia “un final abierto”, pues el derecho de daños está presidido por reglas comunes que corresponden a cualquier ámbito del derecho, discurrir que lo lleva a preconizar, de manera semejante a como lo hicieran Kemelmajer de Carlucci y Mosset Iturraspe hace varios años, la unidad de la “teoría del responder”.⁽³³⁾

A juicio de Perrino, la solución legal que venimos analizando es uno de los “mayores déficits” que presenta la LRE al calificar “injustificadamente” de excepcional la responsabilidad estatal por actividad legítima, resultando la restricción inconstitucional al dejar de lado el principio de la reparación integral.⁽³⁴⁾

Según Aberastury, esta y otras restricciones contenidas en la ley, podrían controvertir la garantía establecida en el art. 17 CN, por lo que “... el control de constitucionalidad y de convencionalidad será motivo de aplicación en los supuestos de una aplicación irrazonable de las limitaciones contenidas en la LRE”.⁽³⁵⁾

p. 168 y ss. En sentido similar, BARRA, RODOLFO C., “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, en *ED*, t. 122, p. 861 y ss.; AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en J. C. Cassagne (dir.), *Servicio Público y Policía*, Bs. As., El Derecho, 2006, p. 187 y ss.; TAWIL, GUIDO S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado - Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María G. Reiriz*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 239/254.

(32) BIANCHI, ALBERTO B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa...*, op. cit.

(33) MÁRQUEZ, JOSÉ F., “Responsabilidad del Estado por actividad legítima: excepcionalidad, extensión del resarcimiento y actividad judicial”, en *JA*, 2014-IV, fascículo n° 2.

(34) PERRINO, PABLO, “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del estado por actividad legítima en la Ley 26.944 del Responsabilidad del Estado y agentes públicos”, en H. D. Rosatti, (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y Exegético*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 249/275.

(35) ABERASTURY, PEDRO, “Principios de la Responsabilidad del Estado”, en P. Aberastury, (dir.), *Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Bs. As., AbeledoPerrot, pp. 49/50.

6. Nuestra opinión

Entendemos que la solución adoptada por el legislador representa un ejercicio de **discrecionalidad legislativa** de la que se halla investido por mandato constitucional pues, a nuestro modo de ver, es evidente que tanto el órgano legislativo como el judicial gozan de un diferimiento normativo, constitucional o legal —en sus respectivos ámbitos de competencia—, que les confiere un margen más o menos amplio de actuación para concretar —según su propia valoración y arbitrio— los fines públicos que les han sido encomendados en un Estado de derecho.

En efecto, la norma atributiva de competencia del legislador —la Constitución— y los tratados con jerarquía constitucional establecen unos lineamientos muy generales de lo que debe traducirse en la satisfacción de fines públicos. Luego, la determinación y concreción del mismo corresponde al arbitrio legislativo y, descendiendo un escalón más a los órganos administrativos que deben aplicar esa ley —y crear derecho—, en el acto aplicativo de la misma.

En nuestro país, excepción hecha de las obras de Linares,⁽³⁶⁾ de Balbín⁽³⁷⁾ y de algunas publicaciones aisladas,⁽³⁸⁾ no existen referencias doctrinarias en la literatura administrativista; pero, explícita o implícitamente, la verificación de discrecionalidad en los órganos legislativo —y también judicial—, ha sido reconocida por los constitucionalistas en numerosos estudios.⁽³⁹⁾ El tema ha concitado también la atención en el derecho extranjero.⁽⁴⁰⁾

(36) LINARES, JUAN F., *Poder discrecional administrativo. Arbitrio Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1958, pp. 15/24.

(37) BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I., Bs. As., La Ley, 2011, pp. 78 y 771/772.

(38) JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder”, en AAV, *Acto Administrativo y Reglamento*, Bs. As., RAP, 2002, p. 93 y ss. También hemos sustentado esta postura en SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., “Abuso de derecho... ¿estatal?”, en JA, vol. 2006-II, pp. 1408/1423; y “La desviación de poder: su fuerza expansiva”, REDA, 2008, pp. 693/706 y *La voluntad en los actos administrativos*, Bs. As., RAP, 2013, pp. 281/283.

(39) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El Abuso ‘de’ Derecho en el Derecho Público”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Segunda Época, Bs. As., año XLVII, n° 40, 2002, p. 282 y ss.; DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, “La buena fe y los abusos en el Derecho Público”, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, t. I, Bs. As., La Ley, 2004, p. 915 y ss.; VANNOSI, JORGE REINALDO, “La revisión de los abusos de derecho en el Derecho Público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder”, en *Anales...*, op. cit., p. 247 y ss.; BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, t. II, Bs. As., Ábaco, 2ª ed., p. 312 y ss.

(40) Así, aluden al problema: en España RODRIGUEZ-ZAPATA y PÉREZ, JORGE, “Desviación de poder y discrecionalidad del legislador”, *Revista Administración Pública, Centro de Estudios*

Ante la contundencia del texto resultan hoy francamente fútiles las consideraciones adversas a la extensión analógica del instituto expropiatorio al caso —que algunos autores se empeñan en reproducir—, **pues nos hallamos ante una consagración legislativa expresa**. Luego, corresponde indagar si estamos en presencia de una restricción **razonable** del derecho de propiedad, art. 17 CN, partiendo ineludiblemente de la base de que, en nuestro sistema jurídico, los derechos amparados por la Constitución Nacional, como tiene dicho desde tiempo inmemorial nuestra Corte Suprema, no revisten carácter absoluto

Nos adelantamos a señalar —con énfasis— que la LRE supera, en el punto que es objeto de este estudio y según desarrollaremos a continuación, el test de razonabilidad de las leyes, respetándose la llamada regla del equilibrio conveniente (*balance of convenience rule*) o de las relaciones sustanciales.⁽⁴¹⁾

6.1. El no reconocimiento de una reparación integral por los daños causados por actividad estatal lícita privilegia el interés público por sobre el particular

En efecto, la solución legal ha privilegiado el interés público sobre el particular, patrimonial o dinerario, que aparece acotado y restringido en función de aquel.

Dicho de otro modo, y siguiendo la teoría de Alexy, podemos decir que el órgano legislativo ha considerado que los principios, que son normas que ordenan que algo debe ser cumplido en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes,⁽⁴²⁾ a diferencia de las reglas que son obligatorias, admiten distintos grados de cumplimiento constituyendo, en definitiva, **mandatos de optimización**.⁽⁴³⁾ La característica

Constitucionales, Madrid, vol. II, n° 100-102, enero-diciembre 1983, p. 1527 y ss.; y en Francia, VEDEL, GEORGES, “*Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif*”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Paris, 1997, n° 1, p. 57 y ss., n° 2, p. 77 y ss.

(41) LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Bs. As., Astrea, 2ª ed., p. 29. Este autor proporciona ejemplos para conceptualizar lo que es razonable o conforme a la regla del equilibrio conveniente: a) La comparación y equilibrio de las ventajas que lleva a la comunidad un acto estatal, con las cargas que causa; b) La adecuación entre el medio empleado por el acto y la finalidad que él persigue; c) La conformidad del acto con una serie de principios filosóficos, políticos, sociales, religiosos, a los cuales se considera ligada la existencia de una sociedad.

(42) ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed. (Manuel Atienza e Isabel Espejo trads.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

(43) ORTEGA, LUIS y DE LA SIERRA, SUSANA (coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 22/23.

esencial de estos últimos es la **gradualidad**, sea en cuanto a la intensidad con la que se cumplen tales mandatos, sea en cuanto a la frecuencia en que un principio determinado se impone frente a otros con los que entra en conflicto.⁽⁴⁴⁾

Es verdad que el aserto que efectuamos resulta de difícil aprehensión pues requiere desentrañar la noción de "interés público", empresa por cierto plagada de dificultades y de no menores riesgos. Por de pronto, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la idea nos conecta directamente con el concepto mismo de Estado, pues su satisfacción ha aparecido desde siempre como la justificación teleológica de la esencia y existencia de dicha categoría histórica. A su vez es presupuesto de la organización y función administrativa estatal.

Resultaría inabarcable trazar un recorrido por las diversas opiniones de los autores, aunque debemos aclarar que muchos de ellos no consideran necesaria tal conceptualización, entendiéndola como un presupuesto que se explica por sí mismo.

Rescatando de modo absolutamente convencional —y por ello de suyo arbitrario— las que me nos parecen más relevantes, tenemos que Vedel advierte que la noción tiene un sentido político. Se trata de un arbitraje entre distintos intereses particulares, que pueden definirse **cuantitativamente** (una expropiación que sacrifica el interés del propietario con el objeto de permitir el paso de una línea férrea que va a ser utilizada por innumerables usuarios) o **cualitativamente** (la asistencia pública a indigentes que no son la mayoría de la población pero que se justifica por el valor superior que asume la salud y la vida humana). Agrega que, según épocas y países, el criterio cuantitativo y cualitativo se aplica diferentemente. También que la noción no permanece invariable en el tiempo y en el espacio. Para que la noción resulte jurídicamente utilizable, según el autor francés, es necesario que sea determinada por las autoridades que tengan competencia para efectuar ese arbitraje entre intereses particulares. A veces es la Constitución la que define el interés público, y el legislador dota de la precisión necesaria a la mayor parte de los elementos componentes del mismo. Finalmente la Administración es competente para definirlo en el dominio no reservado al legislador.⁽⁴⁵⁾

(44) ORTEGA, LUIS y DE LA SIERRA, SUSANA (coords.), *Ponderación ...*, op. cit., p. 22, con cita de A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid, 1998.

(45) VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, Presses Universitaires de France, 1961, pp. 212/214.

Por su parte, Giannini considera que el interés público no significa el objetivamente perteneciente a la generalidad, salvo en un número limitado de casos. Así distingue el interés público **general** (instrucción pública, defensa exterior) del **sectorial** (la administración de la marina tutela, por ejemplo los intereses de los trabajadores portuarios).⁽⁴⁶⁾

Para Sánchez Morón los intereses generales son la pluralidad de intereses sociales que el Estado asume como propios, **publicándolos**, asignando recursos y poderes públicos para realizarlos y defenderlos; así se diferencian de los intereses particulares.⁽⁴⁷⁾

Según este autor, corresponde a la Constitución la determinación de algunas tareas o funciones a los poderes públicos (justicia, legislación) que asumen el carácter de fines públicos o intereses generales **primarios**. Luego media un diferimiento a los órganos estatales, en el marco de la propia Constitución, los tratados y de las leyes, de los intereses generales a tutelar en cada momento (fines públicos o intereses generales **secundarios**), según un sentido dinámico que permite adecuar en forma constante los cambios que las nuevas realidades económicas y sociales imponen al Estado.⁽⁴⁸⁾

En nuestra doctrina, Escola consideró, en su clásico ensayo, que el "bienestar general" al que se refiere no solo el Preámbulo de la Constitución Nacional, sino que se efectiviza en todo su articulado, hallaba su correlato jurídico en el "interés público", entendido no solo como la suma de una serie de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también como el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen también, un interés propio y directo.⁽⁴⁹⁾

En cuanto a la jurisprudencia de nuestra CSJN, resulta notable de apreciar que registra a lo largo de nuestra historia institucional variopintos pronunciamientos en los cuales:

- a. identificó el "interés público" con la noción de "orden público" para justificar la reducción del interés y la prórroga del plazo para el pago del capital por

(46) GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Derecho Administrativo*, Luis Ortega (trad.), Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 133.

(47) SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *Derecho Administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 75/77.

(48) SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *Derecho Administrativo...*, op. cit.

(49) ESCOLA, JORGE, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Bs. As., Depalma, 1989, pp. 31/32.

- parte de los deudores hipotecarios que preveía la ley 11.741 (fallo “Avico c/ De la Pesa”);⁽⁵⁰⁾
- b. lo asimiló al bienestar general, de carácter circunstancial y derivado del examen de los hechos en cada caso particular y concreto en materia de poder tributario (fallo “Arizu c/ Provincia de Mendoza”) o bien;
 - c. utilizó la figura para justificar la adopción de medidas de emergencia tendientes a su salvaguarda (fallo “Peralta”);⁽⁵¹⁾ o
 - d. avaló la revocación por razones de oportunidad de la adjudicación de una estación de radiodifusión llevada a cabo por el último gobierno de facto, fundando la medida en una “oposición cierta en las fuerzas vivas de la comunidad (...) malestar público que constituyó el presupuesto fáctico de la revocación” con lo cual, implícitamente, dejó sentado el carácter mutable y dinámico del interés público (fallo “El Jacarandá SA”).

A nuestro modesto entender, todas estas enunciaciones tienen parte de acierto y nos brindan una serie de notas tipificantes para intentar descifrar esta noción, verdaderamente enigmática, de “interés público”. Por empezar el “interés público” es, a la vez, un principio político de organización estatal y un concepto cuya delimitación jurídica corresponde, sucesivamente, al legislador y a la Administración. Al legislador, investido de la legitimidad que le confiere la representatividad popular dentro del republicanismo democrático, le compete definir —dentro del marco constitucional, claro está— la idea de interés público que el Estado persigue en un momento dado. A la Administración, dotada de cuadros técnicos permanentes —“burocracia estable” en el sentido weberiano—, mediante el dictado de actos administrativos, y también de reglamentos, le atañe su realización dentro del marco legal.

En definitiva, y tal como surge del dictamen fiscal en el caso “Motor Once”, la limitación legal que ha estipulado la LRE se justifica en tanto la actividad lícita del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se hallan involucrados intereses privados.

(50) CSJN, “Cara, Antonio c/ Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Ferroviarios”, 1931, Fallos: 162:21.

(51) CSJN, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513.

6.2. El no reconocimiento de una reparación integral por los daños causados por actividad estatal lícita no vulnera ninguna garantía constitucional

La Constitución Nacional no contempla la reparación integral cuando tutela la inviolabilidad del derecho de propiedad; ello es así por cuanto, como ya lo anticipamos *supra*, no existen, en nuestro ordenamiento jurídico derechos absolutos y todos ellos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (arts. 14 y 28 CN).⁽⁵²⁾ Tampoco en el derecho supranacional incorporado a nuestro orden constitucional por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 CN), aparecen previsiones de tal naturaleza.⁽⁵³⁾

La inviolabilidad de la propiedad, por otra parte, es cosa bien distinta que su reparación integral en caso de resultar dañada: es una tutela contra el apoderamiento o agresión injustificada contra ella. Como expresa Bidart Campos: "Inviolable no significa que es absoluta, ni exenta de función social: significa solamente que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla".⁽⁵⁴⁾

Por otra parte, la adopción de un criterio tuitivo amplio por parte de la CSJN, comprensivo de los intereses que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, de su vida y libertad,⁽⁵⁵⁾ se refiere a la extensión, en cuanto a los derechos y bienes que la integran, mas no a la amplitud o cuantía del resarcimiento pecuniario del que pueda resultar acreedor el damnificado.⁽⁵⁶⁾

En ese orden, se ha sostenido, con acierto, que la reparación integral no significa que todo lo que la víctima pretenda merece reparación, pues el principio no expresa en realidad más que un deseo y, en la mayoría de

(52) De acuerdo: GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, t. I, La Ley, Bs. As., 4ª ed., 2008, pp. 87/88.

(53) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone en su art. 21, inc. 2º que: "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".

(54) De acuerdo, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Ediar, 1992, p. 333.

(55) CSJN, "Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital", 1925, (Fallos: 145:307), criterio reiterado en innumerables pronunciamientos posteriores.

(56) HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, t. I, Bs. As., La Ley, 2010, p. 28.

los casos, la indemnización solo representa una cierta composición del daño.⁽⁵⁷⁾

El derecho privado no escapa a esta hermenéutica. Así, la reparación civil procura restituir las cosas a su estado anterior, es decir, al denominado *status quo ante* —regla que contempla el art. 1740 del CCyC y contemplaba el art. 1083 CC—, pero, como bien se ha advertido, se trata solamente de una reposición del damnificado “... a una situación tan próxima como sea posible a aquella en la que habría estado si el hecho dañoso no se hubiese producido”.⁽⁵⁸⁾

Agudamente observa Alterini que reparación **integral** no quiere decir **total**, sino que puede ser **global**, es decir, **la que toma en su conjunto los daños que el sistema —o subsistema—, admite como reparables**. Si consideramos a todo el ordenamiento jurídico como un sistema, cada regulación sectorial o singular es un subsistema respecto de este y un sistema dentro de sí mismo,⁽⁵⁹⁾ que puede tener reglas específicas acordes a la naturaleza propia de la materia de que se trate, y según las cuales puede atribuirse responsabilidad a uno u otro sujeto, excluir del derecho a la reparación en el todo o en relación a ciertos daños, modular los factores de reparación o morigerar la reparación, etc.⁽⁶⁰⁾

6.3. El no reconocimiento de una reparación integral es frecuente en el derecho privado

Más arriba hemos reseñado la existencia de normas de derecho público que limitan el *quantum* de la reparación. Ahora bien, la presencia de topes o de limitaciones a las indemnizaciones aparece también en forma frecuente en los subsistemas de derecho privado.

El art. 793 CCyC, que se corresponde con el anterior art. 655 CC, señala que cuando se estipula una cláusula penal el acreedor no tendrá derecho a otra

(57) HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), *Tratado Jurisprudencial...*, op. cit. Recuerda este autor que, en materia expropiatoria, es pacífica la doctrina de la CSJN que señala que el establecimiento de reglas, sistemas o fórmulas según las cuales debe fijarse la indemnización es una cuestión deferida al legislador, dentro de los límites constitucionales, CSJN, “Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Torquinst y Bernal, Ernesto M., y otros”, 1958, (Fallos: 241:73).

(58) ALTERINI, ATILIO A., “Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil, LL, t. 1999-C, Sec. Doctrina, pp. 860/870, con cita de la Resolución 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, 14/05/1975, Anexo, art. 1°.

(59) Ampliar en SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *La voluntad...cit.*, pp. 29/36.

(60) ALTERINI, ATILIO A., op. y loc. cit.

indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente. Lo mismo acontece cuando se estipulan intereses en el pago de obligaciones dinerarias (art. 767 CCyC y, antes, art. 621 CC). En cuanto al hospedaje, según lo establecen los arts. 1372 y 1373 CCyC —los cuales siguen sustancialmente al art. 2235 CC—, el posadero solo responde del valor de los objetos corrientes introducidos por el pasajero, pues si trajese objetos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros debe hacerlo saber al posadero y mostrárselos si este lo exige, de lo contrario el posadero no es responsable de su pérdida.

De acuerdo al art. 1294 CCyC, en una fórmula que sigue al art. 173 CCom, el transportador terrestre solo responde por el valor declarado del dinero, alhajas o efectos de gran valor y documentos de crédito.

El art. 8° de la Ley 24.028 de Accidentes de Trabajo dispone que, en caso de muerte del trabajador, su empleador, estará obligado a indemnizar a sus causahabientes

... con una suma que se calculará del siguiente modo: el número sesenta y cinco (65) se dividirá por el número de años del trabajador al momento del fallecimiento y el coeficiente resultante se multiplicará por el equivalente a mil veces el valor del salario diario. En ningún caso esta suma podrá ser superior a U\$55.000 (cincuenta y cinco mil dólares estadounidenses). En caso de incapacidad parcial el tope será proporcional al porcentaje de incapacidad.

El art. 160 del Código Aeronáutico, establece:

El explotador es responsable por cada accidente hasta el límite de la suma equivalente en pesos al número de argentinos oro que resulta de la escala siguiente, de acuerdo a la cotización que estos tengan en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad: 1) 2000 argentinos oro para aeronaves cuyo peso no exceda de 1000 kilogramos; 2) 2000 argentinos oro más 1 1/2 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 1000, para aeronaves que pesan más de 1000 y no excedan de 6000 kilogramos; 3) 10.400 argentinos oro más 1 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 6000, para aeronaves que pesan más de 6000 y no excedan de 20.000 kilogramos; 4) 25.000 argentinos oro más medio 1/2 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 20.000, para aeronaves que

pesan más de 20.000 y no excedan de los 50.000 kilogramos; 5) 43.600 argentinos oro más 0,37 de argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 50.000 kilogramos, para aeronaves que pesan más de 50.000 kilogramos. La indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de 2000 argentinos oro por persona fallecida o lesionada...

En la navegación aérea internacional, el tope fijado por el Convenio de Varsovia de 1929, según el Protocolo de La Haya de 1955, ratificado por ley 17.386, es de 125.000 francos oro (art. 22, 1ª parte).

Para el transporte interno de mercancías y equipajes el art. 145 Código Aeronáutico fija un máximo de 2 argentinos oro por kilogramo de peso bruto, y de 40 argentinos oro en lo que respecta a los objetos cuya guarda conserva el pasajero. En el transporte aéreo internacional el límite es de 250 francos oro (art. 22, 2ª parte, Convenio de Varsovia).

Por su parte, el art. 331 de la Ley 20.094 de Navegación por Agua determina un límite de 1500 pesos argentinos oro por daños resultantes de muerte o lesiones corporales al pasajero. En la navegación internacional rige el Convenio de Atenas, de 1974, ratificado por ley 22.718, el que fija en 700.000 francos oro la responsabilidad por muerte o lesiones corporales del pasajero (art. 7º).

El límite para las pérdidas o daños que sufran las mercaderías es de 400 pesos argentinos oro por cada bulto o pieza o por cada unidad de flete, salvo que el cargador haya declarado, antes del embarque, la naturaleza y el valor de la mercadería. Con relación al equipaje del pasajero, los máximos son de 150 pesos argentinos oro para el guardado en la bodega y de 100 pesos oro para el llevado en la cabina. Para los vehículos y el equipaje llevado en ellos es de 350 pesos argentinos oro (art. 337, ley 20.094). En el art. 8º del Convenio de Atenas de 1974 se fijan estos valores: 12.500 francos para el equipaje llevado en el camarote, 18.000 francos oro para el equipaje llevado en la bodega y de 50.000 francos oro para vehículos, incluyendo el equipaje que llevan consigo.

En el Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional (Decisión del Consejo del Mercosur 15/1994) también se establecen distintas limitaciones a la responsabilidad por el porte de mercaderías.

El art. 14 de la ley 24.441 de fideicomiso se estipula que la responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitida "si no pudo razonablemente haberse asegurado".

Esta breve, pero demostrativa, reseña permite colegir claramente que el criterio de reparación integral de daños ni siquiera es regla en otros subsistemas jurídicos distintos al de derecho administrativo, y sufre justificadas excepciones o modulaciones.

7. Conclusiones

El largo derrotero hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en forma objetiva y directa representó una conquista para el aseguramiento de los derechos fundamentales de las personas cuando resultaran víctimas de daños producidos por el funcionamiento ilegítimo o legítimo de sus órganos. Bajo esta concepción, ínsita a la esencia misma del Estado de derecho, se procuró suplir la dificultad, a veces insalvable, que suponía, para el damnificado, individualizar al autor de la falta, tratándose de actividad estatal ilícita, es decir, contraria a las reglas inherentes al servicio o bien, compensar al que, pese a encontrarse de cara a una actuación estatal lícita, sufría un perjuicio diferenciado, un "sacrificio especial" que excedía el "precio de vivir en sociedad".

Claro está que, en materia de responsabilidad estatal por actividad lícita, cabe el mismo fundamento que el utilizado en el derecho privado: la limitación cuantitativa se justifica como contrapartida del deber de resarcir el daño al que lo ha causado sin culpa, obrando regularmente en nuestro caso. La atribución objetiva favorece a la víctima pero, a cambio, se le impone un techo a su indemnización a fin de que las cargas no pesen íntegramente sobre ninguno de los sujetos.⁽⁶¹⁾

La fijación legal de límites a la reparación en esta cuestión no vulnera el derecho de propiedad del damnificado: se trata de una cuestión de política o discrecionalidad legislativa, una regulación del derecho que no lo aniquila en su esencia, sino que lo compatibiliza con las intervenciones conformes a derecho que realiza el Estado en miras a satisfacer el interés público.

La asimilación del *quantum* indemnizatorio, trátase de responsabilidad estatal por actividad ilícita o lícita, resultaría axiológicamente disvaliosa y socialmente injusta, pues llevaría al Estado a convertirse en un asegurador de todos los riesgos sociales, según la clásica idea que expusiera Duguit.⁽⁶²⁾

(61) ALTERINI, ATILIO A., "Informe...", *op. cit.*, con citas de Acuña Anzorena y Moisset de Espanés.

(62) DUGUIT, LEÓN, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, A. G. Posada, R. Jaén y C. G. Posada (trads.), Bs. As., Heliasta, 1975, pp. 139/140.

En sentido aristotélico, la justicia conmutativa o compensatoria, propia del derecho privado, corresponde a los desiguales por naturaleza pero iguales ante la ley. La justicia distributiva, por el contrario, es propia del derecho público y se refiere a la igualdad proporcional en el tratamiento de una pluralidad de personas: un reparto de derechos y deberes a medida de la dignidad, capacidad, necesidad o culpa. Entre ambas categorías, la justicia legal, en sentido tomista, las complementa y las vincula, manifestándose como una forma particular del derecho social, pues pone de relieve el deber del individuo ante la sociedad obligándolo, por ejemplo, a hacer un uso social de su propiedad.⁽⁶³⁾

Nos atrevemos a concluir que la solución que ha adoptado la LRE, en su art. 5º, ha tomado en cuenta estas tres formas de realización de la justicia.



(63) KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofía del Derecho*, L. Villar Borda y Ana M. Montoya (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 297/298.

La indemnización en casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado

Su alcance en los términos de la ley 26.944

CARLOS A. NIELSEN ENEMARK



1. Introducción

El presente trabajo tratará sobre el alcance de la indemnización en casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado en los términos del art. 5° de la ley 26.944,⁽¹⁾ el origen de los conceptos allí utilizados y los distintos usos que tuvieron a lo largo de la actividad jurídica dada en cuestiones relacionadas al derecho administrativo.

Como método, se revisará la jurisprudencia utilizada al respecto de la indemnización conferida en casos de responsabilidad del Estado por activi-

(1) "La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización" (art. 5°, ley 26.944, BO 08/08/2014).

dad lícita y se confrontará con lo plasmado en el art. 1766 del Anteproyecto de Código Unificado elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por decreto 191/2011, lo que se remitió finalmente al Congreso Nacional en el Proyecto de Código Civil y Comercia, y lo que se plasmó en la ley 26.944.

En esto será relevante verificar cómo se entendía la responsabilidad del Estado a lo largo del desarrollo jurisprudencial en relación a distintos institutos del derecho civil y constitucional, qué terminología se empleaba para delimitar el alcance del sintagma **alcance de la indemnización** y las líneas jurisprudenciales que se fueron dando para tratar estas cuestiones de la responsabilidad.

2. La responsabilidad del Estado por actividad lícita en la ley 26.944

La ley 26.944 estableció una división que ya se consideraba jurisprudencial y doctrinariamente aunque sin pautas claras: por un lado, ahora, desde la sanción de la ley, existe una responsabilidad ilícita, diferente a la lícita, y ambas con pautas particularizadas. La de responsabilidad de carácter contractual tiene reglas distintas a la extracontractual, con una diferenciación específica, además de que ello trae como consecuencia la imposibilidad de la aplicación analógica de la expropiación. Estas pautas no estaban escritas y los institutos, como se conocían, dieron origen a apreciaciones judiciales heterogéneas.

El art. 10 de la ley 26.944 estableció una separación estricta entre la responsabilidad contractual y la extracontractual al decir que la responsabilidad contractual se rige por sus normas específicas, y subsidiariamente por la mencionada ley en caso de que no haya previsiones al respecto.⁽²⁾ Sin embargo, en el ámbito de la jurisprudencia no fue siempre así. Muchas veces se utilizaban conceptos indistintamente en uno y otro ámbito ya que no existía un corpus normativo que la delimitara.

Igual análisis podría hacerse de la responsabilidad lícita e ilícita ahora que en la ley existe un diferente tratamiento para elementos que parecerían

(2) "La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria" (art. 10, ley 26.944).

ser comunes y que, antes de su sanción, se trataban de forma igual: por ejemplo, en el caso del **daño**.⁽³⁾

En cuanto a la aplicación de la expropiación en cuestiones de responsabilidad del Estado por actividad lícita, puede decirse que ello llevó a una de las más controversiales cuestiones dentro de esta materia, tanto en la jurisprudencia⁽⁴⁾ como en la doctrina.⁽⁵⁾

La polémica terminó con la sanción de la ley 26.944, en la que se establecieron parámetros muy definidos traídos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) con posterioridad al año 1984.⁽⁶⁾

El mencionado art. 5° de la ley establece el principio de excepcionalidad en la determinación de la actividad lícita, y el alcance de la indemnización por responsabilidad por actividad lícita, circunscribiéndola a la siguiente construcción: 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, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

3. La jurisprudencia de la CSJN respecto del alcance de la indemnización en materia de responsabilidad legítima del Estado

Se revisarán casos de responsabilidad contractual y extracontractual cuando en ambos tipos se utilizaron diferentes conceptos sobre el alcance de la reparación y ello fue lo que diera pie a la norma en cuestión.

En el caso “Laplacette”⁽⁷⁾ se analizó que, en la sucesión de Laplacette, se solicitaron la indemnización por los daños acaecidos por la inundación producida en virtud de una obra pública. Aquí, en un caso de responsabilidad extracontractual, y en aplicación analógica de la expropiación, se estableció

(3) En la ley 26.944, confrontar el art. 3°, inc. a, con el art. 4°, inc. a.

(4) Al respecto, ver punto 3 de este trabajo.

(5) Sobre ello, ampliar en NIELSEN ENEMARK, CARLOS A., “Análisis sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 85, Bs. As., AbeledoPerrot, febrero 2013, p. 1.

(6) Párrafo décimo del mensaje de elevación del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, que dice: “Las provisiones normativas propuestas consagran, de modo ordenado y sistemático, la consolidada jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad a 1984”. Por el contenido de ese párrafo, se estaría haciendo alusión a que una conformación normativa está inspirada en una doctrina diferente a la que fuera utilizada en el caso “Sánchez Granel”.

(7) CSJN, “Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Buenos Aires”, 1943, Fallos: 195:66.

como pauta que debía repararse el “valor de la tierra y el de los alambrados dañados”, es decir, el valor objetivo del bien.

En el caso “Porta”⁽⁸⁾ se trató de la extinción de un contrato por razones de interés público, lo que dio pie a la aplicación analógica del art. 1638 CC.⁽⁹⁾ Aquí puede verse que se trató de un caso de responsabilidad contractual y se utilizó el criterio de reparación integral cuando se pagó la “utilidad frustrada indemnizable”, lo que no es otra cosa que la reparación integral que tendría otro nombre en “Sánchez Granel”, aunque mediando la construcción elaborada con el mencionado artículo del Código Civil. La trascendencia de este caso es que el art. 1638 CC introdujo en el derecho administrativo el resarcimiento por “gastos, trabajos y utilidades” en supuestos en los que el dueño de la obra hubiese desistido de continuarla.

En “Los Pinos”⁽¹⁰⁾ se trató de un caso donde se revocó un permiso por el que la actora estaba habilitada para explotar como albergue por horas un hotel alojamiento de su propiedad. La CSJN, para decidir, fue a las pautas de la entonces ley de expropiación (ley 13.264), en la medida en que no se dio un acrecentamiento del patrimonio de la Administración, lo que importaría un resarcimiento limitado a “los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido (daño emergente), pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada (lucro cesante)”, y estableció que deben pagarse los “daños que guardan una relación directa e inmediata con la revocatoria”.

En el caso “Pensavalle”⁽¹¹⁾ se produjo una revocación del contrato por parte del Estado nacional, por lo que se inició la acción. Allí se dijo que en la Ley 13.064 de Obras Públicas no había una pauta que pudiera definir una cuestión sobre el lucro cesante, por lo que era necesario ir al art. 1638 CC a los efectos de indemnizar los “gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato”.

(8) CSJN, “S.R.L. Livio Dante Porta y Cía. S.I.C. c/ Ferrocarriles Argentinos”, 1973, Fallos: 286:333.

(9) “El dueño de la obra, puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia” (art. 1638 CC).

(10) CSJN, “Corporación Inversora Los Pinos SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 1975, Fallos: 293:617. Ver cons. 19

(11) CSJN, “Pensavalle SRL c/ Nación”, 1976, Fallos: 296:729.

En el caso “Cantón”⁽¹²⁾ se puso en análisis la prohibición de importar determinados productos para nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, y que ello le acarrearba perjuicios al actor, ya que este tenía un contrato firmado con anterioridad a la dicha normativa prohibitiva. En este caso se trata de un asunto de responsabilidad del Estado de carácter extracontractual, y se resolvió por aplicación analógica de la expropiación, por lo que únicamente se pagó el daño emergente.

En “Sánchez Granel”⁽¹³⁾ se puso en tela de juicio el alcance de la indemnización en un caso que tenía carácter contractual cuando se revocó por oportunidad, mérito y conveniencia una obra que ya había comenzado a ejecutarse. Expresamente rechazó la aplicación analógica de la Ley 13.064 de Obras Públicas, de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, o de la Ley 21.499 de Expropiación. Lo novedoso resulta que, para aplicar el principio de la indemnización plena, no lo hizo remitiéndose a la doctrina civilista, como ocurrió en “Porta” y “Pensavalle”, sino que lo hace de manera autónoma.

En el caso “Motor Once”,⁽¹⁴⁾ la CSJN, en base al dictamen de la procuradora Reiriz, y modificando la opinión dada en “Sánchez Granel”, dijo que en un caso donde existe una modificación en la normativa aplicable, y por el cual se perjudica una situación subjetiva conformada al amparo de la normativa anterior derogada, debe aplicarse analógicamente los principios de la Ley 21.499 de Expropiaciones en base a dos argumentos: por un lado, este caso disponía de una plataforma fáctica diferente a “Sánchez Granel”, en la medida en que uno tenía de base una situación contractual y, en el ahora analizado, el daño se producía en razón de la realización de un acto imperativo de supremacía general al dictarse la normativa causante del daño; por otro, no existía un acrecentamiento patrimonial para el propietario del inmueble.

En el caso “Petruccelli”⁽¹⁵⁾ se daba una plataforma fáctica similar a la dada en “Motor Once”, y la actuación de la Corte Suprema fue, consecuentemente, similar a la dada en esa causa.

(12) CSJN, “Canton, Mario Elbio c/ Nación”, 1979, Fallos: 301:403.

(13) CSJN, “Sánchez Granel, Obras de Ingeniería, SA c/ Dir. Nac. de Vialidad”, 1984, Fallos: 306:1409.

(14) CSJN, “Motor Once, SA c/ Municipalidad de Buenos Aires”, 1989, Fallos: 312:659.

(15) CSJN, “Petruccelli, Fidel P. y otra c/ Municipalidad de Buenos Aires”, 13/06/1989, Fallos: 312:956.

En “Juncalán”⁽¹⁶⁾ se analizó la reparación a darse en un caso en el cual los trabajos de la Dirección Nacional de Hidráulica habían producido la inundación de terrenos de la actora. Aquí lo novedoso es que se crea una tercera línea jurisprudencial al aplicar los criterios de la reparación integral a un caso de responsabilidad extracontractual, situación que nunca antes se había dado.

En el caso “Cachau”⁽¹⁷⁾ se trata una cuestión análoga a la dada en el caso “Juncalán”, tanto en lo que respecta a los antecedentes como al modo de resolver por parte del Tribunal Superior.

En el caso “El Jacarandá”⁽¹⁸⁾ se dejó de lado la línea jurisprudencial de “Motor Once” y “Petruccelli” y se volvió a aplicar la doctrina de “Sánchez Granel”. En este caso, se trataba de la revocación al otorgamiento de una licencia de radio, la que no había comenzado a operar y que no podría hacerlo en razón de la normativa que la condicionaba. En concreto, para un caso de responsabilidad contractual, se aplicó el criterio de la reparación plena.

Luego hubieron otros casos referidos a responsabilidad del Estado, aunque no propiamente sobre el alcance de la indemnización o sobre los criterios que deben utilizarse para reparar, sino sobre cuestiones que, si bien están relacionadas, no son propias del objeto del presente trabajo, como la de la relación causal entre el daño y la conducta estatal,⁽¹⁹⁾ o sobre qué debe considerarse como comprensivo del sacrificio especial.⁽²⁰⁾ En ellos la discusión no estriba sobre el alcance de la indemnización, antes bien se hace sobre otra parte de la construcción que resulta necesaria para alcanzar a indemnizar —daño directo, qué es sacrificio especial—, y de allí que no resulten relevantes en este análisis.

4. Análisis de las líneas jurisprudenciales, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial y la ley 26.944

Pueden percibirse tres líneas jurisprudenciales al respecto del alcance de la indemnización en casos de responsabilidad lícita:

(16) CSJN, “Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/ Pcia. de Buenos Aires”, 1989, Fallos: 312:2266.

(17) CSJN, “Cachau, Oscar J. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1993, Fallos: 316:1335.

(18) CSJN, “El Jacarandá SA c/ Estado Nacional”, 2005, Fallos: 328:2654.

(19) CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz SA c/ Estado Nacional PEN Dto. 1583/96 s/daños y perjuicios”, 09/06/2009, Fallos: 332:1367.

(20) CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ proceso de conocimiento”, 15/05/2014, en *La Ley* 2014-C, 263.

- a. la primera, donde se dieron casos de responsabilidad extracontractual con reparación limitada al daño emergente (casos “Laplacette”, “Los Pinos”, “Cantón”, “Motor Once” y “Petruccelli”);
- b. la segunda, donde se dieron casos de responsabilidad contractual con reparación integral (casos “Porta”, “Pensavalle”, “Sánchez Granel” y “El Jacarandá”); y
- c. La tercera, dada en casos de carácter extracontractual en los que se aplicó el criterio de la reparación integral (“Juncalán” y “Cachau”).

Desde “Cachau” comenzó a aplicarse de manera continuada el criterio de reparación plena establecido en “Sánchez Granel”.

También, véase que existe una identidad entre la argumentación de los casos “Laplacette”, “Los Pinos” y “Motor Once” —este último, junto a “Petruccelli”—, cuando se estableció que debe dejar de pagarse **lucro cesante** en caso de que no haya un acrecentamiento patrimonial de la Administración.

El sintagma “valor objetivo del bien” viene de los casos “Motor Once” y “Petruccelli”. La razón de la característica “directa” del daño está en los casos “Los Pinos” y “El Jacarandá”, siendo posible, en este último, extraer que existe una inmanencia entre los conceptos “daño directo” y “relación de causalidad directa”, ya que, si bien cada uno debe considerarse en distintos momentos de análisis, no puede existir el uno sin el otro.

En base a ello, en miras a la razón directa entre el daño y la conducta desplegada por la Administración, no es posible reclamar los intereses, en los términos de la ley 26.944, a menos que sea un asunto que trate cuestiones estrictamente monetarias, donde hubiera existido la aplicación del interés de por sí, o en aquellas donde el interés se hubiera considerado establecido subjetivamente a favor del particular y el Estado incida extracontractualmente.⁽²¹⁾ No sería procedente la reparación de intereses de manera omnímoda en todas las cuestiones referidas a casos de responsabilidad extracontractual, sino únicamente cuando el daño producido hubiera llevado indefectiblemente a la pérdida de los intereses que de por sí llevaba

(21) No corresponderían intereses en casos contractuales en los casos en los que no se hubieran pautado expresamente, ya que si nada dice el contrato, a la larga la cuestión debería ser analizada al amparo de esta norma, en la que se establece que el daño directo y la relación de causalidad directa son condición de admisibilidad de la pretensión resarcitoria. Es decir, en un caso de carácter contractual, si el interés no está pautado por escrito, no sería resarcible.

consigo la situación que hubiera resultado afectada por la actividad dañosa, ya que no todas las situaciones jurídicas subjetivas son capaces de generar intereses por su sola existencia.

Como se dijo, cuando se reparaba integralmente se distinguía el fundamento si la relación preexistente era de carácter contractual o extracontractual, y en ello se modificaban los motivos para reparar en uno u otro escenario. En el caso “El Jacarandá” se dijo que debían replicarse los criterios de “Sánchez Granel” y reparar el daño integralmente —daño emergente y lucro cesante—, con una argumentación autónoma: se debe reparar sin remisión a norma alguna, sino únicamente desde la construcción argumentativa del Máximo Tribunal. A esto, en el caso “El Jacarandá”, entendió la Corte que la reparación replica sobre las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas estrictamente comprobadas, siendo que la falta de prueba en concreto es sustantiva para rechazar la pretensión. En los casos “Juncalán” y “Cachau”, la argumentación pesó sobre el derecho a la propiedad vulnerado.

Ahora bien, en el art. 1766 del Anteproyecto al respecto de la responsabilidad por actividad lícita, se supedita el resarcimiento al daño emergente, aunque si es afectada la continuación de una actividad, debe incluirse la compensación del valor de las razonables inversiones no amortizadas.⁽²²⁾

Confrontándose ambos criterios (la doctrina de la reparación integral con la doctrina del Anteproyecto), puede percibirse, en el Anteproyecto, la ausencia del elemento referido a la contractualidad o extracontractualidad de la relación jurídica, de lo que se desprende que se corre del análisis, el fundamento por el cual se debe reparar.

Además, existe una diferencia en cuanto a los criterios al respecto del alcance de la indemnización: lo que se conocía como reparación integral en la jurisprudencia —comprensiva del **daño emergente** (aquel que tiene relación directa con el daño, “Los Pinos”), y **lucro cesante** (ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y

(22) “Artículo 1766.- Responsabilidad del estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

estrictamente comprobadas, “Sánchez Granel”, “Cachau”, “El Jacarandá”), fue tratada de modo diferente en el Anteproyecto.

Allí, la reparación pasa a establecerse como daño emergente, y además, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas en cuanto hayan sido razonables para su giro. Entonces, dentro del **lucro cesante**, existe una diferencia conceptual entre “ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas” y “valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”. Es decir, al repararse las inversiones no amortizadas, el Estado se hubiera consagrado en pagador de todo aquello que hubiera invertido y no se hubiera amortizado, sin quedar claro qué pasaría con aquellas inversiones que hubieran pasado al patrimonio estatal o hubieran quedaron para el administrado. Lógicamente, si hubiera existido traspaso de la titularidad los bienes comprensivos de las inversiones no amortizadas, esa reparación hubiera solventado, por lo menos, aquello en lo que el particular resultó perdidoso. Si no hubiera traspaso de la titularidad de esos bienes, el Estado, al generarse un supuesto de responsabilidad lícita (contractual o extracontractual), se constituiría en un inversor de los particulares. La redacción no solucionaba esta cuestión y admitía una incertidumbre al respecto, tornando al Estado, en un asegurador al respecto de todos los casos que pudieran ser considerados como supuestos de responsabilidad estatal, sean estos contractuales o extracontractuales.

De todo ello, puede verse que la redacción del Anteproyecto era disímil a la labrada en la jurisprudencia, en lo que respecta a los argumentos, y ampliándose asimismo, la cuestión referida al alcance de la indemnización.

Finalmente, en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que se remitió al Congreso Nacional, el art. 1766 trató una cuestión diferente a la que trataba la redacción original.⁽²³⁾

(23) “Responsabilidad del funcionario y del empleado público. 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 se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda” (art. 1766, *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012).

5. Conclusiones

Antes de la sanción de la ley 26.944 existían ciertos criterios jurisprudenciales que se podrían definir de la siguiente manera: situaciones de responsabilidad de carácter extracontractual en las que se respondía de manera limitada; situaciones de carácter contractual en las que se respondía de manera ilimitada; y situaciones de carácter extracontractual en las que se respondía de manera ilimitada: es decir, no existía una uniformidad en la reparación ni siquiera con respecto a la situación jurídica (contractualidad/extracontractualidad) que precedía a la reparación (limitada/ilimitada).

El concepto del lucro cesante estaba definido como las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, y en el Anteproyecto se determinó admisible si era afectada la continuación de una actividad, incluyendo la compensación del valor de las inversiones no amortizadas en cuanto hayan sido razonables para su giro.

En la redacción del Código Civil y Comercial se modificó sustantivamente la redacción de la Comisión Redactora que elaboró el Anteproyecto, y en la Ley de Responsabilidad del Estado se optó por excluir el lucro cesante de la reparación por actividad lícita, ello como opción legislativa que tenía por objeto solucionar el problema interpretativo que puede darse al existir jurisprudencia no uniforme, lo que fue, también, una elección de política de gobierno.



Omisión lícita y Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado⁽¹⁾

JULIO PABLO COMADIRA



1. Introducción

Uno de los capítulos más complejos y, a la vez, más atractivos de la responsabilidad del Estado es el que se ocupa de esta cuando resulta comprometida por la inactividad u omisión estatal. Puedo bosquejar una primera definición de la responsabilidad del Estado por omisión ilícita señalando que ella, en el ámbito del derecho administrativo, tiene lugar cuando un poder público en ejercicio de alguna de las funciones estatales omite la realización en forma total o adecuada de la conducta

(1) Este trabajo reproduce las ideas —incluyendo aquí alguna breve ampliación— que en su momento expusiera bajo el título “La responsabilidad del Estado por omisión lícita y la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944”, en M. M. Ivanega, y R. Rivero Ortega, (coords.), *Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la Ley 26.944*, RAP 437, p. 193 y ss. Con anterioridad, me había ocupado de la responsabilidad del Estado por omisión lícita e “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Bs. As., 2008, p. 397 y ss., y en “La responsabilidad del Estado por su omisión lícita: la necesidad de su reconocimiento”, en J. Rodríguez Arana Muñoz; J. Fernández Ruiz; L. J. Béjar Rivera; M. Rodríguez y M. Retortillo (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Universidad Panamericana, XIII FIDA, ESPRESS, México, DF, 2014, p. 41 y ss. Ambos trabajos son anteriores a la ley 26.944.

a la que estaba obligado y esta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas.⁽²⁾

Ciertamente, el tema dista mucho de estar superado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En ambos terrenos, las soluciones son dispares, cuando no contradictorias, sin poder determinarse una línea uniforme de pensamiento.

En esta oportunidad es mi intención profundizar en una cuestión específica de la responsabilidad del Estado por omisión, que no ha merecido la mayor atención por parte de la doctrina: me refiero a la responsabilidad del Estado por omisión lícita.

Adelanto, desde ahora, que mis conclusiones —o, en rigor de verdad, interrogantes, dudas o cuestionamientos— no van en la línea de la doctrina mayoritaria sino que procuran iniciar o reabrir el debate sobre un punto que, en mi opinión, aún no está concluido. Es más, creo que, como veremos, si se entendiera que la nueva ley de responsabilidad del Estado excluye la posibilidad de que se configure un supuesto de responsabilidad estatal por omisión lícita podría, en ese punto, considerársela inconstitucional. Por ello, habrá que superar, eventualmente, la interpretación literal de la norma para privilegiar otra que hunda sus cimientos en la propia Constitución Nacional.

2. La cuestión en la doctrina

El tema de la responsabilidad del Estado por omisión lícita no suele ser abordado por los autores que se ocupan de la responsabilidad del Estado por omisión y, si se refieren a ella, por lo general lo hacen para descartar su viabilidad jurídica por entender que se trataría de una contradicción lógica insalvable.

(2) Este concepto, con cita nuestra, es reproducido en USLENGHI, ALEJANDRO, "La Responsabilidad del Estado por omisión", en M. M. Ivanega y R. Rivero Ortega (coords.), *Responsabilidad del Estado: apuntes...*, op. cit., p. 170. En un sentido similar, Canda afirma que "existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño efectivamente sucedido". CANDA, FABIÁN O., "La responsabilidad del Estado por omisión [estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN]", en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Bs. As., 2008, p. 147.

Este último es el caso del autor español Gómez Puente quien, partiendo de la idea de que la responsabilidad del Estado por omisión es siempre subjetiva —criterio que, en lo personal, no comparto— afirma:

En materia de perjuicios causados por omisión administrativa, la antijuridicidad del daño no es distinguible o separable de la idea de culpa (...) Solo en hipótesis, en efecto, cabe plantear una responsabilidad objetiva, por omisiones administrativas lícitas, inherentes al funcionamiento normal, sin infracción del deber de diligencia funcional. Ello se debe a que la causa del daño, una omisión, solo puede concretarse previa contemplación de un deber de actuar ante una situación dada que permite aislar y diferenciar, como hecho omitido dañoso, la pasividad de la Administración en un momento dado. Quiere decirse que, a diferencia de la acción que constituye un hecho positivo y por sí sola revela su existencia, sea o no lícita, la omisión solo puede concretarse por relación a una situación dada y un obrar necesario asociado a esta.⁽³⁾

Agrega, también, que la antijuridicidad de los perjuicios que permite recurrir al carácter objetivo de la responsabilidad alude a la inexistencia de una obligación legal de soportarlos. Por ello, continúa, si el daño deriva de la actitud pasiva de la Administración, si no existe obligación legal de soportarlo, o si es ilegal, es porque aquella tiene el deber de evitarlo actuando o, lo que es lo mismo, la antijuridicidad del daño se identifica con la antijuridicidad de la omisión.⁽⁴⁾

En definitiva, podríamos resumir el argumento indicando que, según la tesis del autor en comentario, hay una contradicción insalvable entre licitud y responsabilidad por omisión, pues siempre la omisión lo es en referencia a un deber legal de actuar y, si este no existe, no hay omisión ni lícita ni ilícita.⁽⁵⁾

(3) GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 771.

(4) GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad...*, op. cit., p. 772.

(5) En la misma orientación, Rosatti postula que no puede haber responsabilidad del Estado por inactividad legítima pues "... el fundamento lógico (...) radica en que no podría hacerse responsable a quien no hace algo que no está obligado a hacer. Dicho de otro modo, no puede haber omisión cuando no se está obligado a una previa acción", ROSATTI, HORACIO (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 554.

Desde otro ángulo, de Ahumada Ramos cuestiona esas conclusiones. En concreto, señala que, si bien desde una perspectiva estrictamente formal es evidente que el razonamiento de Gómez Puente es correcto, aunque —aclara— suprimidas todas las alusiones al elemento subjetivo de la culpa que presenta como necesariamente existente en todos los supuestos de responsabilidad por omisión, cabría indagar —sostiene— en las situaciones en las que, en virtud de dos normativas diferentes, quepa estimar si la lesión de un derecho es imputable a la Administración tanto si esta actúa en un sentido como en otro o, incluso, si no actúa. En esa inteligencia, pone como ejemplo un supuesto en el que,

... teniendo encomendada la Administración la protección de unos determinados derechos o intereses legítimos (que serán entonces intereses jurídicamente protegidos), aprecie, sin embargo, de modo razonable, en ejercicio de otras previsiones normativas (lo que podría ser objeto de examen por el Tribunal que examine el caso) que, de llevar a cabo aquellas medidas protectoras, la Sociedad sufriría males de mayor gravedad —incluso muy graves objetivamente— que lo que comportará la lesión de los derechos de los particulares afectados. En tales casos, que no son quiméricos (piénsese en los supuestos de “estados de excepción”), la omisión administrativa podrá ser ciertamente contraria a un principio jurídico formal, pero el principio “salus populi suprema lex” nos conducirá a estimar dicha actuación como un funcionamiento “normal” de los servicios públicos. Y dado que tal omisión puede dar lugar a la lesión de los derechos de los particulares concretos habrá lugar a la correspondiente indemnización, no obstante ese funcionamiento normal del servicio.⁽⁶⁾

Sin embargo, de Ahumada Ramos no postula que hay responsabilidad por omisión lícita, sino que propone “la posibilidad de considerar algunos supuestos de responsabilidad por omisión administrativa de un deber como encuadrables en el funcionamiento normal”. Es decir, plantea la existencia de una omisión ilícita que, en determinados casos, no lleva de suyo un funcionamiento anormal de los servicios públicos pero que, sin embargo, impone el deber de resarcir el daño causado. En definitiva, responsabilidad

(6) DE AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 337.

por el funcionamiento normal de un servicio público por el que el Estado debe resarcir al causar un daño por una omisión antijurídica.

Por mi parte, encuentro contradictoria, en principio, la existencia simultánea del funcionamiento normal del servicio público y de una omisión ilegítima. Parecería que si la Administración incurre en una omisión ilegítima el funcionamiento del servicio público es anormal. En mi entender, podría llegar a concebirse que en el pensamiento de este último autor ha triunfado la fuerza normativa de lo fáctico mediante el otorgamiento de estatus de normalidad a la ilegalidad.

En Francia, la responsabilidad del Estado por omisión lícita parece tener carta de ciudadanía. Allí se sostuvo que la sentencia “Coutéas”⁽⁷⁾ del 30 de noviembre de 1923 “permitió al Consejo de Estado admitir por primera vez que cuando la Administración se abstiene legalmente de actuar ella puede comprometer su responsabilidad en la medida en que el perjuicio que causa no pueda mirarse como ‘una carga que incumbe normalmente’ a la víctima”.⁽⁸⁾

En esa misma línea, se ha afirmado que se compromete la responsabilidad de la Administración *sans faute* cuando por motivos de interés general ella no toma las disposiciones que debería normalmente adoptar.⁽⁹⁾ Así,

(7) En el caso, por demás interesante, el Tribunal de Sousse en su sentencia del 13 de febrero de 1908 había ordenado la conservación de la posesión que ejercía el actor sobre unas parcelas de tierra del campo Tabia-el-Houbira (Túnez), para lo cual le había reconocido el derecho de expulsar a todos los ocupantes. Ahora bien, Coutéas varias veces había solicitado a las autoridades competentes la ejecución de aquella decisión jurisdiccional pero, sin embargo, el gobierno francés siempre le negó la ayuda de la fuerza militar —que se consideraba indispensable para ejecutar la medida— con fundamento en los graves disturbios que ocasionaría la expulsión de los numerosos indígenas naturales de esas tierras que se consideraban ocupantes legítimos desde tiempos inmemoriales. Es decir, Coutéas no podía obtener del gobierno francés —que argumentaba razones de peligro para el orden y la seguridad— la ejecución de una sentencia que le reconocía el derecho de propiedad sobre un campo y a expulsar a quienes lo ocupaban. Por ello, el Consejo de Estado sostuvo, en síntesis, que si bien la parte garantizada por una sentencia está en su derecho a contar con la fuerza pública para la ejecución del título que le fue otorgado, el gobierno tiene el deber de apreciar las condiciones de esa ejecución y de denegar el auxilio de la fuerza armada cuando estime que existe peligro para el orden y la seguridad; pero, en este caso, si el perjuicio que resulta de esa negativa se prolonga por cierto tiempo, no puede constituir una carga que normalmente deba soportar el interesado, de modo tal que compete al juez determinar el límite a partir del cual debe ser soportada por la colectividad.

(8) PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa*, J. M. Carrillo Ballesteros (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 217.

(9) LONG, MARCEAU; WEIL, PROSPER; BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, PIERRE y GENEVOIS, BRUNO; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 2001, 13^e édition, p. 262.

se postula que ello ocurre en tres hipótesis:⁽¹⁰⁾ 1) la falta de ejecución de una decisión de la justicia;⁽¹¹⁾ 2) la falta de reestablecimiento del orden público;⁽¹²⁾ 3) la falta de aplicación de una decisión administrativa.⁽¹³⁾

En el derecho argentino, Mellid ha señalado que

... en punto a la antijuridicidad de la omisión, cabe tener en cuenta que el no acatamiento de un mandato jurídico de obrar no implica de por sí una conducta antijurídica, porque pueden mediar razones especiales que la autoricen [agrega que en esos supuestos] existirá una omisión (...) pero esta será lícita [y] en razón de ello, no cabe descartar la posibilidad de admitir —en el ámbito de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita— el resarcimiento de daños producidos por omisiones que no revisten el carácter de antijurídicas [y en glosa concluye que] en este caso, el Estado responderá por omisiones lícitas, no ya porque no se hubiese encontrado obligado a actuar, sino porque omitió hacerlo justificado por un estado de necesidad, a efectos de evitar un mal mayor, o por razones de interés público (p. ej., frente a situaciones de desorden público o ante calamidades generales).⁽¹⁴⁾

Es decir, la autora en cita admitiría la responsabilidad del Estado por omisión lícita cuando medie un “estado de necesidad”.

Por su parte, Canda sostiene que

... no es descabellado pensar en hipótesis en las que el Estado pueda omitir obrar lícitamente, generando con su inactividad un

(10) LONG, MARCEAU; WEIL, PROSPER; BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, PIERRE y GENEVOIS, BRUNO; *Les grands...*, op. cit., p. 262. Ver la jurisprudencia allí citada de la que se extraen las tres hipótesis mencionadas en el texto.

(11) Tal el caso antes citado “Couitéas” relativo a la falta de concurso de la fuerza pública para asegurar una decisión de la Justicia contra un particular. Esta jurisprudencia es receptada en el art. 16 ley 91.650 del 09/07/1991 en virtud del cual el Estado debe prestar su concurso para la ejecución de las sentencias y de otros títulos ejecutorios y, su negativa hacerlo, genera el derecho a reparación (art. 16: “*L’Etat est tenu de prêter son concours à l’exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l’Etat de prêter son concours ouvre droit à réparation*”).

(12) Se trataría de supuestos en los que la policía se abstiene de actuar en caso de perturbación del orden público con fundamento en la idea de que la intervención de la fuerza pública, lejos de reestablecer el orden, puede agravar los desórdenes.

(13) Se vincula con las hipótesis en las que la Administración no aplica una reglamentación.

(14) MELLID, SUSANA M., “La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de resolver”, *EDA*, 2004, pp. 708/709.

perjuicio que, en razón de constituir un sacrificio especial para quien padece la omisión legal, corresponde sea indemnizado [y agrega que] aventuramos que, en un estadio posterior de desarrollo, acabe por admitirse la responsabilidad del Estado por omisiones lícitas, en la medida en que la omisión se funde en una causa de justificación válida y exija de quien la padezca un sacrificio especial que no tenga el deber de soportar.⁽¹⁵⁾

Sobre este último aspecto, parece dudoso —al menos—, tener que acudir al concepto de “estado de necesidad”. En efecto, como veremos más adelante, la cuestión en estudio remite, en definitiva, a la potestad del Estado para sacrificar derechos subjetivos patrimoniales por causas de interés público y, en este sentido, se ha dicho que cuando “... el Estado así procede no necesita para legitimarse de la concurrencia de causales de justificación. Su actuación es, en esos casos, intrínsecamente legítima aunque resulte dañosa”.⁽¹⁶⁾

Por mi parte, creo que, simplemente, habría que admitir —en determinados supuestos especiales—, la posibilidad de que resulte comprometida la responsabilidad del Estado por una omisión lícita o legítima. Voy a intentar justificar mis dudas, primero, con algunos ejemplos.

3. Algunas hipótesis de trabajo

Supongamos que la Administración es alertada de la futura producción, por causas naturales, de una inundación que afectará a tres campos de propietarios distintos. Ante ello, y teniendo en cuenta que estaba en sus planes inundar dos campos para realizar obras fluviales que beneficiarían a un centro urbano, indemnización por actividad lícita de por medio, decide evitar únicamente la inundación de uno solo de los campos, elección esta que es efectuada discrecionalmente. Es decir, podría haber elegido dos terrenos de cualquiera de los tres. El Estado tenía la posibilidad de actuar deteniendo la inundación y no lo hizo porque optó por realizar las obras para toda la comunidad. Se entiende, claro está, que de no realizar las

(15) CANDA, FABIÁN O., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 146.

(16) COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Bs. As., LexisNexis/AbeledoPerrot, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 371. Este trabajo que se cita ha sido también incluido como estudio complementario en COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 1576.

obras fluviales el Estado debía impedir que se inundaran los tres campos. Frente a este panorama es posible preguntarse: ¿es justo que los titulares de los dominios elegidos discrecionalmente deban absorber todo el perjuicio en beneficio de la población?, ¿cuál es la razón que justifica distinguir entre dejar que se inunde e inundar para realizar obras fluviales y afirmar que solo este último caso genera responsabilidad del Estado por actividad lícita?, ¿es justo que el Estado permita por omisión que se inunde un campo —cuando podía y en principio debía evitarlo— para impedir que se inunde una población y que el dueño del fundo sea el único que soporte toda la carga? De nuevo, ¿hay diferencias sustanciales entre estos supuestos y la expropiación?

Otro caso. Imaginemos la hipótesis de una manifestación popular en el marco de una grave crisis social, económica, financiera, política e institucional en la que algunos participantes provocan serios destrozos y, finalmente, el incendio de la casa de un particular, mientras son observados por personal de las fuerzas de seguridad apostados en el lugar, quienes en ningún momento intervienen ni procuran dispersar a los culpables de los ataques.

Si el Estado argumentara que las fuerzas de seguridad no intervinieron pues, de lo contrario, se hubiera generado entre los participantes de la manifestación un mayor malestar y agresividad que hubiera derivado en un aumento del número de quienes causaban destrozos, mayores daños para muchas otras viviendas y, muy probablemente, víctimas fatales, entiendo que, razonablemente —acreditados tales extremos— podría considerarse que la omisión de intervenir fue legítima. Ahora bien, ¿es justo, nuevamente, que, en este caso, solo el titular de la propiedad destruida o incendiada deba soportar todos los daños?

Estas situaciones son, entonces, las que me llevan a pensar que no es factible rechazar, sin más, las hipótesis de responsabilidad del Estado por omisión lícita.

Ciertamente, hay una omisión pues, siendo competente y resultando fácticamente posible la realización de la conducta que podría haber evitado el daño en los ejemplos mencionados —en un caso, la inundación de los campos; en el otro, la protección del inmueble del particular—, el Estado se abstiene de actuar. Esto es, la omisión está configurada por la inactividad del Estado no obstante la competencia para actuar y la posibilidad real de ejecutar la conducta omitida. Está claro que si hubieren sido otras las circunstancias debería haber actuado. Y creo que tampoco

podría dudarse, en principio, de la legalidad de la omisión. Parecería que se trata de supuestos de ejercicio razonable de una atribución preponderantemente discrecional. En ese marco, en consecuencia, podríamos concluir que también ciertas omisiones comprometen la responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima—omisiva, en el caso—.

4. El fundamento para admitir la responsabilidad del Estado por omisión lícita

Es decir, se trataría de supuestos que se inscribirían en el marco de la potestad estatal de sacrificar derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de bien común.⁽¹⁷⁾ Y que, con fundamento en la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, la libertad y la razonabilidad, consagradas sabiamente por los constituyentes argentinos en la Norma Fundamental (arts. 14, 17, 16, 19 y 28), exigen ser reparados en los mismos términos que las demás hipótesis de daños provocados por la actividad legítima del Estado.⁽¹⁸⁾

De tal forma, es plenamente aplicable la doctrina de la CSJN en el sentido de que "... cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general— esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito".⁽¹⁹⁾

(17) En la misma orientación, PERRINO, PABLO E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", en LL 2014-C, 1078.

(18) En este sentido, mi padre afirmaba que "el fundamento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita radica en las garantías de la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad consagradas por la Constitución Nacional (arts. 14, 17, 16, 19 y 28, respectivamente), conjuntamente consideradas. No es por ello procedente acudir para explicar la situación de responsabilidad sin antijuridicidad cuando por hipótesis no exista norma administrativa expresa, genérica o específica, a la aplicación analógica de las disposiciones civiles que reglamentan el derecho de propiedad privada y las relaciones que a partir de él se generan entre los particulares". COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1519 y 1573 (en este último caso, la página corresponde al primer estudio complementario del Cap. XXII del *Curso*); y antes, en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 368.

(19) CSJN, "Distribuidora Química SA c/ Estado Nacional s/ acción declarativa", 24/05/2011, consid. 29; "El Jacarandá SA c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento", 28/07/2005, consid. 8º, Fallos: 328:2654; "Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 18/07/2002, consid. 10, Fallos: 325:1855; "Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 10/04/2001, Fallos: 324:1253; "Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de

Subyacen, en el fondo, las elementales razones de solidaridad y justicia social que impregnan y conforman el Estado de derecho.

5. La cuestión en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado

Pues bien, ¿cuál es la solución que brinda la reciente ley de responsabilidad del Estado?

Por un lado, el art. 1° dispone que “esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su **actividad** o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”. A su vez, en el art. 3° se establecen los requisitos “... de la responsabilidad del Estado por actividad e **inactividad ilegítima**”, mencionándose la exigencia de la “imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal” (art. 3°, inc. b).⁽²⁰⁾

Es decir, está claro, en el marco de la ley, que el Estado responde, configurados los requisitos que menciona, por sus omisiones antijurídicas. Sin embargo, no puede sacarse la misma conclusión respecto de la responsabilidad estatal por sus “omisiones legítimas”.

En efecto, ya el art. 4° se refiere solamente a los “... requisitos de la responsabilidad estatal por **actividad legítima**”, excluyendo, a diferencia de lo que ocurre con el art. 3° antes citado, a la “inactividad”. Y, simultáneamente, el inciso b de ese mismo artículo, solo alude a la exigencia de la “... imputabilidad material de la **actividad** a un órgano estatal”. Esto es,

conocimiento”, 30/06/1998, consid. 12, Fallos: 321:1776; “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 11/06/1998, consid. 8°, Fallos: 321:1712; “Lauget Silveira, Esther y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”, 15/07/1997, consid. 7°; “Tatedetuti Sociedad Anónima, Importadora y Exportadora de Productos Frutícolas c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 15/07/1997, consid. 4°, Fallos: 320:1564; “Cía. Swift de La Plata c/ Estado Nacional Argentino (PEN.) s/ daños y perjuicios”, 27/02/1997, consid. 14, Fallos: 320:113; “Balda, Miguel Ángel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 19/10/1995, consid. 9°, Fallos: 318:1990; “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios”, 21/03/1995, consid. 5°, Fallos: 318:385; “Tejedurías Magallanes SA c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/09/1989, consid. 10, Fallos: 312:1656, y sus citas; entre otros.

(20) Los resaltados me pertenecen. Concretamente, el art. 3° ley 26.944 estipula: “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

nuevamente, en contraste con la regulación del art. 3º, inc. b, no se menciona a la imputabilidad material de la “inactividad”.⁽²¹⁾

Los textos anteriores llevan a concluir a Perrino —aunque refiriéndose a la ley cuando todavía era un proyecto, pero sin que el texto aprobado variara en este punto— que “... en el proyecto se intenta excluir la responsabilidad estatal provocada por omisiones legítimas”.⁽²²⁾ Por cierto, este autor critica esa intención señalando que “no obstante no ser usual que se demande al Estado por daños derivados de omisiones legítimas no hay razones objetivas que justifiquen su exclusión”.⁽²³⁾

Por mi parte, coincido con Perrino en que una interpretación literal de la norma nos podría llevar a la conclusión de que en el nuevo marco normativo está excluida la responsabilidad del Estado por sus omisiones legítimas.⁽²⁴⁾ Sin embargo, creo debe superarse esa hermenéutica para arribar a una solución acorde con los principios constitucionales a los que antes he aludido y que, precisamente, son el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal por omisiones legítimas: la garantía de la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17 CN), la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN), la libertad (art. 19 CN) y la razonabilidad (art. 28 CN).

De tal forma, aun cuando no esté regulada de manera expresa la responsabilidad del Estado por sus omisiones legítimas —o, antes bien, aun cuando la intención pareciera ser excluirla— tal circunstancia, en el marco de nuestra Constitución Nacional, no podría ser óbice para que, aplicando directamente los altos fundamentos constitucionales, se disponga la indemnización de los daños provocados por una omisión legítima estatal si se dan los requisitos necesarios para ello.

(21) El texto completo del art. 4º prevé que: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

(22) PERRINO, PABLO E., “Responsabilidad...”, *op. cit.*

(23) *Ibid.*

(24) De hecho, Rosatti (con la colaboración de Gisella Zingaretti), al comentar el art. 4º de la ley expresa “En materia de imputabilidad material por actividad legítima, a diferencia de lo que dispone la ley para viabilizar la responsabilidad por actividad ilegítima, la cláusula excluye la inactividad estatal. El fundamento lógico en el que se basa tal exclusión radica en que no podría hacerse responsable a quien no hace algo que no está obligado a hacer. Dicho de otro modo, no puede haber omisión cuando no se está obligado a una previa acción” (ROSATTI, HORACIO (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 554).

6. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión lícita y alcance de la indemnización

Así, para que sea procedente la responsabilidad del Estado por omisión lícita,⁽²⁵⁾ deberían concurrir, en principio, los mismos requisitos que nuestro Máximo Tribunal ha exigido para responsabilizar a aquél por su actividad legítima,⁽²⁶⁾ más otro específico de la responsabilidad estatal por omisión.

De esa forma, menciono brevemente que sería necesario, **en primer lugar**, probar la existencia de un daño —presupuesto esencial—,⁽²⁷⁾ entendido como detrimento patrimonial cierto⁽²⁸⁾ y actual⁽²⁹⁾ o futuro —aunque no meramente hipotético o conjetural—⁽³⁰⁾ que, en sentido jurídico, ha sido también definido como la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales.⁽³¹⁾ Deberá demostrarse, además, que existe una lesión a una situación jurídicamente protegida.⁽³²⁾ En esa línea, la ley 26.944 exige como

(25) Una vez, claro está, determinado que en el caso existió una “omisión”, en el sentido de que el Estado tenía competencia para actuar y, no obstante, se abstuvo de hacerlo.

(26) Sobre este tema, COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO. (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1519 y ss. y, en especial, el estudio complementario en la misma obra y tomo, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, p. 1561 y ss.; y antes en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Capítulo XIV.

(27) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, 6ª ed. actualizada, t. IV, p. 735; PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, en *El Derecho*, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/1999, p. 4; “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, op. cit., p. 59.

(28) CSJN, “Tecnobeton SA c/ Estado Nacional (ANA. y Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos”, 12/11/1996, consid. 17, Fallos: 319:2666; “Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”, 19/05/1992, consid. 7º, Fallos: 315:1026; “Tejedurías Magallanes SA...”, fallo cit., entre otros.

(29) CSJN, “Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario”, 15/08/1995, consid. 6º, Fallos: 318:1531; “Tejedurías Magallanes SA...”, fallo cit.

(30) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO. (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1517. En la causa “Columbia”, la CSJN señaló que “... no resulta razonable extender la responsabilidad del Estado al punto de constituirlo en el garante de ventajas económicas **conjeturales**”, CSJN, “Columbia Cía. Financiera c/ E. N. Ministerio de Economía”, 02/08/2000, consid. 15, Fallos: 323:1897. El destacado me pertenece.

(31) PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración...”, op. cit., p. 4. Barraza define al daño como “el detrimento o destrucción de los bienes de una persona, entendiendo por tales bienes los objetos materiales que puede poseer una persona, o su integridad física, o aquellos elementos espirituales que hacen al gozo pleno de su vida”, BARRAZA, JAVIER I., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 89.

(32) CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional Ministerio de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, 15/05/2014, consid. 11; “Revestek SA...”, fallo cit.

primer requisito para responsabilizar al Estado por su “actividad legítima”, la existencia de “daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero” (art. 4º, inc. a).

En segundo término, es necesario acreditar la relación de causalidad entre la omisión estatal y el perjuicio que, en el campo de la responsabilidad por omisión, implica demostrar⁽³³⁾ que, si hubiera tenido lugar la acción omitida, se hubiera evitado total o parcialmente el daño producido.

Señala Perrino, refiriéndose a la responsabilidad por omisión ilegítima, que “Si se afirma que el deber de responder deriva de una inacción que merece reproche por haberse omitido ejecutar la conducta debida, será menester establecer si, de haberse realizado la acción, se hubiera evitado el perjuicio —en todo o en parte—, si la falta de actuación causó directamente el daño o si coadyuvó a su producción o lo aumentó”.⁽³⁴⁾ Por mi parte creo conveniente, en materia de responsabilidad por omisión, reemplazar la expresión “relación de causalidad”, propia de la responsabilidad por hechos u actos lícitos o ilícitos, por la de “relación de potencialidad **determinante impositiva**”. Esto así pues

(33) Sobre la prueba de la relación causal en la responsabilidad del Estado por omisión, Perrino puntualiza que “La acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión. El examen de los repertorios jurisprudenciales pone de resalto que en un número muy alto de pleitos los tribunales rechazan pretensiones indemnizatorias fundadas en la inacción estatal por considerar que no se ha acreditado debidamente el vínculo causal... [y propone que] A fin de no tornar ilusorios los principios constitucionales en los que se sustenta el deber estatal de reparar los perjuicios irrogados (arts. 14, 17 y 19 de la CN) y el de tutela judicial efectiva (art. 18 de la CN), ante las serias dificultades explicadas, que en determinados supuestos suscita la acreditación de la falta de servicio por omisión y el nexo causal, puede ser necesaria la utilización de criterios o técnicas que aligeren su carga probatoria para la víctima. Ejemplo de ello es la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la cual ‘importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir las, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos’. Tal es la situación en la que, en muchos supuestos, se encuentra la autoridad estatal, particularmente, en aquellos casos en los que su decisión de no actuar ha sido emitida en el marco de una apreciación discrecional o se basó en un concepto jurídico indeterminado y sobre cuestiones complejas que requieren la valoración de cuestiones técnicas para lo cual es preciso contar con conocimientos especializados”. PERRINO, PABLO, “La responsabilidad del Estado por omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, LL 2011-E, 715, con cita de J. Peyrano, y J. O. Chiappini, “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, ED 107-1006. Adhieren a esta última idea, RISSO, CARMEN y SALDARINI, OSVALDO, “La responsabilidad del Estado por omisión ilegítima ante la comisión de delitos dolosos. El caso ‘C. de P.’”, RDA 92, p. 406, con cita de Perrino.

(34) PERRINO, PABLO, “La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*

entiendo que encierra mejor el concepto de la relación existente entre las omisiones y el daño.

Como recuerda Muñoz, para un sector de la doctrina no es válido hablar de causalidad en la omisión. Así, cita a Zaffaroni, quien considera que la conducta distinta de la debida no opera como causa del resultado. Por ello, en la omisión no se requiere un nexo de causación, sino un nexo de evitación.⁽³⁵⁾ En esa inteligencia, no obstante, estimo valiosa la crítica de algún autor⁽³⁶⁾ a la distinción entre causa y condición propuesta por Hutchinson —en su voto en la causa “Sykes”—⁽³⁷⁾ cuando afirma que “en caso de que haya omisión de la accionada, ella será condición y no causa del daño. Condición porque es un evento que no ocurrió, y que si hubiera ocurrido hubiera impedido el resultado lesivo; para que sea causa tiene que ser un factor que genere el daño”. Es que, dicho en otros términos, la omisión antijurídica no causa el daño sino que no lo evita o impide. Por tal motivo, para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por omisión debe, en este aspecto, existir una relación de potencialidad determinante impeditiva: esto es, el vínculo entre la inactividad y el daño debe ser capaz, en potencia, de evitar este si aquella no hubiera tenido lugar. Es determinante porque, si hubiera acontecido, necesariamente se habría obstado total o parcialmente la consumación del resultado lesivo.

Por lo demás, la relación de causalidad debería ser, en términos de la CSJN, directa e inmediata⁽³⁸⁾ aunque no, a mi juicio y contrariamente a lo

(35) MUÑOZ, GUILLERMO, “La responsabilidad del Estado por omisión”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 92.

(36) HUICI, HÉCTOR, “La responsabilidad del Estado por omisión”, en *LL*, 06/09/1993, p. 2.

(37) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, “Sykes, Violeta y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/cobro de dólares”, 02/07/1985.

(38) No obstante, como destaca Cassagne, “... la Corte no ha seguido en este punto una línea uniforme ya que, mientras por una parte ha exigido que la conexión causal fuera adecuada en otros casos, consideró que debía ser directa o inmediata conforme a la tendencia de la mayor parte de la jurisprudencia española...”. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, 2011, 10ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 462. En el mismo sentido, Perrino aclara que “... la Corte Suprema nacional al pronunciarse en pleitos de responsabilidad pública ha utilizado una terminología no siempre uniforme para calificar las condiciones que debe asumir el nexo causal para dar lugar al resarcimiento. Así, mientras que en algunos precedentes expresó que aquél debía ser adecuado (Fallos: 308:2095 y 315:2319, disidencia de los Dres. Barra y Fayt), en otros expresó que debía ser directo e inmediato (Fallos: 312:1656 y Fallos: 317:1531) o relevante (Causa G.251XXIII, “Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional, Policía Federal, s/juicio de conocimiento”, sent. del 30/06/1998)”. PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración...”, *op. cit.*, p. 7.

resuelto por el más Alto Tribunal en algunos pronunciamientos⁽³⁹⁾ y ahora exigido por la nueva ley,⁽⁴⁰⁾ exclusiva.

En lo personal, y sin perjuicio de que el debate sobre el punto excedería los márgenes de este trabajo, adelanto que no comparto la idea de exigir la exclusividad en la relación causal para condenar al Estado en supuestos de responsabilidad por su actividad legítima. En esta línea, no se llega a comprender cuáles son las razones que minan el fundamento de la responsabilidad estatal para reparar aquella porción del daño atribuible al Estado y en la que el particular no tuvo interferencia. Es decir, los mismos argumentos que llevan a indemnizar al particular en los eventos de exclusiva responsabilidad estatal —sin concausas— por actividad legítima son los que imponen idéntico temperamento respecto del porcentaje de los perjuicios generados de esa forma. En suma, habría que, en mi entender, graduar la responsabilidad pero no excluirla, en función de la injerencia del administrado o de cualquier otro hecho eximente parcial de responsabilidad patrimonial.

Quizá podría argumentarse para exigir la exclusividad en la relación causal la necesidad de extremar los requisitos o la rigurosidad para la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Pero, como exponía mi padre —opinión a la que adhiero—,

... no existe razón para extremar en el caso la valoración de la causalidad, pues en el derecho administrativo a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino, simplemente, una alternativa normal en el contenido de las competencias del Estado. La presunta severidad del derecho administrativo no debería hallar, al menos aquí, un ejemplo.⁽⁴¹⁾

(39) CSJN, "Revestek..." fallo cit.; "Ledesma SA Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (Ministerio de Economía) s/ nulidad de resolución", 31/10/1989, consid. 16, Fallos: 312:2022. De todos modos, destaco que en causas vinculadas con la responsabilidad de Estado por omisión antijurídica, la Corte hizo lugar a pretensiones indemnizatorias sin atender al requisito de la exclusividad en la relación causal (CSJN, "Badín, Rubén y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", 19/10/1995, Fallos: 318:2002; "Pose, José Daniel c/ Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios", 01/12/1992, Fallos: 315:2834, entre otros).

(40) En efecto, el art. 4º, inc. c, impone como requisito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, la "relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño" (el subrayado es propio). Por mi lado, no participo de la idea de exigir la "exclusividad" en la relación causal.

(41) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1522). En igual sentido, PERRINO, PABLO, "Responsabilidad por actividad estatal

En tercer término, debe ser factible imputar jurídicamente el daño al Estado.⁽⁴²⁾ Así lo impone, también, el art. 4º, inc. b, ley 26.944 cuando —aunque aludiendo obviamente a la responsabilidad estatal por su “actividad legítima”—, menciona como requisito la “imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal”.

En cuarto lugar, debe mediar, en el decir de la CSJN, la ausencia del deber jurídico de soportar el daño⁽⁴³⁾ o, más propiamente —como enseñaba mi padre—⁽⁴⁴⁾ la obligación de soportar la conducta o, en este caso, la omisión dañosa. En la nueva ley, al regular la responsabilidad estatal por actividad legítima, se alude como requisito a la “ausencia de deber jurídico de soportar el daño” (art. 4º, inc. d, ley 26.944).

En quinto término se menciona el sacrificio especial,⁽⁴⁵⁾ en el sentido de que el daño para ser indemnizado debe ser sufrido por una persona en particular o un número determinado de ellas. Aquí, una vez más, sigo a mi

legítima. Proyecto..., *op. cit.* En contra de nuestra postura y a favor de la exigencia de la exclusividad en la relación causal, TAWIL, GUIDO, “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado”, en LL, 1991-D, pp. 371/372; MARSILI, NATALIA E., *Responsabilidad del Estado por omisión*, Colección *Thesis*, Bs. As., RAP, 2009, p. 31.

(42) CSJN, “Columbia SA. de Ahorro...”, fallo cit; “Tejedurías Magallanes SA...” fallo cit. En este sentido, se sostiene que “... la imputabilidad deriva, en el caso, de la aplicación de la teoría orgánica, cuyos límites no presentan, en la materia, singularidad que la distinga de la exigencia general dada por la reconocibilidad exterior del acto como proveniente del Estado”. COMADIRA, J. RODOLFO, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el Derecho Público”, en *La responsabilidad del Estado*. XXX *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, Bs. As., 2005, n° 326, p. 566).

(43) CSJN, “Columbia SA de Ahorro...”, fallo cit.

(44) En concreto, postulaba que “... si por daño entendemos el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria —como lo define el Código Civil en el art. 1068—, no es dudoso que él no debe ser soportado por el particular tampoco en la responsabilidad por actividad ilícita; y, siendo así, no se comprende, entonces, por qué se enuncia esta circunstancia como elemento propio de la responsabilidad por actividad lícita. Lo que sucede, en nuestra opinión, es que el concepto que debe ser aprehendido no es, en realidad, el del deber de soportar el daño —en el sentido indicado— sino, en todo caso, el de la obligación de soportar, o no, la conducta dañosa, es decir, el acto, omisión o hecho generador del perjuicio. No se debe confundir la conducta que origina el daño con el daño mismo... Por lo dicho, en el supuesto de la responsabilidad derivada de actuación ilícita, debería consignarse como presupuesto comprendido en la antijuridicidad la inexistencia del deber de soportar la conducta dañosa, mientras que en el caso de la responsabilidad por actividad lícita, correspondería enunciar, por el contrario, la obligación de soportar aquella conducta”. COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, *op. cit.*, t. II, p. 1523; y antes, en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 375.

(45) CSJN, “Malma Trading SRL...”, fallo cit; “Columbia SA de Ahorro...”, fallo cit. Ver, asimismo, la opinión contraria de Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, *op. cit.*, t. IV, pp. 753 y 793 y ss.

padre y entiendo que el sacrificio especial se refiere a la irrazonabilidad que se generaría si no se indemnizara el perjuicio, valorada esa irrazonabilidad en relación con las exigencias de sacrificios igualitarios impuestos por la vida en comunidad.⁽⁴⁶⁾ La Ley 26.944 recepta este requisito en el inc. e del art. 4º, exigiendo un “sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

A los recaudos anteriores, que por lo general la doctrina y la jurisprudencia califican como necesarios para que sea procedente la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, habría que añadir, en nuestro caso, la comprobación de que era fácticamente posible realizar la conducta omitida. En efecto, ya en el campo de la omisión antijurídica, la responsabilidad del Estado cede ante la imposibilidad material de ejecutar la conducta omitida.⁽⁴⁷⁾

(46) Sostenía mi padre: “Desde nuestro punto de vista, el recaudo en examen se debería referir a la razonabilidad del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquél guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad. A la luz de esta perspectiva, la reparación no procedería cuando el perjuicio fuera consecuencia normal y necesaria de la actividad lícita desarrollada; por eso bien se dice que la ‘especialidad’ del daño se debe referir al sufrimiento del perjuicio de manera desigual y desproporcionada respecto del conjunto social. En definitiva, el daño se deberá indemnizar si él, por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualmente a raíz de la vida en comunidad. El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede conducir, sin embargo, a garantizar la obtención de ventajas económicas conjeturales ni a la neutralización de la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales. Claro está que la valoración de la existencia del sacrificio indemnizable se debe considerar predeterminada cuando la ley impone la indemnización excluyendo, en esos casos y en ese aspecto, la valoración judicial, como ocurre con la expropiación (arts. 10 y ss., ley 21.499) y la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 LNPA), sin perjuicio de los límites que la propia legislación impone. COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1523; y antes, COMADIRA, J. RODOLFO, “La responsabilidad...”, op. cit., p. 567.

(47) En este sentido, PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración...”, op. cit., p. 6; MUÑOZ, GUILLERMO, “La Responsabilidad del Estado...”, op. cit., p. 95; GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad...*, op. cit., p. 101 y ss. Por su parte, Cuadros formula un planteo interesante sobre el punto que coincide, a mi juicio, solo parcialmente con la idea que aquí se propone. En efecto, postula que “... siguiendo un criterio objetivo ecléctico, es posible estimar que un *plafond* válido de acotamiento de la imputación de daños al Estado en el caso de las omisiones provenientes del incumplimiento de deberes normativos genéricos surge de la distinción entre el incumplimiento de principios normativos, que en su condición de mandatos de optimización, permiten amoldar la indemnización debida a los estándares de rendimiento promedio del servicio y las posibilidades presupuestarias del Estado; y el incumplimiento de las reglas que, según su aplicación al todo o nada, obligan siempre a su fiel cumplimiento por parte del Estado”. CUADROS, OSCAR A., *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, pp. 277/278.

Tal limitación, a mi juicio, encontraría sustento positivo en el art. 75, inc. 22 CN, que otorgó jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos. Entre estos, en primer lugar, menciono al Pacto de San José de Costa Rica que, en su art. 26, ubicado en el Capítulo III relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, dispone, al tratar del “desarrollo progresivo”, que

... los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios judiciales.

Por otro lado, y, más específicamente en materia de salud es posible citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dispone que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI). Asimismo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se menciona que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad” (art. 22). En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12). De esta forma, entonces, adquiere rango constitucional, en mi entender, el principio de la imposibilidad fáctica como limitante de lo jurídico en la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión. Y, en las hipótesis de responsabilidad por omisión lícita, también debería obstar a la reparación tal circunstancia. No obstante, no hay ninguna referencia en la Ley de Responsabilidad del Estado a esta limitación, a pesar de lo cual la consideramos plenamente vigente pues posee, como intento fundamentar, raigambre constitucional.

En relación con la cuestión del *quantum* de la indemnización, se reproduce, aquí, el debate planteado en torno a la procedencia de incluir, o no, el lucro cesante en la reparación cuando ésta es debida por el Estado a causa de su accionar lícito. Por mi parte, comparto la idea —y con más fuerza en las hipótesis que estamos analizando— que tiene plena vigencia el concepto legal expropiatorio cuya fuerza expansiva lleva a excluir, en principio, el lucro cesante.⁽⁴⁸⁾ En la actualidad, esta es la solución adoptada por la ley 26.944 cuando en su art. 5° expresamente prevé al regular la responsabilidad del Estado por su actividad lícita que "... en ningún caso procede la reparación del lucro cesante".⁽⁴⁹⁾

7. Reflexiones finales

En definitiva, creo que el debate sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita aún no puede considerarse cerrado. Las dudas que brevemente he intentado esbozar me convencen de que la cuestión merece, al menos, un replanteo. Queda abierto, así, el camino para buscar en

(48) Al respecto, ver COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1525 y, en particular, el segundo estudio complementario al Capítulo XXII en la misma obra y tomo, "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en p. 1589 y ss. (antes publicado en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Cap. XV); MARIENHOFF, "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", en ED 114-949; "Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública y distinción de las obligaciones como de medio o de resultado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", en ED 157-749; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", en LL 1993-E-912. No obstante, la Corte ha admitido la posibilidad de la indemnización plena —contrariamente a lo sostenido en el texto— en los casos de responsabilidad por actividad lícita o legítima en la causa "El Jacarandá", en al que se había revocado la adjudicación de una licencia (CSJN, "El Jacarandá S.A...", fallo cit.), y, más cerca en el tiempo, en "Zonas Francas Santa Cruz SA", como consecuencia de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de un decreto que había establecido un determinado régimen jurídico (CSJN, 09/06/2009, "Zonas Francas Santa Cruz SA c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/daños y perjuicios", Fallos: 332:1367). Y, aún en fecha más próxima, mantiene el criterio en "Malma Trading SRL...", fallo cit. Sobre este tema, se puede ver la obra de COLOMBRES GARMENDIA, GONZALO, *Procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, RAP, Bs. As., 2009.

(49) Y añade el mismo artículo —que en su inicio precisa que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional— que "... la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

este tema el tan ansiado equilibrio entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los particulares que integran el actual régimen exorbitante del derecho administrativo, concibiendo a aquellas, como proponía mi padre,⁽⁵⁰⁾ desde una perspectiva servicial y, a estas últimas —las garantías— desde una visión solidaria. Se trata, en el fondo, de abordar esta cuestión defendiendo el poder al servicio de la libertad y a esta última en un marco de justicia y solidaridad social.

Y, desde esa visión, creo que es necesario, en determinados supuestos, admitir la responsabilidad del Estado por sus omisiones lícitas, superando incluso la literalidad de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, para evitar así soluciones contrarias a sólidos fundamentos constitucionales.



(50) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. I, p. 15 y ss. (antes, en COMADIRA, J. RODOLFO, "Nota introductoria", en T. R. Fernández, *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, Bs. As., La Ley, 2002, p. X; y COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 752 y ss.). Ver también el meduloso trabajo de IVANEGA, MIRIAM, *Reflexiones acerca del Derecho Administrativo y el régimen exorbitante del Derecho Privado*, RAP 323:9.

Responsabilidad del Estado y del prestador de los servicios públicos

ALESSANDRA MINNICELLI y GABRIELA STORTONI

“Siempre se habló en la Argentina de un Estado de derecho; yo quiero hablar de un Estado constitucional, social, democrático y de derecho, porque en definitiva, sin sociedad y sin democracia nunca puede haber derecho. Esto es clave y además, ese derecho tiene que reflejar los problemas cotidianos que tiene la sociedad”

**Presidenta de la Nación Cristina Fernández de Kirchner,
marzo de 2012**



1. Introducción: propósito de este artículo

Como concreción cabal del mensaje de elevación y las palabras de la Presidenta de la Nación citadas en el epígrafe, la Ley de Responsabilidad del Estado es la prueba más irrefutable de la vocación de consolidar uno de los principios cardinales que actualmente fundamentan al Estado constitucional, social, democrático y de derecho vigente en la República Argentina, como emblema esencial de una democracia social, donde el Estado se encuentre al servicio del pueblo, respondiendo y haciendo responder en aquellos casos en los que se genera un daño o donde es necesaria una acción positiva concreta para eliminar una asimetría.

Resulta incuestionable el interés que exhibe el tema, que se erige como uno de los cimientos del Estado de derecho: no solo lleva implícito el principio de separación de poderes, sino también el reconocimiento y, lo que

es más importante aún, la protección de los derechos fundamentales de las personas que nuestra Constitución reconoce como derechos humanos y recepta de los convenios internacionales.

Por eso creemos que la regulación de la responsabilidad de Estado consagrada por la ley 26.944 representa un verdadero hito en la historia jurídica del país en tanto permite eliminar, de una vez y para siempre, un sistema de anomia que encontró soluciones coyunturales en una jurisprudencia llamada a transformarse en ley formal y material.

Así que, dentro de ese contexto, analizamos en este artículo los alcances de la responsabilidad del prestador de los servicios públicos y del Estado, regulado en el art. 6° de la norma citada, y su correspondencia con los precedentes elaborados por la jurisprudencia preopinante en la materia.

2. Orígenes y fundamento de la Responsabilidad del Estado

La obligación de responder se encuentra claramente receptada en nuestra Constitución en la tutela del derecho de la propiedad (art. 17 CN); de la igualdad en general y ante las cargas públicas (art. 16 CN); del principio de proporcionalidad (art. 28); entre otros derechos que se han consagrado, a su vez, con una dimensión trasnacional en los regímenes de los tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporados en el art. 75, inc. 22 CN.

Ya en el terreno del derecho público, el fundamento sobre el deber de responder del Estado lo encontramos en el *arret* "La Fleurette", resuelto por el Consejo de Estado Francés el 14/06/1938, donde se estableció que correspondía al Estado asumir las consecuencias que origine un daño diferencial, aun cuando no le fuera imputable, porque ni en el texto mismo de la ley o en sus antecedentes, ni en las mismas circunstancias del asunto, se encuentran elementos que permitan pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbía normalmente; esta carga, que fue creada dentro del contexto general, debe ser soportada por la colectividad.

Bajo este prisma, el Estado, entonces, va a asumir no solo la responsabilidad cuando le es imputable el acto, hecho u omisión, generador del daño —sea este ilegítimo o legítimo—, sino aun cuando se pretenda la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño

que es desigual, lo que obliga al Estado a su resarcimiento, no por el daño causado, sino por la alteración del principio de igualdad.

Volveremos luego sobre este alcance que pareciera ser un punto de inflexión en la responsabilidad del Estado, por un lado, y en la eficacia en el cumplimiento de las obligaciones del administrado, por el otro.

Ahora bien, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado ha sido una tarea de ardua labor a cargo de la CSJN.

En principio, como ocurrió en el derecho continental europeo, del cual abrevara nuestro sistema jurídico administrativo, con fundamento en el viejo art. 43 CC —anterior a la reforma de 1968— se estableció el principio de irresponsabilidad e indemandabilidad del Estado,⁽¹⁾ ya que no se podía demandar a las personas jurídicas, ni criminal ni civilmente. Aquellos que quisieran demandar al Estado tenían que pedir un permiso especial al Congreso (venia legislativa) para poder hacerlo.

Es así cómo aparecen, como justificativos, los denominados “actos de imperio y de gestión”, y la teoría de la doble personalidad del Estado, los cuales, en conjunto, permitían someter a juicio las cuestiones calificadas como “civiles” donde el Estado era parte, diferenciándolas de aquellas que eran actos de imperio, obligando en este caso a tramitar una excepción legal para proceder a su demanda.

Y casi como una rémora del viejo eslogan inglés “*the king can do not wrong*”, y trasvasado a nuestras pampas hispánicas, si finalmente se

(1) Fiorini sostuvo que el problema de la demandabilidad del Estado en nuestro país estaba resuelto en la propia Constitución Nacional al establecer que “corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de (...) **los asuntos en que la Nación es parte** (...) Este principio tan simple y tan claro ha sido omitido en muchas constituciones europeas y americanas, creando una ardua labor entre los juristas para poder ubicar jurídicamente al Estado como sujeto en el debate litigioso. Todos los prejuicios que crean las confusas ideas sobre el Estado soberano: poder público, poder estatal, etc., concurren para crear esas dificultades. La simple expresión de nuestro art. 100 nos ha salvado de largas desazones teóricas; y también del reino arbitrario de un poder sin límites ni posibilidad de enjuiciamiento judicial (...) Los constituyentes norteamericanos no fueron tan categóricos como los padres históricos de nuestra Constitución”. Pero si el principio de la demandabilidad del Estado surge en forma tan plena del art. 100 de la Constitución Nacional, no puede decirse lo mismo sobre el carácter jurídico que le corresponde en ese reconocimiento. La Constitución reconoce a la Nación como parte en un juicio, pero las discusiones se refieren a cómo y cuándo puede ser demandable. Ver FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968.

enjuiciaba al Estado, era el Fisco el que estaba en el banquillo de los acusados, no el poder público.

El 27 de septiembre del año 1900 se sanciona la ley 3952, denominada "Demandas contra la Nación", que morigera *prima facie* el requisito de la venia legislativa, sustituyéndolo por el de la previa reclamación administrativa.⁽²⁾ La aplicación de la norma, tratándose de la Nación como persona privada, permitía la promoción del enjuiciamiento ante los tribunales, previa reclamación administrativa; mientras que si se trataba de la Nación como persona pública, debía cumplirse, además del recaudo de la reclamación administrativa, el acto de conformidad del legislador para poder demandarla ante los estrados judiciales. La jurisprudencia sobre la ley 3952 fue muy restrictiva sobre las llamadas "actividades privadas de la Nación", que se distinguían con la denominación de "cuestiones civiles". Ni la doctrina ni la jurisprudencia fueron muy felices en la caracterización de esta clase de actividades. Contra esta limitación se sancionó, en el mes de octubre de 1932, la modificación legislativa número 11.634, que rectificó el artículo primero de la ley 3952 y quedó totalmente suprimido el recaudo de la venia legislativa para demandar a la Nación.

Luego, la CSJN va avanzar en reconocimiento de la responsabilidad del Estado, con alcance subjetivo, en el célebre caso "Tomás Devoto".⁽³⁾ El fundamento de la responsabilidad va a estar dado, por un lado, por la imputación de daño al empleado o dependiente (art. 1109 CC) y el deber de responder del Estado fundado en la responsabilidad del dueño por sus dependientes (art. 1113 CC). Esta pauta fue ratificada luego en la causa "Ferrocarril Oeste".⁽⁴⁾

Finalmente, en el año 1984, en el caso "Vadell",⁽⁵⁾ la CSJN va a reconocer la responsabilidad del Estado, en forma directa, por aplicación del

(2) Con mucha crítica por cierto, ya que la disposición constitucional que permitía el enjuiciamiento de la Nación por sus actos, al ser reglamentada por la citada ley 3952, va a sostener la orientación francesa sobre los actos de la administración pública en actos "*juri gestionis*" y actos "*juri imperii*", que tenían origen en normas extrañas a nuestro acervo jurídico.

(3) CSJN, Fallos: 169:111, 22/09/1933.

(4) CSJN, Fallos: 182:5, 03/10/1938.

(5) CSJN, "Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia s/ Indemnización", 18/12/1984, Fallos: 300:2036. En los hechos, Jorge Fernando Vadell entabla una demanda contra la Provincia de Buenos Aires para que se la condene a pagar las sumas que se vea obligada a

art. 1112 CC. Sostuvo nuestro Máximo Tribunal que: “[la] idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad ‘por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas’”. Como dice Gordillo, en este pronunciamiento, la Corte, por aplicación de la teoría del órgano, cambia su criterio anterior respecto de la imputación en materia de responsabilidad del Estado, pasando así de una imputación indirecta (art. 1113 CC) a una imputación directa.⁽⁶⁾

Por otra parte, también en materia de actos lícitos se va a reconocer la responsabilidad del Estado, primero aplicando reglas del derecho privado en la causa “Cantón”⁽⁷⁾ y, luego, mediante la creación de reglas propias de derecho público.

En efecto, a partir del Caso “Tejedurías Magallanes”⁽⁸⁾ y luego con “Columbia” los requisitos de reconocimiento de la responsabilidad del Estado van a estar edificados en torno a los principios y reglas de derecho público, donde la presencia del interés público y el sacrificio especial que irroge la medida van a ser dos de los determinantes del deber de responder.⁽⁹⁾

resarcir a favor de Miguel García Gómez, en virtud del juicio que este último le sigue. Responsabiliza a la demandada por los daños y perjuicios ocasionados por los errores registrales de dominio llevados a cabo por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, como así también a los escribanos intervinientes, a los que califica como funcionarios públicos dependientes del Estado Provincial.

(6) GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Bs. As., FDA, 2014, Cap. XII, p. 4.

(7) CSJN, Fallos: 301:408, 15/05/1979. Se resolvió ante el cambio de legislación que afectaba a un contrato de compraventa internacional que había generado daños al actor, por los cuales el Estado debe responder objetivamente e indemnizar por actos lícitos.

(8) CSJN, “Tejedurías Magallanes SA c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/09/1989, Fallos: 312:345.

(9) CSJN, “Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”, 19/05/1992. Del considerando 7° del precedente mencionado surgen los cinco extremos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Así, la Corte sostuvo que: “el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y, obviamente, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada. A los cuales cabe añadir, atendiendo a la particular relación que en el caso vincula a las partes, la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado, como así también la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño”.

La adopción de reglas propias del derecho público también va a receptarse en relación a los alcances de la indemnización por responsabilidad por actividad lícita en autos "Motor Once",⁽¹⁰⁾ donde el Tribunal sostuvo que:

... del examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación discutida en autos (autorización municipal para construir un edificio en torre y una estación de servicios con venta de combustible en el predio, luego revocada), conduce irremediablemente a encontrar la solución en la ley nacional de expropiaciones 21.499 (Adla, XXXVII-A, 84), es decir, en la norma legal típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija; pues sin esas intromisiones, el Estado no es capaz de cumplir sus funciones. Ello así, por cuanto la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando, conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos. La solución solo puede deducirse de los principios del derecho público.

3. La Ley de Responsabilidad del Estado como causa típica de derecho público, y por ende, cuestión de regulación local regida por el derecho administrativo

El 2 de julio de 2014, bajo el número 26.944, se dicta la Ley de Responsabilidad del Estado, primera en su género en nuestro país como producto de la aplicación de los principios de derecho público.

Lo había dicho el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC), sancionado por ley 26.994, al establecer en el art. 1264 que "Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" y, por si cabía alguna duda, el art. 1265 CCyC reafirma que: "La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

(10) CSJN, "Motor Once, SA c/ Municipalidad de Buenos Aires", 09/05/1989, en LL, 1989-D, p. 25, con nota de Macarel.

Por ende, ya no pueden existir dudas de que la materia es de derecho público y, por ende, la regulación debe estar a cargo de la legislatura local, ya sea federal o provincial.

Esta claridad de separación de regulaciones de las relaciones regidas por el derecho público y las regidas por el derecho común fue una de las grandes críticas que se erigieron contra Vélez Sarsfield. Decía en tal sentido la profesora Reiriz que Vélez Sarsfield no advirtió que el Congreso Nacional carecía de competencias delegadas por las provincias para regular cuestiones de derecho administrativo, y aun si pudiese hacerlo respecto del Estado nacional, resulta metodológicamente incorrecto incluir estas normas federales en un corpus de derecho común.⁽¹¹⁾

En el ámbito de la jurisprudencia, la CSJN en el caso “Barreto”⁽¹²⁾ establece que era necesario acudir al derecho público local para determinar la irregularidad en el cumplimiento de las funciones que tienen a su cargo los funcionarios y órganos provinciales, lo cual pone en juego la autonomía provincial, a pesar de que la norma en que se sustenta la responsabilidad de la Provincia se encuentra en el Código Civil.

En efecto, allí se estableció en los procedimientos que:

... a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la Constitución Nacional (Fallos: 180:87; 187:436; 311:1597,

(11) REIRIZ, M. GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, en *El derecho administrativo argentino hoy*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1996, pp. 220/229. A mayor abundamiento puede consultarse GAMBIER, BELTRÁN y PERRINO, PABLO E., “Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado”, en *JA*, 1996, IV, p. 793.

(12) CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Daños y perjuicios”, 21/03/2006. Los actores promovieron una demanda contra la Provincia de Buenos Aires y un miembro de la policía provincial, en jurisdicción originaria de la Corte. La pretensión perseguía obtener una indemnización de los daños y perjuicios sufridos a raíz de la muerte de su hija, con fundamento en el art. 1112 CC. Los actores sostuvieron la configuración de una “falta de servicio” consistente en el comportamiento irregular del personal de la policía de la Provincia en la realización de la tarea de prevención de delitos.

entre otros) ⁽¹³⁾ [dado que] se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado.⁽¹⁴⁾

Esta postura fue completada en un fallo posterior de la Corte Suprema, dictado en la causa “Securfin SA c/ Santa Fe, Provincia de s/ Daños y perjuicios”⁽¹⁵⁾ en el que se estableció que la responsabilidad de la provincia demandada por los daños generados por errores cometidos por su Registro de la Propiedad Inmueble, “... es una materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo

(13) CSJN, “Barreto”, fallo cit., considerando 8°.

(14) *Ibid.*, considerando 10, con cita de MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 2ª ed. actualizada, Bs. As., AbeledoPerrot, pp. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Manual de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, 1968, Primera Parte, capítulo IV, pp. 82/83 y Segunda Parte, capítulo I, pp. 1103, 1112, 1113, 1131; FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 427.

(15) CSJN, “Securfin SA c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 17/07/2007, Fallos: 330:3447. A su vez, esta doctrina ha sido reiterada por el Tribunal en causas en las que se atribuye responsabilidad extracontractual al Estado local por los daños y perjuicios causados por la inundación de campos originada en obras públicas realizadas por la provincia (“Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ Daños y perjuicios”, 09/05/2006, Z.110.XLI); por el ejercicio de funciones administrativas (“Krinsky, Dina Ruth c/ Río Negro, Provincia de s/ Daños y perjuicios”, 16/05/2006, K.363.XL) y jurisdiccionales (“Contreras”, Fallos: 329:1311); por el ejercicio del poder de policía de seguridad (“Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra (Provincia de Buenos Aires) s/ Daños y perjuicios”, 30/05/2006, A.820.XXXIX); de salud (“Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios”, 11/07/2006, L.171.XLI) y ambiental (“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y perjuicios [daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo]”, 20/06/2006, M.1569.XL); y, por último, por los servicios penitenciarios locales (“Blackie, Paula Yanina y otros c/ Córdoba, Provincia de s/ Daños y perjuicios”, 08/08/2006, B.798.XXXVI).

de los gobiernos locales”,⁽¹⁶⁾ toda vez que para la resolución del pleito se requiere el:

... estudio del régimen jurídico administrativo local que determina la organización, funcionamiento y sedes territoriales de registros de la propiedad, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades (leyes 4484, 6435 y su reglamentación, entre otras), interpretando aquel ordenamiento en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (considerando 11 del precedente Barreto (Fallos: 329:759 y sus citas)).⁽¹⁷⁾

Respecto de lo resuelto por la CSJN, ha opinado Cassagne que:

... dicho criterio resulta correcto cualquiera fuera la naturaleza de la norma o principio aplicable. Pues, tanto si se siguiera la tesis que sostiene que las normas sobre responsabilidad constituyen principios generales que rigen por igual en todas las ramas del derecho como si se postulara que se trata de preceptos de naturaleza civil que se aplican en forma subsidiaria o analógica al derecho público o bien, que se trata de una norma de derecho público que reenvía al derecho local, la conclusión sería la misma: no se trata de una causa civil sino de una causa de derecho público, en este caso local.⁽¹⁸⁾

De esta manera, de la misma forma que las provincias dictan las normas sobre las materias propias del derecho administrativo en su ámbito territorial —regulando, entre otros temas, el empleo público, la organización estatal, la administración financiera del Estado, los procedimientos y el proceso contencioso administrativo, las contrataciones estatales, etc.—, tiene la potestad también de regular la responsabilidad del Estado.

(16) CSJN, Fallos: 330:3447, considerando 6°.

(17) CSJN, Fallos: 330:3447, considerando 7°.

(18) CASSAGNE, JUAN C., “Nuevos criterios en la jurisprudencia de la corte sobre cuestiones de derecho administrativo”, en *LL*, 2007-B, p. 1293.

Desde el punto de vista constitucional, el principio de responsabilidad del Estado que corresponde a lo local aparece recogido; prueba de ello son las varias constituciones que lo contienen.

Así, reconoce en forma expresa la responsabilidad del Estado la Provincia de Catamarca que en el art. 48 establece: "No obstante la responsabilidad personal del agente, la Provincia responde subsidiariamente por el daño civil ocasionado por sus empleados y funcionarios en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado". En el mismo sentido, el art. 14 de la Provincia de Córdoba reza:

Todos los funcionarios públicos, aún el Interventor Federal, prestan juramento de cumplir esta Constitución y son responsables civil, penal, administrativa y políticamente. Al asumir y cesar en sus cargos deben efectuar declaración patrimonial conforme a la ley. El Estado es responsable por los daños que causan los hechos y actos producidos por todos sus funcionarios y agentes.

La provincia del Chaco, por su parte, contiene una regulación de la responsabilidad estatal detallada y contenedora incluso de aspectos procesales en su art. 76:

La Provincia y sus agentes son responsables del daño que estos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, a menos que los actos que lo motiven hubieren sido ejecutados fuera de sus atribuciones, en cuyo caso, la responsabilidad será exclusiva del o los agentes que hubieren originado el daño. La Provincia podrá ser demandada sin necesidad de autorización ni reclamos previos. Si fuere condenada a pagar sumas de dinero, sus rentas no podrán ser embargadas a menos que la Legislatura no hubiere arbitrado los medios para efectivizar el pago durante el período de sesiones inmediato a la fecha en que la sentencia condenatoria quedara firme. Los bienes afectados a servicios públicos, en ningún caso podrán ser embargados. La ley no podrá disponer quitas, esperas, remisión o pagos que no fueren con moneda de curso legal, de deudas por daños a la vida, la salud o la moral de las personas, indemnizaciones por expropiación y remuneraciones de sus agentes y funcionarios. El Estado Provincial, demandado por hechos de

sus agentes, deberá recabar la citación a juicio de estos para integrar la relación procesal, a efectos de determinar las responsabilidades que les competan. El funcionario o representante que omitiere tal citación responderá personalmente por los perjuicios causados, sin menoscabo de las sanciones que les pudieren corresponder.

En el mismo sentido, encontramos también a las constituciones de Chubut,⁽¹⁹⁾ Jujuy,⁽²⁰⁾ Misiones,⁽²¹⁾ Salta⁽²²⁾ y Santiago del Estero.⁽²³⁾

(19) Art. 69 de la Constitución de la Provincia de Chubut: "Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya irrogado. El Estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex-funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición".

(20) Art. 10 de la Constitución de la Provincia de Jujuy: "Responsabilidad del Estado y de sus agentes. 1º.- Toda persona que ejerce cargo público es responsable de sus actos conforme a las disposiciones de esta Constitución y la ley. 2º.- El Estado responde por el daño civil ocasionado por sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado, sin perjuicio de la obligación de reintegro por parte del causante". Art. 11: "Demandas contra el Estado. 1º.- El Estado puede ser demandado ante la Justicia pero no podrá disponerse medida cautelar alguna sobre sus bienes o rentas, salvo que estos hubieren sido afectados especialmente al cumplimiento de una obligación. 2º.- Cuando el Estado fuere condenado al pago de una deuda, la sentencia podrá ser ejecutada y embargada sus rentas luego de transcurridos tres meses desde que aquella quedare firme y ejecutoriada".

(21) Art. 80 de la Constitución de la Provincia de Misiones: "La Provincia y sus agentes son responsables del daño que estos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones".

(22) Art. 5º de la Constitución de la Provincia de Salta: "Responsabilidad del Estado. El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales. El Estado Provincial es plenamente justiciable sin necesidad de autorización previa, en los términos de las leyes pertinentes. Los embargos no pueden recaer sobre los bienes afectados a la función asistencial del Estado ni exceder el veinticinco por ciento de los recursos ordinarios".

(23) Art. 11 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero: "Responsabilidad del Estado. La Provincia y los municipios como personas de derecho carecen de todo privilegio especial. Pueden ser demandados ante los Tribunales Ordinarios y, al efecto, será suficiente que los interesados acrediten haber agotado la vía administrativa, siéndole desconocido o negado el derecho invocado, o que, transcurridos tres meses después de la iniciación de dicha vía, no se hubiere dictado resolución. Cumplidos estos requisitos, quedará expedita la vía judicial sin que sea menester autorización alguna ni otra formalidad previa.

Si hubiere condenación a pagar sumas de dinero, no podrá hacerse ejecución ni trabarse embargo de sus bienes o rentas, debiendo en tal caso la Legislatura o Concejo Deliberante, en

Incluso en el caso de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz, el empleado o funcionario imputado de un delito tiene obligación legal de querellar para vindicarse.⁽²⁴⁾

Por otro lado, encontramos aquellas constituciones locales que mencionan expresamente solo la responsabilidad de sus funcionarios públicos, como es el caso de Mendoza,⁽²⁵⁾ Neuquén,⁽²⁶⁾ Entre Ríos,⁽²⁷⁾ Corrientes⁽²⁸⁾ y tanto la Provincia⁽²⁹⁾ como la Ciudad de Buenos Aires.⁽³⁰⁾

el período de sesiones ordinarias inmediato al de la ejecutoria, arbitrar los recursos necesarios para el pago, cesando este beneficio si así no lo hiciere en el plazo de tres meses. Los embargos no podrán recaer sobre los bienes afectados a las funciones esenciales del Estado. Esta disposición se incluirá en todos los contratos en que sea parte el Estado provincial o municipal”.

(24) Art 35 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz: “Todo funcionario público o empleado de la administración a quien se le imputen delitos cometidos en el desempeño de sus funciones, está obligado a acusar para vindicarse bajo pena de destitución, y gozará del beneficio del proceso gratuito”.

(25) Art. 38 de la Constitución de la Provincia de Mendoza: “Todos los empleados públicos de la Provincia, no sujetos a juicio político, son enjuiciables ante los tribunales ordinarios, por delitos que cometan en el desempeño de sus funciones, sin necesidad de autorización previa, cualquiera que sea el delito que cometieren y sin que puedan excusarse de contestar o declinar jurisdicción, alegando órdenes o aprobación superior”.

(26) Art. 200 de la Constitución de la Provincia de Neuquén: “Las autoridades y los funcionarios y empleados municipales responden personalmente, no solo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también de los daños y perjuicios que provengan de la falta de cumplimiento de sus deberes”.

(27) Art. 44 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos: “Las atribuciones de los funcionarios y empleados de la Provincia, municipalidades y comunas están limitadas por la Ley Suprema de la Nación, por esta Constitución y por las leyes que en su virtud dicte la Legislatura. Los funcionarios y empleados son individualmente responsables de los daños causados a terceros o al Estado por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones. La Provincia no es responsable de los actos que los funcionarios y empleados practiquen fuera de sus atribuciones, salvo los casos que la ley determine”.

(28) Art. 16 de la Constitución de la Provincia de Corrientes: “Todos los funcionarios y empleados públicos son responsables en los casos y forma establecidos en esta Constitución y las leyes”.

(29) Art. 194 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables, no solo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes”.

(30) Art. 56 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales. Deben presentar una declaración jurada de bienes al momento de asumir el cargo y al tiempo de cesar”.

4. La regulación de la Ley de Responsabilidad del Estado y los servicios públicos privatizados⁽³¹⁾

La Ley de Responsabilidad del Estado regula la particular situación de los servicios públicos privatizados en su art. 6º, que dispone:

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

Veamos las primeras ideas que resultan del texto citado:

4.1. Interpretación restrictiva del alcance de la responsabilidad del Estado en materia de prestación de servicios públicos a cargo de terceros privados

El Estado no puede ser el escudo que cubra la responsabilidad por las irregularidades en la prestación de los servicios públicos, a cargo e imputables a terceros.

En otras palabras, siguiendo las reglas vertidas por la CSJN, podemos afirmar que:

... el Estado es responsable por omisión, si el daño fuese causado por inobservancia de su poder de policía,⁽³²⁾ por ejemplo; o por acción cuando el daño causado sea consecuencia de una orden de obligado cumplimiento dada por la administración; o en los casos de obras y suministros cuando sea consecuencia de la inobservancia de sus obligaciones concomitantes durante su desarrollo; o en los contratos en general cuando no hubiera ejercido el debido control sobre la actividad desplegada por el privado.

En forma conteste, sostiene Perrino que si el Estado está en su calidad de concedente, "no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los

(31) Vamos a utilizar el término "privatización" en sentido relativo, como la encomienda a privados de la gestión de los servicios públicos, incluyendo las figuras de concesión, licencia, permiso, pero donde la titularidad del servicio continúa o revierte al Estado.

(32) CSJN, "Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ Sumario", 28/04/1998.

perjuicios ocasionados por aquellos sujetos genéricamente denominados colaboradores externos de la Administración, tales como los contratistas y los prestadores de servicios públicos, cualquiera sea el título que ostenten”.⁽³³⁾

Eso sí, la norma parte de la base de que el Estado debe acreditar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, tanto las de gestión vinculadas a los procedimientos y procesos de selección del contratista o concesionario de servicio público y los recaudos vinculados a las garantías de ejecución, como las de control sobre el concesionario o contratista, de modo que el daño pueda ser, sin hesitación, imputado al sujeto privado, en forma exclusiva.

La regla general es, entonces, que el que presta el servicio —el concesionario— es responsable por los daños causados a terceros, o a sus bienes, por la ejecución de un servicio público, por el incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo y por todo aquello que haga a la ejecución del contrato celebrado con el cedente —el Estado—, pues para ello se fija el marco de la relación contractual y legal a la que se sujeta la prestación a su cargo.

En este sentido, al establecer el principio de responsabilidad del concesionario o prestador de servicios públicos, la ley viene a recordar la vigencia del riesgo y ventura que está en cabeza de aquellos, los cuales —libre y voluntariamente— se comprometen a la realización de un negocio privado con fines de lucro, en el marco del “core” propio de su actividad empresarial, que redundará, asimismo, en la satisfacción de una necesidad pública, y por la cual el Estado exige que la misma se realice de conformidad a las reglas establecidas en el contrato. En caso contrario, si existen situaciones que dificultan la ejecución, como un buen hombre de negocios y en este caso responsable de gestionar un servicio público, el empresario-concesionario o prestador deberá entonces anteponer su “responsabilidad” al rendimiento del negocio y tomar las precauciones para evitar todo daño a los usuarios.

(33) PERRINO, PABLO E., “Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, en *La Ley*, 18/06/2014; *La Ley*, 2014-C, p. 1078.

4.2. Los concesionarios o prestadores de los servicios públicos no son órganos del Estado (inaplicabilidad de la doctrina Vadell)

Como segunda aserción, del art. 6º resulta que las sociedades concesionarias o prestadoras de los servicios públicos no forman parte de la Administración Pública, es decir, no son órganos estatales y, por lo tanto, no se puede trasladar al Estado el daño que estos hayan cometido en el ejercicio de su actividad.

El concesionario o prestador del servicio no actúa como órgano de la Administración y, por lo tanto, su situación jurídica no puede equipararse a la del funcionario público.

Distinto es el supuesto de insolvencia o imposibilidad sobreviniente de afrontar el concesionario la indemnización debida, y en esto el Estado sí puede socorrer al usuario como sujeto damnificado y beneficiario último del servicio público; pero, téngase presente, ello nada tiene que ver con las reglas de imputación de responsabilidad, sino con la orientación y contenido de la acción estatal que se defina especialmente en estos casos en políticas públicas de asistencia que al respecto puedan dictarse.

No compartimos con Altamira Gigena que la situación pueda ser entendida como responsabilidad del Estado por omisión en el control de la empresa, ya que para que ello sea así deberá verificarse que efectivamente se incumplieron con los protocolos de control, pedidos de informes, etc.⁽³⁴⁾

4.3. Desplazamiento del Estado en los servicios privatizados: asunción de responsabilidades por parte de los sujetos privados

En los años 90 se habló hasta el hartazgo de la “despublicatio”⁽³⁵⁾ de las actividades otrora ejercidas por el Estado; del Estado mínimo o del

(34) Dice el autor que “en este supuesto hay evidentemente una responsabilidad del Ente de Control y, por ello, debe hacerse cargo de la parte de la condena que, debido a la insolvencia de la empresa concesionaria, no se ha podido cumplir. Hay responsabilidad estatal porque hay una omisión manifiesta del Órgano de Control, ya que no solo debe controlar que la empresa concesionaria realice el mantenimiento y la inversión que contractualmente le corresponde, sino también supervisar, o sea auditar permanentemente al concesionario para llegar a la conclusión de si está cumpliendo con todas sus obligaciones contractuales (pago de sueldos en tiempo y forma, de aportes jubilatorios, obra social, seguros al día, etc.), en ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., [en línea] <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>.

(35) BALLESTEROS FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Manual de Administración Local*, 5ª ed. ampliada y puesta al día a diciembre de 2005, con referencias al Anteproyecto de la Ley Básica del

principio de subsidiariedad por el cual solo se buscaba doctrinariamente reducir al Estado a un mero espectador de las fallas del mercado, el cual dejaba en manos de las empresas privadas la gestión de los servicios públicos.

Ello que fue siempre tan claro durante el cierre del siglo pasado, en los albores del actual siglo XXI, y frente al colapso de las empresa privatizadas —que, luego de haber obtenido ingentes ganancias, se ampararon en las espaldas del Estado para solicitar subsidios, recomposiciones contractuales, etc.— es que se tomó a la crisis económica del Estado —que colapsó en el 2001— como una foto y no como parte de una película, que es la forma en la que, en estos casos, la filosofía del derecho nos impone interpretar el principio jurídico de causalidad.

Es, entonces, al menos curioso que quienes sostenían los principios de subsidiariedad no encuentren razón en la regulación actual en materia de responsabilidad del concesionario y prestador de los servicios públicos, ya que es lógica jurídica asignarle la responsabilidad debida por los compromisos asumidos.

Por ello, destacando el citado cambio de roles a que da lugar la prestación de servicios privatizados, se ha dicho que la responsabilidad del Estado en la concesión de servicios públicos se centra en la prueba de la culpa *in vigilando*, ya que el Estado no presta el servicio en forma directa, solo lo está controlando, por lo que resulta razonable pensar en un desplazamiento de la responsabilidad.⁽³⁶⁾

El cometido estatal al que se refiere la norma apunta, sin dudas, al interés público, sin perjuicio de que la función es ejercida por una empresa privada en el marco de un contrato de concesión.

Desde otra óptica, que no compartimos, se ha sostenido que el Estado pretende desembarazarse de la responsabilidad por los actos de sus propias entidades descentralizadas y que lo que se procura es que los res-

Gobierno y la Administración Local, La Ley - El Consultor, 2006, p. 785 y ss. Ver, además, CASSAGNE, JUAN C., "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en *RAP*, n° 157, Madrid, enero-abril, 2002.

(36) CORMICK, MARTÍN y MANIN, LAURA, "La nueva ley de Responsabilidad del Estado. Principios del fin a los debates en la materia", en www.infojus.gov.ar, 08/09/2014, Id Infojus: DACF140627.

ponsables sean las personas que han sido seleccionadas (por la ley) para hacerse responsables. Por su parte, el profesor Gordillo sostiene que la culpa *in vigilando* e *in eligendo* sustentarían la irresponsabilidad estatal, ya que “esa responsabilidad se traslada en los contratos de concesión, que establecen que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión”.⁽³⁷⁾

La norma se completa con el art. 11 de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, el cual reza: “Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

A la fecha, solo la Provincia de Santa Cruz⁽³⁸⁾ se ha adherido a los términos de la ley, a través de su ley provincial 3396, de fecha 16/10/2014. No obstante, su redacción sucinta (solo cuatro artículos, el primero de adhesión a la ley 26.944 y el cuarto es de forma) merece especial atención en lo que interesa a este breve estudio, ya que por su art. 2º establece: “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”.

Claramente, y en forma conteste con la regulación federal, la Provincia de Santa Cruz reafirma que la regla es que el acto por el cual responde el Estado le sea imputable o sea atribuible a una acción u omisión de un funcionario público. Y la función que debe esperar que se despliegue por el Estado en relación a los servicios públicos privatizados es la de la tutela: ya de ordenación, regulación o control, pero nunca de la gestión que hace a la operatividad del servicio que es propia del contratista o concesionario estatal.

(37) THOMAS, GUSTAVO J., “Comentario del Proyecto Ley de Responsabilidad del Estado”, en www.infojus.gov.ar, 09/01/2014, Id Infojus: DACF140003.

(38) Se conoce también la existencia de un proyecto de ley “de adhesión a la ley nacional 26.944, de responsabilidad del Estado por los daños que por su actividad o inactividad les produzcan a los bienes o derechos de las personas” en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (D/3.713/14-15) presentado por la diputada Giaccone y que cuenta con dictámenes favorables de las Comisiones de Reforma Política y del Estado, de Legislación General y de Asuntos Constitucionales y Justicia.

5. Acerca de la responsabilidad del Estado en materia de servicios públicos en la jurisprudencia nacional

Como se expresara más arriba, en nuestro país, ante la ausencia de una norma expresa que regule la materia, la formulación del sistema de responsabilidad patrimonial atribuible al Estado resultó de fuente o creación sustancialmente jurisprudencial.⁽³⁹⁾

Los casos que *prima facie* podemos analizar tratan de la existencia de colisiones con animales sueltos en autopistas concesionadas, estableciendo en estos casos la CSJN la irresponsabilidad del Estado en tanto no se comportaba como dueño de los animales. Así, en los precedentes “Colavita”⁽⁴⁰⁾ y “Bertinat”,⁽⁴¹⁾ la Corte sostuvo que:

... como principio general con relación a un reclamo como consecuencia de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, que “el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado” —cuyo incumplimiento se le endilgaba— “no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”. Y agregaba: “la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede

(39) REIRIZ, M. GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 83 y ss.

(40) CSJN, “Colavita, Salvador y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Daños y Perjuicios”, 07/03/2000, Fallos: 323:318, en LL, 2000-E-496. En los hechos, Salvador Colavita y Zuzana Maiquez inician demanda contra Concesionaria Vial del Sur SA y/o quien resulte responsable del accidente ocurrido mientras circulaban en la Ruta Nacional 2, cuando dos caballos se interpusieron sorpresivamente en el carril de circulación y no pudo evitar la colisión con uno de ellos. La actora invoca el art. 512 CC haciendo hincapié en el contrato de peaje que uniría al usuario con el concesionario y del cual surgirían las obligaciones de este último.

(41) CSJN, “Bertinat, Pablo Jorge y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Daños y Perjuicios”, 07/03/2000, Fallos: 323:305, en LL 2000-E-495. En la causa, los actores inician demanda por daños y perjuicios contra la Dirección Nacional de Vialidad y/o Ministerio de Obras y Servicios Públicos —Estado Nacional— y/o Provincia de Buenos Aires por motivo de un accidente sucedido en la Ruta Nacional 9 en el momento en que un equino apareció imprevistamente, fue embestido por el automóvil y, a consecuencia del golpe, cayó sobre su techo y sobre el asiento del acompañante, lo que provocó la muerte casi instantánea de la esposa del conductor, mientras que los pasajeros restantes no sufrieron sino lesiones leves.

hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora”.

La Corte entendió que, con relación a casos similares donde la existencia de animales sueltos en la ruta genere una eventual responsabilidad, esta debe atribuirse en virtud de lo previsto por el art. 1124 del CC, es decir, a su propietario.

En este mismo sentido, del voto de los ministros Nazareno y Bossert en la causa “Colavita”, surge la irresponsabilidad del concesionario cuando afirma que:

... no se ha invocado que el concesionario hubiera adoptado una conducta desaprensiva frente a denuncias o informaciones que revelasen la presencia de animales sueltos en la ruta, ni tampoco se ha intentado demostrar la existencia de un actuar negligente, en general, frente al peligro que tales animales presentan (...) en el “*sub lite*” Covisur SA no debe responder.⁽⁴²⁾

Más ajustado resulta el criterio que surge del voto disidente del juez Vázquez, quien entiende que:

... la obligación del concesionario no se agota en la remodelación, conservación y explotación del corredor vial en cuanto hace a su demarcación, retiro de malezas, cuidado de la carpeta asfáltica, etc., sino que alcanza a todo lo que sea menester realizar para asegurar al usuario una circulación normal y libre de dificultades. Por ello, demostrado que el usuario sufrió un perjuicio, emergerá en contra del concesionario —como sucede en todo supuesto de responsabilidad objetiva— una presunción de responsabilidad, para desvirtuar la cual, en el caso de daños provocados por animales sueltos en la ruta, deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio, o que previsto no ha podido evitarlo no obstante haber realizado un adecuado control de los alambrados linderos al camino, una prolija inspección visual, etc.⁽⁴³⁾

(42) CSJN, “Colavita”, fallo cit., considerando 3° del voto de los ministros Nazareno y Bossert.

(43) *Ibid.*, considerando 3° del voto disidente del juez Vázquez.

Unos años después nuestro Máximo Tribunal, en la causa “Ferreyra”,⁽⁴⁴⁾ abandona el criterio sentado en la causa “Colavita” declarando inadmisibile el recurso interpuesto por una concesionaria de una autopista del Chaco que fue condenada a indemnizar a un usuario por los daños provocados por un animal suelto.

Apartándose de la mayoría de los magistrados de la Corte, dice el juez Zaffaroni:

... que el vínculo así conformado exterioriza, entre concesionaria y usuario, la mediación de una relación de consumo que tiene recepción normativa en la Ley 24.240 —aun cuando el acapicamiento de autos medió con anterioridad a la incorporación dispuesta, por el art. 4º de la Ley 24.999, al art. 40 de dicho ordenamiento—, y alcanzó la máxima jerarquía, al quedar incluido en el art. 42 de nuestra Carta Magna, con la reforma constitucional de 1994.⁽⁴⁵⁾

Respecto a la naturaleza de la relación entre concesionario y usuario postula que:

... aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce los derechos fundamentales; la vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad, en tanto aquel realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión.⁽⁴⁶⁾

A su turno, el juez Lorenzetti manifestó que:

... la invocación de una costumbre que llevaría a entender que el concesionario de la ruta solo se ocupa del mantenimiento de su uso y goce, sin brindar servicios complementarios relativos a la seguridad, es contraria a esa expectativa legítima, así

(44) CSJN, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VICOV SA s/ Daños y perjuicios”, 21/03/2006, Fallos: 329:646. En la causa se declaró inadmisibile el recurso interpuesto por una concesionaria de una autopista del Chaco que fue condenada a indemnizar a un usuario por los daños provocados por un animal suelto. El voto de la mayoría coincidió en la desestimación por razones formales, invocando el art. 280 CPCCN.

(45) *Ibid.*, considerando 10 y 11 del voto del juez Zaffaroni.

(46) *Ibid.*, considerando 16 del voto del juez Zaffaroni.

como violatoria del claro mandato de seguridad mencionado (cit. art. 42, de la Carta Fundamental). La difusión de prácticas que se desprecupan de las personas involucradas, ha conducido a una serie de sucesos dañosos que no deben ser tolerados, sino corregidos.⁽⁴⁷⁾

Compartiendo los fundamentos con el juez Zaffaroni, el juez Lorenzetti también entiende que “el vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el concesionario de la misma, es una relación de consumo”. Y profundiza: “quien paga el peaje, como quien usa de la ruta para los fines del tránsito como acompañante, son consumidores en la medida que reúnan los requisitos de los arts. 1º y 2º de la Ley 24.240”.⁽⁴⁸⁾

Sin dudas, lo trascendental de los fundamentos vertidos por los ministros Zaffaroni y Lorenzetti es la contundencia con la que se apartan del criterio establecido en el caso “Colavita”. En sus propias palabras sostienen que, “siendo que la confianza legítima en la seguridad debe ser protegida tanto por el prestador del servicio como por los tribunales, es necesario que esta Corte adopte un criterio más riguroso que el establecido en precedentes anteriores, tal como el registrado en la causa ‘Colavita’”.

Mientras que en disidencia, los jueces Petracchi y Fayt, la vieja escuela de la Corte —que había propiciado el fallo “Colavita”—, votaron por la admisibilidad del recurso en cuestión, desestimando la aplicación del derecho del consumidor a la relación en cuestión y, haciendo suyos los argumentos expuestos por el Procurador Fiscal, establecieron que “la relación entre el concesionario y el administrado es de índole extracontractual, debiendo responder el dueño o guardián de la cosa, no el concesionario, y que la imposición de alguna condena de reparación a favor del accidentado significaría elevar los costos comerciales y el riesgo empresarial más allá de lo dispuesto en el pliego de la concesión”.

Resulta de suma importancia detenernos aquí para desarrollar con más profundidad dos conceptos mencionados en el voto *en obiter* del juez Zaffaroni, a saber: relación de consumo y concesión de servicio público.

(47) *Ibid.*, considerando 4º del voto del juez Lorenzetti.

(48) *Ibid.*, considerando 5º del voto del juez Lorenzetti.

En primer lugar, ¿qué entendemos por relación de consumo? Siguiendo la opinión de Mosset Iturraspe, creemos que la relación de consumo:

... comprend[e] los acuerdos para la satisfacción de necesidades a través de la adquisición de bienes y servicios; pero abarca asimismo, lo relativo al marketing, a todo tipo de publicidad; lo atinente a la competencia; a la colocación de bienes en el mercado y al retiro de los mismos; al monopolio y al oligopolio; la gran cuestión de las posibilidades de acceso a los bienes de mínimo de poder adquisitivo, etc.⁽⁴⁹⁾

De este concepto amplio, se desprende la idea de satisfacción de necesidades, por un lado, y la protección de los usuarios y consumidores, por el otro; quienes integran la parte más débil de la relación de consumo a favor de quien debe ser interpretada la normativa.

La relación de consumo en el art. 42 CN tiene por objeto la protección del consumidor en su salud, seguridad e intereses económicos, por ser este el débil en dicha relación y necesitado de protección. Esto es lo que persigue y protege en forma amplia la norma constitucional en su visión objetiva de tales derechos, y así lo entiende el juez Zaffaroni cuando sostiene que:

... la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la CN.⁽⁵⁰⁾

Este vínculo entre usuario y concesionario hace nacer una obligación objetiva de seguridad a cargo de este último, de modo que las concesionarias tienen la obligación de indemnizar a los usuarios por los daños que tengan concordancia con el servicio que prestan. Una vez probada la relación de consumo y el nexo entre el daño y la prestación del servicio concesionado, el usuario se ve favorecido por una "presunción de responsabilidad de la

(49) ROSATTI, HORACIO *et al*, *La Reforma de la Constitución*. Explicada por miembros de la Comisión de redacción, con la colaboración de Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 88 y ss.

(50) CSJN, "Ferreyra", fallo cit., considerando 15 del voto del juez Zaffaroni.

concesionaria”⁽⁵¹⁾ y cabe atribuirle la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario. Sin perjuicio de ello, esta regla cede cuando el concesionario “acredita el acaecimiento del caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder”.⁽⁵²⁾

Nuestro Máximo Tribunal ha referido que:

... la incorporación del vocablo **seguridad** en nuestra Constitución, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de sus habitantes: ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.⁽⁵³⁾

Correlativamente al deber de seguridad, debe tenerse en cuenta el concepto de “previsibilidad” de los riesgos, es decir, la posibilidad de prever y evitar accidentes y consecuencias dañosas, que es lo que en definitiva implica la responsabilidad de la concesionaria, abarcativa también del resarcimiento legal o indemnización sustitutiva que está obligado a cubrir con motivo o en ocasión del servicio a su cargo.

En línea con ello, en otros casos la jurisprudencia ha recurrido a las reglas de la concesión de servicios públicos para endilgar la responsabilidad a quien corresponde. Veamos un caso puntual. La Cámara Civil y Comercial de San Martín ha dicho que:

... siendo el tren en marcha una cosa generadora de riesgos, y por tal su dueño o guardián, ante la causación de perjuicios debe responder ante los terceros damnificados, favoreciéndose la accionante con la presunción de responsabilidad de la demandada en razón del factor de atribución objetiva, o riesgo creado. Y es su deber acreditar el hecho ilícito, los daños

(51) LOUTAYF RANEA, ROBERTO G. y SOLÁ, ERNESTO, “Responsabilidad del Estado y de las Empresas Concesionarias”, en *La Ley. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012-VII, p. 53.

(52) CSJN, “Ferreya”, fallo cit., considerando 24 del voto del juez Zaffaroni.

(53) CSJN, “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros s/ Recurso de Hecho”, Fallos 333:203, 09/03/2010. En los hechos, Héctor Hernán Uriarte y su padre reseñan que cuando el tren se encontraba en movimiento, el entonces menor fue interceptado por dos sujetos —uno de ellos empuñando una navaja—, quienes le sustrajeron su campera, para luego arrojarlo de la formación al propinarle un golpe de puño en el pecho.

sufridos, y un nexo aparente de causalidad entre ese hecho dañoso y los perjuicios sufridos.⁽⁵⁴⁾

En otro caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal entendió que:

... es responsable la empresa de transporte ferroviaria por el accidente sufrido por un motociclista al ser embestido por un tren cuando cruzaba las vías del ferrocarril, toda vez que se trataba de un paso a nivel sin barreras, con arbustos, montículos de tierra, carente de debida iluminación, mala visibilidad y ocurrió en un día oscuro y con neblina, por lo que resulta indiscutible que la empresa incumplió su obligación de mantener en buenas condiciones las zonas aledañas y laterales a la vía y demás previsiones dispuestas en el decreto 474/88 art. 2-f-1 y la ley general de ferrocarriles 2873 art. 5º y 91.⁽⁵⁵⁾

En la causa "Gauna", resuelta por la Cámara Nacional en lo Civil, los jueces sostuvieron que "la empresa ferroviaria debe ser considerada responsable ante los daños sufridos por un pasajero que viajaba en una formación, pues ha quedado acreditado el incumplimiento de la obligación de seguridad a su cargo y no se probó que el damnificado hubiera estado situado en el estribo del vagón ni que hubiera intentado descender del vehículo en movimiento" y agregó que "la responsabilidad que se le imputa a una empresa ferroviaria por los daños y perjuicios sufridos por un usuario en una formación de tren no puede ser extendida al Estado Nacional, dado que la explotación del servicio público la realiza el concesionario a su propia costa y riesgo".⁽⁵⁶⁾

(54) CAPEL. CIV. Y COM. SAN MARTÍN, Sala 1, "Blanco, Fernando Jesús c/ Ferrovías SA s/ Daños y Perjuicios", JUBA SUM. B1951303.

(55) CNAC. APEL. COM., Sala A, "Barreiro, Jorge c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur SA s/ Ordinario", 20/07/2006.

(56) CNAC. APEL. CIV., Sala H, "Gauna Valentín c/ Estado Nacional y otro", 28/12/2009, en *La Ley Online*, cita online: AR/JUR/63550/2009. En los hechos, una persona demandó a una empresa ferroviaria persiguiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con motivo del accidente ferroviario que dijo padecer mientras se encontraba dentro de una formación de la empresa demandada y solicitó —asimismo— la extensión de la responsabilidad al Estado nacional en su carácter de concedente del servicio. El juez de grado acogió el planteo y condenó a ambos demandados. La Cámara confirmó la decisión con relación a la empresa ferroviaria, pero la revocó en lo atinente a la extensión de la responsabilidad al Estado Nacional.

Vemos, entonces, como las reglas de imputación son del tipo subjetivo, que alcanzan al concesionario por su responsabilidad en la gestión operativa integral del servicio encomendado y a su cargo, y ello porque como todo negocio tiene riesgo y ventura.

Así como los casos analizados precedentemente, numerosas sentencias de tribunales inferiores han sido dictadas siguiendo el criterio de la CSJN.

Unos meses después del dictado del fallo “Ferreyra”, en la causa “Bianchi”⁽⁵⁷⁾ la Corte, en su actual composición, entendió que la única responsable de la colisión entre un auto y un caballo en una ruta bonaerense era la concesionaria, quien no había actuado diligentemente de acuerdo a sus obligaciones.

Entendieron los jueces que al ser el animal un caballo domesticado, abandonado y marcado, cuyo diseño no se encontraba registrado en la provincia de Buenos Aires, debe entenderse que no poseía dueño, por lo que no resultan aplicables las reglas del art. 1124 CC, ya que dicha norma no se aplica cuando los animales carecen de dueño o no están bajo la guardia de nadie, y es esta circunstancia la que libera de responsabilidad a la provincia.⁽⁵⁸⁾

Por otra parte, los Ministros de la Corte indicaron que la concesionaria de la ruta era quien debió haberse preocupado de evitar los accidentes, controlar los cercos de los campos vecinos o tomar un seguro contra estos riesgos, faltando así al deber de seguridad implícito en el contrato de peaje. En este mismo sentido, se encontró acreditada la omisión de la prestadora del servicio respecto a la señalización o advertencia de animales sueltos en el tramo de la ruta en el que el Sr. Bianchi circulaba, eventualidad que provocó el desgraciado final. Al respecto, los jueces expresaron que “esa omisión generó, ciertamente, un riesgo imprevisible para

(57) CSJN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ Daños y perjuicios”, 07/11/2006, Fallos: 329:4944. En los autos, la cónyuge y el hijo menor del Sr. Bianchi inician demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente producido en 1991 en la Ruta Nacional 11 cuando Héctor Bianchi viajaba con su familia hacia Mar del Plata. A la altura del camino de tierra a Mar Azul, el vehículo colisionó con uno de los dos equinos que súbitamente cruzaron la ruta, lo que provocó el fallecimiento del conductor mientras que el resto de los ocupantes recibieron diversas heridas, algunas de ellas de gravedad.

(58) CSJN, “Bianchi”, fallo cit., considerando 2° del voto mayoritario.

el conductor Bianchi y, lógicamente, para cualquier usuario que como él pudiera desplazarse en la zona, por lo que la responsabilidad de la concesionaria no es dudosa y tiene fundamento en lo previsto por los arts. 512 y 902 del CC".⁽⁵⁹⁾

No obstante lo expresado, la jurisprudencia ha sido algo errática, ya que con posterioridad al dictado del fallo "Bianchi", la Corte ha rechazado recursos extraordinarios en cuestiones de similar sustancia invocando el art. 280 CPCCN, tanto para dejar firmes sentencias condenatorias a concesionarios viales,⁽⁶⁰⁾ así como también en el caso de una sentencia que desestimó el reclamo en instancia ordinaria de una demanda interpuesta por un usuario contra un concesionario vial por un accidente que tuvo lugar con un caballo que atravesó la ruta.⁽⁶¹⁾

Desde otro ángulo argumental, en el caso "Ledesma"⁽⁶²⁾ expresaron que "el ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad", agregando que "el fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio".

Destacaron los jueces, a su vez, que "los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió

(59) Cabe señalar que el Máximo Tribunal no aplicó la Ley de Defensa del Consumidor, ya que esta no había sido puesta en vigencia al momento de sucedido el siniestro, y teniendo en cuenta expresamente esta circunstancia, los magistrados reconocieron que actualmente estaría enmarcada en una relación de consumo, en CSJN, "Bianchi", *cit.*, considerando 7° del voto mayoritario.

(60) CSJN, "González Torres, M. E. c/ Deluca, J. A. y/o Servicios Viales SA", 05/06/2007, Fallos: 330:2533. En los hechos, el actor había sido víctima de un accidente provocado por la presencia de equinos sueltos en la Ruta Nacional 11, a la altura del km. 1000, en el acceso a la ciudad de Resistencia, Chaco. Tras el siniestro, inició acciones judiciales contra la concesionaria por haber incumplido su deber de seguridad, el cual había sido garantizado al momento de abonar el peaje.

(61) CSJN, "Gómez, Mario F. c/ Vicor SA", 17/03/2009, Fallos: 332:405.

(62) CSJN, "Ledesma María Leonor c/ Metrovías SA", 22/04/2008, Fallos: 331:819. La Corte declaró procedente un recurso extraordinario contra una sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y dejó sin efecto un fallo que había rechazado una demanda por daños y perjuicios contra la empresa Metrovías, con motivo de las lesiones que sufriera la actora en su pie izquierdo al descender de un vagón de la línea "D" de subterráneos.

proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial”.

En la misma línea, la Corte resolvió la causa “Uriarte Martínez”⁽⁶³⁾ y, apoyándose en los precedentes *supra*, “... es suficiente para concluir que la empresa demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente, y no lo hizo, pues no cumplió con la obligación que tiene a su cargo de arbitrar los medios necesarios para que su personal adoptara las diligencias mínimas del caso”.⁽⁶⁴⁾

En materia de servicios públicos de energía eléctrica, es interesante lo expresado por la CSJN en autos “Ángel Estrada y Cía. SA”⁽⁶⁵⁾ donde la aplicación de las sanciones conminatorias al cumplimiento de las obligaciones contractuales no agotan la responsabilidad del concesionario, quien deberá a su vez abonar las indemnizaciones por los daños y perjuicios que su incumplimiento hubiere causado.⁽⁶⁶⁾

Por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal, en autos “Ciancio, José M. c/ Enargas”, destacando la obligación del concesionario de garantizar la prestación del servicio en forma eficaz, reconoció que:

... la concesionaria de un servicio público asume ante el usuario una obligación de resultado, en consecuencia su responsabilidad es objetiva y solo puede exonerarse de responder por el daño causado a aquel, interrumpiendo el nexo causal.

(63) CSJN, “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros s/ Recurso de Hecho”, 09/03/2010, Fallos: 333:203.

(64) Dice asimismo “... la transportista debió controlar que no viajaran pasajeros ubicados en lugares peligrosos, ya que el actor en sede penal declaró haber estado en el compartimiento que existe en la unión entre un vagón y otro y que las puertas siempre estuvieran cerradas antes de que la formación se pusiera en marcha”, en CSJN, “Uriarte Martínez”, fallo cit., considerando 9º del voto mayoritario.

(65) CSJN, “Ángel Estrada y Cía. SA c/ Resolución 71/96 Secretaría de Energía y Puertos”, 05/04/2005, Fallos: 328:651. A fines de 1993 y comienzos de 1994, la empresa Edesur interrumpió el servicio eléctrico durante un mes y medio. El ENRE (organismo de control de las empresas que prestan el servicio público de electricidad) sancionó a Edesur por este incumplimiento y le impuso una multa de casi 4 millones de pesos. La sociedad comercial “Estrada y Cía. SA” demandó a Edesur, ya que el incumplimiento del servicio durante ese tiempo había impedido que funcionara su planta industrial.

(66) PERRINO, PABLO E., “Algunos comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos”, en *Jornadas sobre Derechos, Garantías y Potestades en los Contratos Públicos*, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2013, p. 82.

Ello así, pues la ley de defensa del consumidor le impone a tal empresa la obligación de garantizar a los usuarios que no sufrirán ningún daño a raíz de la prestación del servicio (art. 5º, ley 24.240).⁽⁶⁷⁾

Entonces, en materia de gestión de servicios públicos concesionados a terceros, de los precedentes analizados podemos concluir:

1. No es dable sostener la responsabilidad objetiva del Estado por daños ocurridos en concesiones, siendo *prima facie* responsable el concesionario o dueño de la cosa dañosa.
2. La figura concesional impone una obligación de cumplir con la manda adjudicada, y en forma fiel garantizar el servicio encomendado al usuario.
3. Además, ello lo impone la relación de consumo que vincula al concesionario con el usuario, siendo aplicable la Ley de Defensa del Consumidor y sus principios contemplados en el art. 42 CN.
4. El prestador del servicio público asume, además, un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que lo obliga a adoptar medidas de prevención adecuadas a los riesgos concretos y existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles, y queda sujeto a los parámetros bajo los cuales se evalúa la culpa *in contrahendo*, pues en relación a ello se aplican los criterios que universalmente rigen el proceso de selección en cuanto al conocimiento que implica su presentación como oferente del servicio y potencial prestador de un servicio público.
5. Solo en caso de que se pruebe que la falta de servicio es atribuible al cumplimiento de las obligaciones de control a cargo del Estado concedente o a la realización de actos que hubieren generado el daño, estaríamos ante el supuesto de responsabilidad del Estado.

6. El concepto de servicio público y su impacto en la responsabilidad del Estado

Para poder avanzar un poco más en las bases de atribución de responsabilidad en la gestión de los servicios públicos, estamos obligados a analizar el concepto de "servicio público" y su impacto en la materia. Y nada más difícil de definir que este concepto que ha tenido idas y vueltas en su aplicación, evolución doctrinaria y jurisprudencial.⁽⁶⁸⁾

(67) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "Ciancio, José María c/ Resol. 184/97 -Enargas- (exp. 3042/97)", 05/11/1998.

(68) Ver D'ARGENIO, INÉS, "Permanencia 'anacrónica' del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar," en Carlos A. Botassi (dir.),

Dice Gordillo que la noción de “servicio público” nació y se desarrolló en Francia, “caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de concesionarios y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo”.⁽⁶⁹⁾

Es interesante lo expresado por el profesor Salomoni, con cita a Juan Francisco Linares, refiriéndose a la evolución jurisprudencial sobre la concesión de servicios públicos y el impacto en la interpretación de la “Cláusula de Progreso”, donde plantea la dificultad de la noción y alcances del servicio público, en tanto se adoptaron soluciones ya anglosajonas o francesas para su interpretación, “cuando la solución debe ser local y vernácula”.⁽⁷⁰⁾

Siguiendo el tema, dice Salomoni que “la Constitución argentina reformada en 1994, reintrodujo explícitamente el concepto servicio público en el propio plexo normativo —art. 42— ausente desde la reforma

Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo, La Plata, LEP, 2003, pp. 229/248; BOTASSI, CARLOS A., “Gestión de intereses públicos. El rol del Estado y de los particulares,” en AAVV, *Actualidad del derecho administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Función Pública, 1999, p. 69 y ss.; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *El concesionario de servicios públicos privatizados*, Bs. As., Depalma, 1997; MAIRAL, HÉCTOR A., “La problemática actual del servicio público,” en AAVV, *Cuestiones de intervención estatal: Servicios públicos, poder de policía y fomento*, 1ª ed., Bs. As., RAP, 2011, pp. 745/750; COMADIRA, JULIO R., “El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Bs. As., RAP, 2004, pp. 17/47; MAIRAL, HÉCTOR A., *La ideología del servicio público*, en *RDA*, n° 14, p. 359; “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual,” en AAVV, *Servicio público...*, op. cit., p. 231; *Control judicial de la administración pública*, t. 1, Bs. As., Depalma, 1984, pp. 20/56; SALOMONI, JORGE L., *Teoría general de los servicios públicos*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999.

(69) GORDILLO, AGUSTÍN A., op. cit., t. II, Cap. VI, p. 1.

(70) “Es indudable que las reglas que acabamos de exponer como extraídas de fallos de la Corte Suprema no resultan exactamente las que sienta la jurisprudencia de la Corte de Washington o la del Consejo de Estado francés. Pero de eso no tenemos la culpa. Es una consecuencia de infinitas circunstancias políticas, jurídicas y sociológicas que precisamente diferencian un orden jurídico de otro. El problema de los servicios públicos en la Argentina es algo parecido a la Francia republicana y Estados Unidos pero no idéntico; ni siquiera análogo en muchos de sus aspectos. Con todo, la Corte prefiere en estos aspectos del derecho utilizar el estándar de razonabilidad, de estrecho parentesco con el similar anglosajón y especialmente estadounidense; y en especial, cuando se trata de deslindar los derechos de policía del Estado en las concesiones; prefiere utilizar ese estándar antes que el francés de la “ecuación económica financiera del contrato de concesión”. Ello se justifica porque en la Argentina la arbitrariedad administrativa y legislativa se controla mediante la garantía de razonabilidad o debido proceso sustantivo antes que con la garantía contencioso administrativa de la desviación de poder, pese a la similitud parcial de ambas instituciones y a su papel en el Estado de derecho contemporáneo.” Ver SALOMONI, JORGE L., *Teoría General de los Servicios Públicos*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999, pp. 177/178.

constitucional de 1949”,⁽⁷¹⁾ y por ello manifiesta enfáticamente que “[e]sa incorporación explícita de tal concepto permite sostener, al contrario de quienes auguran la pronta desaparición, aun conceptual, del servicio público, que en nuestro sistema constitucional dicha institución jurídica goza de buena salud.”⁽⁷²⁾

Entonces, cuando hablamos de servicio público claramente resulta una actividad que, ya sea que esté prestado directamente o a través de terceros o por terceros diferentes al Estado, comporta la satisfacción de una necesidad colectiva esencial y urgente, y que es responsabilidad del Estado garantizar que se provea. Ahora bien, ello nos lleva a que en el caso de que el Estado encomiende su satisfacción a un tercero, privado, que asume libremente el rol de prestador, también sea responsable el Estado por los incumplimientos atribuibles a este. Claramente eso no es lo que el sistema de derecho impone porque implicaría la patente de corso más grande para el fraude y la corrupción.

Marienhoff explica que:

... la “**concesión**” de servicio público es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona —individual o jurídica, privada o pública—, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada “**concesionario**”, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez.”⁽⁷³⁾

Y agrega que la explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia **costa y riesgo**. Esto quiere decir que le corresponde al conce-

(71) No obstante sostener que “... la Constitución de 1853 contenía implícitamente dicho concepto, al mencionar a los ferrocarriles en su art. 67, inc. 16”, en SALOMONI, JORGE L., *op. cit.*, p. 345.

(72) Alguna vez, nuestra doctrina ha sostenido que: “El servicio público, cualquiera sea la forma de su prestación, no es una actividad económica, sino una actividad de carácter social, y la causa principal de los inconvenientes que se producen en la prestación de los servicios puede encontrarse, pues, en la mayoría de los casos, en el régimen de las concesiones, que entrega la ejecución del servicio a una empresa económica y no a una institución que realmente asegure la utilidad pública”, en SALOMONI, JORGE L., *op. cit.*, pp. 345/346.

(73) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III B, Bs. As., AbeledoPerrot, 1977.

sionario toda la responsabilidad que procede de hechos que concreten el "ejercicio" de la concesión.

Desde antiguo, expresaba Salomoni, la CSJN ha sostenido que:

... la concesión —dijo el tribunal, Fallos: 152,385— no es un contrato del derecho común entre partes iguales, sino que es el acto legislativo (o administrativo) en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa (o particular se entiende) para la debida realización del servicio público de transporte ferroviario (o de tranvías, luz, obras sanitarias, o de otra clase de las que él, el Estado, debe o puede prestar directamente), dentro de límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y exenciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional (o provincial o municipal), y en este concepto, ya expresado en 141,190, fue reiterado en su esencia, en los fallos posteriores 178,243; 183,116; 186,48 y otros similares.⁽⁷⁴⁾

Por eso, enfatiza Salomoni que:

... en los contratos de concesión de servicios públicos —y por ende en los de concesión de obra pública—, los únicos sujetos que no tienen riesgo que soportar son, el Estado concedente y el usuario, por lo que la garantía de la ecuación económica financiera se traduce en el ejercicio de la potestad por parte de la administración, de impedir el aumento de la tarifa o peaje que percibe el concesionario, o de rebajarla, cuando se produzca una distorsión a favor de este último, es decir, que el cocontratante de la administración pública obtenga más ganancias que las previstas originariamente, cualquiera sea el *quantum* de la misma. Y el correlativo derecho, por parte del usuario, de exigir a la administración el uso de tales potestades, como de recurrir ante la justicia contencioso administrativa, para el caso del mal uso de esa potestad, o de denegación expresa o tácita de la petición por parte de la administración. Tal exigencia debe ser

(74) SALOMONI, JORGE L., *op. cit.*, p. 376.

cumplida por el Estado o responsabilizarse patrimonialmente por los daños que cause la conducta que afecte los derechos del usuario.⁽⁷⁵⁾

Entonces sí queda claro que la obligación a cumplir por el Estado en estos contratos es la de garantizar que el servicio se cumpla en las condiciones pactadas, no liberar de responsabilidades al concesionario, constituirse en un aval ilimitado, disfrazado bajo la máscara de asegurar una indemnización al usuario.

Por ende, el servicio público obliga al concesionario a cumplir con sus obligaciones y responder por sus incumplimientos, y en esa línea se orienta la nueva Ley de Responsabilidad del Estado.

7. El principio de eficacia como fuente de responsabilidad del Estado y del prestador de los servicios públicos

Hay veces que las normas, en el ámbito de su competencia, van delimitando el marco de las políticas públicas a adoptar en el contexto del derecho administrativo aplicable. La canasta de principios y valores que contienen esas normas es significativa.⁽⁷⁶⁾

En este punto es preciso detenernos para desarrollar el principio de eficacia y examinar si el mismo puede ser considerado un parámetro a tener en cuenta para determinar la responsabilidad estatal y la del prestador del servicio público.

Pero antes resulta importante señalar de dónde surge este principio y en qué normas se apoya.

Si bien nuestro sistema jurídico reconoce la vigencia efectiva del principio de eficacia,⁽⁷⁷⁾ lo veremos más abajo, la pauta directriz emblemática es la contenida en el art. 103.1 de la Constitución Española.

(75) *Ibid.*, p. 373.

(76) Ampliar MINNICELLI, ALESSANDRA, *Principios Generales y Políticas Públicas: Herramientas del derecho administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos humanos en un Estado eficaz*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012, p. 445 y ss., editada por La Ley en 2013.

(77) En particular, el principio de eficacia aparece regulado en el art. 1º, inc. b) de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y las leyes de diversos países latinoamericanos: "... de Venezuela (art. 30), de Honduras (art. 19), de Brasil (art. 2º) y de México (art. 13), y en el Decreto de Uruguay (art. 2º). Una definición precisa del principio de la eficacia, como se ha dicho, se encuentra en el Código colombiano (art. 3º), en la Ley de Bolivia (art. 4º, j), y en la Ley de Perú

La consagración constitucional de la eficacia en España produce, ciertamente y con claridad, esa disyuntiva de modo frontal y visceral. Las normas que rigen la organización y la actividad administrativa ya no solo tendrán vocación de regular situaciones futuras, sino que deberán, además, hacerlo de manera concreta y puntual.

Ahora bien, en nuestro régimen y en el marco de un Estado federal, varias provincias argentinas contienen principios rectores en la materia, que ayudarán a la hora de enmarcar las políticas públicas, pero por lo general las constituciones provinciales no se refieren expresamente a la regulación integral de la administración pública, salvo en relación con el empleo público, la actividad administrativa del Poder Ejecutivo y los órganos de control de la Administración.

Dos textos sobresalen en el análisis de las 24 normas fundamentales (“constituciones”) del derecho provincial argentino. La Constitución de la Provincia de Salta, del año 1986, bajo el epígrafe “Principios generales”, estipula:

La administración pública, sus funcionarios y agentes sirven exclusivamente a los intereses del Pueblo. Actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración, coordinación, imparcialidad, sujeción al orden jurídico y publicidad de normas y actos. La descentralización administrativa es dispuesta siempre por ley, atendiendo a los intereses y necesidades de las diferentes regiones de la Provincia. La administración pública se ajusta al principio de centralización normativa y desconcentración operativa. Los funcionarios públicos, para ocupar sus cargos, juran fidelidad a la Patria y lealtad a la Constitución Nacional y a la Presente.⁽⁷⁸⁾

A su vez, la Constitución de la Provincia de Córdoba, del año 1987, dispone:

La Administración Pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad con eficacia, eficiencia, economía y oportunidad, para lo cual busca armonizar los principios de centralización normativa, descentralización territorial, desconcentración operativa, jerarquía, coordinación, imparcialidad,

(art. IV, 10,1), en los cuales se privilegia en el procedimiento administrativo, el logro de su finalidad, para lo cual deben removerse todos los obstáculos formales y dilaciones innecesarias; debiendo prevalecer dicho logro sobre los formalismos siempre que no incidan en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados”.

(78) Art. 61 de la Constitución de la Provincia de Salta.

sujeción al orden jurídico y publicidad de normas y actos. El ingreso a la Administración Pública se hace por idoneidad, con criterio objetivo en base a concurso público de los aspirantes, que asegure la igualdad de oportunidades. La ley establece las condiciones de dicho concurso, y los cargos en los que por la naturaleza de las funciones, deba prescindirse de aquel.⁽⁷⁹⁾

Llegado este punto, cabe señalar en qué consiste el principio de eficacia.

La noción de "eficacia" trae aparejada la imputación de responsabilidades. Pero los niveles o escalas de responsabilidad no son idénticos en todas las hipótesis, y para ello, corresponde adentrarse en la intensidad prestacional que exige el ordenamiento jurídico a la Administración Pública prestadora, que delimita y precisa los alcances de su intervención en los supuestos concretos. Debe analizarse, además, la responsabilidad según la etapa de política pública de que se trate.

Claro que en la eficacia del sistema prestacional también incide la figura del concesionario. En el éxito de la prestación en un procedimiento está impuesta la participación del destinatario. Satisfacer la atención y la asistencia social es algo que no puede garantizarse desde la distancia de la regulación de programas materiales condicionales detallados. Por el contrario, el éxito de esas prestaciones se garantiza con mayor eficacia a través de estructuras organizativas y procedimentales en que "se haga posible la confianza en la persona prestadora, la participación del destinatario en la relación prestacional y su propia colaboración y compromiso con el remedio que debe aplicarse para su concreta necesidad personal. Deriva de la misma naturaleza de estas prestaciones que es irrenunciable reconocer en su desarrollo derechos de participación al destinatario".⁽⁸⁰⁾

Por lo demás, la intensidad que requieren ciertas prestaciones las hace *intuitu personae*; es decir, la identidad o las características personales del destinatario son un factor sobresaliente para la celebración del acto. **La vinculación entre la Administración Pública y el destinatario asume ribetes trascendentes; así, viene a jugar de un modo determinante el**

(79) Art. 174 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

(80) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, *La administración del estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 105.

principio de eficacia, en atención al contexto de garantía de los derechos fundamentales en el marco del Estado social y democrático del derecho.⁽⁸¹⁾

De manera que la noción de “eficacia” ensancha notablemente las hipótesis de responsabilidad del Estado y del agente público. No ha sido el caso en Argentina, donde el concepto predominante —acuñado en sede jurisprudencial y sobre la base de lo regulado por el art. 1112 del CC argentino— ha sido el de la “falta de servicio”. Al respecto, se ha dicho:

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita de Derecho público del Estado, el factor de atribución más importante es la falta de servicio, la cual se genera por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, ya sea por acción o por omisión cuando pesaba sobre aquella la obligación de actuar. La falta de servicio se puede producir tanto por actos de alcance individual o general como por operaciones materiales de los agentes estatales. La expresión falta de servicio la hemos importado del derecho francés, en el cual aquella constituye el centro del sistema de responsabilidad y se produce —según la explicación tradicional del Consejo de Estado y de la doctrina— cuando el servicio no funciona, funciona mal o funciona atrasado o demasiado tarde.⁽⁸²⁾

Entre la profusión de casos jurisprudenciales (desarrollados en los acápites precedentes) en los que el Estado argentino ha sido condenado por la “falta de servicio”, es decir, por su obrar anómalo, pueden referirse los perjuicios ocasionados por errores u omisiones de los registros de propiedad; demoras no justificadas en las tramitaciones administrativas; daños padecidos por los reclusos en las cárceles; daños ocasionados por la deficiente realización de obras públicas; **perjuicios generados por corredores viales en mal estado o con defectuosa señalización**; daños producidos por la policía de seguridad; etc. La responsabilidad se estructura, entonces, por la idea francesa de la falta de servicio, careciendo el ordenamien-

(81) El resaltado nos pertenece.

(82) PERRINO, PABLO E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Bs. As., Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 2000.

to jurídico argentino de una noción más completa y abarcativa de eficacia/ineficacia.

En general, en la legislación administrativa se recurre al principio de responsabilidad objetiva, con los condicionamientos que en cada ordenamiento jurídico se establecen y con los matices propios que aporta la jurisprudencia de los tribunales en cada país. En la doctrina han surgido distintas vías que se refieren a algunos de los pilares básicos del sistema de responsabilidad (imputación, relación de causalidad y concepto técnico-jurídico de lesión).

Como expresa Manuel Rebollo Puig, “una reforma administrativa que atienda a las nuevas necesidades sociales y funciones administrativas debe poner a punto este instrumento, armonizando debidamente las garantías de los ciudadanos y la eficacia de la Administración Pública”.⁽⁸³⁾

La objetivación de la imputación del resultado lesivo es el aporte más reciente y sugiere que solo los daños que sean la materialización de un riesgo jurídicamente relevante puedan ser imputados a la Administración Pública. Para que el riesgo sea relevante en términos jurídicos debe ser general, inherente al servicio o prestación y no debe ser socialmente admitido. En cualquier caso, ninguna de las vías permite resolver por sí sola todos los excesos de una mal entendida responsabilidad objetiva de las administraciones públicas en un Estado social y democrático de derecho.

En líneas generales, se articula la responsabilidad contraída sobre la base de la efectiva realidad de la ocurrencia de un daño, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo. Además, si esa lesión, sea personal o patrimonial, se produce como consecuencia del funcionamiento no solo anormal, sino incluso normal de un servicio público.⁽⁸⁴⁾ También si deviene de una situación de hecho administrativa, lo que requiere una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, con ausencia de fuerza mayor. En cualquier caso, en la atribución de responsabilidad, el nexo causal no debe sufrir intervención extraña en la

(83) REBOLLO PUIG, MANUEL, “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 461.

(84) Vale recordar, como expresa García de Enterría, que el principio de responsabilidad de los poderes públicos implica que estos deben rendir cuentas del ejercicio del poder público del que no son dueños, sino agentes vicariables.

que haya podido cooperar el propio lesionado (es principio de sacrificio compartido).

Es importante destacar que conectar el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración con las políticas públicas es ampliar la agenda de la responsabilidad y encontrar fundamento jurídico de la responsabilidad, en el grado de aplicación de los mecanismos de gobernanza que se aplican en el Estado y que resultan esenciales en todo proceso democrático que involucre una activa actuación del Estado en la implementación de políticas públicas.

Entonces, la idea de eficacia en la gobernanza nos obliga a exigir el mismo compromiso a los operadores privados que por un acto de autoridad (ley, contrato, acto administrativo) tienen la posibilidad de realizar su interés de lucro mediante la satisfacción de una necesidad pública.

Y, entonces, esas reglas y procedimientos que deben hacer más eficaz el logro del servicio para y por el usuario se convierten en reglas que obligan al prestador a responder por sus incumplimientos; como regla además de moralidad y seriedad en el manejo de sus negocios públicos o privados.

Al Estado se le exigirá cumplir con las reglas de eficacia en el control de la actividad para reducir el área de incumplimientos posibles, pero ello no implica interpretar la asunción de la responsabilidad que le corresponde al sujeto que causó el daño.

Como ha dicho la jurisprudencia en relación a la responsabilidad del concesionario y concedente: "La calidad y eficacia en la prestación puede ser exigida por el usuario tanto frente al prestador como ante la autoridad competente para que lo haga efectivo. Cumplir con eficacia es obtener el fin propuesto al menor costo posible. No se trata simplemente de lograr la prestación del servicio sino de hacerlo con los mínimos costos económicos y sociales".⁽⁸⁵⁾

Se trata, entonces, de buscar el óptimo de los rendimientos, ya que la tutela final es del interés público en sostener los derechos fundamentales de los usuarios, ya que:

(85) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "Ciancio, José María...", fallo cit., considerando IV. Ver HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Servicios Públicos*, t. II, 1ª ed., Bs. As., La Ley, 2010, pp. 458/459.

... no solo se afectan los derechos individuales, sino que se agrava el interés público general, menoscabando la calidad de vida del habitante de la ciudad. Ello puede evitarse haciendo efectiva la responsabilidad de los prestadores, exigiendo la reparación eficiente y total que no se cumple “emparchando”, para lo que resulta indispensable un control continuo y eficaz que privilegie los derechos de todos los usuarios frente a las empresas concesionarias de los servicios públicos.⁽⁸⁶⁾

Por ello, entendemos que la nueva regulación se ordena en el cumplimiento del principio de eficacia que obliga a la búsqueda de la mejor solución de cara a los derechos de los usuarios, y que en caso de incumplimiento (o fracaso por ineficaz) corresponde asumir las consecuencias que el obrar irregular trae consigo.

El principio de eficacia entronca, en esta regulación, con el principio de proporcionalidad que exige correspondencia entre el daño y la atribución de responsabilidad, que implica la equidad y la justicia entre la norma y su aplicación en el caso concreto, de manera tal que la decisión sea acorde a la causa que la motiva.

La sanción que se imponga a partir de la atribución de responsabilidad debe estar ajustada al acto ilegítimo que se realizó, de forma tal que a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la pena, lo que implica una “proporcionalidad” de causa a efecto, resultando ilegítima aquella sanción que no guarde esa “proporción”. Ello equivale a “explicar” **por qué** se toma determinada sanción y no otra, y **cómo** se ha construido y ponderado la situación antecedente que motiva la atribución de responsabilidad y la correlativa sanción.

8. Conclusiones

Hemos analizado el régimen que la Ley de Responsabilidad del Estado de reciente factura positiviza para los daños que puedan generarse en la prestación de los servicios públicos.

Y como primera conclusión: la regulación es propia de nuestro régimen jurídico local y público, sin recurrir en su aplicación —vedada ya por cierto— en forma supletoria —o analógica— a reglas de derecho común.

(86) Fallo cit., *ibid.*

Además, la regulación comentada sigue la jurisprudencia en la materia, la que ya había establecido —aunque con algunos avatares— la obligación de responder a cargo de quien ha causado el daño, y que en el caso de la concesión de servicios públicos resulta *prima facie* identificado con el prestador del servicio.

En este sentido, es obligación del prestador adoptar todas las medidas necesarias para evitar el daño y prevenirlo. Esta obligación de responder, debemos recordar, ya resultaba legamente impuesta —por resultar una relación de consumo la que vincula al concesionario con el usuario— conforme el art. 42 CN y la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

La nueva regulación no implica —como se dijo infundadamente— establecer la “irresponsabilidad del Estado”, todo lo contrario, ya que primero obliga al prestador a cumplir con sus obligaciones de conformidad a lo pactado, y luego al Estado a acentuar su rol de control, regulador y veedor del cumplimiento de las obligaciones del prestador privado. Y será responsable por el incumplimiento de las funciones a su cargo.

El óptimo es dar entonces en la ponderación de la actividad administrativa, en la perturbación o alteración de dicha actividad, en la existencia o no de intencionalidad, en la responsabilidad profesional y en su relación o vínculo causal con la producción del resultado dañoso.

Ello es así, felizmente, porque entendemos que es aplicable a la regulación un principio que si bien no es nuevo, por cierto adquiere una dimensión cada vez de mayor impacto en el manejo de las políticas públicas: este es el principio de eficacia.⁽⁸⁷⁾

Se trata de buscar no solo un Estado inteligente que esté atento a las necesidades del pueblo, sino que también exija⁽⁸⁸⁾ que los operadores privados

(87) Que aclaramos “... no debe ser vista como parte de una “huída” del derecho administrativo (tal como algunos la postularon en la década de 1990), pues es en la “vuelta al derecho administrativo” donde adquiere, como principio, su verdadero talante”, en MINNICELLI, ALESSANDRA, *Eficacia (Ideas y tensiones para la articulación actual de Políticas Públicas y de Derecho Administrativo)*, 1ª. ed., Bs. As., Atlántida, 2013, p. 285.

(88) En este sentido, la exigencia hacia los funcionarios públicos será agudizar el control por la eficacia ya que “La eficacia trae aparejados complejos procesos de medición de resultados a través de indicadores, lo cual conlleva una nueva visión de la responsabilidad de los agentes públicos, más acorde con las necesidades y requerimientos de la administración contemporánea”.

de bienes públicos, servicios públicos, dominio público, etc. también lo sean.

Entendemos que la Ley de Responsabilidad del Estado no busca solo vías de reparación patrimonial, sino posicionarse en un estadio anterior: la construcción de un "Estado inteligente que aprovecha los principios del derecho administrativo incorporándolos a las políticas públicas en su implementación y desarrollo y los monitorea y verifica cumplidos en la etapa de control concomitante con la gestión."⁽⁸⁹⁾

En esta búsqueda no debe estar solo comprometida la administración del Estado, ya que una Nación se construye y consolida no solo con funcionarios responsables, sino con un empresariado consciente de sus obligaciones y una sociedad atenta y responsable.



(89) MINNICELLI, ALESSANDRA, *op. cit.*, p. 283 y ss.

Responsabilidad estatal y servicios públicos

Breves comentarios

MIRIAM MABEL IVANEGA



1. Introducción

Nos interesa volver sobre la ley 26.944 y su art. 6º,⁽¹⁾ cuya redacción permite prescindir de todo tipo de comentario porque, como sostuvimos, si existe una afirmación que el legislador quiso que no pasara desapercibida y que, a su vez, no generara dudas interpretativas, es justamente la que surge de esa disposición.⁽²⁾

A pesar de esta contundencia, los servicios públicos prestados por empresas y sociedades del Estado y las consecuencias de la omisión del control estatal sobre la prestación son dos aspectos que no pueden ser ignorados.

En nuestro país, el servicio público ha pasado por períodos de turbulencia jurídica, económica, política y social, convirtiéndose en un tema recurrente

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

(2) IVANEGA, MIRIAM M., "Reflexiones acerca de la responsabilidad del Estado por la actuación de los concesionarios de servicios públicos", en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, año 16, n° 12, 2014, pp. 48/53.

en los estudios del derecho público. Su concepto, evolución, etapas, el rol del Estado y los vínculos jurídicos emanados de las nuevas formas de gestión aún siguen siendo objeto de discusión.

La complejidad del tema también ha estado presente en las interpretaciones jurisprudenciales. A título ilustrativo, valen recordar cinco precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) dictados en diferentes épocas:

- El caso “Davaro Saúl”,⁽³⁾ en el cual se entendió que el vínculo del usuario con el concesionario tenía naturaleza contractual, sometido al régimen jurídico privado. En dicha ocasión el Procurador General, en su dictamen (al que adhirió la mayoría del Tribunal), había señalado que se trataba de una cuestión suscitada directamente en el marco de relaciones jurídico-privadas-contractuales entre particulares, motivo por el cual debía ser dirimida ante la justicia federal civil y comercial, y no la contencioso administrativa. Por el contrario, la disidencia (jueces Fayt y Barra) sostuvo que se trataba de una situación regida por el derecho público, y por lo tanto de competencia del fuero contencioso administrativo.
- En “Ángel Estrada y Cía. SA”,⁽⁴⁾ en lo que nos interesa, el debate versaba sobre el alcance de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE), para resolver controversias, conforme al art. 72 de la ley 24.065. Entran en juego las llamadas “facultades jurisdiccionales” del Ente para resolver los conflictos entre las empresas distribuidoras y los usuarios, y si tal atribución comprende los reclamos de daños y perjuicios que aquellos deducen contra las concesionarias. El Máximo Tribunal resolvió que las sanciones que aplica el ENRE por los incumplimientos del prestador del servicio público son independientes de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que padezca el usuario.
- En el fallo “Colavita”⁽⁵⁾ se exonera de responsabilidad al concesionario y a la Provincia de Buenos Aires por los daños producidos por animales sueltos en la ruta. Respecto de la provincia —con remisión a Fallos: 312:2138; 313:1636— reiteró que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado “no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en

(3) CSJN, “Davaro, Saúl c/ Telecom SA. s/ Juicio de conocimiento”, 08/09/1992, Fallos: 315:1883.

(4) CSJN, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”, 05/04/2005, Fallos: 328:651.

(5) CSJN, “Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 07/03/2000, Fallos: 323:318.

las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa". La Provincia no puede ser responsable de los daños "causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora (Fallos: 312:2138, consid. 5º)". La eventual responsabilidad que genera la existencia de animales sueltos en la ruta corresponde (art. 1124 CC) a su propietario. En cuanto al concesionario, entiende que no surge del contrato de concesión que este haya asumido obligaciones vinculadas con los hechos, y cuyo incumplimiento pudiese generar su consiguiente responsabilidad. Las estipulaciones contractuales deben ser interpretadas en el contexto de las obligaciones propias del "concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido".

- El caso "Bianchi",⁽⁶⁾ vinculado también con el accidente producido por animales sueltos en una ruta concesionada, analiza nuevamente por separado la responsabilidad del concesionario y la de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto a esta, siguiendo criterios anteriores, interpreta que no le cabe responsabilidad en los términos del art. 1124 CC.⁽⁷⁾ Tampoco se pudo demostrar el deber de seguridad omitida, no correspondiendo asignar responsabilidad genérica ni atribuirle a partir del ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado. En cambio, sí se establece la responsabilidad del concesionario, siendo relevante el carácter dado a la relación entre actor y empresa demandada. Allí expresa:

Que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas es calificado como una relación de consumo en el derecho vigente. Efectuada esta precisión, y sin perjuicio de interpretar que la protección de la relación de consumo tiene sustento en el art. 33 de la Norma Fundamental, lo cierto es que en el caso no es posible la aplicación de la ley 24.240 y sus modificatorias, pues dicha norma se sancionó con posterioridad a la fecha del accidente que origina el reclamo de la parte actora (art. 3º del CC). Que en el derecho vigente a la época del evento dañoso, el vínculo era contractual, regulado por el Código Civil, ya que no cabe duda alguna que la relación

(6) 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", 07/11/2006, Fallos: 329:4944.

(7) Surge del fallo que el caballo que intervino en el siniestro tenía una marca cuyo diseño no se encontraba registrado en la Provincia de Buenos Aires, no habiéndose detectado ningún poseedor o dueño del equino. Se trataba de un animal domesticado abandonado por su dueño, quedando impedida la responsabilidad del art. 1124 CC, precepto que no se aplica cuando los animales carecen de dueño o no están bajo la guarda de nadie, es decir, cuando no están sujetos a la dirección de una persona.

entre el concesionario y el usuario es diversa a la que el primero tiene con el Estado, y que este último paga un precio o canon para el uso de la ruta y los servicios consiguientes.

Luego de valorar que el prestador del servicio es quien está en mejor posición para recolectar información sobre la circulación de los animales y sus riesgos, y, que el usuario está en una posición desventajosa para obtener esos datos, determinó que existió un inadecuado ejercicio del deber de previsión y de disponer lo necesario para evitar accidentes en los términos de los hechos y la normativa, lo que comprometía la responsabilidad de la concesionaria.

- “Ledesma”⁽⁸⁾ es un precedente para destacar en la medida que se responsabilizó a la prestataria del servicio público (transporte ferroviario) por daños sufridos por un usuario al bajar de un vagón del tren. Los principales fundamentos fueron:
 - a. la obligación de seguridad del prestador, que en tal carácter debe adoptar todas las medidas para proteger la vida y la salud de las personas, la correlativa confianza de la persona en que el prestador se ocupó de su seguridad;
 - b. las medidas de gestión que omitió (por ejemplo, disponer de mayores frecuencias, personal instruido para el ordenamiento del servicio); y
 - c. trato digno para el pasajero, como viajar cómodamente.⁽⁹⁾

Respecto de la doctrina, cabe señalar que existe consenso acerca de que el Estado no debe responder, en principio, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los sujetos denominados “colaboradores externos de la Administración”, tales como los contratistas, los notarios y los prestadores de servicios públicos.⁽¹⁰⁾

Los principales argumentos de este criterio son:

- a. el prestador no integra la organización estatal;

(8) CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, 22/04/2008, Fallos: 331:819.

(9) MASSIMINO, LEONARDO, “La responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos del Estado”, en *Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la ley 26.944*, n° 437, Bs. As., Ediciones RAP, 2014, pp. 226/246.

(10) Entre otros: CASSAGNE JUAN C., *Derecho administrativo*, t. I, Bs. As., LexisNexis, 2003; COMADIRA, JULIO R.; ESCOLA, JORGE H. y COMADIRA JULIO P., *Curso de derecho administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Bs. As., Depalma, 1997; PERRINO, PABLO E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, en AA.VV., “Contratos administrativos”, Bs. As., Ediciones RAP, 2000.

- b. la concesión como mecanismo de transferencia de la gestión conlleva que los prestadores se hagan cargo de las indemnizaciones por los daños causados a los usuarios;
- c. el Estado concedente responderá solamente en aquellos casos en los cuales los perjuicios se hayan ocasionado por el prestador con motivo de cumplir órdenes o cláusulas impuestas por la Administración, y siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad.⁽¹¹⁾

Ante el mismo interrogante —sobre si el Estado sería responsable por los hechos y omisiones de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos— Gordillo señala que la culpa *in vigilando* e *in eligendo* sustentaría una respuesta afirmativa,⁽¹²⁾ aunque indica que no tendría sentido práctico demandar al Estado por los privilegios procesales que posee y que dificultan la acción, y que el concesionario o licenciatario no posee. Hasta sería más fácil obtener medidas cautelares contra estos que contra el Estado.

En definitiva, tal responsabilidad deberá ser juzgada como objetiva y de resultados o fines, de acuerdo a la ley 26.944.

Así, el principio de que el obligado a reparar un daño es aquel que lo produce, se aplica sin discusión a esta materia.

Ahora bien, quienes se muestran contrarios al art. 6° de dicha ley argumentan que el Estado tiene por finalidad el bien común de los ciudadanos, motivo por el cual no puede eludir la responsabilidad derivada del poder de policía que ostenta en función del control de los servicios públicos.⁽¹³⁾

Este constituye, a nuestro entender, el principal fundamento del rol que le corresponde al Estado en la compleja relación entre concesionario y usuario; aspecto este sobre el que volveremos.

(11) PERRINO, PABLO, "La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados", en JA, 2006-III-1141.

(12) Gordillo aclara que esa responsabilidad se trasladó a los contratos de concesión, en los cuales el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión. Ejemplo de ello son los servicios eléctricos cuyo art. 24 del contrato expresa: "la distribuidora será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de estos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o incumplimiento de las obligaciones asumidas". A su vez indica que "también hay controles que dicen, ilegalmente, lo contrario", en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo. Tomo II: La defensa del usuario y del administrado*, 10ª ed., Bs. As., FDA, 2014, Capítulo XX, nota 60.

(13) JUNYENT BAS, FRANCISCO A. y BORETTO, MAURICIO, "Nuevo régimen de responsabilidad del Estado", en *La Ley*, 17/02/2014.

Por último, ya resultan evidentes los efectos que sobre tales vínculos ha provocado la aplicación del régimen de defensa del usuario y del consumidor. En el ámbito nacional, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor marcó un rumbo innovador al regular un sistema de responsabilidad (modificación por ley 24.999, y en otros aspectos por la ley 26.361) que involucra a las empresas prestadoras de servicios públicos, la cual ha sido entendida como objetiva y directa (arts. 5º, 10 bis, 30 y 40 LDC).⁽¹⁴⁾

Ese contexto legal fija derechos específicos del usuario, y así se consagra que —en caso de dudas— debe estarse a la interpretación más favorable a él, en la aplicación de los principios, las normas y las cláusulas contractuales (arts. 3º, 25 y 37 LDC, respectivamente).

Se ha presentado la incertidumbre acerca de si la regla del art. 25 de la ley puede extenderse a los servicios públicos no domiciliarios y a otros vínculos del derecho público, como el caso de las concesiones viales. Una visión que podemos denominar “sistémica” de la ley entiende que las nociones de “consumidor” y “proveedores”, contenidas en los arts. 1º y 2º, más el concepto amplio de “relación de consumo”, permiten incluir a todos los servicios públicos, aun tales concesiones.⁽¹⁵⁾

Respecto a las vías que tiene el usuario para obtener la reparación de los daños, el régimen legal prevé dos modalidades: reclamar ante el ámbito judicial y, además, hacerlo en sede administrativa respecto de los daños directos y con las limitaciones de la propia ley (arts. 25, 40 bis, 41 LDC).

Sin detenernos en las causas, lo cierto es que en los últimos años el Estado ha retomado la prestación de determinados servicios públicos, creando a tal fin sociedades cuyas facultades y dependencia de la Administración Pública central nos han generado dudas sobre su ubicación institucional y las consecuencias de la gestión de tales servicios.

(14) GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.* Indica el autor que a su criterio no resulta aplicable el régimen de responsabilidad de la ley 24.240 en los casos de daños sufridos por los usuarios de rutas y caminos concesionados, ya que, conceptualmente, las concesiones viales por peaje no son servicios públicos domiciliarios. Contra este enfoque, cita a LORENZETTI, RICARDO, “Concesiones viales. ¿En qué caso hay responsabilidad?”, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 3, p. 157; GALDÓS, JOSÉ M., “Peajes y animales sueltos. ¿Clausura de un debate?”, en *LL*, 2000-E-494; BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., “La responsabilidad de los concesionarios de rutas: un fallo ejemplar”, en *JA*, 2000-IV-203; CSJN, “Ferreyra, Víctor D. y otro c/ VICOV SA”, 21/03/2006, votos de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni emitidos en la causa. Ver también SACRISTÁN, ESTELA B., “Tutela de los usuarios de los servicios públicos: ¿Es la relación de consumo compatible con el servicio público?”, en *REDA*, n° 78, p. 925 y ss.

(15) MASSIMINO LEONARDO, *op. cit.*, p. 237 y ss.

2. Las empresas y sociedades del Estado prestadoras de servicios públicos

La denominación “**empresas del Estado**” está presente en las figuras regidas por las leyes 13.653, 14.380 y 15.023. Tenían un doble régimen con un mayor acento en el derecho público que en el derecho privado, a punto tal que fueron prácticamente reguladas como entes autárquicos, aunque existían diferencias entre ellas.⁽¹⁶⁾

Luego se sumaron otras figuras, constituyéndose un “universo societario” no siempre con características homogéneas, que prestaban servicios públicos o desarrollaban actividades de interés general de especial protección estatal: sociedades del Estado regidas por la ley 20.705; sociedades de economía mixta del decreto-ley 15.349/1946; y la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria del decreto-ley 19.550/1972 (art. 308 y ss).

A partir del 2001 otras modalidades fueron identificadas como “sociedades anónimas comerciales bajo injerencia estatal”, considerándolas excluidas de la organización administrativa estatal.

Siguiendo modernos criterios doctrinarios, se presentan tres formas básicas:

- a. las puras, que son netamente privadas pero de propiedad exclusivamente estatal (Ebisa, Lafsa);
- b. las “despublicadas”, que son propiedad estatal pero expresamente excluidas del derecho administrativo (AySA, Lafsa);
- c. las devenidas minoritarias que tiene una participación estatal mínima, que son los casos en los que el ANSeS se convirtió en titular de una parte minoritaria del paquete accionario de empresas en las que las AFJP eran inversores institucionales, antes de la eliminación del régimen de capitalización.⁽¹⁷⁾

El debate principal consiste en determinar si estas sociedades pueden ser encuadradas en la Administración Pública, dado que la posición que se adopte tiene efectos sustanciales por lo menos en dos aspectos: la condición o no de empleados públicos de su personal (tema que excede el presente trabajo) y el alcance de la responsabilidad estatal, por aplicación del principio de responsabilidad subsidiaria.

(16) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., FDA, 2009, XIV-16.

(17) CARBAJALES, JUAN J., *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal —SABIE—*, Bs. As., Ediciones RAP, 2001. Disentimos con el autor en lo que se refiere a su posición de entender que se está en la categoría de ente no estatal público o privado y su exclusión del sector público nacional.

El tema no permite ser concluyente por varias razones: la cantidad de formas societarias que se han creado y las consecuencias que se derivan de aceptar dicho encuadramiento.⁽¹⁸⁾

Respecto de las nuevas sociedades anónimas de un solo socio (por ejemplo, Ebisa) reiteramos que todas estas figuras deben ser estudiadas en el contexto de la realidad político-económica de la época en la que se forman. El casuismo que ello apareja no impide la aplicación de principios generales.⁽¹⁹⁾

Aquí, la pretensión de incluir a esta sociedad en el ámbito de la descentralización encuentra freno en el propio legislador que ha sido preciso a la hora de regular la naturaleza jurídica y las derivaciones de ella.

Sin embargo, la experiencia nos indica que la rigidez normativa cede frente a determinadas circunstancias: cuando la sociedad creada no puede responder con su patrimonio en situaciones de emergencia pública o cuando el legislador decide —generalmente a través de medidas que involucran reformas del Estado y de la Administración— fusionarlas, disolverlas, asumiendo sus pérdidas y deudas.

Vale, entonces, recordar las interpretaciones de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) que ha sostenido reiteradamente que las sociedades anónimas de capital estatal, como las sociedades del Estado, constituyen una especie de descentralización, entendiéndose a esta como la forma de hacer efectiva la actividad de la organización administrativa estatal, mediante un ente separado de la Administración Central que posee personalidad jurídica propia y que está constituido por órganos también propios, que expresan la voluntad de ese ente (PTN, Dictámenes: 239:592; 247:282).

Ese criterio fue uniforme respecto de las sociedades del Estado; incluso al analizar la aplicación de la Ley 19.983 de Conflictos Interadministrativos al

(18) Ya lo había planteado Marienhoff al criticar la creación de empresas del Estado como entidades autárquicas conforme a la ley 13.653, pues diferenciaba la actividad estatal de la función estatal. Entendía que aquella figura empresarial era un simple medio instrumental del Estado que ejerce una actividad pero no una función, la que corresponde a las entidades autárquicas, en MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de derecho administrativo*, t. I., Bs. As., AbeledoPerrot, 2000, pp. 467/469.

(19) IVANEGA, MIRIAM M., "Nuevos interrogantes sobre la protección constitucional del trabajador. El caso de los empleados de las empresas y sociedades del Estado", en *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, 09/11/2011.

Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado (INDER), destacó que con independencia de la actividad propia que ejerza, se encuentra comprometido el interés del Estado nacional (PTN, Dictámenes: 263:8).

En igual sentido, sobre Lotería Nacional S. E. reafirmó el carácter de entidad descentralizada de dicha sociedad, y tratándose de una empresa de patrimonio enteramente estatal, en la defensa de sus intereses, se hallan igualmente comprometidos los del propio Estado, que es su titular (PTN, Dictámenes: 241:242).

En cuanto a las sociedades anónimas de capital estatal mayoritario, interpretó que si bien están regladas por la ley 19.550, les resultan de aplicación normas de derecho público incompatibles con las finalidades de su creación; "aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado y que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del entre frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y la dirección de la entidad" (PTN, Dictámenes: 219:145; 247:282).

En el caso de Enarsa, por ejemplo, la Procuración no opuso reparos a un proyecto de decreto por medio del cual se instruía al Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, en su carácter de accionista mayoritario de esa sociedad, a adoptar los recaudos necesarios en la contratación para la adquisición e instalación, bajo la modalidad llave en mano, de determinados insumos, para que la citada sociedad se ajustara a las normas, procedimientos y controles previstos en la Ley 13.064 de Obras Públicas (PTN, Dictámenes: 262:198).

Respecto de la aplicación de la Ley 19.983 de Conflictos Interadministrativos consideró que cuando están involucradas sociedades anónimas con participación estatal total o parcial mayoritaria, la competencia de la PTN y la del Poder Ejecutivo en la sustanciación y/o resolución de esos conflictos no se altera, en la medida en que no resulten alterados los presupuestos para su aplicación, a saber:

- a. la dependencia de las entidades involucradas en el conflicto de un superior común; y
- b. la subsistente facultad del Poder Ejecutivo para disponer, en los términos del art. 10 del decreto 2481/1993, la afectación de autorizaciones presupuestarias o de los fondos disponibles en la entidad estatal deudora, al pago de sus obligaciones en caso de incumplimiento de la condena recaída (PTN, Dictámenes: 251:195).

La CSJN interpretó que las sociedades del Estado de la ley 20.705 formaban parte de la organización administrativa como entidades descentralizadas.⁽²⁰⁾

Respecto a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria regidas por la ley 19.550, entendió que integraban el concepto amplio de descentralización administrativa y que, por lo tanto, no estaban excluidas de la Administración descentralizada.⁽²¹⁾

Coincidimos con Mertehikián en que tratándose de la actuación de empresas y sociedades de objeto comercial o industrial de propiedad estatal, la responsabilidad estatal se limita a su participación en el capital social de dichas empresas o sociedades y requiere, para efectivizarse “la previa excusión de los bienes sociales”.⁽²²⁾

El principio de la responsabilidad subsidiaria muestra un punto de equilibrio, pues a través de él se hace efectiva la unidad patrimonial del Estado y además salvaguarda la personalidad de los entes.⁽²³⁾

Siguiendo esa línea de interpretación, los daños que produjeran las sociedades estatales (en sentido amplio) prestadoras de un servicio público podrían dar lugar a la responsabilidad subsidiaria del Estado, en base a la comunicabilidad patrimonial. Por lo tanto, no resultaría de aplicación la limitación del art. 6° de la ley 26.944.

3. El supuesto de la omisión del control. El caso de los entes reguladores

En ciertas situaciones quienes deben reparar los daños no son aquellos que prestan el servicio, sino el Estado por haber omitido el control que tenía a cargo.

En realidad, el *quid* del tema reside en que si tal función se hubiera ejercido, el daño no se habría producido.

Esta particularidad determina que se trate de una responsabilidad directa, y no refleja y de base objetiva.⁽²⁴⁾

(20) CSJN, Fallos: 308:823.

(21) CSJN, Fallos: 311:755 (Dictamen de la Procuración General).

(22) MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas”, en *RAP*, n° 265, Bs. As., 2000, pp. 11/19.

(23) COMADIRA, JULIO R., *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 1639.

(24) CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, t. I, 9° ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, p. 488; “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, en *LL*, 2009-F, p. 1026; COMADIRA JULIO R., *Curso de derecho administrativo*, op. cit.; GAMBIER BELTRÁN, “Algunas re-

Se entiende que la inacción estatal causante del daño suele ser consecuencia del ejercicio de potestades discrecionales o derivadas de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues son daños que generalmente se atribuyen al incumplimiento de normas que solo indican fines o directrices, pero no imponen conductas concretas, incluso algunas incluyen apreciación de cuestiones de naturaleza técnica. Por ello, la configuración de la responsabilidad estatal en estos casos conlleva impedimentos para demostrar la configuración del factor de atribución y el nexo de causalidad.⁽²⁵⁾

Tal como sostenía Comadira, “[l]a atribución de responsabilidad del Estado no puede ser tanta como para agotarlo o inhibirlo en la gestión del interés público, ni tan poca como para expoliar al particular bajo la apariencia de dicho interés”.⁽²⁶⁾

La jurisprudencia no es uniforme, aun cuando marca cierta tendencia restrictiva a la hora de determinar responsabilidad de los organismos de control.⁽²⁷⁾

El control al concesionario o licenciario constituye una de las actividades más específicas de los entes y está constituida por un grupo de facultades⁽²⁸⁾ que apuntan a dos fines que se interrelacionan: lograr que el servicio público se preste con eficiencia y eficacia, y que el usuario reciba tal servicio en las óptimas condiciones de prestación y con una tarifa justa y razonable.

Los regímenes legales otorgan competencia a los entes reguladores, aludiendo a la fiscalización, la verificación, al control de procedimientos, actividades, obligaciones: por ejemplo, el régimen tarifario, cumplimiento de la ley, de los planes de mejoras y expansión, la procedencia de ajustes a tarifas.

flexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, en *LL*, 1990-E, p. 617; CANDA FABIÁN, O., “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, en *AAVV, Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público*, Bs. As., RAP, 2008, pp. 156/161; MERTEHIKIÁN EDUARDO, “La responsabilidad pública”, Bs. As., Abaco, 2001, p. 63 y ss.

(25) PERRINO, PABLO, “La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, en *LL*, 2011-E, p. 715.

(26) COMADIRA JULIO R., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público”, en *La responsabilidad del Estado*, Bs. As., RAP n° 326, p. 574 y ss.

(27) Por ejemplo: CSJN, Fallos: 329:2088; 329:4944; 330:653; 332:2328.

(28) Comprende el régimen tarifario, la procedencia de las revisiones y ajustes que deban aplicarse a los valores tarifarios, los planes de obra y de mantenimiento aprobados, los planes de mejoras y expansión aprobados y los planes de inversión, operación y mantenimiento, el mantenimiento de las instalaciones afectadas a las obras y servicios, a la vigencia de seguros y garantías, y sus actualizaciones, en BIANCHI, ALBERTO, *La regulación económica*, Bs. As., Ábaco, 2001.

Sin perjuicio de considerar que existe un uso indistinto de los términos que identifican diversas técnicas de control, se han identificado ciertas modalidades en más forma precisa como la inspección, la revisión y la auditoría. En realidad, la independencia funcional que se predica de tales entes justifica que decidan las modalidades y procedimientos aplicables para ejercer su competencia.

Los controles que ejercen implican una actividad **permanente, continua, intensa y completa**, es decir, involucran control previo, concomitante y posterior; ello porque todo el universo del control lo constituye la prestación de los servicios públicos.

Por ello, la omisión del control o su ejercicio deficiente puede acarrear una directa responsabilidad por los daños que sufra el usuario, en la medida que se cumplan con los requisitos para su configuración, en particular el nexo causal entre aquella y los daños reclamados.

Es indudable que se impone un análisis particular de cada caso para determinar no solo la configuración de la omisión o deficiencia del control y su relación con el daño, sino, también, si existió una reiteración de irregularidades en la prestación que no pudieron ser ignoradas por el ente.⁽²⁹⁾

En nuestra opinión, la diligencia en el ejercicio de las competencias asignadas y las modalidades del control que aplica, son datos ineludibles a la hora de fijar el alcance —y los límites— de tal responsabilidad.

Se trata, en realidad, de que los entes reguladores cumplan con la función de control a su cargo en forma eficaz.

En definitiva, el art. 6° de la ley 26.944 se engarza en un sistema legal y por ello debe ser interpretado armónica y sistemáticamente. De esta forma, si bien el principio general es la exclusión de la responsabilidad del Estado, ello no lo exime de responder en el caso que se demuestre una omisión en el control de la prestación de los entes. En tal caso, habrá que verificar la configuración de los requisitos del art. 3° de la ley.



(29) En tal sentido, cabe considerar el control de otros organismos, como la Auditoría General de la Nación que realiza auditorías de gestión conforme a las atribuciones constitucionales (art. 85) y legales (ley 24.156), que abarca las obligaciones emergentes de los contratos de concesión como el cumplimiento de las funciones a cargo de los entes reguladores.

Responsabilidad concurrente de los concesionarios y del Estado en la ley 26.944

ANA SALVATELLI



1. Introducción

La responsabilidad de los concesionarios y contratistas de servicios públicos fue incorporada como capítulo específico de la ley 26.944, en su art. 6º,⁽¹⁾ el que prevé que ellos responden por los perjuicios que ocasionen por acción u omisión en ejercicio de la función encomendada, a la par que exime de la misma responsabilidad al Estado, aún en forma subsidiaria.

Esta disposición, hay que decirlo, fue duramente criticada por la doctrina.⁽²⁾

(1) Art. 6º ley 26.944: "El Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".

(2) Ver, entre otros, IVANEGA, MIRIAM y RIVERO ORTEGA, RICARDO, "Acerca de la Ley de Responsabilidad Estatal", en *La Ley* 18/09/2014 I; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", *La Ley*, suplemento constitucional, 25/08/2014, 33, punto V; ABERASTURY, PEDRO, "La nueva Ley de Responsabilidad del Estado", en *La Ley* ADLA, 2014-25, 18; PERRINO, PABLO, "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", en *La Ley*, 18/06/2014, I; THOMAS, GUSTAVO J., "Comentario del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado", [en línea] http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf140003-thomas-comentario_proyecto_ley_responsabilidad.htm, Id. Infojus DACF 140003.

Por nuestra parte, propiciamos una interpretación integradora de la norma,⁽³⁾ que admitiría la concurrencia en la responsabilidad del concesionario y del Estado frente al mismo hecho dañoso, con fundamento en los arts. 6° y 3°, respectivamente.

Entendemos, a la luz del sistema legal consagrado, que la responsabilidad estatal —directa y objetiva (art. 1°)— existirá en tanto se configuren los requisitos taxativamente previstos en el art. 3°; y que el art. 6° consagra un tipo de responsabilidad especial, distinta de la estatal pero eventualmente concurrente con ella, basada en las garantías previstas en el art. 42 CN para protección de usuarios y consumidores.

Tal conclusión resulta de la jurisprudencia que sirve de antecedente a la disposición del art. 6°, que seguidamente desarrollaremos, a partir de la cual podemos justificar los alcances de la responsabilidad consagrada en el texto legal desde una triple perspectiva, a saber:

- a. subjetiva, en cuanto a quién es el sujeto responsable;
- b. objetiva, en el sentido de que su responsabilidad resulta de una acción u omisión dañosa, en ejercicio de la función encomendada, y finalmente,
- c. teleológica, preguntándonos por qué responde el concesionario.

Paralelamente, veremos en qué casos procedería la responsabilidad estatal, por estos mismos hechos, con sustento en el art. 3° de la ley 26.944, y, para finalizar, encuadraremos la eventual procedencia de un supuesto de responsabilidad concurrente de ambos.

2. Reseña de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Un recorrido por la jurisprudencia más destacada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de responsabilidad de los concesionarios, tanto de servicios públicos como viales, nos permitirá clari-

(3) SALVATELLI, ANA, "Hipótesis de responsabilidad concurrente del Estado y de los concesionarios viales, por accidentes en rutas, derivada de los arts. 3° y 6° de la ley 26.944", en AAVV, *Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la Ley 26.944*, Revista RAP, año XXXVII - 437, p. 209 y ss.

Ver asimismo nuestra colaboración en MERTEHIKIAN, EDUARDO, "La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del art. 6° de la Ley 26.944)", en H. Rosatti (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 167 y ss.

ficar luego los alcances de la recepción que la misma ha tenido en la ley 26.944.

2.1. "Colavita"⁽⁴⁾

Los actores reclamaron a la empresa concesionaria Covisur SA, y/o quien resulte responsable, la reparación de los perjuicios sufridos a raíz del accidente ocurrido el 5 de septiembre de 1993 cuando circulaban a bordo de su vehículo, en la ruta provincial N° 2. Sucedió que a la altura del kilómetro 144 se interpusieron en forma sorpresiva dos caballos, uno de ellos acostado en el carril de circulación, y si bien el conductor intentó esquivar al caballo echado no pudo evitar la colisión con el otro, pese a haber accionado los frenos inmediatamente. Como consecuencia de ello el automotor sufrió distintos daños de consideración.

Fundaron la responsabilidad de la demandada en el contrato de peaje que acreditaron con el comprobante acompañado, a partir del cual, argumentaron, aquella tenía el deber de mantener la seguridad e indemnidad personal y patrimonial de quienes pagaron el precio del mismo, arbitrando los medios necesarios para evitar el acceso y la permanencia de los equinos sobre la carpeta asfáltica.

Aquí interesa detenernos en la defensa de la concesionaria vial. Ella alega que el contrato de concesión le impone la obligación genérica de facilitar la circulación en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originan molestias, inconvenientes o peligrosidad, pero que esa responsabilidad no se extiende a los daños que tengan su causa en la falta de adopción de medidas correspondientes por parte del concedente. En este último sentido, destaca haber comunicado a la Dirección de Vialidad de la provincia que se venía observando un incremento en la presencia de animales sueltos en la ruta, y que dicha repartición había hecho lo propio con las autoridades policiales, para que adoptaran las medidas preventivas necesarias. De allí que, en su entendimiento, si bien asume la obligación de mantener la seguridad

(4) CSJN, "Colavita, Salvador c/ Provincia de Buenos Aires", 07/03/2000, Fallos: 323:318. Ver, en igual sentido, "Rodríguez, Eduardo Javier c/ Buenos Aires, Provincia de; Concesionario Vial del Sur SA y otros s/ sumario - daños y perjuicios", 09/11/2000, Fallos: 323:3599, "Ramírez, Ramón Aníbal c/ Virgen de Itatí Concesionario de Obras Viales SA", 21/05/2002, Fallos: 325:1141 y "Expreso Hada SRL c/ San Luis, Provincia de y otros s/ cobro de pesos", 28/05/2002, Fallos: 325:1265.

y transitabilidad, no se considera responsable de los daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia de las medidas que debió adoptar el concedente.

Sostiene asimismo que el propio contrato la exime de dicha responsabilidad cuando el daño proviene de una circunstancia ajena a la concesión, como es en el caso la de los propietarios de los fundos aledaños a la ruta, que no adoptan las medidas tendientes a impedir que los animales accedan a ella, y quienes, por ende, serían los principales responsables junto a la policía provincial.

Bajo estos argumentos solicitó la intervención como tercero de la provincia de Buenos Aires.

A su turno, esta opuso la falta de legitimación pasiva, alegando que los funcionarios provinciales no han intervenido en el hecho, y atribuyó la responsabilidad al dueño del animal, en los términos del art. 1124 CC.

El pronunciamiento de la CSJN, en mayoría, aborda en primer lugar la responsabilidad endilgada a la provincia de Buenos Aires, la cual es rechazada bajo la doctrina de los precedentes "Ruiz"⁽⁵⁾ y "Sarro".⁽⁶⁾ Deja asentado, además, que la eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse al propietario, que no fue demandado en el caso.

En segundo lugar concluye que tampoco es responsable el concesionario, bajo el argumento de que este último "... no puede asumir frente al usuario —por la delegación de funciones propia de la concesión— derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente...". Sostiene al respecto que las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública conforme el reglamento de explotación; que la concesionaria no asumió obligaciones vinculadas al hecho que motiva la acción; que su obligación estaba expresada en términos genéricos en el contrato, y que alcanzaba tan solo a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial, lo que incluía mantenimiento, señalización de calzadas y banquetas y oferta de servicios auxiliares al

(5) CSJN, "Ruiz, Mirtha E. y otro c/ Provincia de Buenos Aires", 07/11/1989, Fallos: 312:2138.

(6) CSJN, "Sarro, Antonio y otros c/ OCA SRL y otros (Buenos Aires, Provincia de) s/ daños y perjuicios", 27/12/1990, Fallos: 313:1636.

usuario; y, finalmente, que eran los propietarios de los fundos aledaños quienes tenían el deber de adoptar las medidas del caso.⁽⁷⁾

La demanda fue así rechazada.

Pero, capítulo aparte, la disidencia del juez Vázquez obliga a que nos detengamos particularmente, puesto que sus argumentos son los que —como veremos luego—, han cobrado vigor en la doctrina actual de la CSJN, modificando la jurisprudencia que existía a esa fecha.

El juez Vázquez comienza por señalar que la responsabilidad del dueño o guardador de un animal por los daños que cause —que a la luz del voto mayoritario era **el único** responsable en el caso—, no es exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole que pueda caberle a otros que tienen el deber de evitar que el semoviente no invada la vía de circulación, es decir, una responsabilidad vinculada a la inejecución del apuntado deber. Dice entonces que, tanto la provincia como la concesionaria, podrían ser pasibles de responsabilidad por la existencia de obstáculos que impiden la normal circulación. La primera si incurre en una omisión antijurídica, ya que, de acuerdo con la normativa el Código Rural de la provincia de Buenos Aires, tiene la obligación de controlar si existen o no cercos adecuados en las adyacencias de los caminos públicos, y funda la responsabilidad que puede caberle en los arts. 1074 y 1109 CC, a lo que agrega que esa responsabilidad estatal se crea en "... la idea objetiva de falta de servicio...".

No obstante lo expuesto, concluye que, en el caso, esa responsabilidad no tiene cabida, porque no se desplegó la actividad probatoria pertinente.

Ahora bien, otra es la solución que propone respecto de la concesionaria vial, cuya responsabilidad no aparece unida necesariamente a la relación concedente/concesionario, y al contrato de concesión o reglamento de explotación, todos los cuales son inoponibles al usuario.

En efecto, la disidencia concibe el vínculo que enlaza al usuario con el concesionario vial como una típica relación de consumo (arts. 1º y 2º, ley 24.240), encuadrando la responsabilidad del último por los daños sufridos por el

(7) Se trataría de la concreta aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 1074 CC (MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Breve comentario acerca de la responsabilidad extracontractual por la omisión del Estado y de los concesionarios de obra pública (Animales sueltos en caminos)", en *La Ley* 2000-D, 553.

primero en el régimen contractual, toda vez que frente al usuario el concesionario tiene una obligación tácita de seguridad de resultado, y debe proveerle todo aquello que le asegure que la carretera estará libre de peligros y obstáculos, y que transitará con total normalidad.

Trátase entonces de una responsabilidad objetiva a partir de la cual, en la medida en que un usuario sufre un daño, emerge contra el concesionario una presunción de responsabilidad y, para desvirtuarla, este deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio o que, previsto, no ha podido evitarlo no obstante haber cumplido con las medidas a su cargo.

2.2. "Choi Do Min"⁽⁸⁾

Los actores sufrieron un intento de asalto por parte de desconocidos en diciembre de 1993, en el puesto de peaje Avellaneda de la autopista Perito Moreno, de la que la demandada era concesionaria. El hecho culminó con disparos de armas de fuego contra el automóvil en momentos en que este traspasaba la barrera del peaje, que causaron heridas a uno de ellos.

La demanda había sido rechazada en primera instancia porque se trataba del hecho de un tercero, fuerza mayor, imprevisible e inevitable, no imputable al accionado (arts. 513 y 514 CC), y la Cámara Nacional en lo Civil había confirmado tal decisión, considerando que la demandada no podía ser responsable de las consecuencias del evento dañoso porque ella no ejercía el poder de policía que indelegablemente pertenece al Estado, debiendo tan solo efectuar un adecuado control y recurrir al auxilio de la autoridad pública si fuera necesario.

Deja en claro la alzada, en lo que aquí interesa, que la responsabilidad del concesionario vial solamente puede nacer cuando el daño deriva de algo inherente a la ruta en sí misma, a su estado de conservación o a la presencia de un objeto inerte que dificulta el tránsito o lo torna peligroso.

La CSJN declara inadmisibles los recursos extraordinarios en los términos del art. 280 CPCCN con la disidencia del juez Vázquez, quien reitera el encuadre sostenido en "Colavita", arriba reseñado, relativo al vínculo de consumo que se entabla entre la concesionaria y el usuario.

(8) CSJN, "Choi Do Min y otro c/ Huarte SA y Asociados UTE", 18/09/2001, Fallos: 324:2784.

Más aún, y como manifestación del deber de seguridad que pesa sobre la primera, la disidencia sostiene que, en este caso, su responsabilidad puede ser fundada en el incumplimiento de dicha obligación, distinta de la que podría caberle al Estado por lo atinente a su función de policía de seguridad.

2.3. "Ferreyra"⁽⁹⁾

La CSJN declaró inadmisibile, en los términos del art. 280 CPCCN, el recurso extraordinario interpuesto por la demandada contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chaco, que, a su vez, había desestimado los recursos interpuestos contra la sentencia que la condenó a abonar a los actores los daños y perjuicios sufridos por el señor Sr. Víctor Ferreyra en el accidente ocasionado por un animal suelto cuando transitaba por la ruta Nicolás Avellaneda, de la cuál era concesionaria.

Por constituir uno de los primeros pronunciamientos sobre el tema del Máximo Tribunal en su última composición, e implicar un giro en la línea jurisprudencial sostenida hasta entonces, interesa detenernos en los fundamentos dados por los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en sus votos, y en las disidencias de los jueces Petracchi y Fayt.

En el voto del juez Zaffaroni se define la relación que une al usuario con el concesionario, haciendo énfasis en que, a partir de que el primero abona una suma de dinero por el uso del corredor vial concesionado, está pagando por un servicio que consiste en que el concesionario le facilite el tránsito por la carretera, asegurándole una circulación normal, libre de peligros y obstáculos, de forma que pueda arribar al final del trayecto en similares condiciones a las de su ingreso. Por ende, señala que el vínculo que se establece entre ellos exterioriza una relación de consumo (ley 24.240) que alcanzó la máxima jerarquía al quedar incluido en el art. 42 de nuestra Carta Magna con la reforma constitucional de 1994, y que hace nacer una obligación objetiva de seguridad⁽¹⁰⁾ a cargo de la concesionaria,

(9) CSJN, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VICOV SA s/ daños y perjuicios", 21/03/2006, Fallos: 329:646. Ver asimismo "Caja de Seguros SA c/ Caminos del Atlántico SAVC", 21/03/2006, Fallos: 329:695; y "Basualdo, Argentino René c/ Empresa Virgen de Itatí COVSA (VICOV SA) y/o quien resulte propietario y/o responsable s/ daños y perjuicios", 28/03/2006, Fallos: 329:879.

(10) Receptado normativamente en el art. 5º, ley 24.240.

además de tornar operativo el principio de buena fe que informa el art. 1198 CC, de modo que debe reflejarse indispensablemente en la eficiencia y seguridad del servicio que se presta para lograr de modo acabado la obtención del resultado, manteniendo indemne la integridad física y patrimonial del usuario.

Bajo este marco jurídico, el concesionario responde en forma directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario, salvo que demuestre la mediación de eximente en punto a la ruptura del nexo causal.

De otra parte, del voto del juez Lorenzetti nos interesa destacar la distinción que hace entre el vínculo Estado-concesionario y el vínculo que se establece entre este último y los usuarios.

Se señala, en tal sentido, que el poder público puede, legítimamente, conceder la explotación de los servicios viales, estableciendo las condiciones en que el mismo será desempeñado, así como los instrumentos para su financiamiento, todo lo cual es aceptado por el concesionario con perfecto conocimiento de sus obligaciones y riesgos frente a los terceros que se derivan de la prestación del servicio.

Consecuentemente, las concesiones viales —siempre según este voto— conforman un servicio público al que le son aplicables las normas de la ley 24.240 y, por ende, quienes pagan el peaje, y los que usan de la ruta para los fines del tránsito como acompañantes, son consumidores en la medida que reúnan los requisitos de los arts. 1º y 2º de dicha ley.

Existiría una obligación nuclear del contrato de concesión constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos, y también deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198 CC) y, entre estos últimos, un deber de seguridad, de fuente constitucional (art. 42 CN) y legal (art. 5º ley 24.449), que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles.

Finalmente, la disidencia de los jueces Petracchi y Fayt en remisión a lo dictaminado por el Procurador General se funda en el desconocimiento del criterio del fallo “Colavita” a partir del cual correspondería conceder el recurso extraordinario y dejar sin efecto la decisión apelada.

2.4. "Bianchi"⁽¹¹⁾

La noche del 11 de febrero de 1991, alrededor de las 22.15 hs., el vehículo de los actores colisionó con uno de los dos equinos que súbitamente cruzaron la ruta, a la altura del camino de tierra a Mar Azul, aproximadamente 12 km después de la entrada a la ciudad de Villa Gesell, cuando se dirigían desde esta ciudad a la de Mar del Plata por la ruta provincial N° 11. A raíz del hecho, Bianchi, que conducía, falleció, y los restantes ocupantes sufrieron lesiones de distinta gravedad.

La viuda y su hijo menor iniciaron demanda de daños y perjuicios contra la provincia de Buenos Aires —por su condición de dueña de los animales y por ser titular del deber de seguridad específico que ha sido infringido—, y contra Camino del Atlántico SACV. La CSJN hizo lugar a la demanda contra el concesionario vial y la rechazó respecto de la provincia.⁽¹²⁾ Descartada la responsabilidad de esta última en la alegada condición de dueña de los animales que motivaron el siniestro, se rechazó igualmente la imputación de un supuesto deber de seguridad infringido por el estado provincial dado que no pudo identificárselo "... señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad y explicando cómo se configuró su inobservancia".⁽¹³⁾

Es importante destacar esta doctrina porque, en lo que respecta a una eventual responsabilidad estatal por omisión, señala como exigencia que no debe tratarse de una atribución de extrema generalidad sino que, por el contrario, deben establecerse las específicas y determinadas obligaciones incumplidas o deberes infringidos que posibiliten el juicio de antijuridicidad material, "... máxime teniendo en cuenta que la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial,

(11) 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", 07/11/2006, Fallos: 329:4944. Ver, asimismo, "González Torres, M. E. c/ Deluca, J. A. s/ Servicios Viajes SA y/o indemnización de daños y perjuicios y daño moral", 05/06/2007, Fallos: 330:2533, cuya particularidad es que fue condenado el dueño del animal que produjo el siniestro concurrentemente con la concesionaria.

(12) Así lo deciden, en mayoría, los jueces Fayt, Maqueda y Lorenzetti, Highton y Zaffaroni, estos dos últimos según su voto, y en disidencia parcial los jueces Petracchi y Argibay. Es importante señalar que el pronunciamiento tiene lugar en instancia originaria, dejando de lado la doctrina "Barreto" (CSJN, "Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro", 21/03/2006, Fallos: 329:759).

(13) CSJN, "Bianchi, Isabel...", fallo.cit., consid. 2º, b), párr. 1º.

desde que los usuarios de la ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio”.

Invoca finalmente, a mayor abundamiento, la doctrina de los precedentes “Ruiz” y “Sarro”, señalando que justamente en dichos casos la imputación se refiere al incumplimiento de deberes jurídicos indeterminados a cargo de la provincia, de lo que no resulta su responsabilidad por los daños reclamados.

Y respecto del concesionario vial, se consolida la doctrina que venimos exponiendo en cuanto a que el vínculo que se establece entre este y el usuario es calificado como una relación de consumo en el derecho vigente, a pesar de que la ley 24.240 no resultaba aplicable a la fecha del evento dañoso.

De cualquier forma, se sostiene, dicho vínculo era de naturaleza contractual, regulado por el Código Civil, y suponía la existencia de una obligación preexistente con relación al usuario netamente diferenciada de la relación de naturaleza administrativa que la empresa mantiene con el Estado concedente.

Se califica la obligación en cabeza del concesionario como de prestar un servicio, principalmente de mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos, a la que se suman otros deberes, como el de seguridad, que obliga a la adopción de las medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada.

En el caso se consideró claramente previsible para un prestador de servicios concesionados el paso de animales por la ruta como factor de accidentes reiterados, y se destaca que sobre él pesa la obligación de autoinformación y el deber de transmitirla al usuario en modo oportuno y eficaz.

Entiende así comprometida la responsabilidad de la concesionaria por la falta de un adecuado ejercicio del deber de previsión y de disponer lo necesario para evitar accidentes en los términos en que se verificó en el caso, destacándose que en la mano donde circulaba la víctima estaba prevista la colocación de un cartel indicador del peligro que no había sido instalado.

Finalmente, que la responsabilidad que el art. 1124 CC pone en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que cause, no es exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole y causa

que puede caberle a las concesionarias viales por el incumplimiento de deberes propios.

2.5. "Gómez"⁽¹⁴⁾

A diferencia de la decisión que queda firme por efecto de la inadmisibilidad del recurso extraordinario —art. 280 CPCCN— declarada por la CSJN en el caso "Ferreyra" arriba referido, en el presente caso también se declaró inadmisibile el recurso pero quedó firme la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, Sala 1, que había rechazado la demanda deducida contra el concesionario vial derivada de los daños y perjuicios sufridos por el conductor de un vehículo tras haber atropellado un caballo suelto que imprevistamente, en plena noche, se había cruzado por la ruta concesionada por la que circulaba.

Así surge de la disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, que se pronuncian por admitir el recurso y revocar la sentencia apelada con fundamento en los precedentes "Ferreyra" y "Bianchi", entre otros.

Justamente, es interesante destacar este precedente porque la sentencia provincial que queda firme sostiene que la relación jurídica entre la empresa concesionaria de peaje y los usuarios se rige por el contrato de concesión de obra y el pliego de condiciones particulares, que limitan las labores de remoción de obstáculos a las expresamente pactadas con el Estado cedente; que el deber de seguridad se refiere a lo inherente a la ruta en sí misma, no a la aparición imprevista o repentina de un animal ya que no cuenta con atribuciones del poder de policía; y que en el caso hay responsabilidad del dueño o guardián de dicho animal en los términos del art. 1124 CC.

Creemos que el camino sinuoso sentado entre los fallos "Ferreyra", "Bianchi" y "Gómez" sirve de anticipación a la dinámica de aplicación de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado en el sentido que, por tratarse de una cuestión de derecho público local, no necesariamente el Máximo Tribunal, a través del recurso extraordinario, revertirá una decisión de distinto alcance al de la jurisprudencia fallada por los jueces locales.

(14) CSJN, "Gómez, Mario Félix c/ VICOV SA y/o responsable s/daños y perjuicios", 17/03/2009, Fallos: 332:405.

2.6. “Ledesma, María Leonor”⁽¹⁵⁾

Surge de la reseña de la causa que María Leonor Ledesma demandó a la empresa Metrovías SA por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del accidente que sufriera el 8 de agosto de 2003, a las 8.15 hs., al descender del vagón de la línea D de subterráneos de esta Ciudad, en medio del tumulto de pasajeros, cuando introdujo su pie en el galibo, es decir, en el hueco existente entre el vagón de la formación del subterráneo y el andén.

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había rechazado la demanda bajo el argumento de hallarse en juego un deber genérico de seguridad, que el prestatario asume, y que no alcanzaba para hacerlo responsable por la “incorrecta maniobra” de la actora, o en otras palabras, que se trataba de un hecho de la propia víctima que relevaba de responsabilidad a Metrovías. Contrariamente a ello, y en lo que aquí importa, la Corte empieza por afirmar que:

En el presente caso, se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos y profanos. La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios [y señala que estos últimos] son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial.⁽¹⁶⁾

En lo que respecta a la atribución de responsabilidad al concesionario, la CSJN señala que la obligación de seguridad es objetiva, de modo que los

(15) CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías SA”, 22/04/08, Fallos: 331:819.

(16) CSJN, “Ledesma...”, fallo cit., consids. 6° y 7°.

eximentes solo pueden referirse a la ruptura del nexo causal, y que, en tal contexto, el hecho de que la víctima ponga el pie en el hueco del andén es un acto que no tiene aptitud alguna para configurarse en una eximición de responsabilidad. Más aún, sostiene, la falta de la propia víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador, porque la empresa debió adoptar las medidas necesarias para asegurar el ordenado ascenso y descenso de los pasajeros de los vagones,⁽¹⁷⁾ garantizando la seguridad de los pasajeros transportados.

Vincula esta obligación del restador con el deber constitucional previsto en el art. 42 CN, de brindar a los consumidores un trato digno que, en el caso —señala—, incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo en su integridad física, y para que viaje de un modo razonablemente cómodo.

De la causa que reseñamos surge clara la imputabilidad del daño al prestador del servicio, en tanto el mismo se produce en ejercicio de la función encomendada por omisión de adecuado cumplimiento del deber de seguridad a su cargo.

Aquí no responde el Estado concedente, sino únicamente el concesionario, tal y como lo prevé el art. 6° de la nueva Ley de Responsabilidad del Estado.⁽¹⁸⁾

2.7. “Uriarte Martínez”⁽¹⁹⁾

Con similares fundamentos a los del caso “Ledezma” arriba reseñado, la CSJN revoca la decisión de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que rechazó la demanda deducida contra Transportes Metropolitanos General Roca SA y Search Organización de Seguridad SA, por la indemnización de los daños y perjuicios emergentes de un accidente ferroviario.

En el caso, los padres del damnificado —menor de edad a la fecha del hecho— relataron que el 9 de mayo de 2000 su hijo se encontraba en uno de los furgones del tren, que estaba en movimiento, cuando dos sujetos

(17) Indica aquí medidas tales como mejorar la frecuencia de las formaciones e instruir a su personal para que el servicio se desarrolle sin tropiezos ni peligros, especialmente en las “horas pico”.

(18) En sentido similar, ver CNAC. AP. CIV., Sala H, “Sierra, Raúl Ernesto c/ Transporte Metropolitanos Gral. San Martín y otro s/ daños y perjuicios”, 16/11/2009, entre muchos otros.

(19) CSJN, “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, 09/03/2010, Fallos: 333:203.

desconocidos se aproximaron a él, lo intimaron con una navaja y le sustrajeron una campera. Luego lo agredieron y lo arrojaron fuera de la formación, cayendo al costado de las vías a raíz de lo cual sufrió serias lesiones: politraumatismos, hematomas, escoriaciones y equimosis múltiples en todo el cuerpo, pérdida de piezas dentarias y lesiones varias según surge de la historia clínica, quedando en estado de inconciencia y siendo retirado del lugar por los bomberos.

El Máximo Tribunal, tras calificar la sentencia impugnada de arbitraria por cuanto, si bien sostiene que hay un deber de seguridad a cargo del transportista que asume la obligación de llevar al pasajero sano y salvo al destino (con cita del art. 184 CC), luego lo exime de responsabilidad porque considera los hechos delictivos como una causa ajena al transporte y que encuadran en un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que produce la ruptura del nexo causal, entiende que esto último no se produce porque el convoy en el que sucedió el evento circulaba sin personal de seguridad y no todos los trenes lo llevaban.

Señala además que, si bien el hecho delictivo de terceros puede resultar imprevisible para el prestador del servicio ferroviario toda vez que no cabe exigirle que se constituya en un guardián del orden social a fin de reprimir inconductas de los viajeros,⁽²⁰⁾ ello no quita que aquel arbitre, cuanto menos, las mínimas medidas de seguridad a su alcance para evitar daños previsibles o evitables.

Enfatiza, por último, que se está en presencia de una empresa que explota una actividad riesgosa y, en tanto presta un servicio público, debe cumplir con sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de adoptar los mecanismos mínimos que impidan sucesos infortunados como el ocurrido en el caso.

3. La responsabilidad del concesionario en aplicación del artículo 6° de la ley 26.944

A partir de la reseña de casos que venimos de exponer se aprecia claramente que la responsabilidad consagrada en esta disposición no constituye una novedad para nuestro ordenamiento jurídico. Recordemos

(20) Con cita de CSJN, "Bulacio, Luis Alberto y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios", 16/02/1999, Fallos: 322:139.

que la misma establece: “El Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”. Al respecto, y como anticipamos más arriba, vamos ahora a analizar, desde una triple perspectiva, los alcances de dicha responsabilidad.

3.1. *Subjetiva (quién responde)*

En primer lugar, afirmamos que la expresión “... concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal...” no se limita únicamente a las actividades que han sido legalmente declaradas como servicios públicos sino que abarca toda actividad cuya gestión ha sido encomendada por el Estado a un particular, bajo cualquier forma instrumental (v. gr. concesión, licencia, autorización o permiso).

Nos convence de ello que la doctrina no formula ese distinguo,⁽²¹⁾ porque en rigor estamos partiendo de la misma facultad estatal de celebrar un contrato con un particular al que le concede la prestación de un servicio en un caso —la realización de una obra en el otro—, y que tienen en común esa tercer figura que es el usuario, beneficiario de la prestación en ambos casos y amparado por la misma tutela constitucional, como luego referiremos.⁽²²⁾

Ello así, existe consenso en señalar que los concesionarios son personas jurídicas privadas que no integran los cuadros de la Administración, que no se transforman de modo ordinario en órganos de la Administración ni actúan como tales, ya que la misma idea de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración la atención de algunas necesidades de interés general. En efecto, el concesionario

(21) Ver MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*, p. 170 y ANDRADA, ALEJANDRO, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, Bs. As., *La Ley*, 2008, p. 336.

(22) “Solo así el usuario de la red vial tendrá una protección tuitiva equiparable a la de los otros y restantes usuarios, evitándose fraccionar el tratamiento de uno y otros según la naturaleza de la prestación recibida. Simétricamente las empresas concesionarias estarían en equivalente situación jurídica ante la eventualidad de responder por daños causados a terceros” (GALDÓS, JORGE M., “Peaje y animales sueltos ¿la clausura de un debate?”, en *La Ley* 2000-E, 494).

es un particular que ha celebrado un contrato de concesión con la Administración y es ajeno a sus cuadros, es decir que no integra el sistema organizativo administrativo. El concesionario no es un órgano o ente estatal.⁽²³⁾

Luego, quien responde en forma directa por los daños que ocasiona en el ejercicio de la función encomendada es el concesionario, tal y como lo prevé el art. 6º, ley 26.944, y no el Estado, porque:

- a. no se verifica el requisito de imputación a un órgano que integra la estructura de la Administración Pública;
- b. el resarcimiento de los perjuicios integra el riesgo propio de la concesión;
- c. la privatización del servicio implicó no solo el traslado de la gestión de la actividad sino también de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación del servicio; y
- d. no ha mediado intervención alguna de la autoridad estatal.⁽²⁴⁾

Es que, justamente, la responsabilidad que podía caberle al Estado por *culpa in vigilando e in eligendo*, se trasladó a los contratos de concesión, que establecen que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión.⁽²⁵⁾

3.2. Objetiva (en qué supuestos responde)

La norma prevé esa responsabilidad: "... por los perjuicios ocasionados (...) cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".

En ese sentido, y si bien la diversidad y distinta condición jurídica de los sujetos que intervienen en el marco de una relación concesional no

(23) CANOSA, ARMANDO, "La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos de transporte", en AA.VV., *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Bs. As., RAP, 2008.

(24) PERRINO, PABLO E., "La Responsabilidad del Estado y de los Concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos", en AAVV, *Jornadas Nacionales sobre contratos administrativos*, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 2000.

(25) GORDILLO, AGUSTIN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Bs. As., F.D.A., 2014, pp. 12/720. Ver la opinión favorable al art. 6º ley 26.944 de SALGÁN RUIZ, LEANDRO, "La responsabilidad patrimonial estatal como principio del Estado constitucional y social de derecho. Nuevas consideraciones sobre el Proyecto de Ley", en *Revista Derecho Público*, año III, nº 8, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014, p. 265.

permite una respuesta unívoca,⁽²⁶⁾ podemos encontrar tres vínculos diferenciados:

- a. el que se establece entre el Estado y los prestadores de los servicios cuya actividad o gestión haya sido privatizada;
- b. el de estos últimos y los usuarios; y
- c. el de los prestadores y los terceros con quienes aquéllos contratan la ejecución de obras, provisión de bienes o la prestación de servicios.⁽²⁷⁾

3.2.1. Estado/prestadores privados

Si la actividad se encuentra caracterizada como un servicio público y así ha sido declarada por el legislador, no dudamos en afirmar que las relaciones entre los particulares titulares de una concesión, licencia, permiso o autorización y el Estado, de naturaleza contractual, estarán sometidas al régimen jurídico de derecho público propio del servicio público y sometido a sus reglas y principios, expresas y virtuales. Si se tratara de una actividad privatizada en la cual no obstante esté presente el interés público, el Estado someterá dicha actividad privada a una mayor o menor regulación fundándose en el ejercicio del poder de policía, pero sin utilizar el recurso técnico de sometimiento al régimen del servicio público.

Por otro lado, debemos destacar, este primer vínculo no se agota en el existente entre el prestador y el Estado concedente, quienes han celebrado un contrato bajo las notas que antes indicamos, sino que concurre además el vínculo que se entabla entre el prestador y el ente regulador del respectivo servicio.

Sabemos que la esencia de la misión de todo ente regulador es la vigilancia de la correcta prestación del servicio público o de la actividad regulada, en aras de la protección de sus destinatarios, los usuarios.⁽²⁸⁾

3.2.2. Prestadores/usuarios

De manera análoga, en tanto nos encontremos frente a un servicio público, las relaciones entre prestadores y usuarios estarán sometidas a idéntico

(26) PERRINO, PABLO E., "La Responsabilidad del Estado...", *op. cit.*

(27) MERTEHIKIAN, EDUARDO, "La regulación de los servicios públicos privatizados", revista *RAP*, n° 197, p. 10.

(28) BIANCHI, ALBERTO B., "La Responsabilidad de los Entes Reguladores", en *AAVV, Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, op. cit.*, pp. 149/169.

régimen de derecho público, no siendo libre la actividad de aquellos por cuanto estará estrictamente ceñida a las reglas y principios del servicio público, esto es, igualdad, uniformidad, regularidad, universalidad.⁽²⁹⁾

Es importante destacar aquí que el usuario es un sujeto que goza de protección constitucional expresa, por conducto del art. 42 CN, y así ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia, como veremos en el acápite que sigue.

3.2.3. Prestadores/terceros

Los terceros se definen por exclusión en tanto no son usuarios del servicio, como un primer vínculo, de tipo extracontractual. Por ejemplo, cuando se le provoca un daño a un tercero por personal del concesionario por el riesgo de las cosas que tiene a su cuidado.⁽³⁰⁾

Pero también se verifica un vínculo entre los prestadores y los terceros con quienes contratan. En este caso, y aun cuando la actividad se encuentre caracterizada legalmente como un servicio público, las relaciones jurídicas establecidas con los terceros con quienes aquellos celebran contratos estarán regidas por el derecho común y, en consecuencia, sujetas a las reglas de la libre determinación de las partes (art. 961 CCyC), aunque se encuentran a la vez, fuertemente sometidas a regulación y control estatales, bien entendido que ello es así en la medida que la prestación obligacional que constituya el objeto de tales contratos se deba incorporar al servicio público cuya gestión se ha encomendado al particular.

La diferenciación de los vínculos jurídicos generados a partir de un contrato de concesión, que venimos de reseñar, reviste suma importancia para poder focalizar el alcance de la aplicación de la norma que nos toca abordar.

En efecto, no importa a la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal el vínculo contractual que une al Estado con el prestador, o a este con terceros con

(29) Nos enrolamos así, en la opinión que califica de naturaleza pública, este vínculo entre prestadores y usuarios. Ver al respecto, PERRINO, PABLO E., "La Responsabilidad del Estado...", *op. cit.*

(30) El mismo autor referido en la nota anterior cita, a modo de ejemplo, los daños y perjuicios causados a terceros derivados de la ejecución del contrato o del incumplimiento de las obligaciones asumidas en el mismo (art. 24 del contrato de concesión para la prestación del servicio de distribución de electricidad; daños causados a terceros ya los bienes estatales por la realización de trabajos en la vía pública; daños producidos a los bienes afectados al servicio).

quienes ha acordado la provisión de bienes o servicios. Para entender la aplicación del art. 6° de dicha ley, en tanto responsabilidad de tipo extracontractual, nos interesa el vínculo prestador-usuario o tercero —ajeno a la prestación, pero con quien no tiene un vínculo contractual—, víctimas del daño.

Es respecto de estos últimos que la norma consagra la responsabilidad del concesionario cuando, en ejercicio de la función encomendada, por acción u omisión, produzca un daño, todo lo cual es conteste con la jurisprudencia que reseñamos en el punto anterior.

3.3. Teleológica (por qué responde)

Responde por la garantía constitucional de protección de usuarios y consumidores prevista en el art. 42 CN. Este es el bien jurídico protegido. Porque esta disposición constitucional contiene un mandato de protección que supera la naturaleza del prestador, es decir, la protección constitucional se dirige al sujeto beneficiario —consumidor o usuario— independientemente de quien brinde la prestación de que se trate.⁽³¹⁾

4. La responsabilidad del Estado en aplicación del art. 3° de la ley 26.944

Nos toca reflexionar ahora, respecto del último —y más polémico— aspecto del art. 6° de la ley 26.944 en cuanto establece “El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria...”, por los perjuicios que venimos de exponer en los acápites anteriores. Creemos que aquí hay que abrir el espacio a una interpretación armónica de todo el cuerpo de la ley.

En efecto, nuestro punto de partida es que procede la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados a un usuario —o un tercero— con motivo o en ocasión de la prestación de servicios públicos concesionados si media una acción u omisión de un órgano en ejercicio de la función estatal, vinculada a la regulación o el control de dichos servicios, esto es, como consecuencia de la intervención administrativa que importa una concesión de este tipo.

(31) MERTEHIKIAN, EDUARDO, “El artículo 42 de la Constitución Nacional en la última década. Sus mandatos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista de Derecho Público Diez años de Derecho Público en la Argentina - I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013-1, p. 196.

Así, descartado que el Estado responda por la acción y omisión dañosa del concesionario, como vimos en el acápite anterior, porque no se trata de un órgano en ejercicio de la función estatal, lo que nos queda es la omisión: básicamente, la omisión del ejercicio de las funciones de control, a cargo del Estado, de las cuales deriva la producción del daño.⁽³²⁾

El Estado sí responde por la omisión de control que resulta en un daño a los usuarios o terceros con los que no existe un vínculo contractual.⁽³³⁾

Ahora bien, esa omisión que no tiene cabida en el art. 6° que venimos analizando, sí la tiene en el art. 3° de la misma ley, en cuanto establece los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e **inactividad ilegítima** y expresamente contempla —inc. d— la “Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

No tenemos dudas en cuanto a que los entes reguladores o de control existen bajo la premisa del mandato expreso y determinado de vigilar y controlar que la prestación del servicio garantice los derechos de los usuarios y consumidores del mismo.

Señala la doctrina que ello atañe a su propia finalidad, a la razón de su creación. La misión de los entes, en síntesis, es vigilar que el servicio o la actividad a cargo de sus regulados sea prestada en las condiciones que fijan las normas contractuales, reglamentarias y legales aplicables.⁽³⁴⁾

(32) Esta norma resultaría igualmente aplicable si es el Estado el prestador del servicio público, debiendo corroborarse todos los requisitos de procedencia allí previstos.

(33) La doctrina identifica otros supuestos en los que resultaría responsable el Estado, cuando por ejemplo el perjuicio lo ocasiona el prestador del servicio al acatar, en forma ineludible, órdenes o cláusulas por impuestas por aquel (ver PERRINO, PABLO, “Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, en La Ley, 18/06/2014, y sus citas). En nuestra opinión, se aplicaría en estos supuestos el art. 3° ley 26.944 para responsabilidad al Estado por falta de servicio, por actividad o inactividad ilegítimas. Un ejemplo de omisión de control y responsabilidad la encontramos en el fallo CNAC. AP. COM., Sala D, “Cots, Libia Elda c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/daños y perjuicios”, 30/09/2004, ver CAPUTI, CLAUDIA, *Responsabilidad del Estado. Síntesis y sistematización jurisprudencial*, Bs. As., RAP, 2007, p. 215 y ss. Publicado asimismo en PIROTA, JOSÉ H., y PIROTA, VALERIA L, “Novedosa condena al estado por deficiencia en la aplicación del Poder de policía. Omisión de las diligencias de control del seguro obligatorio en el transporte público”, revista RAP, n° 314, p. 153.

(34) BIANCHI, ALBERTO B., “La responsabilidad de los entes reguladores”, *op. cit.*

Es así entonces que, frente a un daño por el que responde en forma directa el concesionario en los términos del artículo 6º, la responsabilidad estatal no está excluida, si se verifican los requisitos del art. 3º.⁽³⁵⁾ Corrobora nuestra postura lo sostenido en los debates de la ley⁽³⁶⁾ y un dictamen reciente de la Procuradora General de la Nación ante la Corte Suprema.⁽³⁷⁾

Es, por lo expuesto, que la limitación de la responsabilidad estatal contenida en el art. 6º ley 26.944 en nada impide que el Estado responda, en forma directa, si se configuran los requisitos del art. 3º de la misma ley.

(35) El mismo autor citado en la nota anterior clasifica dos posibles responsabilidades del ente, una directa y otra indirecta o refleja, que tendría lugar cuando quien genera los daños es el concesionario o licenciatario, debido a la falta de vigilancia del ente. Distinta posición sostiene Perrino, para quien esta responsabilidad es siempre directa (PERRINO, PABLO E., "La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia", en AAVV, *Servicio público, policía y fomento*, Bs. As., RAP, 2003).

(36) "... como estos no son cuadros de la administración asumen el riesgo de reparar por los daños que producen, y serán ellos, cuando el daño es imputable a la función encomendada, los que deberán reparar los daños producidos. Obviamente si el Estado eligió fraudulentamente al concesionario o si el Estado no controló con la diligencia la actividad del funcionario responderá por esa culpa en la medida que corresponda" (Expresiones de la Diputada Conti [en línea] <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/131-12.htm>). "Más allá de las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, la solución que adopta el proyecto es la que tiene mayor cantidad de adeptos: Comadira, Laura Monti, Pérez Hualde, Gordillo, Perrino, los españoles García de Enterría, Muñoz Machado, Beladiez Rojo. Esta postura se funda en que el concesionario no es un órgano estatal y tampoco un dependiente del Estado sino una persona jurídica distinta que actúa a su cuenta y riesgo. Y dentro de los riesgos que asume el concesionario, se encuentran los eventuales resarcimientos por los perjuicios que cauce la ejecución del servicio. (...) El fundamento central de la exclusión de responsabilidad es que ningún órgano del Estado tuvo injerencia en la producción del daño, ya que este no se produjo por acción u omisión de un órgano estatal. (...) Sí debe 'co-responder' —el Estado debe responder— cuando al Estado se le imputan actividades u omisiones propias que también produjeron o permitieron que se produzcan los daños; en concreto, que también, juntamente con otro accionar de manera conjunta, contribuya a producir los daños. Me refiero a la responsabilidad por omisión en el control de la prestación del servicio o la responsabilidad por haber hecho el proyecto de la obra ejecutada por el contratista que causa el daño o por haber impuesto una determinada conducta al contratista o concesionario, que es la que provoca el daño, entre otros. En todos estos supuestos, el Estado responde no en carácter subsidiario sino en carácter principal, directo y objetivo, independientemente de la responsabilidad que pueda atribuírsele al concesionario o contratista. Habrá, en todo caso, responsabilidad concurrente del Estado y del concesionario..." (De la exposición del Senador Guinle, versión taquigráfica, Período 132º, 10º reunión - 6º sesión ordinaria, Orden del Día n° 214, pp. 85 y 86).

(37) PGN, dictamen, "Martínez, Marcelo Alejandro c/ UGOF SA y otro s/ daños y perjuicios", (CSJ 584/2013), 20/04/2015.

5. Supuesto de responsabilidad concurrente

Si varias personas intervienen ejecutando actos independientes entre sí, que producen el mismo resultado que habrían producido aisladamente, hay intervención acumulativa o concurrente, de modo que cada uno es responsable individualmente del daño causado;⁽³⁸⁾ cada uno de los sujetos ingresa al pleito por una razón distinta y se analiza respecto de cada uno de ellos de qué manera concurren los presupuestos tradicional y comúnmente concebidos.⁽³⁹⁾

Se trata de obligaciones concurrentes, en el sentido de que los codeudores responden por distintas causas.⁽⁴⁰⁾

El art. 850 CCyC que entrará en vigencia en el corriente año, establece que son obligaciones concurrentes aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes, y en forma concordante, la disposición del art. 1751 CCyC prevé que si varias personas participan en la producción del daño que deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

Bajo tales conceptos, entendemos que en virtud de lo previsto en el art. 6° de la ley 26.944, el concesionario —que no es un órgano estatal— responde directamente por los daños y perjuicios que ocasione a usuarios o terceros en ejercicio de la función que le ha sido encomendada a través del respectivo contrato de concesión.

Paralelamente, puede también responder el Estado, en forma directa, si se verifican los requisitos previstos en el art. 3° de la misma ley, demostrando que medió una falta de servicio por actividad o inactividad ilegítima estatal, y en particular, si se verifica la omisión de control estatal, en incumplimiento de un deber expreso y determinado.

Es que así como la propia jurisprudencia de la CSJN ha indicado que la eventual responsabilidad del dueño del animal, en los términos del

(38) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, p. 608.

(39) CAPUTI, CLAUDIA, "La concurrencia de responsabilidad entre personas públicas y privadas. La responsabilidad *in solidum*", en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Bs. As., RAP, 2008, p. 862.

(40) LORENZETTI, RICARDO, "La Corte Federal fija su posición en la responsabilidad por accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en rutas", en *La Ley*, RCyS, 2000, 289.

art. 1124 CC,⁽⁴¹⁾ no obsta ni excluye la responsabilidad que pueda caberle al concesionario, de la misma manera la que pueda corresponderle a este último no obsta ni limita, si se verifican los requisitos legales, que también se responsabilice al Estado.⁽⁴²⁾ Este mismo criterio es extensivo, entendemos, a los casos de concesiones de servicios públicos.

En definitiva, son obligaciones distintas, de fuentes disímiles,⁽⁴³⁾ las que determinan la concurrencia en la responsabilidad.



(41) Ver art. 1759 CCyC.

(42) Ver casos "Ferreyra" y "Bianchi", entre otros. En España, se ha condenado solidariamente a la Administración y al dueño de los animales a responder por los perjuicios sufridos por el impacto del automóvil en que viajaba el actor con un caballo, cuando circulaba por una autovía en la que el Estado debió haber realizado un cerramiento con vallas que no llegó a ejecutar. La declaración de solidaridad ante los responsables de un acto ilícito, se considera la más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, compatible con la posibilidad de división interna de las respectivas obligaciones, aún ante la ausencia de prueba de la intervención fáctica de cada legitimada pasiva en el evento (SAGARNA, FERNANDO A., "Daños por animales sueltos en la ruta en un fallo del Tribunal Superior Español", en *La Ley* 2002-D, 1343).

(43) LORENZETTI, RICARDO, "La Corte Federal ...", *op. cit.*

Comentarios acerca de la responsabilidad del Estado en la nueva ley

SANTIAGO ÁVILA



1. Fundamento de la sanción de la ley

No fueron menores las críticas que suscitó la sanción de la ley 26.944 que regula la responsabilidad del Estado, al igual que su exclusión del Código Civil y Comercial (CCyC).

En ese sentido, hubo diversas voces que se alzaron en contra, no solo de operadores del derecho civil —mayoritariamente—, sino también de la prensa en general.

Al respecto, lo primero que tenemos que señalar es que, por primera vez, se reconoce y regula en un texto normativo la responsabilidad del Estado por la irregular prestación de un servicio, y ello no es poco, porque esta norma viene a llenar un vacío normativo, a saldar una deuda legislativa —y hasta constitucional—, pues claramente respeta el federalismo y las competencias provinciales que nuestro texto constitucional reconoce a las provincias.⁽¹⁾

(1) En ese sentido, tanto el juego armónico de los textos de los artículos 75 inc. 12, y 121 CN son claros en tanto el segundo dispone que “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”, mientras que el primero de ellos establece que corresponde al Congreso Nacional “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales... ”.

A diferencia de otros estados iberoamericanos,⁽²⁾ nuestro país no contenía —ni a nivel nacional ni a nivel local—, norma alguna que regulara la responsabilidad del Estado, sino que solo existían situaciones reguladas en forma aislada en diversas normas.⁽³⁾

Sí existe el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en diversas constituciones provinciales,⁽⁴⁾ pero no existían —hasta la fecha de sanción de la nueva ley nacional—,⁽⁵⁾ textos legales que regularan la responsabilidad reconocida en dichas normas constitucionales.

La presente ley consagra la responsabilidad estatal como autónoma de la responsabilidad civil, quedando dentro la esfera del derecho público, especialmente del derecho administrativo.

Es por ello que la ley goza de principios, estándares y reglas propias del derecho público, que se sustentan las relaciones entre el Estado y los particulares, entre prerrogativas que ostenta la Administración, y garantías —sustantivas y adjetivas— que tienen los particulares.

Y esa autonomía científica del derecho administrativo es la que fundamenta la sanción de la norma, puesto que el CCyC está llamado a regular

(2) Como ejemplo podemos citar la ley 30/1992 de España, que regula la responsabilidad del Estado en su Título X : “De La Responsabilidad De Las Administraciones Públicas y De Sus Autoridades y Demás Personal a su Servicio”, que a su vez se divide en Capítulo Primero —“Responsabilidad Patrimonial De La Administración Pública”— y Capítulo Segundo —“Responsabilidad de Las Autoridades y Personal Al Servicio De las Administraciones Públicas”—; o la ley del año 2004 sancionada en México y denominada “Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, por citar algunos.

(3) Como ejemplo de ello, y a nivel nacional, podemos citar la segunda parte del art. 20 del decreto 1023/2001, que regula la indemnización por recisión por oportunidad mérito y conveniencia en un contrato de servicios o suministros. El citado artículo, en su parte pertinente, dice: “Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes”. También el art. 130 de la Ley 24.156 de Administración Financiera, que prescribe: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

(4) Chubut, La Rioja, Misiones, Córdoba y Chaco, por nombrar algunas.

(5) Luego de la sanción de la ley 26.944, Santa Cruz promulgó la ley 3396 adhiriendo a la normativa nacional. Por su parte, Chubut dictó su propia normativa —ley 1560—, y la provincia de Santiago del Estero se adhirió a la norma nacional. Hoy en día, en varias provincias, como Mendoza y Buenos Aires, se están discutiendo sendos proyectos regulatorios de la responsabilidad del Estado.

las relaciones entre los particulares rigiendo, por ende, los criterios de la justicia conmutativa, mientras que en la relaciones entre el Estado y los particulares rigen los criterios de la justicia distributiva.⁽⁶⁾

Ello no obsta, claro está, a que ante la presencia de un caso no previsto por la norma se acuda para su solución al Código Civil y Comercial, tal como está previsto en forma expresa en los fundamentos de la ley y en forme implícita en su artículo 1º.⁽⁷⁾ Esto último va en consonancia con la autonomía de la responsabilidad estatal en el ámbito del derecho administrativo. Por lo tanto, cuando sea menester recurrir a la aplicación del CCyC para la solución de un caso no previsto en la norma, deberá realizarse no en forma directa como sucede en ámbito del derecho privado, sino adaptándolo a los principios y características del derecho administrativo.⁽⁸⁾

Volviendo a las críticas que ha recibido la sanción de la norma, es dable destacar que la misma, como explayaremos a lo largo de todo el trabajo, es receptiva en la mayoría de sus artículos de la jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y decimos en su mayoría porque en algunos artículos, si bien se sigue la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal federal, no es menos cierto que sobre algunas cuestiones el mismo Tribunal ha ido variando su criterio sin que se pueda establecer una línea uniforme.⁽⁹⁾

El hecho de que la norma encuentre el fundamento de cada artículo en distintos precedentes de la Corte Suprema viene a dar por tierra con las críticas animosas que aducían que estábamos ante una ley que consagra la impunidad del Estado.

En rigor, lo que ha sucedido es todo lo contrario. No solo estamos ante el llenado de un vacío legislativo, sino que se ha creado una norma que plasma gran parte de la doctrina jurisprudencial uniforme existente en el ámbito federal, dando previsibilidad a quien eventualmente deba demandar al Estado.

(6) CSJN, "El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicio de conocimiento", 28/07/2005, Fallos: 312:2269, consid. 11 del voto de la Dra. Highton.

(7) Art. 1º, ley 26.944: "... Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria...".

(8) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 25 y ss.

(9) Ejemplo de ello lo encontramos en cuanto a la extensión de la indemnización en cuestiones de responsabilidad del estado por actividad lícita.

La promulgación de un texto que regula esta temática no solo hace a la seguridad jurídica, sino también a la universalidad. Deja de ser un instituto conocido por unos pocos, quienes conocían los requisitos que la propia jurisprudencia imponía para que se configurase este tipo de responsabilidad, para pasar a ser una norma más en el ordenamiento jurídico y, por ende, de conocimiento universal.

2. Aspectos relevantes de la norma

A continuación ensayaremos un punteo de los aspectos más importantes que, a nuestro humilde criterio, contempla la norma.

2.1. Autonomía y carácter local

El artículo 11⁽¹⁰⁾ de la ley 26.944 invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse al régimen establecido en ella. Al respecto, y tal como lo enunciamos al principio, la norma reconoce que la responsabilidad estatal en sus respectivos ámbitos debe regirse por el derecho nacional o local, según corresponda. Ello en estricta consonancia con los arts. 75, inc. 12, 121 y 129 CN, y la doctrina *ius publicista*, en especial la administrativista, en contraposición a la doctrina *ius privatista*, civilista primordialmente.

Sobre esto último no caben dudas de la influencia que tuvo el Código de Napoleón en Vélez Sarsfield a la hora de la redacción de nuestro antiguo Código Civil: baste señalar que el mismo contenía 145 artículos que Vélez Sarsfield copió textualmente del código francés.

Esta aclaración no es antojadiza puesto que así como dijimos que nuestro Código Civil tuvo gran influencia de su par francés, fue también en Francia que, en el año 1873, el Tribunal de Conflictos en el caso “Blanco” estableció la diferenciación entre los regímenes de responsabilidad del Estado y los casos entre particulares en los que correspondía aplicar el Código Civil. El Tribunal de Conflictos, en ese célebre fallo, sostuvo que:

- I. la responsabilidad que corresponde a las personas morales de derecho público no es general ni absoluta;

(10) Art. 11, ley 26.944: “Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

2. no está regida por el Código Civil, que está concebido para regular las relaciones entre los particulares;
3. debe en cada caso el juez contencioso administrativo, apreciar el interés del servicio y del particular involucrado. No puede ser una responsabilidad igual que la civil.

A su vez, Vélez Sarsfield no reguló la responsabilidad del Estado en el Código Civil. Solo podemos encontrar una mención de la responsabilidad del funcionario en el art. 1112 del antiguo Código.⁽¹¹⁾ Fue la jurisprudencia de la CSJN la que construyó, en forma pretoriana, los perfiles de esta temática, destacándose que el alto Tribunal, con su actual composición, ratificó el criterio de los autores administrativistas en cuanto a que la responsabilidad del Estado pertenece a la esfera del derecho público, más precisamente al derecho administrativo.⁽¹²⁾

Entre los autores destacados, podemos mencionar a Reiriz, quien señala que "... en nuestro país, los principios del derecho público brinda sólidas bases para edificar un sistema completo de responsabilidad, que permite abarcar todos los supuestos en que la actividad del estado, pueda causar daños indemnizables".⁽¹³⁾ Y sostiene, además, que el carácter local del derecho administrativo en nuestro sistema federal conlleva la existencia de regímenes locales de responsabilidad de las provincias y de sus funcionarios públicos.

A su turno, Vanossi expresó que una de las dificultades que se plantean en la materia surge de la tendencia jurisprudencial que busca soluciones en el ámbito del derecho civil. Y ocurre que, si bien el Código Civil trataba sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público pertenece al derecho administrativo, que en principio es local (art. 121 CN).⁽¹⁴⁾

En la jurisprudencia actual, la Corte Suprema ha caracterizado la responsabilidad del Estado con dos notas particulares: la **autonomía** y su

(11) Art. 1112 CC: "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".

(12) Entre ellos, Reiriz, Marienhoff, Gordillo, Casaggne, Sammartino, Comadira, Canda, Perrino por citar algunos. Puede mencionarse a Lopez Meza entre los civilistas que apoyan esta idea.

(13) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 41 y ss.

(14) Fundamentos del proyecto de ley de bases sobre responsabilidad del Estado presentado en el año 2006 por el diputado Jorge R. Vanossi (Expte. N° 6968-D-2006).

carácter esencialmente **local**. Dicha caracterización puede hallarse claramente en “Barreto”,⁽¹⁵⁾ fallo en el que la CSJN, con citas a Marienhoff, Fiorini y Forsthoff, dijo:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es incompetente para entender en forma originaria en la demanda interpuesta contra una provincia por un vecino domiciliado en otra, a fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accionar irregular imputado a un dependiente de la provincia demandada —en el caso, un policía baleó al hijo de los actores mientras perseguía a un delincuente—, pues dicho litigio no reviste el carácter de “causa civil” en los términos del art. 24 inc. 1 del decreto-ley 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587) dado que, se encuentran excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de reclamarse indemnizaciones de naturaleza civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias.

(...) Que se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado.

Dicho criterio fue ratificado años más tarde en el precedente “Schivone”,⁽¹⁶⁾ en el que se entendió que una causa en la que se debatía la responsabilidad de la provincia de Tucumán por daños y perjuicios debía entablarse

(15) CSJN, “Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, 21/03/2006.

(16) CSJN, “Schivone, Diego Gerardo c/ Provincia de Tucumán y otros (Estado Nacional)”, 11/11/2008.

ante los jueces locales, puesto la materia que regía el caso se encontraba regida por el derecho público provincial.

2.2. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa

La ley 26.944 recepta, de la jurisprudencia de la CSJN, dos notas que particularizan a la responsabilidad estatal desde el caso "Vadell" en adelante: su carácter objetivo y directo.⁽¹⁷⁾

Dicha caracterización implica que el Estado nacional puede ser declarado responsable con prescindencia de toda idea de culpabilidad y que no es necesaria la prueba de la responsabilidad del agente o funcionario para que proceda la responsabilidad del Estado, lo que deriva en una antijuridicidad objetiva.

En un primer momento, la responsabilidad del Estado no era admitida por considerarse que el Estado no podía ser demandado por actos de imperio sin su consentimiento.⁽¹⁸⁾ Regía, pues, en aquel entonces, la regla de la irresponsabilidad patrimonial del Estado.

Luego de esta etapa comienza una lenta evolución tendiente a diferenciar los actos de gestión de los de imperio. A partir de la ley 3.952,⁽¹⁹⁾ al admitirse la demanda contra la Nación por actos de gestión, la Corte Suprema admitió esta responsabilidad.⁽²⁰⁾ De esta manera, quedó reconocida la responsabilidad del Estado por incumplimiento de obligaciones

(17) CSJN, "Vadell c/ Provincia de Buenos Aires", 18/12/1984, Fallos: 306:2030.

(18) Se basaba ello en la soberanía del Poder Ejecutivo nacional en su esfera, y en que uno de los atributos de dicha soberanía era, precisamente, que no podía ser arrastrado por los particulares ante tribunales de otro fuero sin aquella aquiescencia.

(19) El Congreso de la Nación sancionó en el año 1900 la ley 3952, llamada "Ley de demandas contra la Nación". Merced a lo dispuesto en el art. 1º, cabía distinguir entre la actividad del Estado cuando actuara como poder público y cuando actuara como persona jurídica. En definitiva, por medio de esta norma se plasmó en nuestro ordenamiento la teoría de la doble personalidad del Estado, y la consecuente distinción entre los actos de imperio y de gestión, actualmente ya superada. De este modo, toda vez que el Estado nacional actuara como persona de derecho privado se le podía demandar sin venia (o autorización) legislativa y con solo un reclamo administrativo previo. En tanto, si actuaba como persona de derecho público, era necesaria la mentada autorización. La distinción planteada por esta ley se solucionó al sancionarse la ley 11.634, en 1932, que modificó el art. 1º de la ley 3.952. Allí se suprimió el requisito de la venia legislativa. Entonces, como consecuencia de la nueva ley, ya no era necesaria la venia legislativa previa en ninguno de los dos casos mencionados. Pero sí se mantuvo la obligatoriedad de la reclamación administrativa previa.

(20) CSJN, "Sesto, Vicente y otro c/ Gobierno Nacional", 1864, Fallos: 1:317.

convencionales y actos de gestión de su patrimonio.⁽²¹⁾ En estos casos, la responsabilidad pesaba únicamente sobre los agentes y funcionarios, pero nunca sobre el Estado.

Es recién a partir del caso “Tomás Devoto y Cía.” —y sobre todo desde el precedente “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires”—, que la CSJN admitió la responsabilidad del Estado por los daños derivados de un hecho ilícito por culpa de empleados públicos —un incendio producido por culpa de empleados de una empresa pública en “Devoto” y un informe registral de dominio falso en “Ferrocarril Oeste”—. Dicha responsabilidad, fundada en los artículos 1109 y 1113 CC, revestía el carácter de subjetiva e indirecta.

Es recién con el caso “Vadell” cuando se deja de caracterizar a la responsabilidad del Estado como “subjetiva” e “indirecta” y pasa a considerársela “directa” y “objetiva”, con fundamento en la “falta de servicio”, la cual se infiere —dijo la Corte— por aplicación subsidiaria del art. 1112 CC.

A partir de entonces y hasta nuestros días, la jurisprudencia ha sido uniforme en reconocer el carácter objetivo de la responsabilidad estatal —configurada por un irregular funcionamiento del servicio—, así como directa, por lo que el actuar de sus funcionarios en el ejercicio de funciones administrativas le es imputable directamente al Estado. En el caso “Vadell”, la CSJN dijo:

... 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.

Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 CCiv. que establece un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas.

En este sentido, el carácter objetivo, en la responsabilidad ilegítima, no es sino una suerte de antijuridicidad objetiva representada por la configuración de un irregular funcionamiento del servicio en sentido lato.

(21) CSJN, “Sáenz Peña, Luis A. c/ Gobierno Nacional”, 1916, Fallos: 124:22.

En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete. La actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada por el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

Más allá de que el legislador haya seguido la doctrina uniforme de los últimos años en este tema, nada obsta a que cada provincia, al momento de optar por un sistema de regulación de la responsabilidad del Estado, adopte un criterio equivalente al de la ley 26.944 —incluso adhiriendo a ella—, o adscriba como factor de atribución a uno distinto, disponiendo que el mismo es subjetivo e indirecto. Como dijimos, es una opción legislativa que corresponde a cada jurisdicción local dentro del espectro de alternativas posibles, y, como expusieramos, esa fue la doctrina de la CSJN hasta el caso “Vadell”.

Asimismo, para que proceda la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, deben darse los requisitos estipulados en el artículo 3° de la norma; es decir, que estemos en presencia de un daño, entendido como una lesión a un interés protegido por el derecho.⁽²²⁾

Pero no cualquier daño es resarcible. Dicho daño debe ser “cierto”,⁽²³⁾ por lo que, *a contrario sensu*, no debe ser hipotético, potencial o conjetural. Asimismo, deber ser “actual”, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero. Cierto es que debe existir el nexo causal entre la falta de servicio y el daño, y para ello la norma sigue la teoría de la causalidad adecuada. Esto guarda concordancia con el antiguo art. 906 CC y el art. 1726 CCyC.⁽²⁴⁾ Al respecto, Sammartino sostiene que:

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la idoneidad de las condiciones, a través del juicio de probabilidad.

Ella predica que solo se debe responder por aquellas consecuencias que resulten previsibles, es decir, aquellas que siguen

(22) CSJN, Fallos: 317:1531.

(23) El fallo “Reynot Blanco” añade, para la procedencia de la responsabilidad, la existencia de un daño cierto.

(24) Art. 1726 CCyC: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

el curso natural y ordinario de las cosas, es decir, las que corrientemente acaecen según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos.⁽²⁵⁾

2.3. La responsabilidad por omisión en la ley 26.944

El texto del inciso d) del artículo 3º de la norma establece que, para que se dé la responsabilidad por omisión, debe verificarse la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Ello obedece a una razón fundamental: el Estado es responsable por su actuar ilícito, pero también lo es por su omisión de actuar cuando la norma lo manda y por esa desatención causa un perjuicio. Ahora, en este último caso, no cualquier omisión engendra una responsabilidad, pues corremos el riesgo de poner al Estado en una situación de responsabilidad por omisiones en deberes genéricos, llevándolo al quebranto por cuanto no habría forma de solventar las acciones que los particulares pudieran entablar contra el Estado so pretexto de haber omitido el mismo cumplir con una función encomendada de manera genérica en una norma.

Podemos citar, como ejemplo, el deber genérico de seguridad, o el deber genérico de salud. Si por cada asesinato ocurrido en ocasión de robo o por cada homicidio pudiera acusarse al Estado de omitir su deber de seguridad para con los ciudadanos y habitantes, o si aquel que se intoxicara con una hamburguesa en una casa de comidas rápidas pudiera demandar al Estado municipal so pretexto de que fue el que habilitó y le cobra una tasa de seguridad e higiene a la empresa, si en ambos casos pudiera citarse al Estado como codemandado por omisión genérica en la prestación de un servicio o control, derivaría indefectiblemente en su quebranto, que no es otra cosa que el quebranto de la sociedad misma.

Es por ello que la norma, siguiendo los lineamientos de los fallos de la Corte Suprema, ha establecido como requisito en la responsabilidad por omisión que la misma se corresponda con un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Es en base a lo antedicho que la Corte puntualiza con énfasis que, cuando nos encontramos ante un deber genérico, el incumplimiento del mismo

(25) SAMMARTINO, PATRICIO M. E., "La relación de causalidad en la Responsabilidad del Estado", en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Bs. As., RAP, p. 441.

no acarrea la responsabilidad del Estado por omisión.⁽²⁶⁾ En tal sentido, distingue los casos en los que nos encontramos ante

... omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta de servicio, 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 propósito de lograr en la mejor medida posible [y añade que] La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.⁽²⁷⁾

Ya anteriormente, en "Cohen",⁽²⁸⁾ la Corte había expresado:

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 culpable 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 (confr. Fallos: 323:318 y 3599).

En estos fallos la falta de servicio es definida como "una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular". Según se sostuvo en "Zacarías"⁽²⁹⁾ y "Mosca",⁽³⁰⁾ cuando nos encontramos ante una omisión de un deber genérico, para determinar la concurrencia de ese elemento es necesario apreciar en concreto 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

(26) CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", 06/03/2007.

(27) CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo...", fallo cit.

(28) CSJN, "Cohen, Eliazar c/ Provincia de Río Negro y otros", 30/05/2006.

(29) CSJN, "Zacarías", 28/04/1998, Fallos: 321:1124.

(30) CSJN, "Zacarías", fallo cit.

previsibilidad del daño. Así, establecer la existencia de responsabilidad del Estado por un deber genérico debe ser motivo de un "juicio estricto".⁽³¹⁾

Ahora bien, centrémonos un poco en estas últimas afirmaciones, esto es si pudiera haber responsabilidad por omisión genérica, y que para ello debe estarse al caso concreto, y si se da la concurrencia de los elementos antes descritos.

Ambos casos ("Zacarías" y "Mosca") se dan a partir de hechos acaecidos en espectáculos deportivos organizados por clubes y la Asociación del Fútbol Argentino: no es este un dato menor.

En el primero de ellos, el hecho generador del daño fue una bomba de estruendo detonada por integrantes de la barra brava del equipo local en un partido de fútbol llevado a cabo en la provincia de Córdoba en momentos previos a su inicio. Producto del estallido, se rompió una ventana de vidrio del vestuario visitante, produciéndole heridas al jugador Claudio Zacarías. El otro caso es el de un chofer de un periodista del diario *Clarín* que, encontrándose en las adyacencias del estadio de Lanús, recibió un cascote lanzado desde adentro del estadio.

Si bien en "Zacarías" y "Mosca" pareciera abrirse la puerta a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de un deber genérico de seguridad, podemos afirmar sin hesitación que en ninguno de ellos se verifica tal supuesto. En efecto, en ambos casos existió una organización de un espectáculo deportivo y para ello los clubes "contrataron" la seguridad adicional de la policía provincial. O sea, existió una relación jurídica establecida en forma particular, no genérica, entre los clubes organizadores y la policía, de fuente contractual, en la que se acordaron la cantidad de efectivos necesarios para llevar a cabo el servicio de seguridad, el modo y el precio a abonar por parte de los clubes.⁽³²⁾

El alto Tribunal, en "Mosca" y en "Migoya",⁽³³⁾ consideró que quien concurre a un espectáculo público conlleva el derecho a asistir sin sufrir daño

(31) CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo...", fallo cit., consid. 6.

(32) Acá no estamos ante la solvencia por la recaudación de tributos por parte del Estado para hacer frente, entre otras, cosas el servicio de seguridad en forma genérica, sino que estamos ante el pago de la prestación de un servicio, o sea, ante un contrato administrativo.

(33) CSJN, "Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios", 20/12/2011.

alguno. El deber de seguridad⁽³⁴⁾ debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes los organizan, así como de las autoridades públicas encargadas de la fiscalización.⁽³⁵⁾

De la lectura de los mismos queda claro que no estamos ante un deber genérico, sino más bien ante un deber determinado de, en primer lugar, quien organiza un espectáculo y, en segundo lugar, de quien debe fiscalizar y para lo cual ha sido contratado.

En lo que respecta a la obligación asumida por el Estado, nos encontraríamos ante una obligación de medios⁽³⁶⁾ y no de resultado, como es la que asume el organizador del evento.

Ahora bien, más allá de estos casos particulares, podemos mencionar otros dos casos más que abonan nuestra tesis, así como la solución adoptada por el legislador. Uno de ellos es "Carballo de Pochat",⁽³⁷⁾ en el que se debatió la responsabilidad del estado por omisión en el servicio de seguridad por no brindar las medidas de prevención necesarias para evitar el asesinato del Dr. Pochat.

El caso trata del homicidio perpetrado por el esposo de una funcionaria de la Administración Nacional de Seguridad Social, que era objeto de investigación. Sobre el particular, la Corte volvió a reiterar el criterio sentado en el considerando 6 del fallo "Mosca". Asimismo, agregó que

... esta Corte ha mantenido en forma constante que la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio de los órganos estatales requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular y que ello importa la carga de demostrar la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños

(34) Art. 42 CN.

(35) CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo...", fallo cit., consid. 7; "Migoya, Carlos Alberto...", fallo cit., consid. 5.

(36) Ello puesto que la jurisprudencia de la Corte, a los efectos de poder saber si existe responsabilidad, analiza la naturaleza de la actividad, los medios que disponía el servicio, el lazo que unía a la víctima con el servicio, y el grado de previsibilidad del daño.

(37) CSJN, "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ daños y perjuicios", 08/10/2013.

al órgano estatal (Fallos: 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699, entre muchos otros).⁽³⁸⁾

Ahora bien, es interesante detenerse en uno de los argumentos que expresa el fallo para deslindar la responsabilidad del Estado, más allá de los enunciados *ut supra*. Dicho argumento radica en que la víctima no había solicitado una custodia policial adicional, lo que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado nacional basado en una obligación preexistente.⁽³⁹⁾

Como puede apreciarse, la Corte, al analizar el caso concreto, para establecer la responsabilidad que pudiera corresponder, analiza la obligación de seguridad no desde un concepto genérico sino como una obligación determinada, que en el caso no llegó a darse por omisión de la víctima.

Otra fue la situación en "Faifman",⁽⁴⁰⁾ caso en el que la Corte hizo lugar al reclamo de la actora por los daños y perjuicios por la omisión en el servicio de seguridad en el atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA).

Para hacer lugar a la demanda, el tribunal tuvo como principal fundamento el decreto 812/2005, en el cual el propio Estado había reconocido su responsabilidad por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado.⁽⁴¹⁾

De la lectura del fallo se evidencia que la Corte tuvo en cuenta la responsabilidad asumida por el propio Estado, reflejada en un acto administrativo, en el que no solo hizo hincapié en la falta de medidas preventivas sino también que se señaló el encubrimiento que el mismo hiciera de los hechos, porque medió un grave y deliberado incumplimiento de la función

(38) CSJN, "Carballo de Pochat...", fallo cit., consid. 9.

(39) CSJN, "Carballo de Pochat...", fallo cit., consid. 13.

(40) CSJN, "Faifman, R. M. y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios", 10/03/2015.

(41) Decreto 812/2005, consid. 3º: "Que el Estado argentino, como consta en el acta suscripta en dicha oportunidad, reconoció la responsabilidad que le incumbe por las violaciones denunciadas, en cuanto existió incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado medidas idóneas y eficaces para prevenir el atentado —teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel— y porque existió encubrimiento de los hechos y medió incumplimiento grave y deliberado de la función de investigación adecuada del ilícito, lo cual produjo una clara denegatoria de justicia, conforme lo declaró, en su sentencia del 29 de octubre de 2004, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal N° 3".

de investigación.⁽⁴²⁾ En este caso, el Tribunal no se abocó a dilucidar si lo expresado en el texto se condecía con los criterios que la Corte había delineado en los fallos referenciados aquí, solamente se limitó al reconocimiento realizado por el propio Estado. Es por ello que entendemos que otra vez, no estamos ante el análisis de una responsabilidad por una obligación genérica, sino que estamos en este caso ante un reconocimiento reflejado en un acto administrativo.

2.4. Responsabilidad por hechos del concesionario

El art. 6º⁽⁴³⁾ de la norma se condice con el pensamiento de la mayoría de los autores del derecho administrativo y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la vez que resulta consecuente con lo estipulado por el art. 3º.

Conforme la lectura de dicho artículo, la imputabilidad material del acto u omisión a un **órgano estatal** es un requisito esencial del supuesto de hecho que acarrea la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima.

Dentro de la organización del Estado, el concesionario no es un órgano estatal. En el marco de la estructura de la administración pública nacional, tanto centralizada como descentralizada, no es posible encontrar al concesionario de servicios públicos por no ser este un ente estatal. El concesionario es un contratista del Estado, pero no forma parte de él. Más allá de los vínculos contractuales que pudieran existir, el concesionario en ningún supuesto forma parte del Estado, ni en el ámbito centralizado ni en el descentralizado. En este contexto, el supuesto regulado en el artículo 6º resulta una derivación secuencial de lo establecido en el artículo 3º, inc. 2, de la ley 26.944. En efecto, si para que se configure la obligación de responder por parte del Estado es indispensable la imputación material a uno de sus órganos, resulta concordante con ello que el mismo no responda por la función desarrollada por una persona ajena a la administración pública nacional. En definitiva, el art. 6º, tal como ha sido regulado, evita que el

(42) CSJN, "Faifman, R. M...", fallo cit., consid. 9.

(43) Art. 6º, ley 26.944: "El Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".

Estado, por vía pretoriana, se transforme en una suerte de **asegurador universal**.

Para poder comprender acabadamente la improcedencia de la responsabilidad del Estado por el obrar del concesionario de servicios públicos, resulta indispensable definir el contrato de concesión de servicios públicos, el cual es conceptualizado por Pérez Hualde, siguiendo a Marienhoff, como

... aquel mediante el cual el Estado encomienda a una persona —individual o jurídica, privada o pública—, por tiempo determinado, la organización y funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada concesionario, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez.⁽⁴⁴⁾

En igual sentido, Sarmiento García entiende por concesión de servicios públicos “al contrato en virtud del cual un ente estatal encomienda a una persona, de manera temporal, la ejecución de un servicio público, otorgándole al efecto el ejercicio de potestades públicas tendientes a asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente”.⁽⁴⁵⁾

De las definiciones dadas por la doctrina, surge claramente que, en el marco de la actividad específica relativa al servicio público concesionado, el concesionario o contratista actúa a su propia costa y riesgo, resultando por lo tanto evidente que la responsabilidad por los daños ocasionados en dicho contexto no puede ser asumida por otro que no sea el titular del contrato de concesión. Ello por cuanto “dentro del riesgo de la concesión se encuentran los eventuales perjuicios a indemnizar”.⁽⁴⁶⁾ Conforme Pérez

(44) PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “El concesionario de servicios públicos privatizados (La responsabilidad del Estado por su accionar)”, AP/DOC/110/2011.

(45) SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *Concesión de servicios públicos*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1996, p. 29.

(46) FERRINO, PABLO E., “La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, SJA 30/8/2006, JA 2006-III-1141.

Hualde, el concepto de “cláusula de riesgo y ventura” es esencial, puesto que sin ello no habría contrato de concesión.⁽⁴⁷⁾

2.5. Sobre la responsabilidad del Estado concedente

De conformidad con lo que se viene exponiendo, Perrino sostiene que en el sistema jurídico argentino “... en principio, el Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por aquellos sujetos genéricamente denominados ‘colaboradores externos de la Administración’, tales como (...) los prestadores de servicios públicos, cualquiera sea el título habilitante que ostenten”.⁽⁴⁸⁾

Esta postura se sustenta, según el autor, en los siguientes argumentos:

- a. la imposibilidad de imputar jurídicamente los daños a órganos que integren la administración pública nacional;
- b. la técnica de la concesión implica que sean los concesionarios quienes deban hacerse cargo de las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados a los usuarios;
- c. la denominada *publicatio* no es un título de dominio estatal sobre la actividad a desarrollar por el concesionario, sino que se encuentra dirigida a justificar la regulación económica mediante el régimen de la prestación del servicio público a través de la gestión privada.

Así las cosas, dentro de los presupuestos fijados por la doctrina y la jurisprudencia para la existencia de responsabilidad del Estado tanto por su acción como por su omisión ilegítima (receptados en el art. 3° de la ley 26.944) no resulta posible imputar materialmente el daño a un órgano estatal por no encontrarse el concesionario dentro de la estructura centralizada ni descentralizada de la administración pública nacional. Este argumento constituye un valladar insoslayable al momento de endilgar

(47) Expresa el distinguido autor que “un sistema de responsabilidad del Estado por el accionar del concesionario que ignora, tanto en sus planteos como en sus resultados de hecho, la presencia del riesgo y ventura en este contrato resultaría contradictorio y haría desaparecer la concesión como forma de prestación indirecta de los servicios públicos”. Agrega que “si pretendemos mezclar principios propios de un sistema de fuerte intervencionismo estatal con aquellos que pertenecen a un sistema de Estado prescindente, corremos el riesgo de que, como ha ocurrido en numerosos casos, los principios de la prescindencia se apliquen a las ganancias y utilidades del concesionario y los del intervencionismo estatal a las pérdidas y a las responsabilidades”. PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “El concesionario...”, *op. cit.*

(48) PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*

responsabilidad al Estado por el obrar de los concesionarios de servicios públicos.

2.6. Ausencia de subsidiaridad en la responsabilidad del Estado

Respecto de la procedencia de la responsabilidad subsidiaria del Estado, Pérez Hualde sostiene que:

Por regla general el único responsable es el concesionario en razón de su posición jurídica de accionar por su propia cuenta y riesgo. En caso de insolvencia del concesionario el Estado “rescata” la concesión; en este supuesto le corresponderá responder directamente por las obligaciones y reclamos originados por el ejercicio de la concesión y nunca por aquellos en que no le correspondía hacerlo por ser de responsabilidad del concesionario. Los acreedores de este último caso deberán concurrir al concurso, o la quiebra, del concesionario y no llegarán al Estado. Si el Estado ha asumido el servicio por vía del rescate o por vía de la sanción de ejecución temporaria por cuenta y riesgo del concesionario, su responsabilidad por las consecuencias del ejercicio de la concesión solo le serán atribuibles en forma directa e inmediata por sus propios actos y no subsidiaria. Podríamos pensar que pretender que el Estado respondiera en forma directa y no subsidiaria implicaría colocar al concesionario en una relación más estrecha y directa que las propias entidades descentralizadas respecto de las cuales su responsabilidad era subsidiaria, podríamos argüir que esta conclusión implicaría establecer mayor relación cuando, todo lo contrario, el concesionario no es agente, no es empleado, no es dependiente, no está “sujeto” al concedente sino a las normas que rigen a la relación jurídica, al contrato de concesión en general, y al servicio que es motivo del mismo. No existe responsabilidad subsidiaria del Estado por el accionar propio del concesionario [y afirma el autor que] cabe llamar la atención sobre cómo existen otros servicios sometidos a fuerte regulación estatal, como es la actividad de los escribanos públicos, donde el Estado no responde por su accionar a pesar de tratarse de personas que ejercen facultades —técnicamente funciones públicas— indudablemente delegadas como es la de dar fe pública y certificar.

Otro caso sobre el que nadie duda acerca de su carácter de servicio público, es el de transporte público de pasajeros, donde la responsabilidad de las concesionarias ha llegado a límites muy criticados por la doctrina pero basada en la Jurisprudencia de la Corte Suprema, no hemos detectado casos en que se haya pretendido una extensión hacia el Estado-concedente en carácter de principal. A pesar de la coincidencia doctrinaria y jurisprudencial sobre la obligación de resultado de seguridad que pesa sobre los transportistas, no se ha planteado, según nos hemos podido comprobar, una acción que comprenda al Estado por el hecho de la relación de concedente concesionario. Muestra la experiencia jurisprudencia la total falta de acciones contra el Estado concedente en materia de responsabilidad extracontractual, de pasajeros o terceros, de las empresas de servicio público de transporte automotor urbano e interurbano por los daños producidos con los vehículos de transporte. Si bien es muy clara la legislación específica en el caso de ferrocarriles y cuando se trata del transporte interjurisdiccional, aun del art. 184 del Código de Comercio, resulta llamativo que nadie haya considerado que la empresa opera bajo dirección y control, bajo instrucciones y vigilancia, no solo del Estado-concedente sino también del Estado-policía del servicio y del tránsito.⁽⁴⁹⁾

A su turno, Gordillo sostenía —antes de la sanción de la norma— que la responsabilidad se traslada en los contratos de concesión, a través de los cuales se establece que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión. Si el Estado no se hace responsable por los actos de sus propias entidades descentralizadas, tampoco lo hará por aquellas que ni siquiera creó y a las que solo otorgó una concesión. Agregaba que si el concesionario actuaba con fines de lucro en una explotación monopólica, tiene razones para ser el único responsable de los hechos que realizaba.

Luego de la sanción de la norma, dicho autor entiende que “Las mismas reglas construidas por la doctrina y jurisprudencia para fundar la responsabilidad del Estado sin culpa, por la falta anónima del servicio, es ahora

(49) PEREZ HUALDE, ALEJANDRO, “El concesionario...”, *op. cit.*

la base mínima del régimen jurídico de la responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios. Su responsabilidad es de resultado, objetiva".⁽⁵⁰⁾

A su turno García de Enterría sostiene:

El dato de la integración en la organización administrativa es, en efecto, básico, tanto positiva como negativamente. Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los notarios). En lo que a los concesionarios se refiere, hay que observar que, aunque la responsabilidad se califique en estos casos como administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas básicas aplicables a ésta, los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos...⁽⁵¹⁾

Como hemos expresado en un principio, el art. 6º de la ley sigue la jurisprudencia de la Corte que, hasta la sanción de la norma y por vía jurisprudencial, había establecido la responsabilidad del concesionario, pasando de ser una responsabilidad netamente contractual a una responsabilidad basada en el derecho del consumidor.

Así, podemos mencionar como precedente el fallo "Colavita",⁽⁵²⁾ que versaba sobre un accidente de tránsito ocurrido en la ruta nacional 2 producido por dos caballos sueltos en la vía de circulación.

Respecto de la responsabilidad de la provincia y en lo que aquí nos interesa, el Tribunal reiteró el principio general que sostiene que el ejercicio del poder de policía de seguridad, que corresponde al Estado y cuyo incumplimiento se le endilgaba, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad

(50) Ver [en línea] http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf

(51) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, Civitas, pp. 392/393.

(52) CSJN, "Colavita, Salvador y otros c/ Buenos Aires, Provincia y otros s/ Daños y perjuicios", 07/03/2000.

general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias de daños que se produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención.⁽⁵³⁾

Asimismo, la Corte también exoneró de responsabilidad a la concesionaria. En primer lugar, por entender que la misma no puede asumir frente al usuario —por delegación de funciones propias de la concesión— derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente; más cuando no surge del contrato de concesión que la empresa prestadora del servicio hubiese asumido obligaciones vinculadas con el hecho.⁽⁵⁴⁾

Ahora bien, años más tarde, la Corte cambió su criterio respecto de la responsabilidad del concesionario en la causa "Ferreyra",⁽⁵⁵⁾ en la que se cuestionaba la responsabilidad de la empresa concesionaria VICOV SA por un accidente acaecido por un animal suelto en la ruta Nicolás Avellaneda, provincia de Chaco.

En dicho fallo, si bien la Corte rechazó el recurso extraordinario por improcedente, en los votos de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti la Corte trató la responsabilidad del concesionario fundada en el derecho del consumidor.⁽⁵⁶⁾

En su voto, el Dr. Zaffaroni advierte que el usuario abona una suma de dinero, que percibe el concesionario, por el uso del corredor vial, revisitando la contraprestación la entidad de un servicio. Ese servicio no es otro que asegurar al usuario una circulación normal, libre de peligros y obstáculos, lo que conlleva a caracterizar al vínculo que une a las parte como una relación de consumo.⁽⁵⁷⁾

Asimismo, el Dr. Lorenzetti esgrimió entre sus fundamentos que cuando un ciudadano accede a una ruta concesionada tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. En ese sentido, el concesionario debe cumplir con sus obligaciones de buena fe, lo que exige un comportamiento que proteja las expectativas

(53) CSJN, "Colavita, Salvador y otros...", fallo cit., consid. 1.

(54) *Ibid.*, consid. 2, 3 y 4.

(55) CSJN, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VICOV S.A. s/ daños y perjuicios", 21/03/2006, Fallos: 329:646.

(56) En el fallo "Colavita", el juez Vázquez, en su voto, expresaba la responsabilidad del concesionario con base en la ley del consumidor.

(57) CSJN, "Ferreyra, Víctor Daniel...", fallo cit., consid. 9, 10, 11, 12, 13 y 15 del voto de Zaffaroni.

razonables que se crean en el usuario. El no brindar el servicio de seguridad es contrario a la expectativa legítima, y violatorio del mandato constitucional contenido en el art. 42 de la Constitución Nacional. Al igual que el Dr. Zaffaroni, sostuvo que el vínculo que une a las partes es una relación de consumo.⁽⁵⁸⁾

Por último y en relación a la distinta vinculación y por ende responsabilidad de la provincia y del usuario de un servicio concesionado, podemos mencionar el caso “Bianchi”.⁽⁵⁹⁾ En el mismo se ratificó la jurisprudencia de la Corte en relación al Estado y al concesionario de un servicio público. Respecto del primero sostuvo que

La atribución de un deber de seguridad infringido que los actores hacen al Estado provincial demandado para justificar su condena (atribución expuesta en apenas tres renglones), no puede ser tenida en cuenta a ese fin porque no han identificado siquiera mínimamente cuál es ese deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad, y explicando cómo se configuró su inobservancia. Se trata, pues, de una atribución de extrema generalidad que, consiguientemente, impide establecer la existencia de responsabilidad estatal por omisión en el cumplimiento de obligaciones determinadas, único supuesto en el que, por hipótesis, podría existir tal responsabilidad especial.⁽⁶⁰⁾

Añadió más tarde que la situación de la provincia demandada se distinguía claramente de la del concesionario vial, puesto que este último no integra orgánicamente el Estado, con lo cual los usuarios no se relacionan directamente con aquel, sino con el prestador del servicio.

Respecto del prestador del servicio, ratifica la doctrina que el vínculo entre el concesionario y el usuario es calificado como una relación de consumo,

(58) CSJN, “Ferreira, Víctor Daniel...”, fallo cit., consids. 4, 5 y 6 del voto de Lorenzetti.

(59) El caso trata del accidente que tuvo el matrimonio Bianchi, su hijo menor, y otros dos menores cuando viajaban por la ruta provincial 11 desde Villa Gesell hacia la ciudad de Mar del Plata, de noche. Cerca de la 22:15 hs., aproximadamente a 12 kilómetros de aquella ciudad, se cruzaron dos equinos, colisionando uno de ellos contra el automotor. A raíz del hecho falleció el conductor —el señor Bianchi—, y sufrieron lesiones graves los restantes ocupantes de auto.

(60) CSJN, “B., I. del C. P. 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”, 07/11/2006.

no obstante no ser aplicable al caso la ley 24.240 por no estar vigente al momento del hecho.

Igual criterio siguió la Corte en la causa "Ledesma",⁽⁶¹⁾ donde explicitó que el art. 42 CN obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas teniendo en cuenta, entre otras, el derecho de seguridad previsto en citado artículo para los consumidores y usuarios. El mismo criterio puede encontrarse en el derecho comparado. Así, podemos citar la ley 30/07 de España, cuyo art. 298 establece que "Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato" y que "Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación".

A su vez, la Ley de Concesiones de obras públicas en Chile prevé en, su art. 35, que "El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato".

Como corolario, podemos afirmar sin cortapisas que el art. 6° de la ley 26.944 refleja con claridad la doctrina de la Corte en lo que respecta a la ausencia de responsabilidad por parte del Estado por hechos del concesionario salvo, claro está, que se den los presupuestos del art. 3° de la ley. Esto podría darse tanto si el hecho provocador del daño es causado por una conducta del concesionario que responda a un mandato expreso de la Administración, en cuyo caso la causa adecuada del daño sería la manda emanada del Estado, como si el hecho dañoso resulta ser producto de un error en el proyecto elaborado por el Estado para el objeto de la concesión,⁽⁶²⁾ o bien en casos de manifiesta y grosera omisión de control por parte del ente o autoridad estatal de contralor del servicio concedido.

(61) CSJN, "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A", 22/04/2008.

(62) Art. 4°, ley 13.064: "La responsabilidad del proyecto y de los estudios que le han servido de base, caen sobre el organismo que los realizó".

La regulación de la responsabilidad contractual del Estado

PABLO ESTEBAN PERRINO



1. Fundamentos constitucionales y regulación de la responsabilidad del Estado en la Argentina

Argentina, hasta hace no mucho tiempo, formaba parte del extenso grupo de países, tanto europeos⁽¹⁾ como latinoamericanos,⁽²⁾ cuyo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado era de origen esencialmente jurisprudencial.⁽³⁾

(1) V. gr. Francia (LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence", París, 1980, p. 693; MOREAU, JACQUES, *Evolución reciente de la responsabilidad de la Administración en el Derecho francés*, Documentación Administrativa n° 239, p. 175 y ss.; ROUGEVIN-BAVILLE, MICHEL, *La responsabilité administrative*, Hachette, París, 1992, p. 9 y ss.; SEMPÉ, FRANCOISE, "La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia", en AAVV, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, Tecnos/Junta de Andalucía, 1995, p. 969 y ss.) Italia. (CLARICH, MARCELLO, "La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes", en AAVV, *Propiedad, expropiación...*, op. cit., p. 1005 y ss.) y Alemania (OSSENBUHL, FRITZ, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en AAVV, *Propiedad, expropiación...*, op. cit., p. 931 y ss.).

(2) V. gr. Colombia (BARRERA MUÑOZ, WILLIAM, "La responsabilidad del Estado en el derecho colombiano", en *Rev. de Der. Adm.*, n° 70, p. 977 y ss.) y Chile (CORDERO VEGA, LUIS, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2003, p. 7 y ss.).

(3) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Eudeba, 1969, p. 83 y ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, t. I, cap. V, p. 525 y ss; USLENGHI, ALEJANDRO J., *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2001, p. 49 y ss., y PERRINO, PABLO E., *La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino*, *RAP* n° 237, pp. 9/14.

No obstante la Constitución Nacional argentina carece de disposiciones específicas que consagren expresamente la responsabilidad estatal,⁽⁴⁾ como ocurre en España,⁽⁵⁾ Brasil,⁽⁶⁾ Colombia,⁽⁷⁾ México,⁽⁸⁾ Venezuela,⁽⁹⁾ Uruguay,⁽¹⁰⁾ Chile⁽¹¹⁾ y Perú —esta última acotada a la responsabilidad derivada del error judicial⁽¹²⁾—, ello no ha sido un obstáculo para que, por vía pretoriana, se considerara que la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos, en tanto pieza esencial del Estado de derecho,⁽¹³⁾ tiene fundamento constitucional.⁽¹⁴⁾

(4) En numerosas constituciones provinciales es posible localizar —si bien con disímiles formulaciones— previsiones que establecen en forma genérica el deber de reparar estatal. Así lo hacen por ejemplo las constituciones provinciales de las provincias de Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 49), Chaco (art. 76), Río Negro (art. 55), y Tierra del Fuego (art. 188). Otras solo prevén la responsabilidad de los funcionarios (v. gr. arts. 56 Constitución de la CABA; 57 y 194 de la Provincia de Buenos Aires, y 25 Formosa). A su vez, algunas constituciones provinciales contemplan la responsabilidad estatal derivada del error judicial. Así lo hacen las constituciones de Córdoba (art. 42, párr. 2), Chaco (art. 24), Chubut (art. 60), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 12), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro (art. 19), Salta (art. 5), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art. 9, párr. 6), Tierra del Fuego (art. 40) y CABA (art. 13, inc. 10).

(5) Art. 106.2 de la Constitución Española.

(6) Art. 37, parag. 6°, de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

(7) Art. 90 de la Constitución Política de 1991.

(8) Art. 113, párr. 2, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

(9) Art. 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

(10) Art. 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

(11) Art. 38, párr. 2, de la Constitución Política de la República de Chile.

(12) Art. 139, inc. 7, de la Constitución Política del Perú.

(13) El Estado de derecho presupone no solo la separación de los poderes estatales y su sometimiento al ordenamiento jurídico, sino también el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas, lo cual conlleva la justa reparación de los daños derivados por efecto directo de la acción pública (DIEZ, MANUEL M., *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1971; DURÁN MARTINEZ, AUGUSTO, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2012, p. 612, quien categóricamente sostiene: "Allí donde no hay responsabilidad del Estado no hay Estado de Derecho"; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, t. I, p. 221 y ss. y REBOLLO, LUIS M., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito urbanístico*, Santander, Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, 1993, p. 20).

(14) Marienhoff sostenía que el fundamento de la responsabilidad estatal "no es otro que el Estado de derecho y sus postulados". A su juicio, de esos principios de base constitucional, que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., t. IV, p. 699; en igual sentido ver: REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 41 y ss; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 1976, t. II, p. 718/721; COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo*.

Y así fue que con apoyo, principalmente, en las cláusulas del texto constitucional que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17);⁽¹⁵⁾ el art. 16, que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas;⁽¹⁶⁾ el art. 19, en el cual halló fundamento constitucional el principio que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*);⁽¹⁷⁾ el art. 28, que estatuye el principio de razonabilidad de los actos estatales; y el art. 116 del que se deduce la posibilidad de someter a juicio al Estado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de una doctrina judicial que reconoce ampliamente la responsabilidad estatal directa por los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes públicos ya se de fuente contractual como extracontractual.

Y ante la falta de disposiciones legislativas que regularan en forma general y orgánicamente la responsabilidad estatal, para cubrir la laguna normativa existente en la materia se acudía a las soluciones consagradas en legislación civil, en muchos casos a través de la técnica de la interpretación analógica.⁽¹⁸⁾

Pero esta situación ha cambiado en el ámbito nacional debido a la aprobación de la ley 26.944 de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos (en adelante, LRE).⁽¹⁹⁾

Procedimiento administrativo. Otros estudios, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 368; BIANCHI, ALBERTO B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Abaco, Bs. As., 1999, p. 34; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., "Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley", LL, 2014-B, 563 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, "El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", LL, 2014-C, 885.

(15) Fallos: 274:432; 277:225; 300:143; Fallos: 301:403; 302:159; 305:1045; 330:24; entre otros. En antiguos pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundó también la responsabilidad estatal en postulados de justicia y equidad (Fallos: 111:339, 129:5 y 180:339).

(16) Para un sector de la doctrina el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado en su faz extracontractual (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 397 y "El fundamento constitucional...", op. cit.).

(17) Fallos: 308:1118; 320:1996; 325:11; 327:857 y 327:3753; 331:1488, 335:2333, entre otros.

(18) La CSJN en numerosas ocasiones ha postulado la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil al ámbito de la responsabilidad estatal (Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959). Sin embargo, en otros casos ha invocado la aplicación subsidiaria de dicho cuerpo normativo (Fallos: 329:759).

(19) BO, 08/08/2014.

Sin lugar a dudas, se trata de un hito sumamente relevante en la historia jurídica argentina, ya que constituye la primera regulación legislativa de derecho público en la que se aborda de manera general y orgánica dicha materia.

A pesar de ello y de compartir en gran medida los argumentos expuestos para respaldar el dictado de la LRE, no creemos que produzca un avance o mejora en nuestro derecho⁽²⁰⁾ pues muchas de las soluciones que allí se establecen acarrear un retroceso respecto de criterios sentados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;⁽²¹⁾ acotan irrazonablemente el alcance del deber de responder estatal;⁽²²⁾ y conspiran con la finalidad principal de la responsabilidad que no es otra que la de reparar los perjuicios que injustamente sufren las víctimas.⁽²³⁾

En efecto, las diversas limitaciones a la responsabilidad estatal que se consagran en la LRE son susceptibles de provocar en muchos casos un menoscabo sustancial a los derechos de los sujetos dañados por la actuación estatal,⁽²⁴⁾ y paralelamente generar una inadmisibles protección para

(20) En contra: USLENGHI, ALEJANDRO, "La responsabilidad del Estado por omisión", *RAP* n° 437, p. 169 y ss.

(21) ESPINOSA MOLLA, MARTÍN R. "Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", *LL Sup. Adm.* 2014 (agosto), 3 LL 2014-E).

(22) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", *LL*, 2014-E, 659, BIANCHI, ALBERTO B. "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", en H. Rosatti (dir.) *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2014, p. 195 y ss. y ABERASTURY, PEDRO, "La nueva Ley de Responsabilidad del Estado", *ADLA* 2014-25, 18). Para Gordillo la LRE es de dudosa constitucionalidad y contiene graves fallas de justicia, equidad y razonabilidad. Además considera que "el primer y fundamental error es jurisdiccional. Se piensa modificar el Código Civil por ley nacional, pero no se lo ha hecho. Esta ley local es contraria al Código Civil vigente, lo cual la torna insanablemente inconstitucional sin perjuicio de múltiples otros reparos constitucionales" (GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., t. I, cap. XIX-6/8).

(23) Además de operar como instrumento de garantía patrimonial la responsabilidad estatal cumple funciones preventivas, de control y docencia respecto de los funcionarios públicos (art. 1710 CCyC y TAWIL, GUIDO S., "Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño", *LL*, del 21/10/2015; REBOLLO, LUIS M., "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado", en AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 21 y DONÉNECH PASCUAL, GABRIEL, "El principio de responsabilidad de los poderes públicos", J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 663).

(24) En línea con ello, se ha sostenido que "la responsabilidad del Estado, consagrada constitucionalmente, es el medio o mecanismo jurídico por el cual se asegura el debido respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como, entre otros,

el Estado que no se condicen con los postulados del moderno Estado de derecho, cuyo dato característico es la

... concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a los límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana,⁽²⁵⁾ de la cual derivan todos sus derechos y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse.⁽²⁶⁾

Por lo demás, la defectuosa redacción de algunos artículos de la LRE (v. gr. en particular arts. 6 y 10, último párrafo) y, fundamentalmente, la simplificación de los factores de atribución de la responsabilidad estatal al regularse solo la falta de servicio y el sacrificio especial, despiertan un sinnúmero de relevantes interrogantes que necesariamente deberán ser resueltos a través del casuismo judicial mediante la prudente interpretación de los tribunales que haga realidad el mandato constitucional de "afianzar la justicia".

2. Ámbito de aplicación de la LRE y clases de responsabilidad reguladas

Están sujetos al régimen de la LRE los daños que causados por cualquier órgano estatal del Estado Nacional derivados de sus comportamientos activos y omisivos.

Como se desprende del texto de la LRE, del Mensaje del Poder Ejecutivo de elevación del Proyecto de ley al Congreso⁽²⁷⁾ y del art. 1764 del CCyC,⁽²⁸⁾ la LRE fue dictada por el Congreso nacional en su condición de legislador

el derecho de propiedad" (SOTO KLOSS, EDUARDO, *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, S. R. Castaño y E. S. Kloss eds., Santiago de Chile, 2005, p. 461).

(25) Como lo ha expresado la CSJN: "La dignidad humana (...) es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado". Fallos: 333:2306 y sus citas, Fallos: 327:3753 y 330:1989.

(26) DELPIAZZO, CARLOS E., "Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado Constitucional de Derecho", J. Rodríguez-Arana Muñoz, J. Fernández Ruiz, L. J. Bejar Rivera y M. del C. Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Universidad Panamericana y Espress, México, 2014, t. I, p. 189 y ss.

(27) Mensaje 1780 del 12/11/2013.

(28) Aprobado por la ley 26.994 (BO 08/10/2014).

federal⁽²⁹⁾ y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12 CN,⁽³⁰⁾ razón por la cual no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar (art. 126 CN). Como consecuencia de la mencionada naturaleza federal de la LRE, solo quedan alcanzados por sus disposiciones los casos de responsabilidad patrimonial generados por autoridades nacionales. En consecuencia, quedan excluidos de este régimen, los ocasionados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.⁽³¹⁾

Con relación a las autoridades nacionales, el campo de acción de la LRE es amplio porque comprende no sólo los comportamientos de la Administración Pública, sino también la de los poderes legislativo y judicial y la de los denominados órganos extrapoderes⁽³²⁾ (v. gr. Ministerio Público).

Por tanto, todos los órganos del Estado nacional están alcanzados por la LRE. Así se desprende claramente, de los arts. 1° y 3°, incs. b y c LRE. En estas normas, al definirse el ámbito de aplicación de la LRE y regularse los requisitos para la procedencia del deber de responder, respectivamente, se hace referencia a la responsabilidad del “Estado” o de un “órgano estatal”.

A su vez, en el último párrafo del art. 5—única norma en la que se menciona a la responsabilidad ocasionada por la labor de los órganos que componen

(29) USLENGHI, ALEJANDRO, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 169 y ss.; CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, *RDA* 2015-97-35; y LAMOGLIA, CARLOS M., “Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad legítima: su regulación en la Ley 26.944”, *RAP* n° 437, p. 113 y ss. y PADULO, ADRIANA M. y PERRINO, PABLO E., “La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, ¿es una ley local o federal?”, *EDA*, 13/17/2015.

(30) El art. 75, inc. 12, CN dispone: “Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

(31) Concorde con lo dicho, en el art. 11 LRE se invita a las provincias y a la CABA a adherir a sus disposiciones, lo cual implica reconocer que la regulación de la responsabilidad estatal está atrapada dentro del cúmulo de las facultades normativas de las provincias y de la CABA (arts. 121, 122 y 129 CN).

(32) CANDA, FABIÁN, “Los órganos extrapoderes”, AA.VV., *Organización administrativa, función pública y Dominio público*, Bs. As., Rap, 2005, p. 839.

el Poder Judicial— se precisa que “los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

La redacción de dichas normas conduce a descartar la aplicación de la LRE a los perjuicios causados por las denominadas personas públicas no estatales pues, como es sabido, “no integran la estructura estatal y no pertenecen a la Administración Pública”.⁽³³⁾

Estimamos que tampoco corresponde extender la aplicación de la LRE a las sociedades de las cuales el Estado es su titular total o parcial, pues se rigen directamente por las disposiciones del derecho privado.⁽³⁴⁾ Varias son las razones que nos conducen a efectuar dicha afirmación.

En primer lugar, porque se trata de personas jurídicas privadas que no integran la Administración pública⁽³⁵⁾ y cuya condición jurídica no puede

(33) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 199.

(34) En contra de lo dicho se ha expresado Uslenghi quien sostiene: “Considero que la regulación de la LRE también se aplica a estas formas empresariales de propiedad estatal (total o mayoritaria). Para afirmarlo tomo en consideración que integran el patrimonio del Estado, que satisfacen fines públicos, aunque actúen en el manto del derecho privado y que el Estado recurre a estas formas jurídicas con un carácter ‘instrumental’. Cuando una empresa o sociedad mercantil se encuentra bajo el control y dependencia de otra y desarrolla actividades que en lo sustancial remiten a la que la dirige o controla, existe una instrumentalización de la personalidad y, por ende, la procedencia del levantamiento del velo a instancia de un tercero perjudicado en un caso concreto. Este levantamiento del velo ha de proceder siempre que la actividad de la entidad dependiente constituya parte de la actividad e interés para cuya realización existe la matriz. Por ser así en el marco del derecho privado, no hay obstáculo alguno para aplicar el mismo criterio a estas formas empresariales del Estado. En consecuencia, el velo formal de una personalidad instrumental debería ignorarse en cuanto perjudique o cause daños a un tercero y, dentro de esta categoría, es menester situar a aquellos que en su relación con el Estado ven mermados sus derechos y facultades como consecuencia de la inaplicación del derecho administrativo”, USLENGHI, ALEJANDRO J., “La responsabilidad...”, op. cit.

(35) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 339. A su entender en las diferentes formas societarias que el Estado utiliza “la aplicación del Derecho Público se singulariza en todo lo atinente a la dirección y control que sobre esas sociedades ejerce la Administración Pública, proyectándose al deber que ellas tienen de observar las directivas generales y particulares que se impartan y, específicamente, a la naturaleza vinculante que posee en este caso el planeamiento estatal en la programación de sus actividades” (*ibid.*, pp. 335/336). De todos modos, como sostiene Durand, cuando se trata de participaciones minoritarias “la interferencia del Derecho Administrativo es mínima y se limita a la relación jurídica que se establece entre el Estado y sus representantes en la Asamblea (tema que, en rigor, no atañe específicamente a la sociedad) y a la forma de elección de los síndicos, en virtud de lo dispuesto en el art. 114 de la ley 24.156”. Asimismo bien se ha dicho que “para confirmar la falta de aplicación del Derecho público vale recordar que mientras la participación continúe siendo “minoritaria”, y no otorgue el ‘control’ (una cuestión de hecho, que deberá determinarse en cada caso) la sociedad anónima no estará incluida dentro del concepto de ‘sector público nacional’

razonablemente verse modificada por el solo hecho de que el Estado sea el titular total o parcial de una sociedad comercial.⁽³⁶⁾ Como dice Cassagne,

... lo lógico es suponer que cuando el Estado utiliza las formas jurídicas del Derecho Privado debe despojarse de las prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para el objeto de actividades económicas que se propone realizar, por la sencilla razón de que aunque las finalidades mediatas que persigue sean de interés público, estas pueden constituir también la acción de entidades de Derecho Privado.⁽³⁷⁾

Concorde con lo dicho, es usual que, en las normas de creación de sociedades en las cuales el Estado nacional es su titular total o mayoritario, se establezca que aquellas se regirán por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones del Decreto-Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del decreto 1023/2001 y sus modificatorios —Régimen de Contrataciones del Estado—, de la Ley 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni —en general— las normas o principios de derecho administrativo.⁽³⁸⁾

En segundo lugar, como regla, los vínculos jurídicos que mantienen estos sujetos con terceros están regidos por el derecho privado.⁽³⁹⁾ Cuando se trata de relaciones de consumo entre un prestador o proveedor y usuarios o consumidores, se aplican las disposiciones de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y sus modificaciones, y los arts. 1092 a 1095 CCyC, en los cuales

definido en el art. 8° de la Ley 24.156”, (DURAND, JULIO C., “Participación de la ANSeS en el capital de las sociedades anónimas abiertas”, *LL*, 2010-A, 696; CARBAJALES, JUAN JOSÉ y DATES, LUIS E. (h.), “El Estado Nacional (ANSES) como accionista minoritario”, *LL*, 2009-D, 851).

(36) Al respecto señala Cassagne que no es correcto que el Estado por ser tal, al actuar en el campo jurídico a través de sus entidades, convierte a éstas en personas de Derecho Público y a sus actos en actos administrativos”. (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 330; en igual sentido DURAND, JULIO C., “Participación de la ANSeS...”, *op. cit.*). El art. 149 CCyC establece: “La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

(37) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 330.

(38) Correo Oficial de la República Argentina S.A. (art. 13 decreto 721/2004); Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. (art. 3 ley 26.092); Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (art. 11 decreto 304/2006 ratificado por ley 26.100). Ver también art. 15 ley 26.741 por la cual se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF S.A.

(39) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 335.

se establece un régimen de responsabilidad objetiva tuitivo de los usuarios y consumidores, en consonancia con lo dispuesto en el art. 42 CN:⁽⁴⁰⁾

Por lo demás, desplazar el régimen de la responsabilidad del derecho privado por el de la LRE provocaría un privilegio inaceptable para ciertas sociedades comerciales, en desmedro de sus usuarios o consumidores o terceros. Los siguientes ejemplos revelan la sinrazón de aplicar las regulaciones de la LRE a las entidades empresariales de las cuales el Estado sea su titular total o minoritario: el daño causado a consumidores YPF SA estaría sujeto a la LRE mientras que el de sus competidores al de la ley 24.240 y sus modificaciones. Los perjuicios que podrían experimentar pasajeros de Aerolíneas Argentinas SA en el marco del contrato de transporte quedarían sujetos a la LRE, mientras que los que podrían sufrir los de sus competidoras estarían regulados por las disposiciones de la normativa aeronáutica. Si un vehículo de las empresas estatales Aguas y Saneamientos Argentinos SA (AySA) o Correo Oficial de la República Argentina SA (CORASA) fuera el responsable de un accidente en la vía pública se le aplicaría la LRE, mientras que a otras empresas prestadoras de iguales servicios públicos en las cuales el Estado no fuera accionista estarían sujetas a las normas de la legislación civil.

3. La regulación de la responsabilidad contractual del Estado

La LRE contempla la responsabilidad estatal por su actuación ilegítima (art. 3°) como legítima (arts. 4° y 5°). La primera está sustentada en el factor de atribución falta de servicio, y la segunda en el sacrificio especial que el afectado no está obligado a soportar. No se han contemplado otros factores de atribución tales como el riesgo de las cosas o de actividades riesgosas,⁽⁴¹⁾ o la violación de la confianza legítima,⁽⁴²⁾ etc.

(40) ALTERINI, ATILIO A., "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", LL 2008-B, 1239 y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. y AVALLE, DAMIÁN, "Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios", LL 2008-D, 1063; CICERO, NIDIA K., "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos", JA 2009-I-1198; MURATORIO, JORGE I., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto sobre los servicios públicos de competencia nacional", JA 2008-II-1272 y PERRINO, PABLO E., "Algunos Comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos", AAVV, *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, RAP, Bs. As., 2014, p. 75.

(41) PERRINO, PABLO E. "La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas, AAVV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Bs. As., 2005, p. 503 y ss., y "La responsabilidad por riesgo creado del Estado, AAVV, *Estudios de derecho administrativo X*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2004.

(42) COVIELLO, PEDRO J. J., *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis AbeledoPerrot, Bs. As., 2004, p. 438 y ss.

Si bien la LRE regula básicamente la responsabilidad extracontractual del Estado, sus disposiciones son también de aplicación a los daños provocados en el ámbito contractual.⁽⁴³⁾ Así se desprende del art. 10, el cual dispone: “La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador”.

(43) La mayoría de la doctrina argentina considera que la responsabilidad contractual se configura por la violación de un deber jurídico preexistente y específico (obligación) cualquiera que sea su fuente (v. gr. el contrato o la ley), mientras que la responsabilidad extracontractual es la que se produce por la contravención de un deber preexistente genérico de no dañar la prójimo, e indeterminado en tanto recae sobre la generalidad de las personas. (LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Bs. As., 2006, ps. 77 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 5ª ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 1987, p. 71 y ss.; MAYO, JORGE A. y PREVOT, JUAN MANUEL, *Responsabilidad contractual*, La Ley, Bs. As., 2007, p. 71 y ss.; PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Astrea, Bs. As., 2013, t. 1, p. 79 y ss.; PICASSO, SEBASTIÁN, en A. J. Bueres (dir.) y E. I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* Hammurabi, Bs. As., 1999, t. 3 A, p. 346 y ss.; SAENZ, JORGE A., “Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad contractual) en el derecho público argentino”, en H. Rosatti (dir.) *Ley 26.944...*, op. cit., p. 395 y ss.). El Código Civil, siguiendo el modelo francés, distinguió claramente dos ámbitos de responsabilidad civil: el del incumplimiento contractual (obligacional) y el del acto ilícito *stricto sensu*, cada uno con su propia regulación. Dicha dualidad de regímenes de responsabilidad civil apareció expresamente consagrada en el art. 1107 CC en el cual se disponía que las normas sobre los hechos ilícitos eran inaplicables al incumplimiento de las obligaciones, salvo que degeneraran en delitos del derecho criminal. Las diferencias más relevantes en el régimen jurídico de ambos tipos de responsabilidad allí consagradas eran las siguientes: 1) al plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, 2 años en la extracontractual y 10 en la contractual; 2) la extensión del resarcimiento, menor en la responsabilidad contractual y 3) la mancomunación entre los corresponsables o coautores de un hecho ilícito, los cuales son solidariamente responsables frente al damnificado en la responsabilidad extracontractual y, en principio, simplemente mancomunada en el ámbito contractual, pudiendo llegar a ser solidaria solo si resulta sin lugar a dudas del título de constitutivo de la obligación o de una disposición legal, como ocurre en materia de defensa del consumidor (TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Bs. As., 2008, t. II, p. 23 y ss.). El Código Civil y Comercial, en línea con la opinión de la doctrina civilista dominante, unifica las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Así, el art. 1706 CCyC dispone que “cualquiera que sea la fuente del deber de reparar (la violación del deber general de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación) el deber de resarcir se rige, en principio, por las mismas reglas. En consecuencia, las normas del capítulo referido al derecho de daños se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual”. (CALVO COSTA, C. A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, La Ley, Bs. As., 2015, t. II, comentario al art. 1740; PICASSO, SEBASTIÁN, “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *LL Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* 2014, noviembre, p. 151).

Cabe advertir que la expresión “normas específicas” y la palabra “regulación” empleadas por el legislador no pueden ser entendidas como sinónimo de disposiciones incluidas en una ley en sentido formal y material, sino que comprenden, además de las normas de rango legal, también a las de índole reglamentaria, como a las cláusulas incluidas en los pliegos de bases y condiciones y en los mismos documentos contractuales. De ahí que no existe ningún impedimento para que, mediante normas infra-legales, se establezca un régimen jurídico de responsabilidad contractual diferente al previsto en la LRE. Como dice Mairal, “las partes pueden convenir o el Estado estipular y su cocontratante aceptar, la aplicación de normas diferentes de las de la LRE y, entre ellas las previstas en el Código Civil”.⁽⁴⁴⁾

Si bien la norma en comentario dispone que la responsabilidad contractual del Estado se sujeta a las disposiciones específicas que se han dictado en la materia, el examen de la normativa que rige la contratación pública pone de relieve que solo median previsiones dispersas y específicas que contemplan supuestos muy puntuales de responsabilidad estatal que se localizan en las normas que regulan los aspectos generales de la contratación estatal,⁽⁴⁵⁾ en las atinentes a ciertos contratos administrativos,⁽⁴⁶⁾ como así también en los pliegos de bases y condiciones y demás documentos contractuales.⁽⁴⁷⁾ En consecuencia, ante dicha carencia normativa y en virtud de lo dispuesto en el art. 10 LRE, serán de aplicación en este ámbito —en forma supletoria— las previsiones de la LRE.⁽⁴⁸⁾

(44) MAIRAL, HÉCTOR A., “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, *ED* 26/11/2014.

(45) Arts. 12, inc. a, decreto 1023/2001 y art. 121 de su decreto reglamentario 893/2012.

(46) Por ejemplo en los arts. 33, 34, 39 de la Ley 13.064 de Obras Públicas.

(47) La CSJN tiene dicho que “la ley de la licitación o la ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo” (Fallos: 311:2831 y 333:1192).

(48) Para Saenz la regulación de la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de obligaciones impuestas en una relación contractual debe regirse por el Código Civil, por lo que considera inconstitucional el art. 10 LRE. Entiende distinta la situación de los derechos indemnizatorios o compensatorios acordados a los cocontratantes del Estado por normas específicas de derecho administrativo que no se generan en el incumplimiento de obligaciones contractuales y, en consecuencia, no le son aplicables las normas de derecho común, los cuales pueden ser regulados por el derecho local (SAENZ, JORGE A., “Sistema de responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 395 y ss.).

Sin embargo, debido a la laxitud de las regulaciones contenidas en la LRE, en más de una ocasión será imprescindible acudir a las soluciones consagradas en la legislación civil y comercial.

Al respecto es conveniente recordar que el derecho administrativo no tiene una existencia aislada e independiente, sino que constituye una parte del ordenamiento jurídico y mantiene con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como acontece con el derecho constitucional; o bien relaciones de contacto e interferencia, como es el caso de sus vínculos con la legislación civil y comercial,⁽⁴⁹⁾ en la cual se regulan institutos jurídicos cuyo ámbito de aplicación se proyectan a todas las ramas del derecho.

En este sentido, enseña Marienhoff que entre el derecho administrativo y el derecho civil existen obvias relaciones —que denomina de contacto, de continuidad— que se producen por la aplicación, en el derecho administrativo, de normas y principios contenidos en el derecho civil:

Hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo. En este último caso no se trata de una integración de normas, sino de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto pertenecen a la llamada parte general del derecho.⁽⁵⁰⁾

Además, como explica Gordillo, hay disposiciones del derecho administrativo que están en el Código Civil (por ejemplo bienes del dominio público, limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.), las cuales “no son de derecho civil y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas”.⁽⁵¹⁾

En consecuencia, más allá de lo establecido en el 3º párrafo del art. 1º LRE —que con una redacción muy enfática establece que no se puede aplicar de manera directa ni subsidiaria la legislación civil— y el art. 1764 CCyC, siempre será posible acudir a la legislación civil para cubrir las innumerables

(49) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 84.

(50) MARIENHOFF, MIGUEL S. T., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. actualizada, AbeledoPerrot, Bs. As., 1995, t. I, pp. 287, pp. 182/183.

(51) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, op. cit., t. I, cap. VIII, p. 2.

lagunas que presenta LRE en la materia ya sea a fin de aplicar principios generales del derecho⁽⁵²⁾ (v. gr. el principio de la buena fe receptado, entre otros, en los arts. 9º, 729, 961 y 991 CCyC) u otras soluciones consagradas en la legislación civil mediante la técnica de la interpretación analógica,⁽⁵³⁾ lo cual es algo diverso a la subsidiariedad.⁽⁵⁴⁾

La aplicación por vía de la técnica de la analogía⁽⁵⁵⁾ de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo —tarea que conlleva muchas veces la adaptación⁽⁵⁶⁾ de las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas del derecho público⁽⁵⁷⁾— ha

(52) Como dice Bielsa, “se trata de preceptos fundados en principios comunes al derecho privado y al derecho público, pero que han tenido concreción positiva muchos antes en el derecho civil que en el derecho administrativo (BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., La Ley, Bs. As., 1964, t. I, p. 159).

(53) SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., “La responsabilidad estatal en la ley 26.944 (Algunas consideraciones exegéticas preliminares)”, *Rev. de der. Adm.*, n° 97, p. 67 y PARELLADA, CARLOS A., “Responsabilidad del Estado por hechos dañosos de sus agentes, cometidos con el arma reglamentaria”, *LL* 2014-E, 394. A juicio de Cicero la “pretensión de autosuficiencia que contiene la LRE solo podría alcanzar a cuestiones que han sido objeto de una regulación específica por aquélla, pero nunca a otras que, aun estando contenidas en el Código Civil, resultan principios generales del derecho o categorías jurídicas que se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, cualquiera sea su especificidad”. A su entender, “no es sino al Código Civil adonde deberá recurrirse para definir institutos tales como el caso fortuito o la fuerza mayor, el cómputo de los plazos, el concepto de daño emergente o lucro cesante, etc., máxime cuando la LRE nada dice sobre el alcance y extensión del resarcimiento en el campo de la responsabilidad por actividad u omisión ilegítima” CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones...”, *op. cit.*, p. 35).

(54) CASSAGNE, JUAN CARLOS, “El fundamento constitucional...”, *op. cit.*

(55) La aplicación analógica es admitida expresamente en la nota de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto de la LRE al Congreso nacional. Allí se expresa: “La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que este sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos, 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (Fallos: 321:174)”.

(56) Sostiene Gordillo que la afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a éste”. (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, *op. cit.*, t. I, cap. VIII, p. 3; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, *AAV, El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 220 y ss.).

(57) REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, *op. cit.*, p. 224 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 95 y ss.

sido postulada por la tradicional iusadministrativa.⁽⁵⁸⁾ Así, Marienhoff⁽⁵⁹⁾ y Cassagne⁽⁶⁰⁾ sostienen que la analogía tiene un gran campo de aplicación en el derecho administrativo debido a su autonomía y a su condición de derecho nuevo y, por tanto, con carencia de normas escritas.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado en diversas ocasiones la aplicación analógica de las normas del Código Civil para integrar lagunas del derecho administrativo. Así lo hizo en materia de nulidades del acto administrativo,⁽⁶¹⁾ contratos administrativos⁽⁶²⁾ y con relación a la responsabilidad del Estado.⁽⁶³⁾ Ello no obstante y exhibiendo un criterio dispar en muchos otros casos lo ha hecho por vía de subsidiariedad⁽⁶⁴⁾ y no por analogía.

La diferencia entre supletoriedad o subsidiariedad normativa y analogía, no siempre debidamente comprendida, radica en que la primera de las técnicas mencionadas opera para integrar “de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general común respecto de aquellas de carácter especial o susceptibles de ser suplidas”. De tal modo, “el fenómeno de la supletoriedad se da solo entre una norma general/supletoria y otra especial/suplible”. En cambio, en la analogía “se descubre una norma específica en cualquier otra Ley general o especial del ordenamiento, con los cuales no hay conexión alguna de suplencia; y, por vía interpretativa, de razonabilidad, se aplica al caso no previsto”.⁽⁶⁵⁾ En la

(58) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., pp. 287/292, DIEZ, MANUEL M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., 1974, t. I, p. 402; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, op. cit., p. 224; COMADIRA, J. RODOLFO., y ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso de Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, Bs. As., 2012, pp. 1570/1571.

(59) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 87 y ss.

(60) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, pp. 95 y 175.

(61) Fallos: 190:142; 205:200; 241:385 (ver, en especial, disidencia de los jueces Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 293:133 y 301:292.

(62) Fallos: 300:679; 301:292; 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312:696 y causa “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, ED t. 177, p. 749, con nota de Julio R. Comadira, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento”.

(63) Fallos: 300:143; 304:721; 306:1409; 308:451 y 318:1959.

(64) Fallos: 107:134; 306:2030; 307: 1942; 320: 266; 329: 759, y 330: 2748, entre otros. SAENZ, JORGE A., “La responsabilidad contractual en el derecho público argentino”, AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA/Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2008, p. 67 y ss.

(65) VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “derecho común”*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing, 2010, pp. 36/37.

analogía se atribuye “a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a este las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro solo hay una identidad parcial”.⁽⁶⁶⁾

4. Responsabilidad contractual del Estado y ecuación económico/financiera

A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado en el cual la responsabilidad en materia contractual deriva siempre de un comportamiento anti-jurídico que se traduce en el incumplimiento obligacional,⁽⁶⁷⁾ en el derecho público y respecto del Estado su deber de responder por los perjuicios padecidos por el contratista puede suscitarse, no solo en tales casos, sino también en supuestos en los cuales su actuación no ha sido contraria a derecho e incluso frente a daños que no le son imputables materialmente (tal como acontece, por ejemplo, frente a casos de fuerza mayor en los contratos de obra pública).⁽⁶⁸⁾

Ello encuentra su fundamento en un principio propio de la contratación pública, como es el del mantenimiento de la ecuación económica financiera, cuyo origen se remonta al famoso caso resuelto por el Consejo de Estado Francés —“Cie. General Francaise des Tramways”, 11/03/1910—, en cuyas conclusiones el Comisario de Gobierno Leon Blum sostuvo que es de la esencia misma de todo contrato el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se le acuerdan al

(66) GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, 8ª ed., Porrúa, México, 1958, p. 369; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As., 1975, 164/165.

(67) MAYO, JORGE A. y PREVOT, JUAN MANUEL, *Responsabilidad contractual*, op. cit., p. 31.

(68) Art. 39, Ley 13.064 de Obras Públicas. Al respecto, la CSJN ha expresado que la norma de cita “establece un régimen especial en esta materia, poniendo a cargo de la administración el perjuicio sufrido por el contratista en los casos en que ella taxativamente determina, que son aquellos que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, entendiéndose por tales; “a) los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación” y “b) los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos” (Fallos: 319:1681). Ver: DRUETTA, RICARDO T. y GUGLIEMINETTI, ANA P., *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, AbeledoPerrot, Bs. As., 2008, pp. 288 y ss.

cocontratante y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al cocontratante y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato.⁽⁶⁹⁾

Entonces, el concepto mismo de ecuación económica financiera, entendida como “la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalente”,⁽⁷⁰⁾ muchos de los cuales —agregamos— son consecuencias de los riesgos y contingencias asumidos,⁽⁷¹⁾ lleva implícito el derecho del contratista a su mantenimiento y restablecimiento frente a aleas administrativas o económicas que sean imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato.⁽⁷²⁾

Se trata de un derecho que tiene base constitucional en las garantías constitucionales que aseguran que la propiedad es inviolable (arts. 14 y 17 CN) y, fundamentalmente, que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 CN).⁽⁷³⁾ Dichas garantías vienen a compensar el peso de

(69) LONG, MARCEAU *et. al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ª ed., Dalloz, París, 2009, p. 131 y ss.; LAUBADERE, ANDRÉ DE, *Traité Théorique et pratique*, Librairie Générale de Droit et jurisprudente R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, t. II, p. 33.

(70) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 1978, t. III-A, p. 470.

(71) Los riesgos válidamente asumidos son, junto con los demás derechos y obligaciones convenidos, elementos constitutivos de la ecuación económica contractual. Por tanto, no pueden ser ulteriormente modificados —ni para atenuarlos, suprimirlos, incrementarlos o trasladarlos a la otra parte — puesto que se alteraría la ecuación económica financiera, con la consiguiente afectación para uno de los contratantes.

(72) RODRÍGUEZ, LIBARDO R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed. Temis, Bogotá, 2012, pp. 25/27, y pp. 32/37.

(73) Explica Cassagne que: “existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de principios jurídicos dogmáticos propios del derecho público, que carecen de sentido en el ámbito de las relaciones privadas”, como son el principal constitucional de igualdad ante las cargas públicas y el de continuidad en la ejecución de los contratos (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, *op. cit.*, t. II, p. 464). Seguidamente, afirma el citado jurista que “si sobre el contratista recae la carga de soportar el peso del régimen exorbitante, que incluye, en algunos casos, la obligación de ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la Administración, o bien de cumplir el contrato

las prerrogativas, inusuales en el derecho privado, que el ordenamiento jurídico le atribuye a la Administración para intervenir unilateralmente sobre la relación contractual en aras de servir el interés público.⁽⁷⁴⁾ Además, estas garantías son una consecuencia de la configuración del contratista como un verdadero colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos.⁽⁷⁵⁾

Pero, obviamente, el principio del equilibrio económico financiero no puede ser entendido como una suerte de seguro para el contratista frente a los eventuales déficit o malos resultados de la gestión contractual,⁽⁷⁶⁾ pues este debe soportar, como regla, los riesgos previsibles que deriven del alea normal del negocio.⁽⁷⁷⁾

pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea causa del alea administrativa provocada por hechos del propio Estado (*factum principis*) o el alea que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta lógico otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas sufrirían una carga pública de un modo desigual, pues la situación de sacrificio especial en que se hallan no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos una carga que no pesa sobre las demás personas" contratos (*ibid.*).

(74) Bien se ha dicho que "en los contratos administrativos, el juego del interés público, al que ha de servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación" (RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", AFDUDC, 12, 2008, 795).

(75) ESCOLA, HÉCTOR J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. I, Depalma, Bs. As., 1977, p. 453.

(76) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, "Vector Ingeniería Soc. Colectiva c/ Obras Sanitarias de la Nación", 31/03/1999. Allí se sostuvo: "La ecuación económica financiera no constituye una especie de seguro del co-contratante contra eventuales déficit de explotación, ni hace desaparecer el umbral de riesgo que el contratista necesariamente asume. Es solamente la relación aproximada entre cargas y ventajas que la empresa tomó en consideración al momento de contratar. Por tal motivo, cuando las variaciones de costos se instrumentan a través de fórmulas polinómicas incorporadas al contrato, ambas partes deben aceptar sus resultados sea que impliquen un aumento o una reducción de los precios ofertados al momento de la licitación". (LL 2000-C, 159). En igual sentido, CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, "Compañía Misionera de Construcciones S.A. c/ Dirección Nac. de Vialidad", 27/04/1998, LL, 1999-A, 162.

(77) SCJ BUENOS AIRES, "Hormigovial S.A. c/ Municipalidad de la Plata", 27/06/2007. Distinta es la situación que se presenta frente a riesgos imprevisibles y ajenos al contratista y que pueden provenir de aleas extraordinarias o económicas cuyas consecuencias perjudiciales él no está obligado a soportar en beneficio de la comunidad, sin la respectiva y pertinente compensación (ESCOLA, HÉCTOR J., *Tratado integral...*, op. cit., t. I, p. 453).

Pues bien, de todo lo afirmado se desprende que el principio de la ecuación económica financiera y las prerrogativas de la Administración en materia de ejecución y extinción contractual impregnan el régimen de la responsabilidad y dan lugar a diferencias con el propio de la contratación sujeta al derecho privado⁽⁷⁸⁾ en el cual el deber de responder por comportamientos válidos resulta inusual.⁽⁷⁹⁾

Esta clase de responsabilidad, por su propia naturaleza, no tiene parangón en el derecho privado, pues se apoya en un principio constitucional inaplicable en relaciones jurídicas entre personas privadas sujetas al derecho civil o comercial, como es el de igualdad ante las cargas públicas.⁽⁸⁰⁾

5. Requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual del Estado. Los factores de atribución

Para que proceda la responsabilidad contractual del Estado deben concurrir los requisitos establecidos en los arts. 3º y 4º LRE atinentes al daño resarcible, la imputabilidad material, la causalidad y el factor de atribución.⁽⁸¹⁾

Ello no obstante, entendemos relevante efectuar algunas precisiones acerca del recaudo concerniente al factor de atribución debido a las singularidades que presenta en esta materia.

(78) Sobre las diferencias entre la contratación pública y la privada, la CSJN ha expresado: "si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el "régimen jurídico" de estos dos tipos es diferente. Así existen diferencias de fondo que determinan que tengan un régimen especial y sus efectos no sean los mismos que los de los contratos civiles. Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público" (Fallos: 315:158; 329:809, entre otros).

(79) Como destaca Comadira, si bien en el derecho civil se reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar, "los fundamentos y las circunstancias que los justifican son en verdad diferentes. Más aún: de acuerdo con alguna doctrina estas situaciones se desplazan del ámbito de la responsabilidad civil" (COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 369).

(80) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. I, p. 397.

(81) PERRINO, PABLO E., "La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos", EDA 31/03/2015.

De acuerdo a la regulación efectuada de los factores de atribución⁽⁸²⁾ en los arts. 3° (falta de servicio)⁽⁸³⁾ y 4° (sacrificio especial)⁽⁸⁴⁾ LRE, la responsabilidad contractual del Estado puede suscitarse en los siguientes supuestos: a) cuando media una falta de servicio contractual y b) cuando el contratista sufre un sacrificio o daño especial que no está obligado a soportar.⁽⁸⁵⁾

El primero de los factores de atribución mencionados da lugar a la responsabilidad contractual por actividad ilegítima del Estado, pues deriva de una actuación estatal contraria a derecho consistente en la violación de una obligación preexistente. El segundo da lugar a la responsabilidad estatal por su actuación legítima, ya que presupone la existencia de un comportamiento del Estado conforme a derecho producto de sus poderes de intervención en el contrato, fundado en razones de interés público.⁽⁸⁶⁾ Seguidamente los examinaremos.

5.1. Responsabilidad por falta: el incumplimiento

Usamos la expresión falta contractual tomando como punto de referencia la terminología acuñada por la doctrina y la jurisprudencia argentina⁽⁸⁷⁾ y el

(82) Por factor de atribución se entiende el fundamento que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado (VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Depalma, Bs. As., 1993, p.193 y COMPANUCCI DE CASO, RUBÉN H., "Fundamentos de la responsabilidad Civil: culpa y riesgo", *AAVV, Derecho de Daños*, La Rocca, Bs. As., 1989, p. 57. Para Hutchinson "los criterios normativos de la responsabilidad contractual de la Administración Pública son el principio de la reciprocidad de las prestaciones y el de la buena fe, los cuales también informan el régimen jurídico de la responsabilidad contractual del Derecho común, pero en el Derecho público adquieren una especial importancia en atención a la posición institucional de los entes públicos en los contratos administrativos y a las especiales características de estos negocios jurídicos bilaterales". Agrega este autor que "dichos criterios comprenden todas las modalidades de responsabilidad de los entes públicos derivada de la lesión de los derechos e intereses del contratista, no sólo la resultante de actividades legítimas sino también de las actividades ilegítimas" (HUTCHINSON, TOMÁS, "Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado", en J. C. Cassagne y E. Rivero Ysern (dirs.) *La contratación pública*, Hammurabi, Bs. As., 2006, t. 2, p. 954).

(83) PERRINO, PABLO E., "La falta de servicio...", *op. cit.*; "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", *LL*, 18/06/2014 y "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944", *Rev. de Resp. Civ. y Seg.*, La Ley, n° 12, p. 31 y ss.

(84) PERRINO, PABLO E., "Responsabilidad por actividad...", *op. cit.* y "La regulación...", *op. cit.*

(85) En igual sentido ver: ROSATTI, HORACIO y ZINGARETTI, GISELA (colaboradora), "Análisis exegético de la ley 26.944", en H. Rosatti (dir.), *op. cit.*, pp. 623/627.

(86) PERRINO, PABLO E., "La responsabilidad contractual del Estado", *LL*, 2012-F, 1286.

(87) CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", *LL*, 2005-D, 1268 y PERRINO, PABLO E., "Los

inc. d del art. 3° LRE para referirse al título de atribución de la responsabilidad del Estado, en materia extracontractual por actividad ilegítima, como es la falta de servicio.

La falta contractual exterioriza un comportamiento estatal anómalo y que infringe el ordenamiento jurídico, pero que a diferencia de la falta de servicio extracontractual, tiene lugar por la inejecución estatal de un deber impuesto por una obligación preexistente,⁽⁸⁸⁾ que se traduce en la insatisfacción de la prestación debida al contratista.

La responsabilidad contractual por falta es, entonces, la consecuencia natural y lógica del quebrantamiento de los principios *lex contractus* y de la fuerza obligatoria del contrato, expresamente receptados en la codificación civil (art. 959 CCyC) y plenamente imperantes en la contratación pública.⁽⁸⁹⁾ De tal modo, falta contractual es sinónimo de incumplimiento del contrato,⁽⁹⁰⁾ lo cual puede suscitarse ya sea por la inejecución total

factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 59 y ss.

(88) En este sentido escribe López Herrera: “El incumplimiento es una especie dentro del género de la antijuridicidad solo que denominamos incumplimiento a aquella antijuridicidad que se manifiesta cuando se viola un deber impuesto por una obligación preexistente. Cuando estamos en el campo de la responsabilidad contractual, la antijuridicidad ya no puede llamarse incumplimiento porque no hay obligación previa (hay claramente un *deber*, que no es lo mismo), sin embargo su naturaleza es la misma.” (LÓPEZ HERRERA, *Teoría general ...*, op. cit., p. 101).

(89) Como se ha señalado: “La doctrina está acorde en aceptar que en el régimen contractual administrativo el principio de que las convenciones hechas en los contratos constituyen una regla a la cual las partes —es decir, la administración pública y el cocontratante particular— deben someterse como a la ley misma, mantiene su vigencia y debe ser aceptado en todo su alcance, aun cuando esté sometido a ciertas restricciones que le otorgan una nueva dinámica, como ocurre, por ejemplo, con la inmutabilidad de los términos contractuales, que si es estricta en el derecho privado, es solo relativa en la órbita de los contratos administrativos” (ESCOLA, HÉCTOR J., *Tratado integral...*, op. cit., p. 373; BOTASSI, *Contratos de la Administración provincial*, Scotti editora, La Plata, 1996, p. 373; HUTCHINSON, “Reflexiones acerca...”, op. cit., p. 948). En tal sentido La CSJN ha resuelto que “Aun tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado: *pacta sunt servanda*” (Fallos: 314: 491).

(90) A modo de ejemplo de las variadas conductas estatales susceptibles de encuadrar dentro del concepto de incumplimiento mencionado, se encuentran las atinentes al ejercicio ilegítimo de potestades administrativas, como ser la aplicación de una sanción contractual, o la inejecución de las obligaciones o compromisos económicos que incumben a la Administración. También no dar cumplimiento a la obligación, y consecuente derecho del contratista, de mantener el equilibrio económico del contrato constituye una falta contractual de la Administración susceptible de comprometer su responsabilidad.

o absoluta de la prestación comprometida, como por su cumplimiento defectuoso (parcial, inexacto o tardío) al no ajustarse por completo al programa o proyecto de prestación comprometido.⁽⁹¹⁾ En tal sentido escribe Hutchinson:

Existe incumplimiento cuando de cualquier modo se contraviene el deber de prestación derivado del contrato: *incumplimiento total: cumplimiento tardío; y cumplimiento defectuoso*. El primero no requiere mayores explicaciones (no se paga: art. 725, Cód. Civil); el segundo reconduce a la teoría sobre la mora (se paga fuera de término: art. 750 y 509, Cód. Civil); y el tercero viola el principio de exactitud de la prestación, con sus requisitos de identidad de la prestación, e integridad de la prestación (art. 742 y ss., Cód. Civil).⁽⁹²⁾

Por lo demás, el incumplimiento puede provenir no sólo de la violación de las denominadas obligaciones nucleares del contrato, esto es aquellas que están directamente vinculadas al cumplimiento del objeto, sino también de los deberes secundarios o colaterales de conducta (v. gr. de información, colaboración, protección, etc.) que derivan del deber de cumplimiento de buena fe⁽⁹³⁾ lo convenido (art. 961 del Código Civil y Comercial).⁽⁹⁴⁾

Un relevante sector de la doctrina civilista considera que para determinar si se ha producido la situación de inexecución que suscite el deber de reparar del deudor, es preciso considerar si la prestación incumplida deriva de una obligación de medios o de resultado, pues ello impacta en el

(91) Como dice De Cupis: "Incumplimiento quiere decir comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento, y, en consecuencia, falta de ejecución, o ejecución inexacta o de la prestación" (DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Á. Martínez Sarrión (trad.), Bosch, Barcelona, 1975, p. 134).

(92) HUTCHINSON, "Reflexiones acerca...", *op. cit.*, p. 948.

(93) La CSJN, en numerosas ocasiones, ha resuelto que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión" (Fallos: 316:382 y LL 993-E, 402 y sus citas) y que "La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos (arts. 1071 y 1198 del Código Civil) y es aplicable por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho administrativo" (Fallos: 323:3035).

(94) LORENZETTI, RICARDO L. y LIMA MARQUES, CLAUDIA, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pp. 18/20 y DIEZ-PICASSO y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 265.

factor de atribución y, también para algunos, en el régimen de la carga de la prueba.⁽⁹⁵⁾

Así se afirma que, en las obligaciones de resultado, en virtud del compromiso asumido por el deudor (alcanzar un resultado específico garantizado por el sujeto obligado), si no se logra el resultado convenido, se produce automáticamente la situación de incumplimiento. Por el contrario, en las obligaciones de medios o de actividad, en atención al contenido del compromiso del deudor (emplear los mejores medios posibles, actuar con la máxima prudencia y diligencia, a fin de obtener un resultado, pero sin asegurarlo), a pesar de no haberse alcanzado el resultado esperado por el acreedor, si el deudor puso todo su empeño y pericia, se considera que hay cumplimiento de la obligación convenida.⁽⁹⁶⁾

Con base en ello se postula que, en las obligaciones de resultado, el factor de atribución es objetivo y en las obligaciones de medio, subjetivo (la culpa). En consecuencia, en las primeras, el deudor solo se exime de responsabilidad acreditando la configuración de una causa extraña que ha interrumpido el nexo de causalidad, como ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima;⁽⁹⁷⁾ mientras que en las segundas el deudor se exime del deber de responder no solo cuando demuestra la existencia caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, sino también que obró con la debida diligencia y previsión que el caso exigía.⁽⁹⁸⁾

Más allá de que la mencionada clasificación de las obligaciones pueda ser de aplicación en el campo de la contratación administrativa, no estimamos

(95) TRIGO REPESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad...*, op. cit. t. I, pp. 735/760; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general...*, op. cit. p. 268 y ss.; PICASSO, SEBASTIÁN, "Obligaciones de medios y de resultados", JA 1996-II-713; PIZARRO, RAMÓN D., "Daño moral contractual", JA 1986-IV-924; VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., "La responsabilidad contractual objetiva", LL 1988-B-998.

(96) PICASSO, SEBASTIÁN, "Obligaciones de medios...", op. cit.

(97) Sin embargo, como se ha dicho, "esto es solo una verdad a medias, por cuanto (...) cuando el factor es objetivo, el sindicado como responsable podrá demostrar no solo la ruptura del nexo causal, sino también la inexistencia de daño resarcible, o de antijuridicidad (mediante la acreditación de que concurre en el caso alguna causa de justificación), e incluso, que no se presenta en la especie el factor de atribución objetivo en base al cual pretende endilgársele el deber de responder (PICASSO, SEBASTIÁN, "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios", LL 2000-C, 991).

(98) TRIGO REPESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad...*, op. cit. t. I, p. 141 y ss.

adecuado afirmar que cuando el Estado incumple una obligación contractual de medios, el factor de atribución sea la culpa.⁽⁹⁹⁾

Al igual que ocurre con la responsabilidad estatal por falta de servicio, en la responsabilidad por falta contractual no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure.⁽¹⁰⁰⁾ La culpa o dolo no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falla del sistema o del aparato administrativo, que en el caso de la responsabilidad contractual se traduce en el incumplimiento de las obligaciones convenidas.⁽¹⁰¹⁾ Por eso, la CSJN ha expresado que, en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa “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”.⁽¹⁰²⁾

5.2. La responsabilidad sin falta

El segundo factor de atribución de la responsabilidad contractual del Estado, que suscita su responsabilidad sin falta, es la existencia de un sacrificio o daño especial, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN), que el contratista afectado no está obligado a soportar.

(99) Contrariamente a la postura que exponemos, Saenz considera que en la responsabilidad contractual del Estado son de aplicación los factores subjetivos de atribución culpa y el dolo con arreglo a las previsiones del Código Civil (SAENZ, JORGE A., “La responsabilidad contractual en el derecho público argentino”, AA.VV. *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Rubinzal-Culzoni Editores/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), Bs. As., 2008, p. 67 y ss.).

(100) Así lo han señalado respecto de la falta de servicio: CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Reflexiones...”, *op. cit.*; TAWIL, GUIDO S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Bs. As., 1993, p. 109; MATA, ISMAEL, “Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía”, AA.VV. *Responsabilidad del Estado...*, *op. cit.*, p.176; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 2001, pp. 63 y ss.; y BONPLAND, VIVIANA M., “Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)”, LL 1987-A, pp. 784 y 786; AMENABAR, MARÍA DEL PILAR, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008, pp. 173/175. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, TOMÁS, “Los daños producidos por el Estado”, *Jus*, n° 36, p. 63 y en “Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado”, *Revista de Derecho de Daños*, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, p. 61 y ss. y REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado” en *op. cit.*

(101) PERRINO, PABLO E., “Los factores de atribución...”, *op. cit.*

(102) Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261.

En tal supuesto, el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios radica en los artículos 14 y 17 CN, que protegen el derecho de propiedad; art. 19 CN, del cual la CSJN deriva la regla *alterum non laedere*, y, principalmente del art. 16 CN, que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual impide que se imponga a un sujeto un sacrificio especial⁽¹⁰³⁾ o anormal⁽¹⁰⁴⁾ en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar,⁽¹⁰⁵⁾ sin la debida indemnización.⁽¹⁰⁶⁾

En el campo contractual se suscita la responsabilidad sin falta del Estado⁽¹⁰⁷⁾ en los casos de quiebra de la ecuación económica financiera del contrato provocada por el ejercicio de la potestad modificatoria, como así también cuando se extingue un contrato administrativo antes de su finalización normal como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público,⁽¹⁰⁸⁾ supuestos expresamente previstos en el art. 12, inc. a, decreto 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, y en el art. 121 de su decreto reglamentario 893/2012.

Las conductas estatales de carácter general, imprevisibles y ajenas a la voluntad del contratista, que provocan desequilibrios anormales en la ecuación contractual, encuadrables en la compleja noción de hecho del príncipe, para un amplio sector de la doctrina, en tanto no constituyen

(103) Fallos: 180:107; 293:617; Fallos: 310:943; 316:397; 319:2658, entre otros.

(104) Fallos: 330:2464.

(105) Fallos: 315:1026. COVIELLO, PEDRO, J. J., "El caso "Columbia": nuevas precisiones acerca de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales formativos", *Rev. de Der. Adm.*, n° 9 a 11, p. 139 y ss.

(106) Así ha expresado la CSJN "Cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general— esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito" (Fallos: 318:385).

(107) Los daños que pueden ocasionarse a un contratista por hechos del príncipe son causados por el Estado en una calidad distinta a la de contratante. Por tal motivo, se considera que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, p. 469; BENOIT, FRANCIS PAUL, *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 783).

(108) Si bien el ejercicio de la potestad modificatoria del contrato, prevista expresamente en el art. 12, incs. a y b, decreto 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, es susceptible de afectar la ecuación económica-financiera del contrato, su recomposición suele tener lugar mediante un incremento del precio contractual, "sin que reconozca naturaleza resarcitoria" (BARRA, RODOLFO C., *Contrato de obra pública*, t. 3, Abaco, Bs. As., 1988, p. 1076).

una actuación contractual (son una alea administrativa exógena al contrato), suscitan un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado.⁽¹⁰⁹⁾ Sin embargo, hay quienes opinan, no sin fundamento, que se trata de un caso más de responsabilidad de carácter contractual⁽¹¹⁰⁾ puesto que la obligación del Estado de indemnizar es una consecuencia de un deber de naturaleza contractual de mantener el equilibrio de la ecuación económica financiera.

Con excepción de los casos de aleas económicas anormales, imprevisibles y ajenas a las partes que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión,⁽¹¹¹⁾ en los cuales el hecho o acontecimiento perturbador de la ecuación económica es ajeno o extraño a las partes, por lo que no se verifica el requisito de la imputabilidad de material entre la conducta estatal y el daño provocado, los supuestos de alteración de la economía del contrato causados por el ejercicio de la prerrogativa modificatoria,⁽¹¹²⁾ por hechos del príncipe,⁽¹¹³⁾ y por la extinción anticipada del contrato por una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público⁽¹¹⁴⁾ suscitan la responsabilidad legítima del Estado cuya regulación, en su faz extracontractual, se efectúa en los arts. 4° y 5° LRE.

(109) ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Teoría del equivalente económico*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 263; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, pp. 468/469; MATA, ISMAEL, "El riesgo en los contratos administrativos", RAP n° 320, número especial "Infraestructura y construcción: problemas de actualidad", p. 144.

(110) RODRÍGUEZ, LIBARDO R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed., Temis, Bogotá 2012, pp. 32/37.

(111) CSJN, "Sociedad Anónima Azucarera Argentina Comercial e Industrial c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ proceso de conocimiento", 10/12/1997 y Fallos: 320:113 y 319:2666.

(112) BERÇAITZ, MIGUEL A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1980, p. 405 y ss.

(113) A pesar de que los daños que pueden ocasionarse a un contratista por hechos del príncipe son causados por el Estado en una calidad distinta a la de contratante, no creemos que por dicha circunstancia se trate de un supuesto de responsabilidad extracontractual, pues el derecho del contratista a ser indemnizado tiene su fuente en la obligación contractual del Estado de mantener y restablecer la ecuación económica (RODRÍGUEZ, LIBARDO, *El equilibrio...*, op. cit., p. 96). En un sentido diverso y postulando la existencia de un supuesto de responsabilidad extrancontractual se han pronunciado: ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Teoría del equivalente en los contratos administrativos*, cit., pp. 267/268; BENOIT, FRANCIS P., *El derecho administrativo...*, op. cit., p. 783 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, p. 468 y STORTONI, GABRIELA A., "El hecho del príncipe y su impacto en los contratos administrativos", AAVV, *Contratos administrativos*, Ediciones RAP, Bs. As., 2000, pp. 363/373).

(114) Según el tipo de contrato dicha declaración extintiva puede plasmarse a través de las figuras de la resolución o revocación (como comúnmente se la denomina) por inoportunidad y del rescate. La diferencia fundamental entre ambas modalidades extintivas radica en que el

6. El alcance de la indemnización

En los supuestos de incumplimientos contractuales (falta contractual) que no estén sujetos a una regulación específica la regla es la indemnización integral.⁽¹¹⁵⁾ Puesto que la LRE no contiene ninguna previsión al respecto cabe aplicar las disposiciones de la legislación civil por vía de la analogía.

En cambio, en los casos de responsabilidad del Estado originada por su actuación legítima⁽¹¹⁶⁾ y que no cuentan con una regulación específica, será

rescate, cuyo ámbito de actuación, tradicionalmente, se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública, no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., t. III-A, p. 575; PRITZ, OSVALDO A. F., "El rescate", en M. González de Aguirre (coord.) *Los servicios públicos*, Depalma, Bs. As., 1994, p. 181 y ss., y en *Contratos administrativos*, AA.VV, RAP, Bs. As., 2000, pp. 287/306).
(115) Ver: Fallos: 335:2333.

(116) No media consenso en la doctrina argentina acerca del alcance de la indemnización en los supuestos responsabilidad estatal derivados de alteraciones del equilibrio económico contractual provocado por el hecho del príncipe, del ejercicio de la potestad modificatoria y, fundamentalmente, de extinción anticipada del vínculo contractual por razones de interés público, cuestión esta última sobre la cual se ha expedido la CSJN en más de una ocasión. Así, respecto de los daños causados por hechos del príncipe, se han expedido en favor de una indemnización que, como principio, comprenda el daño emergente y también el lucro cesante: Comadira, Escola, Herrera de Villavicencio, Druetta y Guglielminetti (COMADIRA, J. RODOLFO, ESCOLA, HECTOR J., y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), op. cit., t. I, p. 910; y HERRERA DE VILLAVICENCIO, BLANCA A., "Hecho del príncipe y teoría de la imprevisión", AAVV, *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Ediciones RAP, Bs. As., 2014, pp. 327/337 y DRUETTA, RICARDO T. y GUGLIELMINETTI, ANA P., *Ley de obras públicas. Comentada y anotada*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, pp. 304/305) y rechazando el resarcimiento del lucro cesante: Marienhoff y Balbín (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., t. III-A, pp. 490/491 y BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Bs. As., 2011, t. IV, pp. 624/625). A su vez, con relación al supuesto de ejercicio de la potestad modificatoria a juicio de Berçaitz debe indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante (BERÇAITZ, MIGUEL ANGEL, *Teoría general...*, op. cit., pp. 412/413). Sin embargo, como advierte Barra, en tales casos cuando se afecta la ecuación económica-financiera del contrato, su recomposición suele tener lugar mediante un incremento del precio contractual, "sin que reconozca naturaleza resarcitoria" (BARRA, RODOLFO C., *Contrato...*, op. cit., p. 1076). Por su parte para el caso de extinción anticipada del contrato postulan una indemnización comprensiva del daño emergente y el lucro cesante: BERÇAITZ MIGUEL ANGEL, *Teoría general...*, op. cit., pp. 502/503; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, pp. 483/491; TAWIL, GUIDO S., "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 239 y ss.; BARRA, RODOLFO C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *ED*, 122-861; BIANCHI, A. B., "Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado", *ED*, 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", *Revista de Administración Pública*, Ciencias de la Administración, p. 9; FONROUGE, M., "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", AAVV, *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 554; PRITZ, O. A. F., "El rescate", AAVV. *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 243 y ss.; MAIRAL,

de aplicación supletoria el art. 5° LRE, que excluye la indemnización del lucro cesante y acota el resarcimiento al “valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

El criterio plasmado en el citado precepto es coincidente con el establecido en el art. 12, inc. b, párr. 2, del decreto delegado 1023/2001, en el cual, al regularse las facultades de la Administración pública en materia contractual se determina: “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”.⁽¹¹⁷⁾

Conforme lo hemos sostenido,⁽¹¹⁸⁾ la exclusión de la indemnización del lucro cesante establecida como regla en el art. 5° LRE es inconstitucio-

HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *ED*, 179-655; AGUILAR VALDEZ, O. R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, J. C. Cassagne (dir.), *Servicio Público y Policía*, p. 187 y ss.; MERTEHIKIAN, E., *La responsabilidad...*, op. cit., p. 131 y ss.; BOTASSI, C. A. *Contratos...*, op. cit., p. 92; BUJ MONTERO, M., “Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral”, en I. Farrando (dir.) *Contratos administrativos*, LexisNexis/AbeledoPerrot, Bs. As., 2002, p. 551 y ss.; PERRINO, PABLO E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado”, en J. C. Cassagne y E. Rivero Ysern (dirs.) *La contratación...*, op. cit., p. 1109. En cambio, rechazan el pago de la compensación del lucro cesante: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., t. IV, p. ps. 130132; “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *ED* 114-949; HUTCHINSON, TOMÁS, “La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, *AAVV, Contratos Administrativos*, op. cit., p. 535 y ss.; JULIO R. COMADIRA, “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, *ED*, supl. de Der. Adm., serie especial del 31/10/2002; “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, *Documentación Administrativa*, Madrid, INAP, n° 237-238, p. 297 y ss.; “Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, en J. C. Cassagne (dir.), *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, p. 461 y ss.; *Derecho Administrativo...*, op. cit., pp. 358/381; “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público”, *AAVV, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, RAP n° 326, p. 559.

(117) La misma solución se establece en el art. 121 decreto 893/2012, reglamentario del decreto delegado 1023/2001 que aprueba el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional.

(118) PERRINO, PABLO E., “Responsabilidad por actividad ...” op. cit.; “La regulación de la responsabilidad...”, op. cit., y “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, en H. Rosatti (dir.) *Ley 26.944...*, op. cit., p. 249 y ss.

nal⁽¹¹⁹⁾ y no se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La posición favorable al reconocimiento de indemnizar el lucro cesante en supuestos de extinción por razones de interés público de actos y contratos administrativos ha sido receptada, en varios pronunciamientos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el primero de los cuales se dictó en 1973.⁽¹²⁰⁾ Nuevamente, en 1984, el máximo Tribunal se vio obligado a examinar la cuestión originada por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia.⁽¹²¹⁾ También en esta ocasión, si bien por mayoría, la CSJN admitió la reparación del lucro cesante. Este criterio fue reiterado veintiún años más tarde.⁽¹²²⁾ El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá SA de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá SA,

(119) Criticando el art. 5° LRE escribe Mairal: "Nuestra legislación, como también parte de nuestra doctrina, insisten así en identificar, y tratar bajo reglas idénticas, dos situaciones perfectamente diferenciables: la de quien es afectado por una medida de índole general que le ocasiona un agravio especial y que debe superar, para ser indemnizado, el principio de que nadie tiene derecho al mantenimiento de una situación legal o reglamentaria determinada (caso 'Cantón', por ejemplo), y la del titular de un derecho emanado de un contrato con el Estado que es vulnerado por el ejercicio de una prerrogativa pública específicamente dirigida a él. Solo en el primer caso puede decirse, estrictamente, que se trata de una responsabilidad de carácter 'excepcional' (art. 5° LRE). En el segundo caso, no hay 'excepcionalidad' alguna; en todo país civilizado, el perjuicio causado al cocontratante se indemniza: en algunos países, el Estado carece de esa prerrogativa y, por ende, si la ejerce, incumple el contrato y debe indemnización plena, mientras que en Francia, de cuyo derecho tomamos esas prerrogativas, se indemniza incluso el lucro cesante, regla que también rige en el derecho español. El legislador ha incurrido, así, en una doble generalización: primero subsume las dos situaciones descriptas en una sola y luego extiende a su respecto la regla de la expropiación que niega la compensación del lucro cesante, pese a la notoria diferencia que constituye la ausencia de una ley declaratoria de la utilidad pública. Con ello pone en cabeza del funcionario administrativo el enorme poder discrecional de privar al cocontratante de la ganancia que esperaba legítimamente obtener". (MAIRAL, HÉCTOR A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED 26/11/2014).

(120) CSJN, "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", 20/09/1973, Fallos: 286:333.

(121) CSJN, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad", 20/09/1984, Fallos: 306:1409.

(122) CSJN, "El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional", 28/07/2005, Fallos: 328:2654.

conforme a las previsiones del art. 18 del decreto-ley 19.549. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar “que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación”, afirmó, con cita del fallo recaído *in re* “Eduardo Sánchez Granel”, que “no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, consids. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)”. Cuatro más tarde, el alto Tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad mérito y conveniencia.⁽¹²³⁾ El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior Tribunal tuvo su causa en el dictado del decreto PEN 1583/1996 por el cual se había derogado el decreto 520/1995 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del decreto alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación, y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia. A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz SA demandó al Estado nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto 1583/1996, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad, por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Tanto en primera como en segunda instancia se entendió que el Estado tenía la obligación de compensar a la demandante por haberse lesionado derechos adquiridos

(123) CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional – P.E.N. – Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 09/06/2009, Fallos: 332:1367.

nacidos al amparo de la normativa que había sido derogada, razón por la cual se condenó al Estado nacional al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante reclamado, más intereses. Al conocer la Corte Suprema del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado nacional contra la sentencia de la alzada, la mayoría del Tribunal, resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, y fijar la indemnización en una suma significativamente menor a la establecida por la Cámara. El alto Tribunal redujo el monto correspondiente a la reparación del daño emergente por estimar improcedentes algunos rubros reclamados en tal carácter. Respecto al lucro cesante, si bien reiteró el criterio favorable a su reconocimiento establecido en el citado caso "El Jacarandá", rechazó en el caso su configuración por considerar insuficiente la prueba aportada a tal efecto. A su vez, en la causa "Malma Trading",⁽¹²⁴⁾ la Corte Suprema, si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituían un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión de dicho Ministerio no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo y declaró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado *in totum* la pretensión de la actora.

(124) CSJN, "Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento", 15/05/2014.

Por otra parte, de los arts. 14, 16, 17 y 19 CN y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema, se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de terceros, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser “justa”,⁽¹²⁵⁾ lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado,⁽¹²⁶⁾ sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa.⁽¹²⁷⁾ Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros⁽¹²⁸⁾ cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y

(125) La CSJN en materia expropiatoria considera que el principio de “justa” indemnización, basado en la garantía de la propiedad (art. 17 CN) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (CSJN, “Benítez, Fructuoso y otra c/ Dirección Nacional de Vialidad”, Fallos: 317:377 y “Agua y Energía Eléctrica S.E. c/ Montepare, Gustavo s/ expropiación - incidente de desindexación”, Fallos: 326:2329). El concepto de justa indemnización es empleado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los arts. 21, inc. 2, y 63, inc. 1. El primero de ellos al regular el derecho de propiedad establece: “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”. A su vez en el inc. 1 del art. 63 se dispone que cuando la Corte Interamericana decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y también, “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”. La expresión “justa indemnización” empleada en el art. 63, inc. 2, CADH comprende tanto a los perjuicios materiales, lo incluye el daño emergente y el lucro cesante, como a los inmateriales (Ver: GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO y BENAVIDEZ HERNÁNDEZ, MARCELA, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2014, p. 45 y ss.).

(126) CSJN, “Jucalán Forestal, Agropecuaria SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 312:2266, voto concurrente del Dr. Bacqué para fundar la indemnización del lucro cesante. En dicha causa se consideró responsable a la provincia demandada por la inundación de un establecimiento de campo, causado por las obras realizadas para evitar que las aguas afectaran sectores de alta productividad y centros poblados.

(127) TAWIL, GUIDO S., “El alcance de la indemnización...”, *op. cit.*, p. 245 y PERRINO, PABLO E., “El alcance de la indemnización ...” *op. cit.*, p. 1119 y ss.; “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, JA 11/11/2009 y “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, AAVV, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008, p. 239 y ss.

(128) Es que, como alguna vez expresó la CSJN al fallar en una causa en la que se demandó al Estado nacional a raíz de la expropiación de un ramal de una línea férrea, “un bien vale, principalmente, por lo que produce o es capaz de producir en épocas o condiciones normales y por las perspectivas que ofrece; elementos constitutivos de lo que se llama ‘el negocio en marcha’” (CSJN, “F.F.C.C. Entre Ríos c/ Gobierno de la Nación”, sent. del 28/12/1936, Fallos: 176:363).

ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 CN.⁽¹²⁹⁾

Es que, como bien se ha escrito,

... desde un punto de vista económico, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el concesionario o licenciario cuando se extingue anticipadamente una concesión no es tanto del valor del activo en sí mismo considerado —inversión particularizada— sino el de un negocio en marcha. Dicho de otra forma, a los efectos de determinar el verdadero sacrificio causado al concesionario por el rescate, poca importancia tiene lo invertido tiempo atrás en determinado bien sino que lo relevante está dado por la privación del derecho a continuar operando un negocio productor de beneficios. Recuérdese que de nada vale un activo concesional si se ha privado a su titular del derecho a explotarlo⁽¹³⁰⁾ y que cuando éste ofertó por la concesión lo hizo teniendo en consideración no el valor de los activos transferidos sino el flujo de fondos que dicha concesión en operación podía generar por medio de una gestión eficiente.⁽¹³¹⁾

En igual línea de pensamiento, Cassagne, al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público la indemnización, dice que para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, “tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo

(129) Si bien como regla el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación, ello no significa que no pueda ser equitativamente restringido en su extensión, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso. Pues así como nos parece irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos, ya que acarrearía el despojo del derecho de propiedad del afectado también lo es reconocerlo sin limitación alguna (CSJN, “Jucalán Forestal...” fallo cit., voto concurrente del Dr. Bacqué). Es que la reparación en tales casos no puede constituirse en una fuente de beneficios o enriquecimiento para el afectado, quien no puede pretender que se le resarza más que el equivalente de lo que en realidad pierde por la por la actuación estatal lícita lesiva de sus derechos (En igual sentido: BIANCHI, “El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general”, en *Servicios públicos...*, op. cit., p. 131 y ss.: y argumento en CSJN, “Nación c/ Dubini, José y Dubini, Angel”, Fallos: 184:142; “Lustig, Ladislao c/ Dubcosky, Jaime - De la Plaza de Castañeda Vega, Silvia c/ Provincia de Córdoba”, Fallos 202:81 y “Bco. Hipotecario Nacional c/ Ratto de Prats, María E.”, Fallos: 237:316).

(130) FONROUGE, “Indemnización del contrato administrativo por razones de interés público”, en *Contratos Administrativos*, op. cit., p. 557.

(131) AGUILAR VALDÉZ, “Caducidad, rescisión...”, op. cit., p. 218.

del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término a remunerar las inversiones”.⁽¹³²⁾

Por lo demás, la posibilidad de que el Estado, por razones interés público, pueda llegar a extinguir un contrato en cualquier momento —en particular aquellos por los cuales se viabilizan proyectos de infraestructura pública⁽¹³³⁾— y que solo indemnice al contratista el daño emergente irrogado, más allá de los reparos constitucionales mencionados, constituye un serio riesgo contractual de muy difícil ponderación que puede llegar a tornar inviable la contratación o encarecerla innecesariamente.⁽¹³⁴⁾



(132) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso...*, op. cit., t. II, p. 488. Esta es la solución que impera en el derecho español. En el art. 288, incs. 1 y 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se dispone que en el supuesto de rescate del servicio, además de abonarse al contratista “el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”, “la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización”. También en Francia, cuando la Administración resuelve unilateralmente un contrato por razones de interés general, debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante (LAUBADERE, ANDRÉ de; MODERNE, FRANK y DELVOLLE, PIERRE, *Traité des Contrats Administratifs*, 2ª edition, LGDJ, 1984, p. 734 y ss.; RICHER, LAURENT, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 188/189).

(133) Piénsese que este tipo de contratos se caracteriza por la existencia de: a) los largos períodos de maduración y vida útil de los proyectos, tanto por la extensión del plazo de construcción como por la vida útil del activo subyacente que es creado; b) es usual que se comprometa una alta proporción de los costos totales del proyecto desde el inicio —las infraestructuras implican “costes hundidos” elevados y, además, los activos o bien no son trasladables en absoluto o lo son con un coste muy alto—; c) los proyectos de infraestructuras proporcionan servicios que son muy relevantes para el bienestar de la sociedad, por lo que existe una importante sensibilidad política; y d) los períodos de gestación y de repago son prolongados

(134) Existe una regla de oro en lo que concierne a la relación que existe entre el riesgo y el costo total del contrato, que indica que cuanto menor sea el riesgo, menor será el costo del contrato y viceversa, cuando mayor sea el riesgo, mayor será el costo.

La determinación del perjuicio fiscal en el ámbito de la acción de recupero contra funcionarios públicos

NICOLÁS DIANA



1. Introducción

Alguna vez se ha hablado sobre la incapacidad del derecho para imponer soluciones prácticas.⁽¹⁾ El terreno de la responsabilidad de los funcionarios públicos, ya no frente a terceros, sino frente a la propia Administración entra, quizás, en el campo de impracticidad⁽²⁾ denunciada. Es decisivo, y a la par fundamental, que

... el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso. No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad

(1) REBOLLO, MARTÍN L., "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 2000, p. 275.

(2) Vocablo no incluido en el *Diccionario de la Lengua Española* (RAE), 23ª ed., 2014.

de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas.⁽³⁾

La sensación de impunidad en la reparación del daño generado por los funcionarios,⁽⁴⁾ en sentido lato, a la Administración Pública, al menos en el ámbito nacional, es similar a la inexistencia de sanciones específicas cuando aquellos violan los deberes y obligaciones a los que se encuentran sujetos como tales.

La relación de empleo público, su naturaleza y las peculiaridades que posee son cuestiones harto discutidas por la doctrina administrativa desde antiguo, discusión que se enmarca en cuanto a su naturaleza contractual, estatutaria o mixta, separándola de raíz con la relación de empleo privado.

La relación de empleo público se distingue de la relación de empleo privado en tres aspectos:⁽⁵⁾

- a. el encuadramiento especial de la libertad sindical o de asociación;
- b. la existencia de la potestad disciplinaria con autonomía frente a las restricciones y controles, en la actualidad, por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, pese a las garantías formales del sumario administrativo, por ejemplo; y
- c. la limitación al derecho de huelga de los llamados servicios públicos esenciales.

Aspectos a los cuales podríamos adunar el contenido especial de la relación de empleo público y el interés comprometido en la misma.⁽⁶⁾

(3) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 1ª ed., Bs. As., FDA, 2014, cap. XIX-1.

(4) En sentido lato, tomando como eje las distintas definiciones y alcances de: decreto 1/1999, ley 25.188, Código Penal de la Nación (art. 77), Código Civil (art. 1112), Ley 25.164 Marco de Empleo Público, Convenio Colectivo de Trabajo General homologado por decreto 214/2006, Convenio Colectivo Sectorial homologado por decreto 2098/2008, Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por ley 24.759, Convención contra el Soborno Transnacional y el Lavado de Dinero aprobada por ley 25.319 y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por ley 26.097 (art. 2º).

(5) ILDARRAZ, BENIGNO, "Las nuevas modalidades en el ejercicio de la función pública", en *Derecho Administrativo (obra en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff)*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, p. 1056.

(6) A fin de profundizar esta temática, puede consultarse BARÓ, DAISY, *La relación de empleo público*, Bs. As., FDA, 1982; e IVANECA, MIRIAM MABEL, *Las relaciones de empleo público*, Bs. As., La Ley, 2009.

Las variadas formas y modalidades de prestación de servicios personales a la Administración ha hecho que en la actualidad, por ejemplo, un porcentaje importante de agentes que revistan como “contratados” bajo el art. 9° de la Ley 25.164 Marco de Regulación de Empleo Público Nacional⁽⁷⁾ no puedan ser sujetos de responsabilidad disciplinaria ante la ausencia de su reglamentación, colocándolos en una situación en la que no solo no puedan ser procesados administrativamente, sino que el Estado empleador tiene únicamente con la opción de rescindir o no renovar la contratación.⁽⁸⁾

Desde el plano de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y la determinación del eventual perjuicio fiscal no es una cuestión menor; como tampoco lo es el tratamiento normativo al que intentaremos pasar revista en el presente, sin ambiciones de originalidad y menos todavía de solución definitiva a la cuestión cuyo problema es común en todos los países y no únicamente en el nuestro.⁽⁹⁾

Conforme pacífica doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, un mismo hecho puede ser enfocado desde el doble punto de vista de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria, pero no obstante ello,

(7) El art. 9° ley 25.164 dispone que “El régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente.

El personal contratado en esta modalidad no podrá superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo, el que tendrá directa vinculación con el número de trabajadores que integren la planta permanente del organismo.

Dicho personal será equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibirá la remuneración de conformidad con la correspondiente al nivel y grado respectivo.

La Ley de Presupuesto fijará anualmente los porcentajes de las partidas correspondientes que podrán ser afectados por cada jurisdicción u organismo descentralizado para la aplicación del referido régimen”.

(8) El art. 27, párr. 2, ley 25.164, establece que al personal comprendido en el régimen de contrataciones y de gabinete se le aplicarán los preceptos de ese capítulo, en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones. Ninguna reglamentación ha sido dictada para determinar cuáles preceptos y en qué condiciones se podrán aplicar estas disposiciones del régimen disciplinario. A su vez, en cuanto al régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado previsto en el art. 9° 25.164, en la reglamentación aprobada por el decreto 1421/02 se establece que los contratos deberán contener, como mínimo, una cláusula a favor de la Administración Pública Nacional (PTN, Dictámenes, 267:32; 270:217).

(9) Ver, para el caso español, DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio,” en *In-Dret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2008 [en línea] http://www.indret.com/pdf/545_es.pdf

difiere el modo de hacerlas efectivas.⁽¹⁰⁾ La disimilitud entre ambos regímenes, expuesta con la vigencia del Capítulo XIII de la Ley de Contabilidad, se mantiene con la sanción de la ley 24.156, en particular en sus arts. 130 y 131.⁽¹¹⁾

Si la responsabilidad es patrimonial, a partir del dictado de la ley 24.156, es preciso ejercitar una acción judicial cuyo objeto será una pretensión resarcitoria.⁽¹²⁾

La circunstancia de que en un sumario administrativo disciplinario se pueda señalar la existencia de perjuicio fiscal, se explica por tratarse de una pauta para la graduación de la sanción, pero ello no altera la independencia existente entre el procedimiento destinado a imponer sanciones disciplinarias con el dirigido a determinar la responsabilidad patrimonial, para decidir sobre la promoción o no de la acción judicial.⁽¹³⁾ De haber tramitado un sumario disciplinario, este podrá ser uno de los elementos a tener en cuenta para adoptar tal tipo de resolución. Este señalamiento tiene por finalidad puntualizar que el instructor debe reunir los elementos que le permitan emitir, en el informe previsto por el art. 108 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por decreto 467/1999 (en adelante, RIA),⁽¹⁴⁾ la opinión y mención de aquellos elementos que puedan configurar la existencia de un presunto perjuicio fiscal. Previo al dictado del acto conclusivo del sumario administrativo disciplinario corresponde que el servicio jurídico permanente emita dictamen para que:

- a. determine la existencia de responsabilidad por parte del personal interviniente;
- b. determine la existencia de daño económico y estime su monto;
- c. aconseje el procedimiento a seguir; e
- d. informe sobre la fecha de prescripción de la acción para lograr en tiempo oportuno el resarcimiento.

(10) PTN, Dictámenes, 233:150, entre muchos otros.

(11) PTN, Dictámenes, 166:92; 167:44; 188:13 y 46; 221:02; 241:480, entre muchos otros.

(12) PTN, Dictámenes, 227:229; 231: 29, 41 y 150, entre muchos otros.

(13) PTN, Dictámenes, 238:274, entre muchos otros.

(14) Sobre algunas cuestiones generales del RIA, ver: DIANA, NICOLÁS, "Comentario al Reglamento Nacional de Investigaciones Administrativas", en *LL*, 2005-A, 985.

Con ese dictamen la autoridad superior deberá adoptar en tiempo oportuno la decisión que mejor corresponda al interés estatal, lo cual implica decidir sobre el eventual ejercicio de acciones judiciales. Asimismo, como previo al dictado del acto conclusivo se requiere el dictamen del servicio jurídico permanente, es esa la oportunidad para que dicho servicio determine la responsabilidad patrimonial.

Al decir de Repetto,⁽¹⁵⁾ cuando un acto irregular (a lo que incorporamos una conducta activa u omisiva, culposa o dolosa) causa un daño a la Administración Pública, surge la responsabilidad civil o patrimonial del agente involucrado. Este ámbito específico de responsabilidad exige la existencia de un perjuicio fiscal. El interés jurídico protegido “es el patrimonio estatal, pues se persigue el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado”.⁽¹⁶⁾

2. Breve referencia al marco jurídico aplicable en el ámbito nacional

2.1. Normas generales

La Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control (en adelante, LAF), en el Título VII, Capítulo III “De la responsabilidad”, regula lo atinente a la responsabilidad patrimonial de las personas físicas que cumplan funciones en las jurisdicciones o entidades bajo control de la Auditoría General de la Nación (en adelante, AGN), y a la acción emergente como consecuencia.

Así, la LAF establece que:

Art. 130.- Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial.

(15) REPETTO, ALFREDO L., *Procedimiento administrativo disciplinario*, 2ª ed. amp. y act., Bs. As., Cathedra Jurídica, 2014, p. 281, con cita de Fallos, 310:738, consid. 4º; 319:1034, consid. 4º.

(16) IVANEGA, MIRIAM MABEL, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª ed. act., Bs. As., RAP, 2010, p. 60.

Art. 131.- La acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y demás entes premencionados en los artículos 117 y 120 de esta ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas.

Dichas prescripciones deben complementarse, en la actualidad, con el art. 9° de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, en cuanto a que:

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

Corresponde recordar también lo dispuesto en el decreto 1344/2007 reglamentario de la LAF:

Art. 130.- A los efectos de determinar el daño económico o el perjuicio fiscal ocasionado por los agentes en el ejercicio de sus funciones y la responsabilidad patrimonial que les pudiera corresponder será de aplicación el Decreto 1154 de fecha 5 de noviembre de 1997 y demás normativa vigente en la materia.

Cuando para determinar la responsabilidad se exija una investigación previa, ésta se sustanciará como información sumaria o sumario, conforme el procedimiento establecido por el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto 467 de fecha 5 de mayo de 1999.

Sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y/o acciones penales que puedan surgir del procedimiento sumarial, fracasada la gestión de cobro en sede administrativa procederá la acción judicial.

Al respecto, la máxima autoridad con competencia para decidir en cada jurisdicción o entidad deberá merituar las razones de oportunidad, mérito o conveniencia acerca de iniciar la demanda judicial respectiva, debiendo para ello valorar la determinación de la existencia de un perjuicio concreto, la imputación de responsabilidad del agente involucrado, los medios de prueba disponibles de acreditar en juicio, y si el inicio del trámite judicial puede resultar antieconómico o perjudicial.

En todos los casos, la decisión que se adopte deberá fundamentarse en un previo dictamen del Servicio Jurídico correspondiente, conforme las pautas establecidas por la Sindicatura General de la Nación.

El agente responsable podrá reintegrar lo adeudado al Fisco, en tanto el importe de la deuda esté precisado, previa intimación fehaciente a fin de evitar las actuaciones administrativas y judiciales pertinentes, pudiendo en casos especiales el titular de cada jurisdicción o entidad otorgar facilidades de pago.

Cuando existiere dolo o culpa grave, el reintegro no obstará el correspondiente sumario administrativo.

Si se hubiere cometido un delito de acción pública deberá formularse la denuncia dispuesta por el Artículo 177 del Código Procesal Penal, aun cuando el agente hubiera ofrecido pagar el importe adeudado.

Art. 131.- El plazo de prescripción a que alude el artículo 131 de la ley debe entenderse en DIEZ (10) años conforme lo establecido por el Artículo 4023 del Código Civil.

Agregándose a ello los términos del decreto 1154/1997 en cuanto aprueba el procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, y la intervención que en ella le cabe a la Sindicatura General de la Nación (en adelante, SIGEN), al que haremos alusión en el punto siguiente.

2.2. El procedimiento del decreto 1154/1997

La Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado que, con la vigencia del RIA, pero también anteriormente con el decreto 1798/1980, si bien

el instructor sumariante puede señalar la existencia de perjuicio fiscal, su determinación y el modo de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial tienen su procedimiento específico.⁽¹⁷⁾

El decreto 1154/1997 establece que la determinación de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, y la intervención que en ella le cabe a la SIGEN, se ajustará al procedimiento allí dispuesto, sin perjuicio de las demás normas de aplicación (art. 1°). Si, para determinar la responsabilidad, se exige una investigación previa, esta debe sustanciarse como información sumaria o sumario, de acuerdo al RIA.

Cuando se encuentren involucradas “las máximas autoridades de las jurisdicciones o entidades dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, la autoridad que ejerza sobre ellas el control jerárquico o de tutela deberá determinar el procedimiento a seguir conforme a derecho y previa intervención del servicio jurídico que corresponda” (art. 2°).

El art. 3° ordena que “Determinada la responsabilidad y el monto del perjuicio, el jefe del servicio jurídico respectivo intimará en forma fehaciente al responsable al pago de la deuda en el término de DIEZ (10) días hábiles administrativos. Si se desconociera su paradero, se efectuarán consultas a los organismos públicos pertinentes para su localización”.

Sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y acciones penales que correspondan, fracasada la gestión de cobro en sede administrativa, se promoverá la acción judicial correspondiente salvo que la máxima autoridad con competencia para decidir lo estime inconveniente por resultar antieconómico, previo dictamen fundado del respectivo servicio jurídico y teniendo en cuenta las pautas que al respecto establezca la SIGEN (art. 4°).

En la determinación del resarcimiento a perseguir se incluirá, además del perjuicio debidamente valorizado, el interés pertinente por el lapso transcurrido desde que se verificó el daño hasta su cobro. De concederse facilidades de pago, deberá computarse también el interés por la financiación (art. 5°).

Según lo establece el decreto, los servicios jurídicos respectivos deben, dentro de las 48 horas, informar a las UAI, y estas, en idéntico plazo, a la SIGEN, acerca de las actuaciones en que hayan intervenido con motivo de

(17) PTN, Dictámenes, 227:229; 231:29, 41 y 150; 241:494; 249:49; 255:8, entre muchos otros.

hechos, actos, omisiones o procedimientos que hubieran causado perjuicio económico al Estado nacional, en los casos y por el importe que determinará el mencionado organismo, precisándose clara y detalladamente la composición del monto del el daño, el tratamiento dado a cada caso y el número de expediente asignado (art. 6°).

A su vez, las jurisdicciones y entidades deberán informar a sus respectivas UAI, a partir del último día hábil de cada mes y dentro de los cinco primeros del mes siguiente, sobre el estado del trámite de los expedientes indicados en el párrafo anterior, debiendo dichas UAI poner en conocimiento de la SIGEN tal información dentro de las 48 horas de haber tomado conocimiento de ella (art. 7°).

Las UAI son responsables de recabar permanentemente los datos precisados en el artículo 6° del decreto 1154/1997 (art. 8°).

Ante toda recomendación formulada por la SIGEN, las autoridades superiores de las jurisdicciones o entidades dependientes del PEN deben pronunciarse en el plazo de 10 días, en forma expresa y fundada, en caso de inobservancia o apartamiento total o parcial de dicha recomendación (art. 9°).

Finalmente, el art. 10 del decreto 1154/1997 dispone que la SIGEN debe informar trimestralmente al Presidente de la Nación sobre los perjuicios patrimoniales registrados y los procedimientos adoptados en cada caso para obtener adecuado resarcimiento.

2.3. La registración del perjuicio fiscal

La resolución SIGEN 192/2002, reglamenta el procedimiento de registración del perjuicio fiscal, fija como pauta de antieconomicidad, en los términos del art. 4° del decreto 1154/1997, el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes nivel "A" del escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por decreto 993/1991 —actual Sistema Nacional de Empleo Público, aprobado por decreto 2098/2008, que homologa el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial—, o bien aquel monto mayor respecto del cual se demuestre fundada, precisa y concretamente que la relación costo-beneficio resulta negativa. En este último supuesto, la decisión adoptada por la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad deberá contar con la previa opinión del Servicio Administrativo Financiero (art. 1°).

La falta de información a la SIGEN sobre el pronunciamiento que, en forma expresa y fundada, deben emitir las autoridades superiores ante las recomendaciones que formulare el órgano rector del control interno, de conformidad a lo regulado por el art. 9° decreto 1154/1997, es considerada falta grave. Sin perjuicio de ello, la SIGEN puede efectuar las comunicaciones pertinentes al PEN, en los términos del art. 104, inc. k, ley 24.156,⁽¹⁸⁾ y a la Oficina Anticorrupción, en virtud de lo establecido por el decreto 1162/2000⁽¹⁹⁾ (art. 4°).

Se entiende por “perjuicio patrimonial registrado” a aquel declarado en el acto conclusivo del sumario administrativo (art. 122, inc. e, RIA) y respecto al cual se ha efectuado la correspondiente registración contable, según la normativa vigente. Se recuerda, así también, que como paso previo al dictado del citado acto conclusivo se requiere el dictamen del servicio jurídico permanente, siendo ese el momento en el cual el servicio competente

(18) En cuanto establece que es función de la SIGEN “... Poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público”.

(19) El decreto 1162/2000, dispone: “Artículo 1°. Los funcionarios y empleados públicos comprendidos en la obligación de denunciar impuesta por el artículo 177, inciso 1° del Código Procesal Penal de la Nación, cumplirán su deber legal poniendo a la **Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, en conocimiento de los hechos y/o pruebas que fundamenten la presunción de la comisión de un delito perseguible de oficio cometido en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas y sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

Exceptúanse de la obligación dispuesta en el párrafo precedente las situaciones de flagrante delito y aquellos supuestos en los cuales el defecto de promoción inmediata de la denuncia por ante la autoridad competente pudiera provocar la desaparición o pérdida de elementos probatorios. En tal caso se pondrá en conocimiento de la **Oficina Anticorrupción**, la denuncia formulada dentro de las veinticuatro (24) horas con copia de ella, a fin de que tome la intervención que corresponde.

Artículo 2°. Los presuntos delitos que no sean objeto de investigación por parte de la **Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos** deberán ser denunciados ante el Juez, el Agente Fiscal o ante la Policía por los funcionarios y agentes enunciadados en el artículo 1° del presente de conformidad a lo establecido en el artículo 177, inciso 1° del Código Procesal Penal de la Nación.

Artículo 3°. Los funcionarios y empleados mencionados en el artículo 1° del presente que tomen conocimiento de la existencia de procedimientos o esquemas de organización que pudieran incentivar hechos de corrupción en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas y sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, deberán comunicar dicha situación a la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la **Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**”.

determina la responsabilidad patrimonial,⁽²⁰⁾ y siendo el dictamen previo el requisito necesario, sino imprescindible, para que la asesoría legal cumpla con su cometido específico y la adecuada elucidación de la cuestión planteada.⁽²¹⁾

2.4. Informes trimestrales

La resolución SIGEN 12/2007 regula lo atinente al informe trimestral de la SIGEN al titular del PEN (art. 10, decreto 1154/1997) sobre el recupero de los perjuicios patrimoniales causados por los funcionarios públicos, y determina que será brindada por todas las UAI, a través del aplicativo "Sistema Informático de Seguimiento del Recupero Patrimonial" (SISREP WEB), habilitado en la INTRANET SIGEN (art. 1°).

Asimismo, establece que a partir de la finalización del primer trimestre de 2007, las Unidades de Auditoría Interna de las jurisdicciones y entidades cumplirán con el deber de informar impuesto por el decreto 1154/1997, mediante la carga, en forma mensual, de los datos previstos en las Planillas del sistema informático indicado (art. 2°).

3. La determinación del perjuicio fiscal

Sin perjuicio de las normas ya citadas y de las mencionadas más abajo, el RIA dispone que:

Art. 109.- Cuando corresponda, dentro de los tres (3) días de producido el informe del instructor, deberán girarse las actuaciones sumariales, o sus copias certificadas, a la Sindicatura General de la Nación a los fines de la consideración del perjuicio fiscal y, en su caso, la calificación como de relevante significación económica. Una vez recibidas en devolución las actuaciones y, en aquellos casos en que la Fiscalía de Investigaciones Administrativas hubiera asumido el rol de parte acusadora, que prevé el artículo 3°, segundo párrafo, se le correrá vista de las conclusiones aludidas y del dictamen emitido por la Sindicatura General de la Nación, a cuyo fin se le girará el sumario con todos sus agregados, o sus copias certificadas, dentro del plazo

(20) PTN, Dictámenes, 233:150.

(21) PTN, Dictámenes, 232:45; 233:162; 236:48, 423 y 455; 241:480, entre muchos otros.

de tres (3) días. Devueltas las actuaciones a la sede de la instrucción, continuará el trámite.

Art. 119.- Recibidas las actuaciones por la autoridad que ordenó la instrucción del sumario, se llevará a cabo una audiencia oral y pública dentro de los diez (10) días, que será presidida por dicha autoridad o la que legalmente la reemplace en caso de vacancia, impedimento, u otra causa, en la cual el instructor presentará el informe previsto en el artículo 108, y en su caso, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas el informe previsto en el artículo 109.

De formularse los informes de los artículos 115 y 116, también se procederá a su presentación. Idéntico temperamento se seguirá del descargo y del alegato producido por el sumariado.

En caso de corresponder, podrán participar la Fiscalía de Investigaciones Administrativas o la Sindicatura General de la Nación. Cuando el sumario se esté tramitando ante la Dirección Nacional de Sumarios, participará el titular de la mencionada Dirección.

A la finalización de esta audiencia se labrará un acta que será firmada por el instructor, los funcionarios intervinientes y en su caso, por el sumariado, la que se agregará al expediente.

La resolución SIGEN 28/2006 aprueba el procedimiento para el ejercicio de las funciones otorgadas a la SIGEN por el RIA, limitando su actividad a la opinión técnica y objetiva sobre el daño sufrido por el erario público, libre de toda consideración relacionada con la responsabilidad de los imputados, oportunidad y forma de reintegro, en su caso. Dicha intervención no puede implicar juicio alguno respecto de lo obrado en las actuaciones sumariales (arts. 1° y 2°). En el marco de este procedimiento especial, la opinión sobre la valoración del daño fiscal que de esta forma emita la SIGEN, lo es sin perjuicio de la determinación del menoscabo patrimonial previsto en el art. 122, inc. e, RIA por parte de la autoridad superior de la jurisdicción u organismo, debidamente reexpresada a esa fecha.

La resolución SIGEN 28/2006 establece que:

- i. Clausurada la etapa de la investigación y producido el informe del art. 108 RIA por parte del instructor sumariante, dicho funcionario remitirá el expediente o

copia certificada del mismo a esta SIGEN. Cabe recordar que la finalidad de la investigación previa, en estos casos, consiste en reunir datos, información, documentación y elementos de convicción que permitan respaldar el inicio de la acción judicial para poder hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, siendo en dicha sede donde se decidirá, eventualmente, si la persona es o no responsable patrimonialmente frente al Estado.⁽²²⁾

- ii. La actuación sumarial deberá remitirse con un listado analítico, donde consten, en forma concisa, los siguientes datos: a) número de expediente; b) datos de identidad del o de los sumariados; c) opinión sobre la existencia de un eventual daño económico y mención de aquellos elementos que puedan configurarlo; d) informe sobre la existencia de contrato de seguro y detalle de la vigencia y cobertura.
- iii. A los efectos del aludido pronunciamiento sobre el perjuicio fiscal, se elaborará un dictamen que contendrá el examen de los siguientes aspectos:
 - a. relación de los hechos que motivaron el sumario, con precisión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar u ocasión, en las que se produjeron;
 - b. manifestación sucinta sobre los hechos probados, su fundamento, y en su caso, los aspectos que no han podido demostrarse, con la explicitación de las causas de ello;
 - c. exposición resumida de la opinión del Instructor Sumariante sobre la existencia de perjuicio fiscal y en su caso, la imputación de responsabilidad patrimonial e identificación del o de los agentes sumariados;
 - d. de resultar insuficientes los elementos de prueba colectados en el expediente para la consideración del perjuicio fiscal, se requerirá su agregación al Instructor Sumariante, a través de medidas para mejor proveer;
 - e. se podrá señalar todo otro aspecto que por su importancia o singularidad justifique un análisis o tratamiento especial, en el plazo que al efecto se determine, el cual podrá ser requerido en el ámbito de la Administración Pública, particularmente en lo que se refiere a la designación de peritos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 106 de la ley 24.156;
 - f. opinión respecto de la valoración del daño, con mención de las pautas tenidas en cuenta para su pronunciamiento, o bien, sobre su inexistencia, con las razones que permitieron arribar a esa conclusión.
- iv. Teniendo en cuenta las causales más frecuentes de daños ocasionados al erario público, deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios:
 - a. Faltante o destrucción total de bienes: Valor de reposición del mismo bien y en similar estado, a precio de mercado. Si el bien ya no se fabricara o

(22) PTN, Dictámenes, 221:102.

por otro motivo no hubiere valor de mercado fehaciente, se estimará su valor en atención al precio de reposición de otro bien que cumpla similares funciones. Como principio general, se tomará como fuente de dicho valor, las cotizaciones periódicas y habituales de organismos oficiales, o en su ausencia, presupuestos de empresas del rubro expresados en moneda de curso legal. En su defecto, se podrán tomar como respaldo las valoraciones surgidas de "páginas web".

- b. Percepción indebida de haberes o asignaciones familiares: desde la fecha de la improcedente percepción, se adicionará un interés calculado a la tasa pasiva promedio del BCRA, Comunicado 14.290. En los casos de sueldos se tendrá en cuenta el monto bruto, como asimismo la correspondiente contribución patronal.
- c. Faltante de fondos públicos: para los casos que fuera moneda de curso legal, se tomará la fecha de origen del faltante, al que se le adicionará un interés calculado a la tasa pasiva del BCRA, Comunicado 14.290. Para los faltantes de moneda extranjera, se considerará el tipo de cambio vendedor del BNA actual (sic), con más un interés del 6% anual, computado desde la fecha de origen del menoscabo.
- d. Omisión de rendición de cuentas: se tomará como fecha de origen, aquella en que debió efectuarse la rendición.
- e. Incorrecta percepción de tributos: desde la fecha de la incorrecta tributación, se adicionarán los intereses previstos en el art. 37 ley 11.683 (t.o. 1998) y en los arts. 794, 845 y 924 del Código Aduanero.
- f. Intereses, multas y recargos por pagos fuera de término: en estos casos, deberá resarcirse el monto de los conceptos pagados como consecuencia de la mora, con más el interés calculado a la tasa pasiva del BCRA, Comunicado 14.290.
- g. Daños a recursos naturales: deberá estarse a la evaluación que surja de un informe técnico sobre el particular, emitido por los organismos competentes.
- h. Pagos con títulos públicos: en caso que el menoscabo se encuentre materializado por el pago con títulos públicos, se considerará el valor de mercado de la especie de que se trate o, en su defecto, de la que la reemplace.
- v. El informe deberá contener la calificación del perjuicio fiscal como de relevante significación económica cuando el monto supere el uno por mil (1%) del presupuesto de la jurisdicción u organismo involucrado, siempre que no sea inferior a \$50.000, o cuando el daño hacendal sea superior a \$200.000.

Corresponde recordar que la configuración o no de perjuicio fiscal refiere siempre a una situación de hecho cuyo análisis debe ser efectuado por los

organismos competentes para ello, aplicando los principios y las normas a las que se refiere la ley 24.156.⁽²³⁾ Asimismo, la determinación del perjuicio fiscal no es pasible de ser recurrida en la instancia administrativa, toda vez que las objeciones que se planteen corresponde que se diriman en sede judicial.⁽²⁴⁾ Ahora bien, ¿cuándo se verifica la efectivización del perjuicio fiscal? Al decir de Apesteguía,

... resultaría clara la ocurrencia del perjuicio fiscal, por concurrir el elemento objetivo (pérdida patrimonial) y el subjetivo (dolo, culpa o negligencia) en el caso de un hurto o robo de un bien, pero no podría sin más ser considerado perjuicio fiscal, el caso de una sentencia adversa al Estado nacional por un crédito litigioso. Tampoco el caso de, por ejemplo, una sentencia expropiatoria con costas a cargo del Estado nacional.⁽²⁵⁾

Es criterio de la SIGEN que el detrimento recién puede entenderse como tal una vez materializada la erogación, es decir, el perjuicio fiscal será efectivo en el momento de la real salida dineraria. Esta circunstancia es el verdadero disparador, en materia de sentencias judiciales contrarias al Estado, del derecho a solicitar su recupero y a partir de la cual correspondería computar el plazo de prescripción.

4. Colofón

La determinación del perjuicio fiscal no es un tema menor en cuanto a los procedimientos generales y especiales aplicables, su impacto en la persecución pública de resarcimiento en el ámbito judicial, y su vinculación e interdependencia con el RIA.

Al comienzo de este trabajo hemos señalado —con anticipado escepticismo— la sensación de fracaso del sistema de determinación y persecución del perjuicio fiscal, del daño al erario público y, por tanto, del Estado, que somos —literalmente— todos.

Pensar un régimen perenne en esta materia es de por sí contrario a la propia dinámica del derecho: debemos desterrar lo sofismas en el derecho administrativo respecto a que “hay cosas que duran, que hay cosas

(23) PTN, Dictámenes, 218:216.

(24) PTN, Dictámenes, 236:596; 247:433; 255:8, entre otros.

(25) APESTEGUÍA, CARLOS A., *Sumarios Administrativos*, 2ª ed. act., Bs. As., La Rocca, 2000, p. 47.

iguales".⁽²⁶⁾ La experiencia demuestra, ya sea en el plano meramente sancionatorio, como así también —agregamos— en el de la responsabilidad patrimonial, que

... nada importa a las autoridades y funcionarios el que la Administración resulte condenada una y mil veces por sus actos, mientras que indefectiblemente se toman muy en serio la mera posibilidad de que se les exija responsabilidad personal. Porque las autoridades y funcionarios solo son valientes y aun temerarios cuando disparan con la «pólvora del rey», que a ellos nada cuesta y con la que nada arriesgan.⁽²⁷⁾

Sin ánimos de agotar la temática en cuestión, nuestra única ambición ha sido el solo repaso normativo con algunos cruces doctrinarios y jurisprudenciales, con la finalidad de concentrar en un trabajo único las referencias de aplicación al procedimiento de determinación del perjuicio fiscal.

Bajo el esquema normativo vigente, el peso final sobre la determinación del daño procurado al Estado, en el marco de los art. 130 y 131 LAF, recae hoy sobre el Poder Judicial. Empero, una actividad verdaderamente creadora del derecho⁽²⁸⁾ y de la conformación de un nuevo derecho administrativo, exige una actitud proactiva, responsable y comprometida desde la Administración en los casos en que la acción u omisión de sus funcionarios le provoca un daño al erario público.



(26) NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Sobre verdad y mentira* (A. B. Tzveibel trad.), Bs. As., Miluno, 2009, p. 73.

(27) NIETO, ALEJANDRO, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed. amp., Madrid, Tecnos, 1994, pp. 78/79.

(28) WEBER, MAX, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, (J. Medina Echarría, J. Roura Parella, E. Imaz, E. García Maynez, J. Ferrater Mora trads.) 2ª ed. y 18ª reimp., México, DF, FCE, 2012, p. 659 y ss.

El nuevo paradigma de la responsabilidad estatal

ÁNGELA ROSALÍA MORA y VÍCTOR RODOLFO TRIONFETTI



1. Introducción

El Estado argentino actual es un estado constitucional —cuya identidad tiene sustento en el art. 36 CN: una suerte de memoria intergeneracional ligada a la genealogía de un pasado ominoso pero que también ofrece nuevos horizontes hermenéuticos frente a los poderes fácticos que intenten, aún bajo el ropaje de las formas, asaltar el poder—,⁽¹⁾ social y democrático⁽²⁾ de derecho.⁽³⁾ Esa posición estructural tiene su explicación en que nuestra organización política, desde el punto de vista deóntico, subordina

(1) Para un mayor desarrollo, ver MORA, ÁNGELA R., “Responsabilidad del Estado por daño colectivo: medio alternativo a la exigibilidad compulsiva del cumplimiento de sentencias en materia de derechos humano”, en *La Ley*, Sup. Act. 22/10/2009, 1.

(2) “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales [y] la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, (...) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”, CORTE IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay” (Fondo y Reparaciones), 24/02/2011.

(3) Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y

al propio Estado a la Constitución con una estructura jerárquica cuya cúspide está conformada por el respeto del *ius cogens*,⁽⁴⁾ el derecho internacional de los tratados y la Constitución Nacional. El Estado es social, es decir, tiene vocación permanente de garantizar la dignidad de los seres humanos y que estos, colectiva e individualmente tengan la posibilidad de desarrollar sus proyectos bajo el principio de no dañar a otros. Por ser social, nuestro Estado, es respetuoso de la naturaleza y del mundo biofísico, ya que la sociedad, como sistema, no es cerrado sino que actúa en un mundo no solo simbólico sino biofísico, que condiciona su calidad de vida y las de las generaciones futuras. Por último, pero no menos importante, nuestro Estado es democrático, pues tiene como forma de vida política una instancia pública en donde existen circularidad de sentidos,⁽⁵⁾ pluralidad de perspectivas y la obligación de que las relaciones de mando y obediencias resulten sometidas en forma periódica al escrutinio ante los ciudadanos y, por lo tanto, se asegura la responsabilidad política de los funcionarios y de los gobiernos ante la persona humana. Ese escenario se apoya, aunque no exclusivamente, en formas de control del poder que, hoy en día, tienen una profunda resignificación y cuyo abordaje aquí excede el propósito del presente ensayo.

2. La responsabilidad estatal

Bajo el breve marco que hemos descripto en nuestra introducción, podemos señalar que la responsabilidad del Estado, hoy en día, presenta dos dimensiones.

Una primera clase de responsabilidad es la que establece la ley 26.944, que consolida de alguna forma la jurisprudencia y doctrina sobre lo que es la responsabilidad reparatoria del Estado. Se trata de una responsabilidad

democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” siendo tales “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano”. CORTE IDH, Opinión Consultiva 6, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 09/05/1986, párr. 27.

(4) Ver art. 118 CN.

(5) Nuestra forma de vida democrática ofrece la capacidad de exponer los conflictos inherentes a toda sociedad plural y reconducirlos para que no sean negados ni se conviertan en radicales.

ex post, que se presenta cuando existen daños de carácter patrimonial y que viene a enjugar pérdidas de tipo económico causadas por la actividad legítima o ilegítima del Estado.

Sin embargo, existe otro tipo de responsabilidad del Estado que no está regulada por la ley 26.944. Denominamos a este otro tipo responsabilidad estatal de garantía. Su fundamento es eminentemente transnacional y se apoya en varias convenciones en las que el Estado argentino asumió el compromiso internacional y frente a sus habitantes de garantizar la efectividad de los derechos humanos hasta el máximo de sus recursos. Esta clase de responsabilidad contiene un complejo y fértil plexo de normas convencionales que comprenden desde la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y convenciones y pactos internacionales, hasta diferentes protocolos vinculados a estos últimos, opiniones, observaciones y recomendaciones emanadas de organismos establecidos por esas convenciones y pactos y, por fin, sentencias y opiniones consultivas provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tienen peso directo o indirecto, según los supuestos, en nuestro derecho interno.⁽⁶⁾

La responsabilidad de garantía no se relaciona con cuestiones patrimoniales —aunque colateralmente las contenga— sino con la protección de los seres humanos y del mundo biofísico. Garantía de derechos aquí es igual a garantía de existencia y de sustentabilidad de esa existencia (medio ambiente). Esta responsabilidad está relacionada con los seres, con los aspectos primordialmente ontológicos, por ello abarca al ser humano, su dignidad y las cuestiones inescindibles de tal dignidad como son la salud, la identidad, la educación o el hábitat, entre otras.

(6) Las normas convencionales indicadas tienen rango constitucional "...en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, CN). Ello implica que las normas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. Así lo estableció la CSJN en diversos precedentes entre los que pueden citarse a título de ejemplo "Giroldi" (Fallos: 318:514), "Aquino" (Fallos: 327:3753), "Espósito" (Fallos: 327:5668), y "Carranza Latrubesse" (Fallos: 325:380), y "Arce" (fallo A. 1008. XLVII, 05/08/2014). También cabe recordar que los instrumentos internacionales previstos en el art. 75, inc. 22, CN deben ser interpretados de buena fe y para su aplicación no pueden oponerse las disposiciones del derecho interno (ver arts. 26 y 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969).

3. La ley 26.944 constituye una regulación parcial de la responsabilidad estatal

De acuerdo con lo que hemos expresado, entendemos que la ley de responsabilidad estatal viene a regular exclusivamente el campo de la responsabilidad reparatoria de carácter patrimonial del Estado. Es claro que el texto de la ley 26.944 se refiere a la reparación, por vía indemnizatoria, de daños de naturaleza económica (ver arts. 5º, 6º, 8º y concs.). Por otra parte, se puede constatar en la ley 26.854, que reglamenta sobre las medidas cautelares contra el Estado, las dos órbitas de responsabilidad estatal que venimos indicando —reparatoria y de garantía— en el diferente tratamiento que se da respecto de las medidas cautelares que versan sobre la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y derechos de naturaleza ambiental. En efecto, en estos últimos supuestos, todas las situaciones restrictivas para la procedencia de medidas cautelares contra el Estado quedan neutralizadas (ver arts. 2.2; 4.3; 5, párr. 2, 10.2, 13.3 y 19, ley 26.854).

Ratifican nuestras conclusiones la existencia de varias cuestiones sustantivas que resultan excluidas de la ley 26.944. Así, el art. 10 de la ley excluye del campo de la responsabilidad reparatoria la responsabilidad del Estado cuando actúa como empleador. Ello tiene su razón en que, en esos casos, se presentan cuestiones de naturaleza alimentaria y, por lo tanto, lo que está en juego es la responsabilidad estatal de garantía. En efecto, las cuestiones alimentarias no pueden formularse como cuestiones puramente patrimoniales, aunque las subsuman, pues versan sobre aspectos eminentemente de subsistencia de la persona y su familia. Por ello, todo lo que tiene que ver con derechos de esta especie, como los que se presentan en el derecho del trabajo, tiene su raíz en la protección de la persona y sus proyectos más sensibles, aun frente al Estado como empleador.

También la responsabilidad en materia ambiental se encuentra escindida del régimen de la ley 26.944, pues cuenta con un marco regulatorio autónomo previsto en la ley 25.675.⁽⁷⁾ La necesidad de un régimen propio de

(7) El art. 4º de la ley 25.675 establece deberes específicos del Estado nacional y de los estados provinciales, determina su responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad estatal en forma solidaria por omisión en prevenir y mitigar los efectos ambientales transfronterizos adversos de sus propio accionar, y en la falta de minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas compartidos.

responsabilidad estatal en materia ambiental se explica porque, como lo venimos haciendo notar, el sistema de responsabilidad de la ley 26.944 es indemnizatorio y carece, por lo tanto, de las notas propias del derecho de daños en materia ambiental, cuya sintaxis estructurante en materia de responsabilidad transita por el tríptico de la prevención, el restablecimiento al estado anterior, y por fin, la indemnización. Este itinerario inherente al derecho de daños ambiental está, lógicamente, ausente en la ley 26.944. Asimismo, a diferencia de la ley general del ambiente, la ley 26.944 no contempla los daños de incidencia colectiva, circunstancia que nuevamente exhibe que no se trata de una ley general de responsabilidad estatal al existir órbitas de esa responsabilidad fuera de su regulación. Del mismo modo, cuestiones relativas a la extensión de las medidas cautelares, la competencia y la cosa juzgada,⁽⁸⁾ se apartan notoriamente del régimen previsto en la ley 26.944 y del de la ley 26.854.

4. Caracteres de la responsabilidad estatal de garantía

Este tipo de responsabilidad aglutina en su configuración aspectos históricos, antropológicos, filosóficos y éticos de tal densidad que requerirían un extenso desarrollo para su puesta en escena explicativa. Conscientes de la imposibilidad de dar cuenta de todo los aspectos involucrados, intentaremos resumirlos de la siguiente manera:

- a. El sistema jurídico argentino ha puesto en el centro de sus prioridades a la persona humana y su dignidad. Un vasto cuerpo de convenciones y pactos internacionales definen un nuevo aspecto de la responsabilidad del Estado, que lo comprometen ante la comunidad internacional por el incumplimiento de normas internacionales y del *ius cogens*.
- b. En cuanto a la responsabilidad de garantía del Estado hacia las personas que habitan su territorio, ella tiene dos aspectos centrales. La primera cuestión es que el Estado reconoce que tales derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,⁽⁹⁾ es decir, que el sistema jurídico no es constitutivo de los derechos humanos sino de su puesta en valor. El segundo aspecto, quizá el más sustantivo desde el punto de vista histórico, es que el Estado es garante de la efectividad de tales derechos, es decir, garantiza un resultado, una concreción: su libre y pleno ejercicio.

(8) El art. 33 ley 25.675 sienta el principio de cosa juzgada *secundum eventum probatione*.

(9) Así, por ejemplo, PIDESC y CADH.

- c. La garantía de efectividad que debe cumplir el Estado respecto de los derechos humanos contiene a su vez dos elementos nodales. El primero es que esa garantía es hasta el máximo de los recursos, y, en segundo lugar, que esa plena efectividad es progresiva (ver art. 2.1. PIDESC). De estos elementos, que resultan radicales y se irradian en muchos tópicos vinculados con políticas públicas, cuestiones jurisdiccionales, actividad de los órganos de control, etc. Lo central aquí es señalar que la forma y eficacia en cómo usa sus recursos el Estado y, sobre todo, cualquier actividad pública que comporte una regresión sobre derechos fundamentales, puede configurar un supuesto de responsabilidad estatal por incumplimiento de sus deberes de garantía.
- d. Se trata de una responsabilidad que tiene un valor performativo de la actividad jurisdiccional en donde las formas deben rendir vasallaje a la sustancia y ser vicarias de las garantías que están en juego. En tal sentido, la jurisdicción, es decir, aquella actividad que realizan fundamentalmente los órganos del Poder Judicial en procesos adversariales, contenciosos y donde se plantea un caso concreto, singular o colectivo, debe ser ante todo de carácter inhibitorio, temprano, oportuno y protectorio. Debe ser inhibitoria es decir, su función primera es conjurar una posible lesión a un derecho humano; por lo tanto, actúa *ex ante*, no constata daños, los evita o atenúa. Debe ser temprana, es decir, no estar sometida a instancias administrativas o de cualquier índole que demoren el derecho a ser oído por un tribunal de justicia a quien se dice afectado. Del mismo modo, debe ser oportuna, es decir, el caso debe ser dirimido o solucionado en forma yuxtapuesta con la necesidad vital de la persona que es lo que subordina, en la medida de lo posible, los tiempos del proceso y no a la inversa. Por fin, debe ser protectoria, en tanto no se analiza un evento como un suceso a investigar y dirimir, sino una realidad urgente que reclama una declaración de certeza jurídica porque lo comprometido es el ser y no sus accesorios ni su coyuntura.

5. Conclusión

La responsabilidad estatal de garantía, por acción o omisión, puede tener su origen en violentar el principio de no regresividad y afectar a colectivos o personas específicas.⁽¹⁰⁾ La ley 26.944 no contempla la responsabilidad estatal de garantía. La ley 26.854, de medidas cautelares en las que el Estado sea parte, sí contempla este tipo de responsabilidad al liberar de requisitos y obstáculos las medidas cautelares contra el Estado destinadas a concretar la eficacia del proceso cuando se discute un aspecto vinculado con los derechos humanos. Consideramos que debería existir una ley de

(10) Art. 2.1 PIDESC.

responsabilidad estatal de garantía que concrete, a nivel de detalle, principios sustantivos y procedimentales en la materia, entre los que pueden servir de guía las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, una reglamentación del derecho de acceso a la información pública, la reglamentación del proceso de amparo y de los procesos colectivos, entre otros.



El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI⁽¹⁾

JUSTO J. REYNA



1. Introducción

La Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado presenta resaltables bondades en tanto consolida ejes centrales de un arduo trabajo de construcción entre la dogmática y la jurisprudencia producida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la conformación del instituto de la responsabilidad en el campo del derecho público y los pertinentes alcances de los reconocimientos a su consecuencia. Los arts. 3° y 4°, relativos a los requisitos de la responsabilidad del Estado frente a la actividad e inactividad ilegítima, y a los requisitos por actividad legítima (en conc. con el art. 5°), son demostrativos de esa afirmación. Este párrafo solo tiene el objeto de contextualizar el trabajo, al que canalizo por medio de otra perspectiva, cuyas líneas generales expongo a modo introductorio.

La idea es analizar la norma como parte de un todo dinámico. Proponer al lector un abordaje desde una visión de perspectiva que me lleva a considerarla nada más —ni nada menos— que como un mojón más que marca e impulsa un proceso jurídico de mayor porte, que ya estaba en marcha en materia de responsabilidad del Estado.

(1) Disertación del autor en las “VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo”, organizadas por la Provincia de Tucumán y celebradas en el Teatro “Mercedes Sosa”, los días 14 y 15 de agosto de 2014.

Considero que una adecuada lectura de la norma la hace vislumbrar como el inicio de una nueva y rica etapa de conformación de nuevos eslabones del proceso jurídico; una etapa de deliberaciones y aplicaciones jurídicas endonacionales a nivel provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la definición final y la aplicación del instituto de la responsabilidad del Estado en nuestro siglo XXI, en cada uno de esos ámbitos. Una nueva etapa de creación de derecho, entendido este como conjunto de normas o reglas jurídicas en materia de responsabilidad; pero encadenada ella a los consiguientes procesos de aplicación normativa, a desarrollarse tanto en sede administrativa como en sede judicial.

Desde una perspectiva dinámica, pensando la norma en sus proyecciones, entramos en consideraciones de mayor riqueza derivadas de la variedad de supuestos de hechos potenciales que deberán resolver las normas jurídicas que se decidan en materia de responsabilidad; sobre todo ante la presencia ineludible de las premisas del Estado constitucional de derecho y del resultante derecho administrativo del siglo XXI.

Este trabajo pretende formular, previa referencia al marco teórico mínimo, un acotado aporte al aludido proceso dinámico en materia de deliberación y aplicación normativa endonacional. El aporte lo formulo intentando extraer del articulado de la ley lo que estimo como las posturas dogmáticas centrales subyacentes a la decisión del Congreso de la Nación al dictar la ley 26.944, formulando opinión sobre ellas en el contexto de nuestro Estado de derecho constitucional y del derecho administrativo del siglo XXI.

2. Marco teórico mínimo

2.1. El sistema jurídico endonacional

La introducción permite vislumbrar que esta publicación se estructura sobre premisas contemporáneas en orden a la consideración del sistema jurídico y a la relación del mismo con el entorno que lo rodea.

El fenómeno de la "globalización contrahegemónica e integración regional",⁽²⁾ el denominado "desbordamiento de las fuentes del derecho"⁽³⁾ —con su

(2) REYNA, JUSTO J., "Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para un derecho administrativo multidimensional"; en *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 11, n° 44, Belo Horizonte, abril - junio, 2011, pp. 13/40.

(3) PÉREZ LAÑO, ANTONIO E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, 2011.

supraestatalidad e infraestatalidad normativa—, el desarrollo creciente y consolidación del proceso jurídico-político conocido como “neoconstitucionalismo” —que se caracteriza por la potencia jurígena del texto constitucional y sus principios, en especial en materia de su compromiso con los derechos humanos—;⁽⁴⁾ son todos ellos constitutivos de aspectos que traen aparejada la superación de la mirada del derecho como sistema estanco, entendido como conjunto normativo o de reglas del legislador soberano, y reflejado en esa visión tradicional de la vertical pirámide kelseniana, propia del modelo de Estado de derecho legal.

Un reconocido profesor santafesino ha marcado el esfuerzo de Dworkin sobre los principios y su proyección en su concepción integral del derecho. Ha dicho el profesor Vigo que:

... su esfuerzo persuasivo y polémico transitará alrededor de estos últimos, atento al papel que ellos desempeñan a la hora de adjudicar derechos y concebir al “derecho como integridad”. Dworkin reconoce distintos sentidos al término derecho (como organización social, como conjunto de leyes o reglas específicas, etc.), pero su discurso privilegiará el derecho en tanto “fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes, y relaciones interpersonales y que los juristas declaran o describen a través de proposiciones jurídicas, siendo la verdad o la validez de esta objeto de discusiones entre aquellos”.⁽⁵⁾

Es por eso que la doctrina contemporánea refleja al sistema jurídico como superador de la figura cerrada de la pirámide, pues se presenta como sistema menos previsible que refleja una estructura de “jerarquías enredadas” o de “bucles extraños”. De esta manera se permite explicar los fenómenos distorsivos de las jerarquías, que siendo más flexibles reflejan la dimensión valorativa del derecho y las novedades de los casos concretos.⁽⁶⁾

Esa visión sistémica de “jerarquías enredadas” responde —según estimo— a las exigencias de la dogmática en orden a que los sistemas contemporáneos

(4) REYNA, JUSTO J., “Globalización, pluralidad sistémica y derecho...”, *op. cit.*, pp. 26/28.

(5) VIGO, RODOLFO L., *Implicancia de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin Nuevos vientos de la filosofía del derecho*, Colección Jurídica y Social, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UN, 1993, pp. 14/15.

(6) VERGARA, OSCAR (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Granada, Comares, 2009, p. 323.

deben responder a que los mismos deben ser abiertos a su entorno (lo que los rodea o está fuera de él).

La relación del sistema con el entorno, siendo abierto, permite que se califique a los mismos como adaptativos. Se modifican o adaptan por exigencias del entorno, pero planteándose una relación sistema/entorno que es retroalimentada o circular (doble virtualidad de la relación: el sistema puede modificar su entorno prohibiendo comportamientos, como el entorno exige modificación del sistema para que se atienda y regule la realidad de modo general o en casos particulares).

No es esta una cuestión menor frente a la realidad latinoamericana diseñada, cuya gestión pública y derecho se focalizan en la inclusión social y la tutela de los derechos humanos, y sus consiguientes mínimos existenciales de los derechos sociales; estos, como se verá, no pueden ser considerados como "entorno" o externos al derecho, con fundamento en el "conjunto de normas" o en discrecionalidades estatales. Deben ser incorporados circularmente al sistema para ser reconocidos y atendidos efectivamente por premisas del Estado de derecho constitucional y de la centralidad de la persona humana.

2.2. Los subsistemas endonacionales: el derecho público y el privado

Doctrina argentina relevante ha marcado con acierto, con motivo del cometido normativo de la ley de responsabilidad del Estado, cómo se ha reeditado en nuestro derecho nacional el debate sobre el sentido y la conveniencia de distinguir, dentro del sistema jurídico nacional, a los subsistemas "derecho público" y "derecho privado", destacándose, en este contexto, que el conflicto entre ellos es "permanente, dinámico y complejo".⁽⁷⁾

El Profesor Balbín, entre otros aspectos, nos reflejó el conflicto entre los dos subsistemas. Resaltó, por un lado, cómo el derecho privado impulsó la estructuración de la responsabilidad del Estado, funcionarios y agentes sobre premisas de un derecho único o de base común (por ejemplo, el anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial, elaborado

(7) BALBÍN, CARLOS F., "Un derecho administrativo para la inclusión social", en *La Ley*, 28/05/2014, p. 1.

por una Comisión de Juristas que reivindica la potestad regulatoria en este campo del derecho), reivindicando para la legislación común la regulación de la responsabilidad estatal. Por el otro lado, hace notar como reflejo de la tensión que el proyecto de unificación elevado finalmente por el Poder Ejecutivo no hizo suyo el proyecto de la Comisión en este aspecto, al adoptar una posición iuspublicista o del doble derecho que sostiene que la responsabilidad del Estado, de los funcionarios y de los agentes no se rige por las normas del Código, sino que “se rige por las normas y principios de derecho administrativo nacional o local según corresponda”.⁽⁸⁾

El autor, en el contexto del cometido normativo para la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado, sus funcionarios y agentes, analiza tanto los fundamentos del doble derecho,⁽⁹⁾ como las dificultades en la construcción del mismo. Y luego se expone sobre los argumentos a favor de un derecho único,⁽¹⁰⁾ como respecto a los obstáculos en su construcción.

(8) El art. 1764 establece: “Inaplicabilidad de las normas. Las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria”.

El art. 1765 establece: “Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

El art. 1766 establece: “Responsabilidad del Estado, del funcionario y del empleado público. 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, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

(9) Entre otros argumentos, alude a: el carácter eminentemente local del derecho administrativo (art. 121 CN); los fundamentos de los dos derechos, uno se apoya en el principio del interés público y la subordinación resultante, y el derecho privado se construye sobre el principio de igualdad; la intensidad y profundidad regulatoria del campo público frente a un derecho privado que simplemente establece el marco; la jurisprudencia de la CSJN en la causa “Barreto” donde se afirmó que los casos en los que se discute la responsabilidad estatal se aplica el derecho administrativo que es propio de las provincias; etc.

(10) Entre otros argumentos a favor del derecho único destaca que: la distinción entre derecho privado y derecho público es artificial o formal; el Poder Legislativo es competente por el art. 72, inc. 12) y el propio Convencional refiere al derecho común; el Poder Legislativo es competente para legislar las cuestiones comunes a todas las ramas del derecho por aplicación de los arts. 12, 18 y 19; el carácter integral del sistema jurídico que nace de los arts. 15 y 16 del Código Civil; la seguridad jurídica; el principio de igualdad para evitar desigualdades entre los habitantes de las distintas jurisdicciones; el Estado federal es responsable internacionalmente por aplicación del art. 75, inc. 22); y, entre otros, los criterios de la Corte Suprema relativos a los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores.

3. Las posturas dogmáticas centrales subyacentes a la ley 26.944

El Congreso de la Nación, como dije, ha sancionado y el Poder Ejecutivo promulgado, recientemente, la ley 26.944, inherente a la “Responsabilidad del Estado, de los funcionarios y agentes públicos” (arts. 1º, 10 y concs.; y art. 9º y concs).

Es una norma general, abstracta y con vocación de permanencia dictada por el orden federal, que declara inaplicable las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado (art. 1º) y que invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus términos (art. 11).

Del juego de las normas aludidas se desprende que, analizada desde una posición de perspectiva, ella se postula como disparadora de procesos normativos de los distintos órdenes provinciales y de la CABA en materia de responsabilidad del Estado; en cuyos contextos serán los legisferantes endonacionales los que deliberarán, dentro de sus respectivas dimensiones jurídicas, sobre la adhesión o no a la norma nacional.

A su turno, como adelanté en la introducción, se dictarán, en cada ámbito jurídico, los actos administrativos de aplicación a los casos concretos, y la justicia competente aplicará el grupo normativo pertinente en materia de responsabilidad estatal.

En cada dimensión jurídica endonacional, por lo tanto, se desarrollarán procesos legislativos y procedimientos administrativos y judiciales que deberán aplicar la norma general que se decida, en materia de responsabilidad, a los casos concretos; todo ello, según estimo, en el contexto del sistema jurídico argentino proveniente del modelo de Estado de derecho constitucional de la reforma constitucional de 1994 y del derecho administrativo del siglo XXI.

Las deliberaciones legislativas endonacionales sobre la regulación en materia de responsabilidad del Estado deberán compartir u oponerse a las posturas dogmáticas centrales que subyacen a los preceptos de la ley 26.944, pero sin desconsiderar el contexto aludido en el párrafo precedente (Estado de derecho constitucional y derecho administrativo contemporáneo).

Siendo así, entiendo que las aludidas posturas dogmáticas subyacentes al articulado de la ley son el punto central sobre el que me interesa focalizarme, en la idea de formular un aporte a los operadores jurídicos

endonacionales interesados en el modo y alcance en el que se decidirá dentro de su dimensión jurídica provincial o de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la materia de la responsabilidad del Estado, de sus agentes y sus funcionarios públicos.

Las posturas dogmáticas centrales que ha adoptado el Congreso de la Nación pueden ser inferidas de la combinación de distintos preceptos de la ley y son las siguientes:

- a. una posición *ius publicista* respecto de la potestad regulatoria en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios, al prever, en esencia, que no son aplicables las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado, e invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a la ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos. (art. 1º, párrs. 1, 2 y 3, en concordancia con el art. 11º);⁽¹¹⁾
- b. una posición de construcción del instituto de la responsabilidad en el ámbito del derecho público, sobre premisas del Estado de derecho legal y no del Estado de derecho constitucional, en esencia, al establecer que la omisión estatal solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un **deber normativo de actuación expreso y determinado**, y cuando declara que no responde por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos (art. 3º, inc. d, y art. 6º);⁽¹²⁾ y, por último,
- c. el establecimiento de la improcedencia de sanciones disuasivas contra el Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1º, párr. 4), con una postura dogmática apartada de las premisas del derecho administrativo del siglo XXI, focalizado en la centralidad de la persona humana y en la inclusión social.⁽¹³⁾

(11) El art. 1º de la ley 26.944, en sus párrafos 1, 2 y 3, establece que: "Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que en su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

El art. 11º establece: "Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos".

(12) El art. 3º, inc. d) de la ley 26.944, establece que: "Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: (...) d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

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

(13) El art. 1º, párr. 4, establece que: "La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

3.1. Desarrollo de las posturas dogmáticas centrales subyacentes a la ley 26.944

3.1.1. Primera postura dogmática central

La potestad regulatoria en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios corresponde al derecho público

Es resultante del eje normativo inferido del juego del art. 1° —párr. 3—, con el art. 11° en cuanto establece que no son aplicables las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado (art. 1°), e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a la ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos (art. 11).

De esta forma el Congreso de la Nación, en su actual integración, ha definido que el sistema jurídico endonacional reconoce la postura del doble derecho en el campo de la responsabilidad. La potestad normativa inherente a la responsabilidad del Estado, en este sentido, corresponde a los derechos administrativos de las distintas dimensiones jurídicas endonacionales.

Ha soslayado o no compartido los argumentos postulados en defensa de un régimen común y uniforme fundado en una teoría general de la reparación, con posición mayoritaria hacia una reparación integral.

En este sentido, traigo a referencia, respecto a los argumentos en defensa de que la obligación de reparar se rige por el derecho común, la ponencia presentada por un respetado y estimado profesor de derecho privado de la Universidad Nacional del Litoral, el Prof. Aidilio Gustavo Fabiano, sobre el tema “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”. En ella sostiene, por cierto, que en aquella actualidad debería aplicarse un régimen común y uniforme que tiene su fuente en la jurisprudencia de la CSJN. De modo fino, estima, a propósito de la causa “Barreto”, que corresponde al derecho local determinar los “estándares de ponderación del servicio”, pero que, sin embargo, “en modo alguno pueden modificar la consecuencia frente al reproche de su funcionamiento defectuoso o anormal”. Trae a cita como principios esenciales del régimen: la igualdad de las cargas públicas (art. 16 CN); garantía de propiedad (art. 17 CN); legalidad (art. 18 y 19 CN); no dañar (art. 19 CN); razonabilidad (art. 28 CN); deber de seguridad (art. 42 CN); demandabilidad del Estado (art. 116 CN) y convenciones que consagran el principio de dignidad personal (art. 75,

inc. 22 CN). Considera, entre otros aspectos, que el principio de reparación integral podría ofrecer matices en supuestos de responsabilidad por actividad lícita, como así frente a daños masivos.⁽¹⁴⁾

Las posturas del derecho privado en orden a la defensa de un derecho único son coherentes y adheridas a una faceta relevante del proceso histórico; ello en tanto responden al desarrollo lógico de la cultura continental romanista de corporizar o estructurar sistémicamente un conjunto de reglas comunes aplicables a todos los supuestos de hecho.

Nuestra propia raíz constituyente de 1853 se estructura sobre premisas de un Estado de derecho legal donde conservadores y liberales tenían en común el objetivo de la defensa irrestricta del sagrado derecho de propiedad y miraban con desconfianza los derechos más vinculados con las aspiraciones sociales de la comunidad.⁽¹⁵⁾

Los dos derechos (propiedad y libertad) constituyen una parcela jurídica colocada en el centro de la organización jurídica constitucional; las reglas jurídicas comunes y especiales, en términos generales, como los actos dictados a su consecuencia, fueron siempre el reflejo de luchas entre sectores de interés de la sociedad organizada y fueron creciendo sobre aquellas premisas.

Sucede que la reforma constitucional de 1994 ha colocado a la persona humana y a una serie de derechos intereses o valores (art. 75, incs. 22 y 23; arts. 41, 42, 43 y concs.) en el centro de la organización estatal y del derecho.

Los derechos de propiedad y de libertad constituyen la “capa constitucional” de la Constitución originaria, mientras que los derechos humanos y, entre ellos, los derechos sociales —con más los nuevos derechos de la reforma de 1994—, se nos presentan como la última “capa constitucional” que ha traído a la propia norma constitucional, desde el entorno o desde niveles normativos inferiores, un nuevo paradigma en la configuración del sistema jurídico. Se ha dicho que:

(14) Ponencia presentada por el Prof. Aidilio Gustavo Fabiano en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Facultad de Derecho de la UBA, septiembre de 2013.

(15) GARGARELLA, ROBERTO, “Los fundamentos de una comunidad de iguales y el art. 22”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Bs. As., Siglo veintiuno, 2011, p. 226.

... este fenómeno de **superposición de capas constitucionales** parece muy propio de nuestro tiempo. La Constitución Argentina es un buen ejemplo, ya que se llega a ella a partir de la acción sucesiva de grupos con visiones políticas más bien contradictorias entre sí. Esto nos plantea numerosos interrogantes teóricos (...) algunos de ellos (...) relacionados con cuestiones de interpretación jurídica.⁽¹⁶⁾

Desde esta óptica dinámica, debe siempre pensarse que es factible que las concepciones o conquistas de determinadas parcelas jurídicas del Estado de derecho legal (propiedad y libertad) quizás deben ser moduladas frente a otras nuevas parcelas (derechos humanos y sociales) dirigidas a sectores vulnerables necesitados de inclusión social.

El profesor Balbín nos invita a considerar la responsabilidad en el contexto del doble derecho. El nuevo paradigma del derecho administrativo no es "poder vs. derechos", sino "derecho vs. derechos vs. corporaciones".

Es el derecho administrativo, según el autor, el que debe:

... impulsar o evitar conductas estatales, reparar daños, o distribuir los riesgos sociales, y también redistribuir bienes primarios. Dicho más claro, la teoría dogmática del Derecho Administrativo debe coadyuvar a recrear condiciones más igualitarias y con mayor razón en sociedades con sectores estructuralmente excluidos. Es decir, el Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión y no solo como un derecho de prevención y eventualmente de reparación de los abusos o arbitrariedades estatales.⁽¹⁷⁾

Debe tenerse presente, según estimo, que nadie como los legisladores endonacionales están en mejores condiciones de regular para decidir con motivo de relaciones jurídicas públicas inherentes a la responsabilidad estatal, siendo a ellos a quienes les corresponde ejercitar la potestad normativa en materia de responsabilidad del Estado, de sus agentes y sus funcionarios conforme a nuestra sistemática constitucional y al modelo de Estado de derecho constitucional.

(16) *Ibid.*, p. 228.

(17) BALBÍN, CARLOS F., *op. cit.*

Dos razones expongo sucintamente.

Una es que son los legisferantes endonacionales quienes están en una relación de mayor proximidad con la organización estatal y con la dimensión subjetiva de las personas que integran su sociedad. En esa proximidad, son los responsables de la regulación de los núcleos mínimos o existenciales de los derechos humanos comprometidos en relaciones jurídicas de derecho público, en las cuales corresponde al Estado responder. Es más, es a ellos a quienes también les corresponde establecer los alcances de la contracara de esos derechos subjetivos públicos, la que no es solo lo relativo al modo y alcance de la responsabilidad estatal, sino también la de la propia sociedad comprometida por sus correspondientes “deberes de solidaridad recíproca de los miembros de la colectividad” (art. 1° y 16 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe; en concordancia con el art. XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que prevé el “deber de convivencia”).⁽¹⁸⁾

De esta forma, sostengo que los deberes generales de solidaridad recíproca y de convivencia (arts. 1° y 16 de la Constitución de Santa Fe y XXIX de la DADDH) se convertirán en obligaciones cuando se produzca el nacimiento de relaciones jurídicas complejas relativas a inclusión social, donde el resto de la comunidad —como legitimados pasivos indirectos— no puede negar sus obligaciones jurídicas de solidaridad recíproca frente a los núcleos mínimos o existenciales de derechos sociales.⁽¹⁹⁾

(18) El art. 1° de la Constitución de Santa Fe establece: “La Provincia de Santa Fe, como miembro del Estado federal argentino, y con la población y el territorio que por derecho le corresponden, organiza sus instituciones fundamentales conforme a los principios democráticos, representativo y republicano, de la sumisión del Estado a las propias normas jurídicas en cualquier campo de su actividad y de los deberes de solidaridad recíproca de los miembros de la colectividad, de acuerdo con las condiciones y limitaciones emergentes de la Constitución Nacional”.

El art. 16 establece que: “El individuo tiene deberes hacia la comunidad. En el disfrute de sus derechos y en el ejercicio de sus libertades puede quedar sometido a las limitaciones, establecidas por ley exclusivamente, necesarias para asegurar el respeto de los derechos y libertades ajenas y satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general”.

El art. XXIX DADDH establece que: “Toda persona tiene el deber de convivir con los demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”.

(19) Dos razones me llevan a esta afirmación: por un lado, la concepción de Zanobini relativa a que los deberes públicos toman el nombre de “obligaciones” cuando forman parte de una relación jurídica (en ZANOBINI, GUIDO, *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., Ediciones Arayú, 1954, pp. 257/258); y la segunda razón es la construcción que ha formulado nuestra CSJN en la causa “Quisberth Castro” —como se verá más adelante— relativa a la “relación jurídica comple-

La otra razón es de orden jurídico y es complementaria de la anterior. Es proveniente de un precedente de nuestro Máximo Tribunal que construye una responsabilidad estatal por omisión en atender derechos sociales, sobre la premisa del reconocimiento y consideración de la existencia de “una relación jurídica compleja”. La relación es compleja pues frente al legitimado activo y titular del núcleo mínimo o existencial de un derecho social aparecen dos legitimados pasivos. Uno es el legitimado pasivo directo (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y el otro es el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que reclama derechos.

Pues, entonces, serán los legisladores endonacionales, por su proximidad y competencia regulatoria, quienes debatirán sobre la invitación del Honorable Congreso de la Nación contenida en el art. 11 de la ley 26.944. Ellos decidirán sobre las relaciones jurídicas públicas complejas; en el caso, será lo que estimen corresponder en materia de responsabilidad de su organización estatal, funcionarios y agentes, en un contexto social de mayores o menores desigualdades de los ciudadanos, colocados en el centro del derecho y de las organizaciones por voluntad del constituyente de 1994.

3.1.2. Segunda postura dogmática central

El instituto de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho nacional se construye sobre premisas del Estado de derecho legal y no del Estado de derecho constitucional

Es este un aspecto no menor que deben tener en cuenta los legislferantes endonacionales al momento de decidir sobre la adhesión, o no, a los términos de la ley nacional 26.944 en los términos que se propone.

La postura se infiere del art. 3º, inc. d,⁽²⁰⁾ en el que se establece que la omisión estatal solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un **deber normativo expreso y determinado**, sin referencias a las obligaciones estatales provenientes de los **principios jurídicos de derecho público** propios de nuestro modelo de Estado de derecho constitucional de la reforma de 1994.

ja” en materia de derechos sociales donde los legitimados pasivos son el Ente Público (CABA) como legitimado pasivo directo y, el resto de la comunidad como legitimado pasivo indirecto.

(20) El art. 3º, inc. d) establece: “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad ilegítima: (...) d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

La reforma constitucional de 1994, y los procesos de creación y aplicación normativa desarrollados en su consecuencia, llevan a todo operador jurídico a la imperiosa necesidad de desentrañar los nuevos paradigmas del sistema jurídico argentino (público endonacional con distribución territorial del poder regulatorio y privado), correspondiente al modelo de Estado de derecho constitucional, en cuyo contexto han cobrado relevancia la tutela de los derechos humanos y la centralidad de la persona humana, con los principios constitucionales a ellos vinculados.⁽²¹⁾ Reglas y principios son parte de la agenda del tema y he trabajado en ese sentido.

Me encuentro focalizado, en esta instancia personal, en propuestas de derecho administrativo para que el mismo salga del molde tradicional del Estado de derecho legal con el fin de adentrarse en técnicas correspondientes al Estado de derecho constitucional.

Las constituciones han dejado de ser un programa político sobre cuyas premisas los legisladores construían el derecho. En el Estado de derecho constitucional, las constituciones, con sus principios, bienes, intereses y valores, se han convertido en fuentes de derecho para los operadores jurídicos que deben resolver los casos concretos creando derecho con los elementos dispersos en el ordenamiento jurídico, entendido este como bloque jurídico bajo el paradigma constitucional.⁽²²⁾

En el modelo de Estado de derecho constitucional, los principios jurídicos operan como las reglas jurídicas del legislador, cuando ellos enuncian derechos fundamentales. En tal sentido, en el trabajo citado⁽²³⁾ me referí al profesor Ferrajoli, quien ha expresado que:

Precisamente, los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales confieren a todos y a cada uno situaciones jurídicas, es decir, "derechos subjetivos", consistentes en expectativa, en ocasiones unidas a facultades, a las que corresponden prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, es decir, lo que he llamado "garantías" a cargo de la esfera pública. Se comportan, en breve, como todas las reglas, es decir, como normas vinculantes.

(21) REYNA, JUSTO J., "Fundamentos del principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales", en A&C. *Revista de Direito...*, op. cit., pp. 23/49.

(22) *Ibid.*, p. 25.

(23) *Ibid.*, p. 28.

Por otra parte, debe tenerse presente que nuestro Máximo Tribunal ya tiene consolidado que la omisión estatal genera responsabilidad, no solo cuando se violan mandatos expresos y determinados, sino también cuando los mandatos están impuestos de manera general e indeterminada. En este caso, las omisiones deben ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar, analizando si el Estado tiene un deber a su cargo y cuál es su extensión; son un reflejo de ello las causas “Mosca” y “Bea”.

Los legisladores endonacionales deberán tener en cuenta que es cuestionable, por falta de coherencia, la propuesta del legislador nacional de construir el instituto de la responsabilidad sobre premisas legalistas formales de **incumplimiento de deberes normativos de actuación expresos y determinados**. La coherencia como tal es más que falta de contradicciones en tanto supone la evaluación de las reglas, entre otros aspectos, a la luz de sus razones subyacentes y de los principios del sistema.⁽²⁴⁾

En este sentido se nos presentaba, sí, como coherente la propuesta normativa del Poder Ejecutivo en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. En este sentido la norma proyectada establecía en el art. 1765: “Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y **principios del derecho administrativo nacional o local** según corresponda”.

La actuación u omisión irregular en el campo del derecho administrativo del nuevo siglo debe ser juzgada no solo sobre premisas del Estado de derecho legal, sino también sobre las premisas del Estado de derecho constitucional donde los principios inherentes a derechos fundamentales operan como las reglas jurídicas. El Estado de derecho constitucional ha acarreado una innovación en la propia estructura del modelo de legalidad que se correspondía al citado Estado de derecho legal de la sumisión a la producción de las normas del legislador, posicionando a los actores jurídicos de una manera prevalente frente al derecho sustancialmente ilegítimo.⁽²⁵⁾

(24) *Ibid.*, p. 31.

(25) *Ibid.*, p. 28.

3.1.3. Tercera postura dogmática central

El instituto de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho nacional, en la ley 26.944 no se construye sobre premisas del derecho administrativo del siglo XXI, focalizado a la tutela de la dimensión subjetiva de la centralidad de la persona humana proveniente del EDC

Los legisladores endonacionales deben deliberar y decidir si la eliminación de las sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado, sus agentes y funcionarios, prevista en el art. 1º, párr. 4,⁽²⁶⁾ es una decisión coherente con el derecho administrativo del nuevo siglo.

Por cierto, estimo que no es una decisión coherente, ni con el derecho administrativo contemporáneo ni con los propios actos impulsados desde el gobierno federal.

El derecho público del nuevo siglo no admite, según estimo, que se abandonen técnicas disuasivas de sustrato económico frente a acciones u omisiones estatales ilegítimas, frente a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos.

No se han abandonado esas técnicas disuasivas para las relaciones civiles, en tanto el Poder Ejecutivo, en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, las ha incluido para quien actúa en grave menosprecio de los derechos de incidencia colectiva, vinculados a ese tipo de relaciones.⁽²⁷⁾ Tampoco se han abandonado este tipo de sanciones para las relaciones de consumo, tal como se infiere del texto previsto para el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, con motivo del proyecto de ley civil y comercial.⁽²⁸⁾

(26) El art. 1º, párr. 4, establece: "Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas (...) La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

(27) El art. 1714 del proyecto establece: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".

(28) El art. 52 bis de la ley 24.240, según el texto del proyecto, es el siguiente: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines

La postura que asumo en el presente punto es complementaria de la anterior en tanto el derecho administrativo de este nuevo siglo es resultante del Estado de derecho constitucional y la consiguiente centralidad de la persona humana. La jerarquía constitucional de la dignidad de la persona humana (art. 75, inc. 22 CN) marca el eje de la relación del ciudadano con la Administración y el Estado responsable.

Doctrina prestigiosa sostiene que a la hora de construir y levantar el sistema del derecho administrativo se debe considerar la noción o la idea de "relación jurídica", que nos remite a la dimensión subjetiva del derecho administrativo, destacando los obstáculos o reparos "habida cuenta de que el individuo se inserta y vincula cada vez más en complejos sistemas colectivos".⁽²⁹⁾

El citado autor ha dicho que:

Los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho administrativo de posguerra. Los derechos fundamentales actúan como límite de las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación.⁽³⁰⁾

Las sanciones pecuniarias disuasivas son técnicas instrumentales que tienden a impedir el abandono o la negligencia de las autoridades públicas, frente a las lesiones en las situaciones jurídicas subjetivas individuales y

disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionando, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".

(29) SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, Madrid, INAP - Marcial Pons, 2003, p. 22.

(30) *Ibid.*, p. 71.

colectivas de nuestros ciudadanos; técnicas estas que resultan centrales para la gestión pública latinoamericana del siglo XXI.

En un trabajo reciente sobre las premisas de los documentos del Centro Latinoamericano de la Administración para el Desarrollo he sostenido que las reformas de las administraciones públicas deben construirse y reconstruirse, de modo general, sobre la premisa de su carácter instrumental para un nuevo modelo de gestión pública de servicio al ciudadano, participativa y de proximidad a la sociedad, de tutela de los derechos humanos fundamentales y de inclusión social; ello no solo por cuestiones de desarrollo, sino también por constituir un imperativo propio del modelo de Estado social y democrático de derecho. En este contexto he sostenido también la existencia de un espacio de intergubernabilidad obligatorio de todas las administraciones endonacionales para la tutela del núcleo mínimo o existencial de sus derechos fundamentales.⁽³¹⁾

La procedencia de las sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado, sus agentes y funcionarios, debe ser sostenida desde la premisa de su coherencia con la gestión pública latinoamericana para la tutela de los derechos fundamentales y la inclusión social.

Ello es, además, resultante de su adecuada adherencia jurídica con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos relevantes, cuya eficacia depende, en gran medida, del diseño y procedencia de este tipo de sanciones disuasivas. Una sentencia es relativa a un caso estructural como lo es causa "Mendoza", que ha operado como verdadera fuente de derecho transversal respecto de los sistemas jurídicos endonacionales alcanzados, por un supuesto de hecho jurídico homogéneo inherente a bienes colectivos (contaminación cuenca Matanza-Riachuelo). Otra es "Quisberth Castro" en la aparece "un juez asistencial" respecto de relaciones jurídicas complejas, donde el legitimado activo era un niño afectado con una grave discapacidad y su madre en situación de calle, que no estaban protegidos —por las particularidades del caso— por las normas generales y las previsiones presupuestarias diseñadas para la tutela del derecho social. Los legitimados pasivos eran la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (legitimado pasivo directo) y también la comunidad que

(31) REYNA, JUSTO J., "La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI", en A&C. *Revista de Direito...*, op. cit., pp. 35/91.

reclama derechos (legitimado pasivo indirecto). La Corte, en este sentido, determina la presencia de una “relación jurídica compleja” inherente a derechos sociales. Si bien se considera a los derechos sociales como normas operativas con vocación de efectividad, que necesitan de una obligación de hacer derivada de la ley o de una decisión administrativa que las implemente (operatividad derivada), es central la consideración del fallo donde alude a las limitaciones de la discrecionalidad administrativa frente a los “núcleos mínimos o existenciales de los derechos sociales” y las potestades del juzgador en relación a dicho núcleo.

En este sentido los legisladores endonacionales, conforme a la invitación del art. 11 de la ley 26.944, deberán deliberar y decidir si adhieren a la norma nacional en cuanto declara la improcedencia de las sanciones pecuniarias disuasivas respecto del Estado, sus agentes y funcionarios.

Por el contrario, los legisferantes pueden (o deben) cuestionar la solución normativa propuesta por el Congreso de la Nación por su falta de coherencia lógica con un modelo de Estado focalizado en la inclusión social como factor de desarrollo —el modelo de Estado de derecho constitucional de centralidad de la persona humana y de tutela de los derechos humanos— y por privar al sistema jurídico de herramientas para la realización de los resultados prácticos, sobre todo en materia de responsabilidad del Estado por acción u omisión lesivas de derechos humanos y falta de atención de “núcleos mínimos o existenciales” de derechos sociales.

4. Reflexión final

Las consideraciones del estado de la ciencia a las que aludía en el punto 2 (marco teórico mínimo) estuvieron pensadas, básica y sustancialmente, a los fines de sostener que todos los operadores jurídicos y sociales somos parte activa y responsable del proceso jurídico en marcha en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios. La relación del sistema jurídico con su entorno es tautológica y circular y, por ende, ninguno de nosotros es ajeno a las responsabilidades que les incumbe.

La ley 26.944, por ende, no es sino un disparador de responsabilidades públicas endonacionales y de responsabilidades sociales de todos los operadores (abogados del Estado, de la matrícula, colegiados profesionales, docentes, universidades públicas y privadas, sociedad civil, etc.) que deben expresarse y participar en esta incipiente nueva etapa en materia de

responsabilidad del Estado, donde se deben debatir posturas dogmáticas centrales inherentes al sistema jurídico endonacional (público y privado); la gestión pública que debe desarrollarse en su consecuencia y en razón de los reclamos de los sectores de la sociedad civil cuyos derechos deben ser tutelados de manera equilibrada en este nuevo siglo.

Es como que tengo claro dos premisas de este proceso que se ha disparado.

Por un lado, que las nuevas políticas públicas y el derecho argentino del nuevo siglo en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios, imponen una superación del falso dilema público/privado, alentando procesos de coconstrucción en cada una de las dimensiones jurídicas endonacionales, entre todos los actores jurídicos y la sociedad civil como reflejo de decisiones a tomarse sobre premisas democráticas y de participación ciudadana. Las decisiones que se tomen hacen directamente al modelo de una sociedad que, según estimo, no debe abandonar sus bases constitucionales inherentes al desarrollo libre y solidario de cada uno de sus integrantes.

Por el otro lado, como idea complementaria, considero que los legisladores endonacionales y todos los operadores no deben licuar su responsabilidad para ser trasladada a los jueces, y que sean nuevamente ellos quienes asuman el peso de determinar los perfiles de nuestro sistema jurídico en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios; que, en verdad, a todos nos compete. Tenemos mucho por delante pues somos parte de una sociedad sin tiempo.



Justicia distributiva y responsabilidad del Estado

Apostillas y excursos sobre la ley 26.944⁽¹⁾

JOSÉ LUIS SAID



La pregunta es la siguiente: ¿cuál concepción de la propiedad, si es que alguna, resulta compatible con las promesas y los compromisos igualitarios asumidos por la Constitución?

Roberto Gargarella, Izquierda y Derecho

1. El problema: planteo introductorio

La preocupación que está en la raíz de estas reflexiones se vincula, por un lado, con la insuficiencia de fondos públicos para atender la cada vez

(1) El presente trabajo actualiza un texto que escribí en 2008 sobre el mismo tema, e incorpora ahora la consideración de la ley 26.944. Fue expuesto, en su versión inicial, en las XXXIV Jornadas Nacionales de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y publicado luego, en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 370, p. 45 y ss. Debo recordar —por ineludibles razones de honestidad intelectual— que, en mayo de 2008 nos reunimos en la histórica alfajorería “Merengo” en Santa Fe, con la Dra. Irmgard Lepenies —en ese entonces, presidenta de la AADA— y con el Dr. Rubén Weder para conversar sobre el programa de las Jornadas nacionales que se realizarían en la primavera de ese año. El tema de esta publicación (y de su versión anterior) es el resultado de aquella conversación y de las inquietudes que en ella formulamos. Incorporo, también, reflexiones de otro artículo que dediqué al problema de la indemnización de la prisión preventiva (“... hará responsable al juez que la autorice (consideraciones sobre la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva en todos los casos de absolución o sobreseimiento)”, publicado en *JA*, fascículo 14, 2008-IV, p 4 y ss., dada la continuidad temática y dado que mantiene actualidad, incluso luego de la entrada en vigor de la LRE. Con las adaptaciones de rigor, vuelven esas ideas al ruedo, gracias a la generosa invitación del Dr. Patricio Sammartino a participar en esta publicación.

mayor cantidad y variabilidad de demandas que la sociedad formula al Estado, motivada, en parte, por la conversión de esas demandas en verdaderos derechos a la luz de la modificación del paradigma constitucional —devenido, con certeza, a partir de la Reforma constitucional de 1994, en “Estado Social de Derecho”—. Por otro, con la segmentación social de esas demandas. Así:

- a. unas provienen de quienes nada o casi nada tienen (quienes están en situación de marginalidad y pobreza extrema);
- b. otras de quienes necesitan algo más, pues sus posesiones no pueden resolver ciertas situaciones que solo (o principalmente) el Estado puede remover (pienso, por ejemplo, en las dificultades que presentan las ciudades para permitir una adecuada movilidad de personas con diversas discapacidades); y
- c. otras que se realizan sin consideración a la situación de desventaja social o natural de los reclamantes, pero que se formulan con fundamento en la existencia de una lesión causada por el Estado, es decir, reclamos indemnizatorios dirigidos contra el Estado.

Es sencillo advertir que una siempre limitada —e insuficiente— cantidad de fondos públicos es reclamada por diversos actores, *con fundamento en títulos diferentes* para pretender la asignación de una parte de los dineros del Estado a la satisfacción de sus peticiones y pretensiones. Aparecen entonces, ciertas preguntas: ¿tienen todos esos títulos la misma jerarquía en la axiología constitucional?, ¿cabe asignar prioridades en la satisfacción de esas pretensiones? O, expresado con otras palabras ¿cómo distribuir esos recursos?, ¿con qué criterios?, ¿quién debe hacerlo?

Para acercarme al territorio de las respuestas deberé exponer algunas de las razones que dan base a la interpretación del derecho que he de formular.

2. Puntos de partida⁽²⁾

2.1. La promesa igualitaria del derecho

Parto de una idea que puede parecer una verdad de Perogrullo: debemos tomar con seriedad la Constitución Nacional. En cuanto aquí interesa, creer,

(2) Los planteos de este punto se nutren del excelente artículo de Roberto Gargarella, *Izquierda y Derecho*, publicado [en línea] <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/>, como material correspondiente a la sesión del 2 de junio de 2008 del Seminario de Teoría Constitucional y Derecho Político que él dirige.

con lealtad, que la promesa de igualdad formulada desde su Preámbulo —y en los arts. 16 y 75, incs. 22 y 23— es seria. Promesa que se puede traducir, en sencillas palabras, en el compromiso del Estado argentino en que todos vamos a ser tratados como personas igualmente dignas. Los hombres de derecho sabemos que las normas jurídicas apelan constantemente, al ideal igualitario, y que así son redactadas las leyes y los reglamentos. El derecho seduce con el lenguaje de la igualdad.

Pero en la Constitución hay una fuerte promesa de que los gobernantes obrarán permanentemente para modificar la realidad en el sentido de profundizar las condiciones de igualdad; y nada permite suponer que se trate de una broma de los constituyentes. El compromiso que de buena fe se expone en diversos artículos del texto fundamental autoriza a los habitantes del suelo argentino del Estado a que, en su actuación cotidiana, se guíen por la promesa de igualdad y tiendan a optimizar la concreción de ese ideal. Si, por lo contrario, no diéramos credibilidad a la promesa constitucional y considerásemos a las palabras de las leyes como un ejercicio de insustancial retórica de circunstanciales gobernantes, caeríamos, sin remedio, en un proceso de feudalización normativa en el que la igualdad se habría perdido sin remedio.

2.2. La relación entre propiedad e igualdad

Roberto Gargarella formula una pregunta que me permite agregar otra base a estas reflexiones. El constitucionalista interroga: "¿cuál concepción de la propiedad, si es que alguna, resulta compatible con las promesas y los compromisos igualitarios asumidos por la Constitución?".

Para responderla, debo efectuar una interpretación constitucional; que, como tal, se dirige a defender determinados valores e intereses. No pretendo que sea la única posible. Veamos. No parece dudoso que la Constitución histórica enraíza en la concepción liberal de Estado. En cuanto ahora interesa, el liberalismo fue la lucha por la supremacía del derecho privado sobre el derecho público, la Revolución Francesa cumplió el mandato soberano de entronizar, en el lugar que dejó vacante el monarca absoluto, la propiedad absoluta y las libertades absolutas. Así, Juan Bautista Alberdi distinguió entre las libertades económicas y las libertades políticas, dando prioridad a las primeras, que debían ser distribuidas con generosidad. Para Gargarella, esa diferenciación "aparece como una marca de identidad del entonces naciente derecho regional:

relegar las libertades políticas en beneficio de las seguridades de la economía".⁽³⁾

En la misma centuria, otros pensadores se inclinaban por enfatizar la necesidad de redistribuir la propiedad junto con las libertades, sobre la base de criterios profundos de igualdad material y no solo formal. Mencionaré solo a José Gervasio Artigas quien promovía: "en la República Oriental del Uruguay, [...] su conocido 'Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña' en el que dispuso una distribución de tierras que diera prioridad a los 'negros libres,' 'zambos,' 'nativos americanos,' 'viudas insolventes con hijos,' y 'criollos': aquí no se defendía entonces, simplemente, una recuperación de la igualdad formal (suprimiendo las explícitas discriminaciones promovidas por el Estado), sino algo mucho más extremo, que consistía en darle un apoyo prioritario y especial a los grupos que estaban peor".⁽⁴⁾

De lo que se trataba, y de lo que aún se sigue tratando, es de **reconocer que el Estado no es irresponsable de la situación actual de los sectores sociales más postergados**, pues han sido sus decisiones políticas —y las normas y actuaciones que las desplegaron— las que en el pasado (y en el presente) inclinan el fiel de la balanza para favorecer o desfavorecer a los distintos actores y sectores. Nuevamente acudo a Gargarella: "Parece claro: si el Estado, durante centenares de años, imposibilita que ciertos sectores de la población voten (como las mujeres), o reciban una educación y en definitiva un trato igual al que reciben los demás (los indígenas), luego, no puede sino esperarse que cierta parte de la población tenga necesidades jurídicas básicas desatendidas...".

En tal caso, no bastará con que el Estado, ahora, adopte una posición de mayor neutralidad e igualdad formal, ya que ello lo mantendría comprometido con la situación actual de inequidad social. Será preciso, para que la promesa igualitaria se cumpla en su aspecto sustantivo que adopte **medidas positivas efectivas** (art. 75, inc. 23, CN) que remuevan los sólidos escollos que él mismo puso, o permitió a otros poner, para evitar que se avance en la consecución de una sociedad más igualitariamente justa que garantizara un grado de bienestar para los desfavorecidos de siempre. En otros términos: **la promesa de igualdad exige, para ser satisfecha, reasignar recursos**

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

públicos y privados para crear un conjunto de propiedades en cabeza de los desposeídos.

3. ¿Igualdad en qué?: derechos humanos y justicia social

La igualdad que nos ocupa se vincula con los derechos fundamentales. No es del caso que formule aquí precisiones al respecto de qué son los derechos fundamentales, su fundamento, su catálogo, su dogmática, etc. Me parece sí necesario dejar sentado que ellos se vinculan con la exigencia que la Constitución Nacional impone al Estado de “promover el bienestar general” (Preámbulo), “proveer lo conducente a la prosperidad del país” (art. 75, inc. 18), “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social” (art. 75 inc. 19) y claro está, con los deberes establecidos en las normas vinculadas con los arts. 75, incs. 22 y 23, de la Ley Fundamental.

Como lo explica Horacio G. Corti “Una sociedad progresa, en términos constitucionales, si se expanden equilibradamente las posibilidades materiales de los individuos para efectivamente ejercer los derechos que tienen atribuidos. Proveer a la prosperidad no es más que mejorar las circunstancias fácticas que posibilitan disfrutar los derechos fundamentales”.⁽⁵⁾ De lo que hablo, entonces, es de legitimar el orden social con criterios de igualdad propios de la noción de justicia social. Justicia social que no pertenece solo al ideario básico de ciertas corrientes filosóficas o sociales ni a partidos políticos, sino que cuenta con fuerza jurígena extrema al encontrarse prevista en la Constitución Nacional reformada en 1994, como antes en la Constitución de 1949, y que no parece consentir la existencia de personas en condiciones de indigencia, pobreza y marginalidad, como los que exhibe la realidad en nuestro país.⁽⁶⁾

Nuestra CSJN ha señalado que ese valor constituye un “principio de hermenéutica jurídica” de base constitucional⁽⁷⁾ con remisión al precedente “Miguel Ángel Bercaitz”, en el que los conjueces Arturo E. Sampay, Oscar De La Roza Igarzabal, Felipe S. Pérez y Cayetano Giardulli, sostuvieron:

Y como esta Corte lo ha declarado, “el objetivo preeminente” de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el

(5) CORTI, HORACIO G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Bs. As., LexisNexis, 2007.

(6) NINO, CARLOS S., “Sobre necesidades básicas”, en *Doxa*, n° 7, 1990.

(7) Consid. 15 del voto del juez Maqueda en “R.A.D. c/ Estado Nacional y otro s/ sumarísimo”, R. 350. XLI. RHE, 04/09/2007.

“bienestar general” (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme su excelsa dignidad.⁽⁸⁾

4. ¿Cómo?: el derecho público

Ya señalé que la Revolución Francesa, y el derecho al que dio origen, significó el triunfo del derecho privado sobre el derecho público, al entronizar la propiedad privada.⁽⁹⁾ Conviene detenerse un instante en esa clasificación binaria.

4.1.

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo De Albornoz hace presente que:

Dos conocidos fragmentos del *Corpus Iuris* (Instituciones, I, 1, 4; Digesto, I, I, 1, 2), acerca de la distribución entre derecho público

(8) Fallos: 289:430.

(9) BALBÍN, CARLOS F., en su más que interesante artículo, “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, en *LL*, 28/05/2014, AR/DOC/1250/2014, efectúa un examen detallado de las condiciones, posibilidades, dificultades e implicancias de sostener las tesis de un derecho único o de doble derecho (público y privado) en nuestro medio y en nuestro tiempo, teniendo en vista la finalidad que el autor plantea para el derecho administrativo: “la teoría dogmática del Derecho Administrativo debe coadyuvar a recrear condiciones más igualitarias y con mayor razón en sociedades con sectores estructuralmente excluidos. Es decir, el Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión y no solo como un derecho de prevención y eventualmente de reparación de los abusos o arbitrariedades estatales”. Por su parte, Justo J. Reyna tacha al par público/privado de “falso dilema” y afirma “... las nuevas políticas públicas y el derecho argentino del nuevo siglo en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios, imponen una superación del falso dilema público/privado, alentando procesos de co-construcción en cada una de las dimensiones jurídicas endonacionales, entre todos los actores jurídicos y la sociedad civil como reflejo de decisiones a tomarse sobre premisas democráticas y de participación ciudadana”, en “El sistema jurídico endonacional en el Siglo XXI y la ley responsabilidad del estado n° 26.944”, disertación en VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo, de la Fiscalía de Estado de la provincia de Tucumán, 2014.

(lo que se refiere a la condición del Estado romano) y derecho privado (lo que atañe a la utilidad del individuo) representaron la entrada en escena del par conceptual más importante, con mucho, del pensamiento político y jurídico en los siglos que han venido después. Y es que, en efecto, de él cuelgan —o con él coinciden, más o menos exactamente— otros muchos pares de cosas: en las fuentes del ordenamiento, la ley y el contrato; o, en la filosofía alemana desde Hegel, el Estado y la sociedad. Pero también: la política y la economía; lo general y lo particular; el *imperium* y el *ominium*; lo vertical y lo horizontal; la brida y la libertad; la publicidad y el secreto (*privacy*); la izquierda y la derecha; la generosidad y la mezquindad; el altruismo y el egoísmo; el socialismo y el liberalismo; la planificación y el mercado, por supuesto; y, en fin, en la modestia propia del derecho administrativo, la concesión y la autorización; la circular y el reglamento; o las relaciones especiales de sujeción y las generales.⁽¹⁰⁾

Ese par conceptual sostiene también, otra diferencia: la del tipo de relación de justicia que establece en cada uno de esos ámbitos del derecho.

Norberto Bobbio asumió que el par categorial “público/privado” constituye una de las grandes dicotomías sobre las que se construye y articula el saber jurídico. Ella es idónea para:

a) dividir un universo en dos esferas, **conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todos los entes de ese universo quedan incluidos en ellas sin excluir a ninguno, y recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente comprendido en la primera no puede ser al mismo tiempo comprendido en la segunda;** b) establecer una división que al mismo tiempo es total, en cuanto todos los entes a los que actual o potencialmente se refiere la disciplina deben entrar en ella, y principal, en cuanto tiende a hacer coincidir en ella otras dicotomías que se vuelven secundarias con respecto a ella. En el lenguaje jurídico la preeminencia de la distinción entre Derecho privado y Derecho público sobre las demás distinciones, la constancia del uso en

(10) JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, “Servicio Público, Interés General, Monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)”, en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 1 a 100, Madrid, 1974/1998.

las diferentes épocas históricas, su fuerza inclusive han sido tales, que han llevado a un filósofo del derecho de orientación neokantiana —Radbruch— a considerar los conceptos de Derecho privado y Derecho público incluso como dos categorías a priori del pensamiento jurídico.⁽¹¹⁾

Entre las dicotomías subalternas se encuentra la constituida por el par justicia conmutativa/justicia distributiva. La primera, al decidir de Bobbio:

... es la que regula los intercambios: su objetivo fundamental es que las dos cosas que se intercambian sean de igual valor, con el fin de que el intercambio pueda ser considerado "justo" (...) La justicia distributiva es en la que se inspira la autoridad pública para la distribución de honores y gravámenes: su objetivo es que a cada uno le sea dado lo que le corresponde con base en criterios que pueden cambiar de acuerdo con la diversidad de las situaciones objetivas o de los puntos de vista; los criterios más comunes son "a cada uno según su mérito", "a cada uno según su necesidad", "a cada uno según su trabajo". Dicho de otro modo: la justicia conmutativa ha sido definida como la que tiene lugar entre las partes, la distributiva es aquella que tiene lugar entre el todo y las partes. Esta nueva sobreposición entre esfera privada y justicia conmutativa por un lado, y esfera pública y justicia distributiva por otro, se dio a través de la mediación de la diferencia, ya mencionada, entre sociedad de iguales y sociedad de desiguales.⁽¹²⁾

4.2.

En la doctrina administrativista nacional, quien ha desarrollado con mayor extensión este punto ha sido Rodolfo Barra.⁽¹³⁾ Afirmo, como tesis general: "la relación entre el Estado y los particulares se encuentra regida por la virtud de la justicia distributiva", aunque admite la generosa excepción que "en determinadas situaciones concretas, en el seno de esa relación y como aspecto de la misma, se produzcan estrictas conmutaciones",

(11) BOBBIO, NORBERTO, "La gran dicotomía: público/privado", en *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1989, pp. 11/32. El resaltado me pertenece.

(12) *Ibid.*, p. 20 y 21.

(13) BARRA, RODOLFO C., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Bs. As., Depalma, pp. 103/221.

poniendo como ejemplo “la relación entablada a través de un contrato administrativo” para la que exige la “aritmética cancelación (...) en todas aquellas situaciones en que se comprometan intercambios patrimoniales entre el Estado y el particular, o bien cuando la relación entre estas partes puede ser reducida a un valor en dinero”.⁽¹⁴⁾

También Miguel S. Marienhoff, incluso en polémica con Barra, insistió en los criterios de justicia distributiva en los que se basa el derecho administrativo. En particular, en materia de responsabilidad del Estado, remite a tal especie de justicia la responsabilidad extracontractual del Estado, y aún la contractual cuando se trata de derechos de origen y naturaleza administrativos. Para Marienhoff “la responsabilidad extracontractual considerada en el derecho privado rígease por criterios de justicia conmutativa, la considerada en derecho público gobiérase por normas y criterios de justicia distributiva”.⁽¹⁵⁾

Juan Carlos Cassagne ha sostenido:

En cuanto al fundamento de la responsabilidad en la teoría de la justicia, no obstante que ello no ha sido objeto de mayor desarrollo en la jurisprudencia de la Corte, juegan las tres especies clásicas, por cuanto si bien la reparación, en sí misma, se rige por los criterios propios de la conmutativa (donde la igualdad se realiza de objeto a objeto) la determinación de límites para fijar la indemnización, en particular respecto de la responsabilidad estatal por acto legítimo se lleva a cabo conforme a las pautas de las justicias distributiva y legal. La primera indica el grado de distribución de los bienes comunes, mientras que es material de la llamada justicia legal el establecer los criterios para medir los estándares de normalidad del funcionamiento del servicio que presta el Estado y, consecuentemente, del deber de soportar el daño.⁽¹⁶⁾

Entonces se ve que, para la responsabilidad del Estado, por su obrar legítimo, típicamente *ius administrativa*, el citado autor da cabida a la justicia distributiva para considerar “el grado de distribución de los bienes

(14) *Ibid.*, pp. 210/211.

(15) MARIENHOFF, MIGUEL S., “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado...”, en LL, 1991-C-1080.

(16) CASSAGNE, JUAN C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en LL, 2000-D-1219.

comunes” que deben destinarse a sostener esa responsabilidad. Aunque la cuestión es solo enunciada y carece de mayor desarrollo, en la nota 13, Cassagne asienta su disidencia con la posición de Barra en cuanto establece que el fundamento de la obligación de indemnizar se encuentra en la justicia legal o general.

5. Justicia distributiva y bienes a distribuir

5.1.

Pero, ¿de qué hablamos cuando nos referimos a la justicia distributiva?⁽¹⁷⁾ De muchas cosas se puede decir que son justas o injustas, por ejemplo, personas, acciones, decisiones, reglas o normas, leyes, instituciones o sistemas sociales. Esta posibilidad se relaciona con una distinción que ya estaba presente en Aristóteles,⁽¹⁸⁾ según la cual “justo”, en principio, es el término para designar la virtud general del carácter de una persona; pero también es el término para calificar un intercambio comercial (justicia aritmética), el grado en que se debe castigar, remediar o reparar una ofensa (justicia retributiva), la proporción en que deben dividirse los beneficios del trabajo cooperativo (justicia distributiva) y la calidad del poder que se ejerce en relaciones entre desiguales (justicia política).

5.2.

Sin embargo, en la discusión moderna y contemporánea de filosofía política relacionada con la justicia, la **justicia distributiva** y la **justicia política** son claramente protagonistas. La preocupación principal de los filósofos de las teorías ilustradas del contrato social, durante los siglos XVII a XIX, consistía en explicar la legitimidad y validez de la organización social y el gobierno. Por esta vía, la apelación a la **justicia de las instituciones que conformaban la sociedad** se convirtió en un tema recurrente.

Si bien en los textos de autores antiguos o medievales se puede encontrar aproximaciones a gran parte de las orientaciones actuales de la discusión, aquellos autores tendieron a considerar a la justicia como un tema vinculado esencialmente con la ética o la moral, y no creían que la filosofía política

(17) Consúltese, con provecho, el trabajo *Algunas consideraciones acerca de la Justicia Distributiva ¿es mejor una buena sopa que las palabras bellas?* de Paulette Dieterlen. También el ensayo de Martín Diego Farrell, *Una sociedad (relativamente) justa*.

(18) *La República*, L. IV; *Ética Nicomaquea*, L. V.

fuera un campo de estudio independiente. Además, la pertenencia de tales discursos a una etapa de la organización social y productiva pre-capitalista explica, por sí mismo, la desactualización de esas posiciones.⁽¹⁹⁾

La cuestión central de la polémica moderna y posmoderna alrededor de la justicia puede formularse de la siguiente manera: ¿cuáles son los principios que deben regir los términos básicos de la cooperación social, esto es, los principios que asignen cargas, responsabilidades y beneficios que se derivan de aquella? O, de otra forma: ¿cuáles son las pautas de organización del poder y de distribución de los bienes sociales que permitan que los miembros de una sociedad, si así lo quieren, sean felices? A partir de este núcleo de interrogantes sobre la justicia es posible hacer interpretaciones más sustantivas de la justicia de las instituciones.

Cuando se habla de “felicidad” en las discusiones sobre filosofía política se hace referencia a que los miembros de una sociedad tienen la capacidad de diseñar y aspirar a la realización de un plan de vida en el cual expresen el conjunto de valores e ideales que cada cual considera valioso y digno de vivir, de manera que, la vida que lleven pueda ser considerada, por ellos mismos, como una vida buena. Esta noción de “felicidad” carece de un contenido específico, esto es, no pretende definir qué es lo que hace felices a los seres humanos: la “felicidad” es un concepto formal, que no prescribe cuál es la vida buena, sino que expresa la suposición de que los individuos son capaces de responder por sí mismos esta pregunta. Pero aunque la noción de felicidad o de lo bueno, pretende ser lo más neutral posible, ella supone una lista de los medios materiales que los seres humanos normalmente requieren para llevar una subsistencia digna (bienestar), que es parte de todo y cualquier contenido específico de la felicidad, así como los medios culturales que permiten escoger y desarrollar una identidad particular que pueda hacer de sus vidas, vidas valiosas.

5.3.

Por lo dicho, propongo actualizar las cartas de navegación para sobre- volar este tema y partir de la obra más significativa que sobre el punto

(19) Un claro ejemplo se encuentra en las 120 páginas del Tratado de R. Barra, quien realiza el análisis del tema a partir de la concepción de la escolástica medioeval; corriente que, más allá de su riqueza y sus debilidades, puede ser dejada de lado para abordar el problema en sociedades inmersas en la globalización capitalista del s. XXI.

se ha escrito en las últimas décadas, la *Teoría de la Justicia* de John Rawls.

Al afirmar que la justicia “es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”⁽²⁰⁾ Rawls se coloca en una postura progresista frente al consenso neoliberal que, dominado por el pensamiento de Hayek, abjura de la mera posibilidad de pensar la justicia social. Para el fundador del neoliberalismo, la justicia social es “una insinuación deshonesta”, “la marca demagógica” o “de un periodismo barato que pensadores responsables deberían avergonzarse de utilizar”.⁽²¹⁾

No es posible siquiera intentar una exposición sistemática y general de la teoría de Rawls,⁽²²⁾ pero sí es necesario precisar que, entre las categorías

(20) Todas las citas de la obra corresponde a: RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, México DF, FCE, 1979, p. 19.

(21) HAYEK, FRIEDRICH A., *Law, Legislation and Liberty*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 1976, pp. 96/100; citado por Atilio Borón, “Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de John Rawls”, en *Análisis Político*, n° 49, Universidad Nacional de Colombia, mayo-agosto 2003, p. 48 y ss.

(22) En forma harto simplificada señalo: i) parte de una premisa: las instituciones básicas de una sociedad no deben distinguirse solamente por ser ordenadas y eficientes; ellas deben ser, sobre todo, justas. Y, si no lo son, entonces, deben ser reformadas o abolidas. Primera premisa, pues: la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, no solo —ni ante todo— una disposición individual. Habrá que precisar, en primer lugar, lo que se entiende por justo e injusto. Pero, una vez definido tal sentido, el concepto de justicia o, mejor, el de justicia social, constituye el punto de vista desde el cual podemos juzgar críticamente si una institución social es justa o injusta y, por lo tanto, si ha de reformarse, abolirse o recrearse sobre bases nuevas. ii) La justicia de la sociedad es un valor prioritario en relación al bien, ya que este depende de los individuos, en particular, y solo puede lograrse en un contexto justo. El bien será una de las múltiples concreciones de lo justo. iii) La sociedad se constituye por un contrato cuyo objetivo último es establecer ciertos criterios básicos de justicia en la estructura de la sociedad (distribución de derechos y deberes fundamentales y determinar la división de las ventajas de la cooperación social), pero los participantes de él desconocen cuál es su posición originaria (velo de ignorancia). iv) Los participantes terminarán comprometiéndose con dos principios fundamentales: iv.a) Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos. iv.b) Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones: primera, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, deben procurar el máximo beneficio de los miembros aventajados de la sociedad.

Las instituciones de una sociedad pueden ser consideradas justas cuando permiten que la vida de las personas dependa de lo que cada uno autónomamente elige, y no de los “azares de la naturaleza”, esto es, las circunstancias que a cada uno le ha tocado vivir, por fortuna o por desgracia. Para ese logro, las instituciones deben dirigirse a igualar a los hombres en sus circunstancias, lo cual se traduce, fundamentalmente, en dotar a cada uno

fundamentales de su teoría, se encuentra la de **bienes primarios**. En el ideal de la concepción liberal los individuos deben ser responsables de sus acciones y no meras víctimas de su destino, a las cuales el Estado debe siempre apoyar. Bienes primarios son aquellos elementos que — en mayor o menor medida— se necesitan para cualquier proyecto racional de vida. Pueden ser tanto **naturales** como **sociales**. Son naturales aquellos que no dependen, por lo menos directamente, de cómo esté configurada la sociedad, aunque esto pueda influir (salud, inteligencia, imaginación, etc.). **Los sociales dependen para su posesión del control de la sociedad. Sobre ellos se puede actuar y son los decisivos en una teoría de la justicia: derechos y libertades, poderes y oportunidades, ingreso y riqueza.** El principal de todos los bienes es el respeto por sí mismo o autoestima en sus dos aspectos: convicción en que el propio proyecto de vida tiene valor y confianza en la propia capacidad, en la medida en que ello depende del propio poder, de realizar las propias intenciones.⁽²³⁾

Aquí el concepto clave es el de bienes primarios que, en Rawls, tiene un carácter cívico-constitutivo. Y estos bienes tienen que ser distribuidos igualitariamente. Los ciudadanos de una comunidad equitativamente justa podrán tener ideas e identidades sociales diferentes, distintos niveles de bienestar, de recursos y de riqueza, mejor o peor suerte, pero todos tendrán los mismos bienes primarios. El conjunto de bienes primarios constituye la base del concepto de ciudadanía y sin ellos la sociedad deja de ser una comunidad cívica propiamente dicha.

6. De vuelta a la responsabilidad

6.1.

Ya anticipé que, de acuerdo con la doctrina más calificada (Marienhoff), la responsabilidad patrimonial del Estado es propia del derecho público y tributa en la justicia distributiva. Y según Bobbio, la dicotomía derecho público-derecho privado trae aparejada "... dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todos los entes de

de un manojito igual de bienes primarios. La igualdad no es rígida, admite aquellas desigualdades que permiten todos mejoren en relación con situación de igualdad inicial (principio de diferencia, incentivos).

(23) TJ, p. 486.

ese universo quedan incluidos en ellas sin excluir a ninguno, y recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente comprendido en la primera no puede ser al mismo tiempo comprendido en la segunda...".

La relación de ambas premisas permite sostener que **la responsabilidad patrimonial del Estado no se somete a las reglas del derecho privado ni a los principios de la justicia conmutativa.**

Aunque los teóricos del derecho de daños han desplegado su artillería para ocupar el territorio de la responsabilidad patrimonial del Estado y pretenden que la reparación integral del daño injusto sea la bandera que flameé para un único y común derecho de daños, no parece que ello sea posible.

Frente a esa pretensión, quiero recordar algo que dijo Oliver Wendell Holmes Jr.⁽²⁴⁾ hace ya más de 100 años que —creo— mantiene vigencia: en materia de responsabilidad extracontractual "el principio general es que la pérdida en un accidente debe quedar donde ocurra, excepto si existe alguna razón para atribuírselo a un tercero". No puede olvidarse una idea básica: **indemnizar no es más que transferir bienes de un patrimonio a otro y para ello se requiere una buena razón.** En caso contrario, cada cual debe asumir los riesgos de vivir en sociedad. Y si esto valía o vale para el derecho privado, más aún lo vale en el derecho público, en que los bienes que van a transferirse a causa de la indemnización forman parte del tesoro público.

6.2.

Los partidarios de la objetivación de la responsabilidad extracontractual acuden siempre a un argumento recurrente: quien se beneficia con una actividad debe soportar los daños por ella causados. Pero ese argumento fracasa, en general, en las actividades de la Administración pública y, en general, en todas aquellas no guiadas por una finalidad lucrativa.

El estándar de la responsabilidad objetiva viene sufriendo un proceso de erosión, pues es desvirtuado por alguno de estos mecanismos: limitar legalmente los conceptos indemnizatorios (exclusión de daño moral, restricción de la indemnización por lucro cesante); tarifar la reparación, también por ley.

(24) WENDELL HOLMES JR., OLIVER, *The common Law*, citado por Juan Carlos Marín González, "Estudio Introdutorio", en Juan Carlos Marín González (comp. y estudio introductorio), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México DF, Porrúa, 2004.

6.3.

Si en nombre del progreso y la solidaridad social se decide pasar alguna actividad —sea, por ejemplo, la fabricación de productos por particulares o la prestación de servicios públicos por el Estado— de un estándar de responsabilidad subjetivo con reparación integral de daños a otro de responsabilidad objetiva, pero con reparación limitada por conceptos o por baremos, la consecuencia será que **la mayoría de las víctimas resultarán infra-indemnizadas aunque todas reciban alguna indemnización**. Así, la responsabilidad objetiva puede llegar a estar más próxima de la seguridad social que del derecho de daños. La idea es indemnizar en todo caso, pero solo en parte. **La cobertura subjetiva es universal, pero objetivamente limitada.**

Lo que parece difícil de soportar para cualquier hacienda pública es un sistema como el que pretende parte de nuestra doctrina: responsabilidad objetiva con reparación integral de daños.

En España, cuyos autores son seguidos a la letra por buena parte de nuestros administrativistas, Santa María Pastor señaló: “Contemplando genéricamente el sistema español de responsabilidad constituye un perfecto ejemplo de improvisación y de ausencia de cálculos financieros sensatos”.⁽²⁵⁾

Y Eduardo García De Enterría, padre espiritual de la responsabilidad objetiva del Estado en su país, rectificó ese criterio a la luz de sus resultados:

... nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público (...) Es un hecho, en definitiva, que la jurisprudencia ha ido extendiendo el ámbito de la responsabilidad de la Administración en términos que, por de pronto, resultan singulares respecto de todos los países occidentales, y que encuentran, además, dificultad de explicación dogmática en bastantes casos, y, finalmente, que comienzan a pesar ya de manera seria sobre las finanzas públicas.⁽²⁶⁾

(25) Prólogo a la obra de DE AHUMADA, FRANCISCO J., *La responsabilidad de las administraciones públicas*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 20.

(26) Prólogo al libro de PUIGPELAT, ORIOL MIR, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19/20.

El impacto sobre las finanzas públicas es uno de los aspectos que no puede estar ajeno en la construcción teórica de la responsabilidad del Estado. Pero tampoco puede dejarse de lado que la responsabilidad del Estado es una de las técnicas de garantía de los derechos de los ciudadanos, pero no la única y, por ello, debe efectuarse una visión general del sistema. Desde esta perspectiva de abordaje, Martín Rebollo, explicó:

Yo mismo, que me he hallado entre quienes defendían el sistema como expresión de una socialización de riesgos colectivos a partir de las ideas o principios clásicos de la igualdad ante las cargas públicas y del criterio de que las consecuencias negativas derivadas de la actividad pública que a todos beneficia deben ser igualmente soportadas por todos y no recaer exclusivamente sobre el patrimonio individual de los perjudicados, he evolucionado hasta otras posiciones menos optimistas a medida que el **Estado ha asumido por otras vías de asistencia social algunas de las funciones que, en otro caso, podrían corresponderle a la responsabilidad.**⁽²⁷⁾

6.4.

No debe perderse de vista que, en este tema, estamos situados en el ámbito de la responsabilidad de derecho público. Creemos que resulta indudable la naturaleza público-administrativa de esa responsabilidad y así lo entienden algunas legislaciones y destacados autores. Si bien en países de estructura unitaria la cuestión de la ubicación científica de dichos preceptos tiene un mayor interés de orden teórico y de técnica legislativa que de índole práctica, es —precisamente— esa falta de consecuencias fácticas la que permite realzar la neutralidad de sus posiciones en cuanto a la naturaleza administrativa del instituto. El debate, allí, no encubre, como aquí, una disputa de poder entre diferentes órdenes del gobierno —federal y provincial— relativo a la jurisdicción con competencia para su reglamentación.

La querrela argumentativa sobre el punto ha terminado con la interpretación que el Congreso de la Nación ha efectuado de sus propias atribuciones al sancionar la ley 26.944, limitándose —como era debido— a regular la responsabilidad del Estado en el ámbito del gobierno federal y dejando fuera de sus disposiciones a las jurisdicciones locales.

(27) REBOLLO, MARTÍN, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones", en RAP, n° 150, 1999, pp. 317/371.

De tal manera, todos los elementos de este instituto (supuestos, requisitos, alcances, prescripción, etc.) pueden ser legítimamente regulados por las provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus respectivos ordenamientos locales.⁽²⁸⁾

Conviene insistir en una idea: la potestad normativa local para regular la responsabilidad patrimonial de los Estados subnacionales era ya aceptada por la doctrina publicista más calificada con anterioridad al dictado de la LRE (Ley de Responsabilidad Estatal).⁽²⁹⁾ Y, si se debatió acerca de si la aplicación de las disposiciones del Código Civil en la materia debía ser directa, supletoria o analógica, fue porque los Estados locales, en general, no se hicieron cargo de regular la responsabilidad estatal en forma integral y sistemática.⁽³⁰⁾

6.5.

Por eso, discrepo con autores que recientemente, y frente a la LRE, afirman que es posible o conveniente que una norma dictada por el Congreso de la Nación (cualquiera sea la modalidad en la que ella ser presente: la de una ley convenio, ley de bases, o ley de presupuestos mínimos) avance en esta materia.⁽³¹⁾ Aceptado el carácter local de la temática, como la propia

(28) Arts. 121, 122 y 129 CN.

(29) REIRIZ, GRACIELA, "Responsabilidad del Estado", en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1996, p. 224, recuerda que Rodolfo Bullrich en 1920 y, luego, Agustín Gordillo en 1959, sustentaron la posición a la que ella adscribió en su libro *Responsabilidad del Estado*. Esas obras, así como las de Miguel S. Marienhoff (t. IV del *Tratado*), Juan Carlos Cassagne (en *Derecho Administrativo*), Bs.As., 1996 o Julio R. Comadira ("La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de jurisdicción y responsabilidad del Estado", EDA, 01/02-756), entre muchos dan cuenta de una seria y sólida corriente doctrinaria que propugnó el carácter local de la normativa sobre responsabilidad del Estado. Quiero recordar, también, los esfuerzos intelectuales de Jorge Luis Salomoni, que sobre este tema escribió un interesante artículo denominado "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del estado en la Argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)". Juan O. Gauna destaca "el valioso y sólido aporte realizado por Graciela Reiriz y se enrola, también, entre quienes reconocen un sistema autónomo y público de responsabilidad del Estado, en "Responsabilidad del Estado. Su jurisdicción", en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2001, p. 420.

(30) SAID, JOSÉ L., "La responsabilidad del Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXVIII, n° 326, pp. 257/258.

(31) IVANEGA, MIRIAM M., "Fundamentos de la responsabilidad de los funcionarios públicos (y las incertidumbres de la Ley N° 26.944)", en *Responsabilidad del estado: apuntes para el estudio de la Ley N° 26.944*, RAP, año XXXVII, n° 437, pp. 16 y 17; GELLI, M. ANGÉLICA, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", en *LL Constitucional*, n° 5, agosto de 2014. La idea tiene antecedente en la posición que expresara por Linares, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Bs. As., Astrea, 1976, p. 113.

ley lo acepta al invitar a las provincias a adherir a su regulación,⁽³²⁾ conviene ser muy claros en este punto.

Expresaba Alberdi: “Conocer y fijar de un modo práctico lo que es del dominio del derecho provincial, y lo que corresponde al derecho de la Confederación toda, establecer con claridad material la línea de división que separa lo provincial de lo nacional, es dar el paso más grande hacia la organización del gobierno común y del gobierno de cada Provincia”.⁽³³⁾

Si bien la Reforma constitucional de 1994 articuló una variante de federalismo de concertación al coordinar las potestades normativas del gobierno federal y de los Estados locales en materia ambiental en el art. 41, párr. 3, con la fórmula “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”; ella no vino a sustituir con carácter general la matriz de división vertical del poder plasmada en el art. 121 CN (bajo un paradigma de federalismo disyuntivo, conocido como “poder residual” de las provincias), sino que otorgó una habilitación especial al Congreso nacional para legislar en una materia concurrente, bajo el principio de “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva”.⁽³⁴⁾

Salvo en cuanto atañe a la cláusula de federalismo ambiental del art. 41, mantienen plena vigencia las enfáticas reflexiones de González Calderón cuando señalaba:

(32) “Art. 11: Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

(33) ALBERDI, JUAN B., *Derecho Público Provincial Argentino*, p. 23; citado por Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, Bs. As., Plus Ultra, 1985, p. 413.

(34) ROSATTI, HORACIO D., *Derecho Ambiental Constitucional*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2007; en particular, capítulo XI: “Los niveles de protección”, p. 111 y ss. El mecanismo de imponer en una norma nacional un “piso” de protección pasible de ser superado por normas locales tiene un claro antecedente en el art. 1º, segunda cláusula, de la Ley 23.098 de Habeas Corpus que establece: “El capítulo tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo ello no obstará a la aplicación de las constituciones de Provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos que se refiere esta ley”.

Así, pues, será necesario encontrar en la Constitución delegado expresa o implícitamente al gobierno federal o a alguno de sus departamentos el poder de que se trate, para decir que le corresponde: **todo lo que no esté allí comprendido, específicamente o por implicancia, como perteneciéndole, es de las provincias**; y al revés, será preciso probar que a estas les ha sido expresamente prohibido el poder de que se trate para decir que no les corresponde: **ellas conservan todo el poder no conferido al gobierno de la Nación.**⁽³⁵⁾

Tal era, también, la posición de Linares Quintana, al sostener: “La Constitución ha delimitado perfectamente las respectivas órbitas de los poderes federales y provinciales, reservándose las Provincias todo el poder que no han delegado, expresa o implícitamente, al gobierno nacional; de lo cual resulta que **las facultades de que están investidos ambos gobiernos, son por naturaleza excluyentes y en modo alguno puede haber simultaneidad sobre los mismos fines**”.⁽³⁶⁾

Suele acudir, para poner en cuestión la posibilidad de que se dicten regímenes normativos diferentes en cada provincia (o en algunas de ellas), al problema de la posible afectación de la garantía de la igualdad de todos los habitantes de la Nación. En ese sentido Gelli sostiene que

... no existe impedimento alguno en que las normas sustantivas —desde la perspectiva de la reparación del daño a la persona, con las singularidades que se considere pertinente incluir— emanen de una legislación uniforme para todo el país porque no dejan de constituir un capítulo, específico, si, del derecho de daños. La especificidad puede regularse en una ley general que garantice, para todos los habitantes del país, los mismos derechos sustantivos pues, estos, derivan del contenido de los códigos materiales”.⁽³⁷⁾

No es, a mi juicio, un argumento de peso; en la medida que esa preocupación no viene articulada con el diseño federal de nuestra patria.

(35) GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Bs. As., Depalma, 1984. p. 73. El resaltado me pertenece.

(36) LINARES QUINTANA, *op. cit.*, p. 426.

(37) GELLI, M. ANGÉLICA, *op. cit.*

Si lo que se pretende decir es que el régimen federal tiene por límite la igualdad de todos los habitantes en sus derechos, deberían (quienes propugnan algo así) dar un paso más y afirmar que no es posible un régimen sustantivamente federal que sea compatible con una igualmente sustantiva garantía de la igualdad. Claro está, no estoy de acuerdo con esas posiciones.

El régimen federal lleva ínsito cierto grado de tolerable desigualdad entre santiagueños, porteños, fueguinos, puntanos, etc. La desigual ordenación administrativa, así como la dispar aplicación de las normas de fondo en cada Estado provincial, es una consecuencia necesaria del régimen federativo de gobierno. A diario los tribunales del país aplican los códigos de fondo con criterios distintos. Existen, en todo el ámbito de cuestiones de derecho público y de derecho privado y común, soluciones diversas para problemas semejantes; dictado de normas, aplicaciones e interpretaciones de otras que no pueden censurarse, sin más, como atentatorias al principio de igualdad ante la ley, sino que son la resultante, expresamente admitidas por la Constitución de las diferencias en la operatividad real de los sistemas jurídicos locales, de acuerdo con las idiosincrasias provinciales.

Claro está que una nueva objeción resulta evidente: no puede vulnerarse el contenido de las normas del derecho internacional de los derechos humanos constitucionalizadas o meramente pactadas en ejercicio de la competencia del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22, CN).⁽³⁸⁾ Pero la vigencia y aplicación de esos tratados no es fuente suficiente para habilitar al Congreso a legislar la responsabilidad patrimonial del Estado de cara a la preservación del derecho de propiedad de los habitantes de la Nación, ya que su aprobación pone en ejercicio la competencia delegada por las provincias en el inc. 22 del art. 75 y no la del inc. 12.

El control que podrá (y deberá) realizarse de la normativa local para examinar si resulta consistente con el derecho internacional de los derechos

(38) Ferreyra examina con detalle esta cuestión en su artículo: FERREYRA, LEANDRO E., "Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local", en *Revista Derecho Público*, año III, n° 8, agosto, 2014. Afirma: "Ahora esas potestades tendrán que respetar un piso mínimo pautado por el sistema de fuentes del derecho argentino, distinto del tope del derecho común que señalaban otros autores. Desde esta mirada la jerarquización de la CADH reforzó los derechos de las personas y asentó un efecto uniformador para el ejercicio de facultades regulatorias locales. De esta manera aparecería una piedra —o una señal de precaución— en el camino de las competencias regulatorias de las provincias y la CABA".

humanos y demás principios constitucionales se tendrá que ajustar a las pautas del art. 28 CN.

6.6.

Me preocupa que, a la hora de considerar los variados aspectos de la RE (responsabilidad del Estado), ante la ausencia de una legislación local específica y la evidencia de cuestiones no tratadas por la ley 26.944, no se tenga presente (la doctrina y los jueces) que se está frente a aquello que Juan F. Linares llamaba “el caso administrativo no previsto”.⁽³⁹⁾ Supuestos en los que, por lo general, no existe ley (local) que regule el asunto, y en los que no cabe limitar la tarea integrativa a hacer mención a la “analogía” o “supletoriedad” del CC o del CCyC, pero efectuar una aplicación “directa” de esas normas al caso, como sucede corrientemente,⁽⁴⁰⁾ pues la aplicación directa **pierde de vista la diferencia sustancial que reside en disponer una reparación con fondos privados bajo pautas conmutativas, o hacerlo con fondos públicos que exigen considerar criterios distributivos.**

Hace algún tiempo⁽⁴¹⁾ sugerí que la determinación de los criterios que guíen la regulación de la responsabilidad del Estado por las legislaturas locales debe comenzar por indagar si la Constitución de ese Estado provincial o de la Ciudad de Buenos Aires establece alguna pauta a ese respecto. Y en caso de que no existan leyes sobre ese tema, corresponde a los jueces formularse el mismo interrogante. Para la Ciudad de Buenos

(39) LINARES, JUAN F., *Caso administrativo no previsto*, op. cit.

(40) Al pasar, anoto que la prohibición de aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones del CCyC a la responsabilidad del Estado que contiene el art. 1° de la ley 26.944 solo rige para la jurisdicción federal. La ley no regula la responsabilidad de las provincias y la CABA y tampoco los dispositivos de integración del sistema jurídico que las leyes locales quieran establecer, o que los jueces adopten en ejercicio de una competencia local. Esta cuestión fue señalada por Alejandro Pérez Hualde en el panel que compartimos en las Jornadas Internacionales Responsabilidad del Estado—Problemas Actuales, realizadas en la Ciudad de Buenos Aires durante el 22 y 23 de junio de 2015, organizadas por el Consejo de la Magistratura de la CABA.

(41) SAID, JOSÉ L., “La responsabilidad del Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, op. cit.; y “... hará responsable al juez que la autorice” (consideraciones sobre la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva en todos los casos de absolución o sobreseimiento)”, en JA, fascículo 14, 2008-IV, pp. 4/18, en particular el punto 29 (la tesis que afirmo en este último trabajo ha sido receptada por el juez de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, magistrado Alejandro Pérez Hualde, en su posición en disidencia en la sentencia del 11/04/2012 dictada en “Fader Mora Carlos Enrique c/ provincia de Mendoza p/ D. Y P. s/ Inc. Cas.”, causa 101.477.

Aires, propuse la definición de principios que establece el Preámbulo sobre el modelo de sociedad que pretende para la comunidad que habita en ella, caracterizándolo como una “una democracia fundada en la (...) la solidaridad, la justicia y los derechos humanos”, entre otros valores; que la declaración del art. 18 refería a que “La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado”; que el art. 51, que ordena que los impuestos y las cargas públicas se basen, entre otros principios y valores, en la equidad y la solidaridad; tienen que tener incidencia en la regulación que de la responsabilidad patrimonial del Estado puede efectuarse en la legislación local o determinarse en las sentencias de sus jueces. De tal forma, en un Estado democrático y social de derecho — como el que debe construirse en la CABA por mandato de su Constitución— la responsabilidad del Estado debe atender no solo a los criterios de reparación, propios de la justicia conmutativa, sino que también —de acuerdo con los principios, valores y reglas constitucionales— debe incorporar pautas de justicia distributiva y operar como una herramienta de redistribución del producto social. Es posible, con fundamento en la Constitución, superar el paradigma *iusprivatista* referido a la reparación, e introducir, también, la solidaridad como valor a ser considerado para ponderar, por ejemplo, la oportunidad, la cuantía de la indemnización o la forma de pago, en los casos de responsabilidad del Estado.

7. Limitación de la responsabilidad y justicia distributiva

Con otros fundamentos, el iusfilósofo australiano John Finnis⁽⁴²⁾ ha abordado el tema que me ocupa con tal claridad que conviene transcribirlo. Dice Finnis: “... Puede haber campos del derecho respecto de los cuales es difícil decir (o al menos es una cuestión de interpretación controvertida) si las reglas están pensadas para asegurar la justicia distributiva o, más bien, la conmutativa. El derecho moderno sobre responsabilidad civil por lesiones personales no intencionadas es un campo de ese tipo, y lo es asimismo, quizás el derecho moderno sobre la imposibilidad de cumplir los contratos”.⁽⁴³⁾ Agrega que, en tiempos recientes, la consideración del derecho de daños como instrumento de la justicia conmutativa:

... ha sido puesta en discusión por otra visión que implícitamente coincide como esencialmente distributiva la función del

(42) FINNIS, JOHN, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2000.

(43) *Ibid.*, p. 208.

derecho sobre compensación por lesiones personales. En esta visión, la cuestión no es (...) “¿cómo debería ser devuelto a su condición anterior alguien lesionado por el comportamiento injusto de otro?”. Esas son cuestiones centrales de la justicia conmutativa. Pero en la visión más nueva, se sostiene que la cuestión es “¿cómo debieran repartirse los riesgos de la vida común, especialmente los riesgos de esas empresas tan esencialmente colaborativas como los viajes y el tráfico por las calles?”. El daño a uno de los participantes se considera entonces como una pérdida incidental que ha de ser contrastada con los beneficios que resultan para todos los que participan en esta esfera de vida común. (...) Por la misma razón, **las pretensiones de la parte lesionada de recibir compensación, que ahora se consideran como inconvenientes de la empresa en común, son tratadas como pretensiones sobre los recursos comunes; y todas estas pretensiones deben por tanto ser medidas por referencia no a la culpa o a la capacidad de pago de ningún transgresor individual, sino en relación con todas las otras pretensiones, de todo tipo, sobre fondos públicos.** Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de la vida en común (...). El modelo distributivo está normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo.⁽⁴⁴⁾

Con toda claridad y justeza Finnis pone en los platillos de la justicia la pretensión resarcitoria, no ya como contrapeso aritmético del daño sufrido, sino que la articula con el peso de las demás pretensiones que, por otros títulos, se dirigen sobre los fondos públicos.

Quiero detenerme en este punto, pues representa el punto central de mis preocupaciones en esta materia. Ya he avanzado en diversas vías de fundamentación para justificar la utilización del sistema de reparaciones como instrumento de justicia distributiva. No se trata de una idea novedosa.

(44) *Ibid.*, p. 209. El resaltado me pertenece.

Luis Martín Rebollo, cronista del Coloquio Europeo citado relata: “El profesor H. W. R. Wade ilustró la discusión aludiendo a la práctica judicial inglesa donde, al parecer, los tribunales sí efectúan la modulación apuntada más atrás tomando como punto de referencia la capacidad contributiva del particular dañado, de forma que la indemnización resultante de la aplicación del principio de responsabilidad cumple un papel político redistributivo”.⁽⁴⁵⁾

También, el representante de Portugal: “al aludir al principio de solidaridad social como fundamento del sistema de responsabilidad, planteó el tema de si el instituto resarcitorio debe servir para perpetuar el mantenimiento de la posición social del dañado o si, por el contrario, puede ser un instrumento para jugar un papel redistributivo, en la mínima medida en que ello sea posible. O lo que es lo mismo, ante un daño personal, ¿se le debe pagar más a quien tiene una posición social elevada o goza de un status profesional privilegiado?”.

Con toda precisión, Rebollo pone de resalto: “el tema tiene, como es obvio, un contenido político evidente y viene a plantear la pregunta de a quién y cuánto se ha de pagar”, y recordó la posición de Leguina quien intervino a propósito de esta cuestión “para decir que el instituto de la responsabilidad tiene que jugar desigualmente a favor de los más débiles, actuando así el principio de igualdad de todos ante la ley”.

Además de los nombrados, Alain Bacquet, *maître de requêtes* del Consejo de Estado francés, sostuvo que “ciertamente, el juez contencioso puede modular la cuantía de la indemnización en función de los criterios apuntados, pero que se trata de un tema eminentemente político. Esa eventual modulación de los Tribunales contencioso-administrativos es lo que permite afirmar, desde otro punto de vista, que las indemnizaciones consistentes en un tanto alzado, en una cantidad fija, implican, de hecho, una cierta desigualdad”.

Como vemos: en España, Portugal, Inglaterra y Francia, se ha considerado la utilización de la ocasión reparatoria para mejorar la condición social de los desafortunados o para reducir la cuantía de la indemnización de quienes se encuentran en una posición social más ventajosa.

8. Recapitulación

Próximo a formular el núcleo central de este artículo, conviene que reitere —y reseñe— las premisas básicas del planteo formuladas hasta ahora:

(45) La lectura de las consideraciones que transcribo motivaron las principales reflexiones que ocupan este artículo.

- a. El Estado es responsable de las actuales situaciones de desigualdad social.
- b. Para que un sistema institucional sea considerado justo debe permitir a todos acceder (o proveerles) a los bienes primarios necesarios para el desarrollo de un plan autónomo de vida.
- c. La actuación del Estado para procurar el bienestar y la dignidad humana se rige, principalmente, por el derecho público.
- d. El derecho público actúa los principios de la justicia distributiva.
- e. La responsabilidad patrimonial del Estado es un capítulo del derecho público, y por ende, sujeto a las pautas de justicia distributiva.
- f. La aplicación de esas pautas puede conllevar que la cuantía de la compensación reparatoria sea inferior a la que correspondería bajo criterios de justicia conmutativa.
- g. La justificación de esa disminución, desde la perspectiva del Estado, está dada por la escasez de los fondos con los que cuenta para hacer frente a las pretensiones, de todo tipo, que se dirigen sobre el tesoro público.

9. Indemnización y función social de la propiedad

No desconozco que quienes asignan una función clásica y ampliamente reparadora de la responsabilidad estatal por daños, podrían argüir que la posición que planteo lesiona el derecho de propiedad de las víctimas, garantizado por el art. 17 CN. La objeción es seria.

Regreso al interrogante de Gargarella, mencionado al inicio de estas líneas: “¿cuál concepción de la propiedad, si es que alguna, resulta compatible con las promesas y los compromisos igualitarios asumidos por la Constitución?”. Allí se centra la cuestión fundamental pues, el sujeto invoca su derecho de propiedad y quiere que sea reparado para lo que deberá destinarse una porción de dineros públicos para cumplir con todos los cometidos constitucionales del Estado.

Considero que la función social de la propiedad puede legitimar con criterios distributivos lo que podría considerarse una merma de la reparación si la cuestión se examina con una perspectiva sinalagmática.

La preocupación por esa función de la propiedad fue considerada por documentos básicos de la doctrina social católica, como la Encíclica *Mater et Magistra*, cuyo párrafo 119 se denomina “Función social de la propiedad” o por la Encíclica *Solicitudo Rei sociale*, extensamente dedicada a la injusticia social, entre otros.

Uno de los más destacados constitucionalistas europeos, el profesor Peter Häberle, señala que el principio de la división de poderes en el Estado constitucional extiende su aplicación desde la organización del Estado (sentido tradicional) al ámbito social y también al económico para evitar los procesos de distorsión del poder que pueden afectar la tarea asignada al Estado de promover el desarrollo equitativo. Y, en ese sentido, menciona, entre otras herramientas: la función social de la propiedad.⁽⁴⁶⁾

En nuestro país, María Angélica Gelli ha escrito:

El derecho de propiedad en su versión liberal es algo más que la posibilidad legal y material de adquirir bienes; implica expectativas y seguridades de recibir algún beneficio de esa cosa, expectativas y seguridades que están protegidas por la ley y garantizadas, en última instancia y en caso de conflicto, por los tribunales. En consecuencia, las decisiones estatales que reglamentan estos derechos para hacerlos operativos o compatibles con otros, para desarrollar derechos en expectativas o **para asegurar el bienestar general establecen bordes al alcance y extensión de aquellos. El problema radica, entonces, en examinar si esos límites implican o no una intolerable alteración del derecho que no puede sostenerse en un análisis mínimo de razonabilidad.**⁽⁴⁷⁾

La autora recuerda:

La reforma constitucional de 1949 —según lo registra el discurso del miembro informante de la mayoría en la Convención Constituyente de aquel año, Arturo Sampay— partió de una interpretación de la Constitución histórica en la que el liberalismo implicaba un concepto absoluto de propiedad y de prescindencia también absoluta por parte del Estado en la generación de la riqueza y la distribución de bienes. (...) las enmiendas de 1949 a más de **introducir el concepto de la función social de la propiedad** y de declarar los derechos sociales (...) fueron más allá de ello y diseñaron un Estado que podía intervenir —mediante el dictado de leyes— en la economía y monopolizar determinada actividad,

(46) HÄBERLE, PETER, *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*, Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004, p. 107.

(47) GELLI, M. ANGÉLICA, "Las libertades económicas y el papel del Estado (acerca de la suspendida Ley de Abastecimiento)", en *La Ley 2006-D*, 108. El resaltado me pertenece.

en salvaguarda de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados por la Constitución (...) En la perspectiva de Sampay, la propiedad privada no dejaba de ser un derecho inherente a la persona humana derivado del derecho de apropiarse del fruto del propio trabajo que, a la vez, tenía una función social en beneficio de la comunidad.⁽⁴⁸⁾

Bastan estas breves anotaciones (y alguna más que efectuaré posteriormente) para dejar señalado que la concepción social del derecho de propiedad, admitida en nuestro contexto jurídico y cultural, podría dar respuesta al interrogante formulado por Gargarella.

Conviene agregar que el propio Vélez Sarsfield advirtió la posibilidad de que el derecho administrativo afectase la concepción liberal absoluta de la propiedad; ya que a la par del art. 2513 CC (“Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, de disponer o servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla”) y de su nota (“... siendo la propiedad absoluta, contiene el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendrá más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”), el codificador redactó el art. 2611 en el cual señaló: “Las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”, con lo que dejó abierto el espacio para que la conciliación de intereses (privados y públicos) pudiera tener cabida pese a proclamar en términos absolutos del derecho de dominio.

10. La perspectiva del deudor

Por último, el CCyC, aprobado por ley 26.944, mantiene en el art. 1742 la incorporación que efectuara la ley 17.711 en el art. 1069, párr. 2 CC,⁽⁴⁹⁾ que da relevancia a la perspectiva del deudor a la hora de determinar el alcance de la reparación. Bajo el enunciado “Atenuación de la responsabilidad” la nueva disposición expresa: “El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho...”.

(48) El resaltado me pertenece.

(49) Texto derogado: “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuera equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

Se ha notado que esta regla “vino a confirmar que el sistema indemnizatorio no es un dispositivo matemático ciego de igualación de un daño con un resarcimiento sino un medio para instaurar justicia en las relaciones humanas”.⁽⁵⁰⁾ Si ello es posible, cuando se trata de la situación de un deudor particular, si la equidad puede hacer suelo en ese tipo de relaciones, a *fortiori* un principio así debe ser considerado cuando quien debe reparar es el Estado, con fondos públicos.

No he encontrado, hasta ahora, buenas razones para no aplicar esa regla al establecer la indemnización cuando el deudor es el Estado, pero —para ser francos— tampoco he advertido que el Estado la invoque en su defensa.

11. Medios limitados y necesidades ilimitadas

11.1.

Al inicio mencioné que la preocupación que compartíamos con los Dres. Rubén Weder e Irmgard Lepenies era (y sigue siéndolo) que una limitada —e insuficiente— cantidad de fondos públicos sea reclamada por diversos actores, con diferentes títulos, para pretender la asignación de una parte de ellos. Y si un segmento de esas demandas tiene por base la responsabilidad patrimonial del Estado: ¿cómo asignar esos fondos a los distintos reclamos?, ¿qué criterios de justicia aplicar?

En filosofía política se han esbozado numerosos criterios —y sus respectivas críticas— para efectuar ese tipo de asignaciones.⁽⁵¹⁾ Así, se ha sostenido que corresponde repartir el bien común:

- a. según las aportaciones que a él se efectúen;
- b. según el mérito de cada uno;
- c. a todos por igual, pase lo que pase;
- d. de manera que se maximice la utilidad colectiva;
- e. de manera que se igualen las capacidades o posibilidades de disfrute;

(50) FRICK, PABLO D., “Indemnizaciones atenuadas por razones de equidad (art. 1069, CCIV)”, en JA, fascículo 1, 2010-II, del 07/04/2010, p. 12, con cita de Jorge J. Llambías, *Código Civil anotado*, t. II-B, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 291.

(51) Sobre la conformación del bien común y los criterios de distribución puede consultarse el trabajo de PEÑA, LORENZO, *La Fundamentación Jurídico-Filosófica de los Derechos de Bienestar*.

- f. de manera que el encargado de la distribución adjudique a los demás según lo él querría que le adjudicaran a él; etc.

En *Crítica al programa de Gotha*, Karl Marx fija una máxima de la distribución, que parte del sentido de la justicia distributiva aristotélica: “¡De cada cual según sus capacidades, a cada cual según necesidades!”.⁽⁵²⁾ El criterio de las necesidades solo señala una buena orientación a seguir, consistente con las directivas de los tratados internacionales de derechos humanos y con la concepción igualitaria de la Constitución Nacional. Pero él no resuelve todas las dificultades, ya que quedan en pie muchas dudas sobre qué necesidades son prioritarias, en qué medida un producto o servicio satisface una necesidad, etc.

11.2.

Me parece claro que, ante la limitación de gran parte de los recursos, **distribuir según las necesidades es una cosa; pero colmar las necesidades, es otra**. Distribuir puede ser más o ser menos. Será más si, colmadas las necesidades, aún sobran recursos o bienes. Ese excedente podría seguir distribuyéndose, según necesidades menos apremiantes; ya que el concepto de necesidades admite grados, que probablemente son grado de apremio de la necesidad. Comer es más necesario que recrearse; habitar una vivienda digna es una necesidad más urgente que disponer de instalaciones deportivas.

Pero distribuir según las necesidades será, generalmente, menos que colmarlas, porque, muy probablemente, los bienes a repartir no logren colmar siquiera las necesidades más apremiantes en un país como el nuestro. En tal caso, habrá que ponderar las necesidades más apremiantes.

El criterio de las necesidades como justificante del derecho al bienestar individual es un criterio redistributivo, con base en la equidad, pero no —lamentablemente— una pauta de adjudicación absoluta. Por más bellas que sean las promesas de la Constitución, en cuanto afirma estados de plenitud y dignidad a ser alcanzados como si ya fueran realidades inmediatamente exigibles, lo cierto es que, en una democracia social, nadie tiene un derecho absoluto a tener cubiertas las propias necesidades individuales, que

(52) Para un análisis de ese postulado, véase, entre otros, la presentación de DE ZUBIRÍA SAMPER, SERGIO, *El marxismo clásico*, en el Seminario organizado por el Grupo Estudiantil TJER, Universidad Distrital de Bogotá, 2006; también el trabajo de BERTRANOU, JULIÁN F., *La dimensión moral en el marxismo: la justicia distributiva en Marx y en los marxistas analíticos*; y en forma más abarcativa, de NOGUERA, JOSÉ ANTONIO, *Rawlsianos, marxistas y santos – una crítica del socialismo igualitarista de G. A. Cohen*.

sea independiente del bienestar general colectivo y de los medios con que el Estado puede satisfacerlas.

Nuevamente, la clave se encuentra en la promesa igualitaria de la Constitución: nuestro derecho básico es a participar en el reparto de la riqueza colectiva según las necesidades, y a que se atienda nuestra situación de postergación (si la hubiera) al momento en que las políticas públicas fijan los criterios de distribución, o, en otros términos, efectúan el *ranking* de necesidades y de necesitados. Tenemos el derecho a que nuestras necesidades no sean excluidas ni ponderadas insuficientemente a la hora del reparto de los bienes comunes.

11.3.

A esta altura, parece claro que la tarea de ponderar las necesidades a satisfacer con los bienes que integran el acervo colectivo debe ser efectuada por quienes ejercen el poder político del Estado. La LRE es un espacio normativo propicio para esa difícil tarea, pero la rigidez normativa que exhibe su texto demuestra que se dejó de lado la posibilidad de enriquecer la técnica reparatoria con nuevas pautas distributivas. Y la cuestión es grave pues, cuando frente a esa masa de dinero —que debe ser distribuida para atender distinto tipo de necesidades con criterios de justicia social— comparecen acreedores que invocan un título fundado en la justicia conmutativa (el derecho a una indemnización integral), **el sistema de derecho público se fractura**. Si se les concede su pretensión, un segmento de los dineros públicos serán excluidos de su distribución según necesidades, como corresponde a la justicia política. Si, por lo contrario, nada se le reconoce, se habrá cometido una injusticia grave, bajo cualquier cartabón de justicia.

12. Algunas cuestiones que la LRE no ha balanceado con justicia (distributiva): derechos no patrimoniales y sectores vulnerables

No voy a detenerme en el examen detallado de ley 26.944, sino solo en dos aspectos que pretenden justificar mi valoración de la actividad legislativa como “oportunidad perdida”, que se encuentran previstos en el art. 5° de la ley. En cuanto consideraré ahora, la norma expresa:

La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

Ricardo Rivero Ortega, con una mirada extranjeramente distante de nuestros apasionados debates, analiza la incidencia de esta regla sobre los principios inspiradores de la RE en la Argentina y afirma “Una regulación tal del alcance de las indemnizaciones no solo atenúa el principio de objetividad, sino que también matiza (...) el principio general de la no inmunidad estatal por los daños que ocasione a las personas”.⁽⁵³⁾

No voy a ahondar aquí en la denominada fuerza expansiva del principio expropiatorio que, luego de Miguel S. Marienhoff,⁽⁵⁴⁾ Julio R. Comadira⁽⁵⁵⁾ tratara con solvencia argumentativa.⁽⁵⁶⁾ Pero sí voy a señalar que María J. Rotaecche ha puesto de resalto que en la nueva ley, la problemática de la reparación del lucro cesante ha sido tratada sin efectuar una distinción fundamental, la que tome en cuenta cuál ha sido el derecho afectado por la acción estatal.⁽⁵⁷⁾ La autora advierte el carácter

(53) RIVERO ORTEGA, RICARDO, “Cuatro aparentes principios de la responsabilidad en Argentina a la vista de la Ley N° 26.944”, en *Responsabilidad del estado: apuntes para el estudio de la Ley N° 26.944*, en RAP, año XXXVII, n° 437, pp. 9/14, en particular, p. 12.

(54) MARIENHOFF, MIGUEL S., además de la exposición en su *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 5ª ed. act., Bs. As., 1992, p. 123; t. I, 4ª ed., Bs. As., 1990, p. 289; t. II, 4ª ed., Bs. As., 1993, p. 634 y ss.; t. III-A, 4ª ed., Bs. As., 1994, p. 560, puede verse, en especial, “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, en *ED*, 114-949; “Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública y distinción de las obligaciones como de medio o de resultado”, en *ED*, 157-749; “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, en *LL*, 1993-E-912.

(55) COMADIRA, J. RODOLFO, “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, en *AAVV, Derecho Administrativo (Homenaje a Miguel S. Marienhoff)*, Juan C. Cassagne, (dir.), Bs. As., LexisNexis/AbeledoPerrot, 1998; N° 1701/004649.

(56) Algunos reparos a dicho principio pueden verse en BARRA, RODOLFO C., *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, en *ED*, 122-859.

(57) ROTAECHE, MARÍA J., exposición en las VII Jornadas Intercatedras de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UBA, realizadas en diciembre de 2014, y en “El alcance de la reparación por la actividad lícita del Estado en casos de afectación de derechos no patrimoniales”, *Revista de Derecho Público 2015-1*, de próxima aparición, Rubinzal.

regresivo de los criterios afirmados en la norma cuando lo que se ha afectado es la vida, la integridad física o la salud de las personas, supuestos estos en los que la jurisprudencia de la CSJN ha avanzado a la reparación plena, de acuerdo con los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

A diferencia de la ley 26.854 sobre medidas cautelares, en las que se hicieron las debidas diferencias entre los derechos patrimoniales y no patrimoniales, entre los sectores vulnerables y los que no lo son a los fines de la tutela, en la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal se trataron todas las situaciones con el mismo parámetro con el que la ley 21.338 de Expropiaciones compensa la desapropiación.

Por mi parte, avancé en la fundamentación del deber de reparar la actividad judicial legítima (no solo la ilegítima) cuando afecta la libertad de las personas. Sostuve, en el trabajo citado en la nota 38 lo siguiente:

Partiré de la regulación constitucional y legal de la propiedad para pensar si resulta posible aplicar, analógicamente, sus criterios a la reparación de la prisión preventiva; máxime cuando la libertad, a diferencia de la propiedad, es un derecho irrenunciable. Se podría objetar a la analogía que pretendo efectuar que mediante la prisión preventiva no se produce ninguna transferencia de derechos hacia el Estado, como sí ocurre en la expropiación. Es cierto. Pero no es ese el problema. La cuestión no reside en si el Estado se beneficia con la medida, sino en si la persona se perjudica especial y singularmente por causa del obrar estatal dirigido a cumplir una función que interesa a la sociedad en general.⁽⁵⁸⁾ En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo recuerda ella en 'Balda', ha establecido otros supuestos, además de la expropiación, en los que impone al Estado el deber de reparar por actividad legítima de sus poderes públicos, sobre la base de los principios de "igualdad ante las cargas públicas", "garantía de la propiedad", "*alterum non laedere*" (arts. 16, 17 y 19, CN) o sobre los principios del Estado de derecho.

Si la Corte admite reparar la afectación de la propiedad y la igualdad por la actividad lícita del Estado en determinados supuestos,

(58) CSJN, "Motor Once, S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires", Fallos: 312:659.

no parece razonable que se niegue a hacerlo cuando lo que se ha afectado es la libertad por “causa de utilidad pública” autorizada por ley. La decisión de las causas penales en delitos de acción pública no involucra (en nuestro sistema jurídico) un conflicto entre los intereses de dos particulares, sino, fundamentalmente, el interés público en perseguir y condenar a los autores de delitos y el de los particulares en no ser detenidos, juzgados ni condenados; en un fenómeno que Eugenio Raúl Zaffaroni⁽⁵⁹⁾ denomina la ‘expropiación’ del conflicto que el Estado efectúa a la víctima.⁽⁶⁰⁾

Carlos A. Ghersi dejó formulado un interrogante que se mantiene vigente y, lamentablemente, sin una buena respuesta:

... cómo es posible que la Corte Nacional haya podido crear la doctrina de la reparación de los actos lícitos que lesionan el patrimonio, conforme a los principios generales del derecho y ello no sea posible para reparar la dignidad de la persona humana dañada en su máxima expresión: la libertad, ¿no es hora de que la verdadera revolución —la de las ideas— aflore sin medir las consecuencias economicistas o meramente dogmáticas? Seguramente Carnelutti diría sin dudar, que es lo menos para humanizar la justicia, devolviendo al ser humano su dignidad mellada.⁽⁶¹⁾

Sin perjuicio de otras cuestiones que merecen examen y debate, entiendo que las cuestiones apuntadas precedentemente muestran un grave desajuste en la ponderación constitucional de valores y bienes, que no atiende con la debida prudencia a quienes se encuentra “proscriptos de la región del bien”,⁽⁶²⁾ desatendiéndose del deber estatal de reparar las injusticias distributivas, que exigen a la Administración y a los jueces comportamientos activos.

(59) ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1989.

(60) SAID, JOSÉ L., “... hará responsable al juez que la autorice” (consideraciones sobre la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva en todos los casos de absolución o sobreseimiento)”, *op. cit.*

(61) GHERSI, CARLOS A., “Responsabilidad el Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de ‘privación legítima de la libertad’ y su obligación de reparación del daño individual”, en *JA*, 1994-I, p. 296 y ss.

(62) La imagen es de Enrique Marí, a quien cito *par coeure*.

El Congreso y el Poder Ejecutivo pudieron pensar la LRE como un mecanismo redistributivo en el contexto de un Estado social de derecho, pero se plegaron a la ortodoxia más restrictiva. En el punto siguiente sugeriré algunas cuestiones que podrían ser debatidas por las provincias y la CABA al elaborar sus propias leyes de responsabilidad patrimonial de los respectivos Estados.

13. Algunas ideas para una ley local (o para reformar la ley nacional)

Michel Serres comienza *El contrato natural* con la descripción de la escena retratada por Goya en *Los duelistas* y señala que “el pintor hundió a los duelistas en el barro hasta las rodillas. A cada movimiento, un agujero viscoso los traga. De tal forma que gradualmente se van enterrando juntos. ¿A qué ritmo? Depende de su agresividad...”.⁽⁶³⁾ Para que las disputas por los presupuestos y alcances de la reparación no terminen hundiendo al Estado y a sus habitantes en el pantanoso territorio de la imposibilidad y, finalmente, la emergencia,⁽⁶⁴⁾ conviene meditar con prudencia los fundamentos de una ley en la materia.

Puede servir como guía la formulación de ciertas dicotomías que realizara García De Enterría en el “IX Coloquio de Derecho Europeo organizado por el Consejo de Europa”.⁽⁶⁵⁾ Las opciones legislativas, que diferencian a los diversos regímenes comparados en esta materia, coinciden sin embargo, en su punto de partida: la existencia de un principio de responsabilidad estatal por sus acciones u omisiones que hunde sus raíces en la defensa del ciudadano postulada por el Estado de derecho. El autor citado sintetizó los grandes problemas del derecho de la responsabilidad del Estado en un grupo de opciones dilemáticas, de las que libremente me permito seleccionar y adaptar en este trabajo algunas:

- i. responsabilidad por culpa o responsabilidad por daños al margen de toda culpa. Los tres grandes sistemas jurídicos, el romanista, el germánico y el del

(63) SERRES, MICHEL, *El contrato natural*, Valencia, Pre-textos, 2004.

(64) GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., describió el proceso que finalizó en la Ley de Consolidación de Deudas, los reclamos de entonces y la dificultad estatal de afrontarlos racionalmente desembocaron en esa emergencia que lleva ya más un cuarto de siglo, en: *Tratado de lo contencioso administrativo*, capítulo VI, Hammurabi, 2004, t. 1, en especial el punto k) “El conflicto entre la emergencia pública y el contencioso administrativo”, p. 314 y ss.

(65) Reseñado por REBOLLO, LUIS M., “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo (A propósito del IX Coloquio de Derecho Europeo organizado por el Consejo de Europa)”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n° 24, Civitas, enero-marzo de 1980, p. 17 y ss.

common law tienen una tradición subjetivista no obstante lo cual se van incorporando criterios de responsabilidad objetiva, tales como, la teoría del riesgo, la inversión de la carga de la prueba en cuanto a la existencia de culpa, el criterio de la lesión objetiva, etc.;

- ii. responsabilidad personal del funcionario y subsidiaria del Estado o responsabilidad directa del Estado;
- iii. responsabilidad por las lesiones ocasionadas por cualquiera de las funciones del Estado (administrador, juez, legislador) o zonas de inmunidad;
- iv. reparación integral o reparación tarifada, dealzada o de equidad. Sobre este tópico, remito a lo que expuse en el apartado 7.

Definidas esas cuestiones, hay otros aspectos que merecerían una consideración particular en una ley integral de responsabilidad patrimonial del Estado, según creo.

Una cuestión se vincula con la necesidad de establecer un **proceso abreviado**, en caso de que no existan dudas ciertas sobre la concurrencia de los presupuestos de la reparación, la opción podría quedar a elección de la parte actora, admitiéndose la oposición fundada de la parte demandada a la tramitación del proceso bajo reglas sumarias, en términos semejantes a los que se ha reglado el juicio sumario en el Código en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego.⁽⁶⁶⁾

(66) Ley 133 - Título VII Proceso - Sumario

Oportunidad. Artículo 61.- En oportunidad de entablar la demanda, la parte actora podrá optar por su tramitación sumaria en los siguientes supuestos:

- a) Si la prueba se limitase a la contenida e incorporada en las actuaciones administrativas directamente relacionadas con la pretensión objeto del proceso y la documental acompañada con la demanda;
- b) si la demanda tuviese por objeto la pretensión de anulación del acto administrativo que concluye un procedimiento licitatorio, de concurso, o de cualquier otro procedimiento de selección; o de actuaciones cumplidas dentro de los mismos que causen gravamen irreparable;
- c) si se tratase de cuestiones previsionales o de empleo público.

Oposición. Artículo 62.- Dentro del quinto día de efectivizado el traslado dispuesto en el artículo 33, la parte demandada podrá oponerse, fundadamente, a la tramitación del proceso por la vía sumaria, por considerar necesaria la producción de otras pruebas además de la señalada en el inciso a) del artículo anterior, o porque la demanda no encuadre en la materia establecida en los incisos b) y c) de aquel artículo. La oposición suspenderá el emplazamiento a contestar la demanda y oponer excepciones.

De la oposición se correrá traslado al actor por el plazo de tres (3) días. Evacuado el traslado o vencido el término para hacerlo, el Tribunal dictará en igual plazo resolución que será irrecurrible.

Otro aspecto significativo se refiere a la **efectividad de la sentencia que condena** a la Administración a abonar la indemnización, que deberá tomar en cuenta la naturaleza de los derechos afectados que dieron lugar a la demanda, la condición de necesidad de la víctima, las posibilidades reales de pago por parte del Estado, etc.

También debiera explorarse si conviene establecer formas de pago que no consistan únicamente en la entrega de una única global. Pienso en la posibilidad de, ante un infortunio que cueste la vida de un trabajador, condenar al Estado a mantener el pago del salario del occiso (claro está, con actualizaciones) a sus derecho habientes, más los restantes capítulos que pudieran derivarse de la pérdida de la vida del agente; o de permitir una vía de pago en especies (entrega de una vivienda, por ejemplo); medidas que, con criterios de justicia distributiva, puedan mejorar la condición social y económica de quien se ha visto agredido por el obrar estatal.⁽⁶⁷⁾

Deben considerarse alternativas que partan de un postulado distinto, a saber: que la definición de una **política indemnizatoria** por parte del Estado nacional o local, o el camino pretoriano de las sentencias, no deberían desatender la caracterización como **Estado social y democrático de derecho** que presenta nuestra Nación, a partir de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el texto constitucional, y de expresas referencias a la justicia social, solidaridad, equidad, que el texto constitucional de 1994 efectúa.⁽⁶⁸⁾

Si acogiera la oposición, dispondrá la tramitación del juicio por las reglas del proceso ordinario y la reanudación del plazo suspendido.

Si el Tribunal al sentenciar en definitiva considerase que la prueba producida resultó innecesaria, inútil o superflua, cuestión sobre la cual deberá expedirse, aplicará a quien dedujo la oposición las sanciones por temeridad y malicia.

Reglas específicas. Artículo 63.- El proceso sumario se regirá por las reglas del proceso ordinario, con las siguientes modificaciones: ...

(67) En el artículo de mi autoría "... hará responsable al juez..." (ya citado) recordé la equilibrada forma en que el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, elaborado bajo la dirección de Julio B. J. Maier (publicado en *Cuadernos de Doctrina Penal n° 1*, Bs. As., Depalma, 1987) regulaba la reparación objetiva y tasada en estos supuestos especiales y sugerí las pautas que una ley debería considerar para reglar estas situaciones reparatorias. El sistema propuesto en ese proyecto conjugaba adecuadamente la necesidad de que el Estado asuma su deber de reparar, la fijación de pautas objetivas para hacerlo y un procedimiento sencillo para su determinación. Además, no privaba al imputado de optar por una reparación mayor si consideraba insatisfactoria la determinación que resultaba de las pautas tasadas. Me remito a lo dicho allí, si alguien se interesa en el tópico.

(68) En tal sentido, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "La Constitución Económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", en *Cuestiones Constitucionales*, n° 6, enero-junio de 2002, p. 6.

Podrán, entonces, las leyes y los jueces considerar la **solidaridad** como valor de referencia⁽⁶⁹⁾ al momento de ponderar, por ejemplo, la oportunidad, la cuantía y la forma de pago de la indemnización. Así, de acuerdo con la posición social, económica y cultural del afectado, su situación familiar y personal, podrá considerarse si la indemnización debe abonarse íntegra en un solo pago o puede establecerse un mecanismo de pago en cuotas que sustituya un salario, si es preciso incrementar el valor de la indemnización para compensar la pobreza de la persona o si puede disminuirse ante la solvencia económica del particular, si debe abonarse en dinero o compensarse con la entrega en propiedad de una vivienda o máquinas o herramientas de trabajo, por ejemplo.

14. Para terminar

He escrito reiteradamente la palabra **justicia** a lo largo de este artículo.⁽⁷⁰⁾ Ese punto de partida puede ser, y ya ha sido, recusado por un jurista de la talla de Alf Ross:

Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace a la propia exigencia de un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la "justicia", porque nada dice que pueda ser argüido a favor o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto (...) es una actitud militante de tipo biológico-emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses.⁽⁷¹⁾

No obstante la contundente objeción, insistiré mi militante actitud "biológico-emocional" y agregaré sencillamente que allí, en la cúspide del ordenamiento jurídico nacional, la Constitución (cuyas palabras deberían ser tomadas con la mayor seriedad) exige "afianzar la justicia" para conformar el país en el que todos merecemos vivir.

(69) Dedicué un trabajo anterior al problema de los valores en la racionalidad jurídica del Iluminismo: "Aproximación a las nociones de 'derecho', 'justicia' e 'igualdad' en la 'Dialéctica del Iluminismo'", en *Actualidad en el Derecho Público*, n° 7, septiembre-diciembre de 1997.

(70) Sobre este punto aconsejo la lectura del artículo de NINO, CARLOS S., "Justicia", en *Doxa*, n° 14, 1993.

(71) ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, cap. XII y LXIII.

La responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza

Dictamen de los proyectos de ley presentados en la legislatura provincial

ABEL ALBARRACÍN



El presente trabajo condensa los aspectos esenciales contenidos en el dictamen elaborado el 8 de junio de 2015 (esto es, poco tiempo antes de la entrada en vigencia de la ley 26.994), a petición del Honorable Senado provincial, que se solicitó opinión jurídica sobre aspectos referidos a los dos proyectos de ley presentados en ese órgano para regular la materia de la responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza, a tenor de las previsiones de los arts. 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial.

Dichos proyectos —cuyos textos se agregan como anexos al presente—, presentados en los expedientes 65.483 por los senadores Juan Carlos Jaliff y Raúl Ferrer; y 65.729 por el senador Fernando Simón, serán individualizados seguidamente como primer y segundo proyecto a los efectos de simplificar su análisis, y para desprenderlos de cualquier connotación político partidaria. Salvo esta introducción y los conceptos vertidos en el punto 5, “Conclusiones generales”, el texto es una transcripción del dictamen oportunamente emitido en relación a los dos proyectos de ley.

1. Consideraciones generales

En primer término, corresponde señalar que la cuestión relativa a la ubicación de la materia referida a la responsabilidad extrapatrimonial del Estado ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina, dividida entre quienes sostenían que era parte del derecho privado⁽¹⁾ y quienes consideraban que, al no ser una facultad delegada por las provincias,⁽²⁾ correspondía que fuera regulada por el derecho público local.⁽³⁾

Sin extenderme en este sentido, conviene recordar que los redactores del Proyecto del Código Civil y Comercial, designados por decreto 191/2011, previeron los lineamientos básicos de este tipo de responsabilidad bajo la Sección **Responsabilidad especial**, arts. 1764 a 1766, en los que dieron tratamiento expreso a la naturaleza de la responsabilidad, a la responsabilidad por acción u omisión ilegítima de la administración, y a la responsabilidad por accionar legítimo, su alcance resarcitorio, y la responsabilidad del funcionario público.

La posición final del Poder Ejecutivo al remitir el proyecto de ley elaborado por la Comisión citada implicó una evidente toma de posición en esta cuestión largamente debatida, toda vez que mutó los artículos referidos y los reemplazó por una disposición que impide la aplicación de las disposiciones de este Título del CCyC a la responsabilidad del Estado de manera directa y subsidiaria (art. 1764), y por otras dos que remiten, para la regulación la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (arts. 1765 y 1766 respectivamente), adhiriendo, en definitiva, a la segunda de las posturas señaladas precedentemente, lo que fue avalado en la órbita legislativa con la sanción de la ley 26.944, que regula esta materia en forma independiente del CCyC y descentralizada en las autonomías provinciales y Estado nacional.

Respecto de la norma federal, solo señalaré en forma sintética (pero necesaria, ya que será también, elemento de comparación en el presente

(1) Mosset Iturraspe, Jorge; Alterini, Jorge y Lloveras, Néstor; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos, Pizarro, Ramón; Cuadros, Oscar, entre otros.

(2) Ver temprano fallo CSJN, "Resoagli, Luis c/ Prov. de Corrientes", 31/07/1869, Fallos: 7:373.

(3) Bielsa, Rafael, Marienhoff, Miguel S.; Sarmiento García, Jorge; Comadira, Julio; Cas-sagne, Juan Carlos; Hutchinson, Tomás; Fiorini, Bartolomé; Pérez Hualde, Alejandro y Bustelo, Ernesto, Perrino, Pablo.

trabajo), que si bien ha sido severamente cuestionada en cuanto a la forma de resolver diversos aspectos, lo cierto es que la mayoría de sus artículos, con limitadísimas excepciones,⁽⁴⁾ tienen fundamento jurisprudencial incuestionable, por lo que entiendo conveniente traer en el desarrollo de cada uno de los artículos de los proyectos provinciales, el fundamento jurisprudencial respectivo y la analogía con la norma nacional, en el caso de que esta exista, para ilustrar debidamente el criterio del lector.

2. Situación de las provincias frente a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial

El 1 de agosto de 2015 entrará en vigencia el nuevo CCyC, cuyo art. 1764, como ya anticipé, prevé expresamente la imposibilidad de aplicar directa o subsidiariamente las normas de ese instrumento legal para resolver aspectos relativos a la responsabilidad extracontractual del Estado. Ello lleva a una primera aproximación de relevancia en relación al tema en análisis y a las diversas hipótesis que podría enfrentar la provincia de Mendoza (o cualquier otra) ante esta disposición cuando entre en vigencia el texto normativo nacional citado:

1. puede adherir a la norma federal en el marco de la previsión del art. 11 de la ley 26.944, cuya consecuencia inmediata será incorporar la misma como derecho local y ponerla en vigencia en el territorio provincial;
2. puede emitir su propia normativa, en el marco de las disposiciones contenidas en los arts. 1764 a 1766 CCyC, y regular, siempre dentro de los cánones constitucionales (art. 14, 16, 17 y 19 primera parte de la CN) y convencionales, los aspectos referidos a esta materia, como propio del derecho local;
3. o puede omitir la adhesión legislativa y la sanción de la norma provincial, en cuyo caso los aspectos relativos a esta materia seguirán resolviéndose por aplicación analógica (que no se encuentra prohibida por el art. 1764 CCyC) de las normas de derecho civil. Es relevante recordar, en este último supuesto, que el nacimiento y desarrollo de los lineamientos relativos a esta materia ha sido eminentemente jurisprudencial hasta la reciente sanción específica de la ley 26.944, por lo que esta solución no encontraría obstáculo alguno para su materialización (en especial teniendo en consideración los arts. 15 CC y 3° CCyC).

(4) Pueden citarse como aspectos controvertidos lo referido a la imposibilidad de imponer al estado y sus agentes sanciones conminatorias o la limitación de los rubros indemnizatorios en los supuestos de responsabilidad por accionar legítimo del estado, como los más relevantes.

3. Las facultades provinciales para el dictado de la normativa relativa a la responsabilidad extrapatrimonial del Estado

Comparto la opinión de quienes consideran que la regulación de los aspectos referidos a la responsabilidad del Estado por su accionar dañoso extracontractual es de regulación provincial (o nacional) por ser una facultad no delegada, de índole administrativa, conforme surge de la interpretación dada por la CSJN en el *leading case* “Barreto”⁽⁵⁾, reiterada en diversos fallos análogos posteriores,⁽⁶⁾ y en el dictamen de la Procuradora Fiscal, al que la CSJN adhirió, en la causa “Schivone”.⁽⁷⁾

Esta ha sido también doctrina tradicional del derecho administrativo,⁽⁸⁾ e importa el reconocimiento de la “responsabilidad extracontractual del Estado” como materia de derecho administrativo y de regulación provincial (arts. 5º, 121, 123, 126 y 129 CN).

4. Análisis de los proyectos evaluados en el dictamen

En este marco general, la provincia de Mendoza tiene en trámite dos proyectos de ley que regularían la materia respecto de cuyos articulados se efectuarán las consideraciones que se entienden relevantes en relación a cada uno, así como se recomendarán las eventuales modificaciones o rectificaciones —y sus fundamentaciones— que se consideren oportunas y que pueden introducirse.

En relación al art. 1º del primer proyecto

Primera parte (ámbito de aplicación): circunscribe debidamente el ámbito de aplicación material, similar a la de la primera parte del art. 1º ley 26.944.

Segunda parte (carácter de la responsabilidad): en relación a la consideración de este tipo de responsabilidad como “objetiva y directa” (art. 1º

(5) CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 21/03/2006, Fallos: 329:759

(6) CSJN, “Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 18/04/2006, Fallos: 329:1311; “Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 09/05/2006, Fallos: 329:1603; y “Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra (Provincia de Buenos Aires) s/ daños y perjuicios”, 30/05/2006, Fallos: 329:2069.

(7) CSJN, “Schivone, Diego Gerardo c/ Provincia de Tucumán y otros s/ daños y perjuicios”, 27/05/2009, Fallos: 331:2534.

(8) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, Bs. As., 1973, t. IV, p. 719, con referencia a la actuación estatal en el campo del derecho público.

segunda parte, ley 26.944), deviene también del desarrollo jurisprudencial de la CSJN a partir del caso “Vadell”,⁽⁹⁾ en el cual se sostuvo, con base en la teoría del órgano, que la responsabilidad estatal no es indirecta (art. 1113 CC) sino directa, y se basa en la idea objetiva de la “falta de servicio” cuyo fundamento se encuentra en el art. 1112 CC. Produce la “objetivación” de esta causal en tanto afirma que la falta de servicio es objetiva y que encuentra su fundamento en el art. 1112 CC, precisando que la responsabilidad extracontractual del Estado, en este caso, no es indirecta sino principal y directa.

Tercera parte (inaplicabilidad de normas del CC): posee una redacción adecuada, análoga a la incorporada en el art. 1º, párr. 2, ley 26.944 pero más completa, toda vez que respetando la limitación impuesta por la norma contenida en el art. 1764 del CCyC (imposibilidad de aplicación subsidiaria o directa de las normas del Código), aclara, en la parte final de su primer apartado, que es procedente la aplicación analógica de aquel cuerpo legal, lo que resulta esencial a los efectos interpretativos e integrativos. La aplicación analógica fue sostenida también por la CSJN,⁽¹⁰⁾ aunque también existen antecedentes en los cuales se admitía la aplicación subsidiaria, lo que hoy se ve impedido.⁽¹¹⁾

Finalmente, es de destacar que este proyecto no posee previsión alguna relativa a la imposibilidad de imponer al estado o sus agentes o funcionarios sanciones disuasivas, lo que también parece adecuado, ya que éstas son un instrumento eficaz para garantizar el oportuno cumplimiento de las decisiones judiciales.

En relación al art. 1º del segundo proyecto,

Considero que tiene diversos desaciertos:

- a. en primer término, considera que tampoco es procedente la aplicación analógica (“ni”) del CCyC, lo que jurídicamente es claramente improcedente ya que existen cuestiones troncales que están evidentemente regidas en aquel cuerpo normativo (imputabilidad, factores de atribución, relación de

(9) CSJN, “Vadell, Jorge F. c/ Buenos Aires, Provincia de”, Fallos: 306:2030, 18/12/1984.

(10) CSJN, “Cipollini, Juan Silvano c/ Dirección Nacional de Vialidad y otra”, 1978, Fallos: 300:143; y “El Panamericano SACI y F c/ Nación Argentina”, 1982, Fallos: 304:721.

(11) CSJN, “Barreto, Alberto Damián...”, fallo cit, consid 12; y “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, 06/03/2007, Fallos: 330:563.

causalidad, etc.), por lo que la aplicación analógica debe admitirse a los efectos mencionados;

- b. tampoco coincido con la previsión de la tercera parte, análoga a la de la ley 26.944 (imposibilidad de imponer sanciones disuasivas al estado y sus agentes), por las razones citadas *ut supra*.

En cambio, la disposición es prudente y da previsibilidad de la parte final, en cuanto circunscribe en forma precisa el ámbito de aplicación institucional y remite al accionar de los entes (previstos en el art. 4° y cctes., ley 8706, que precisa que se entiende por Administración Pública), evitando con ello un halo de indefiniciones que ya han sido puestas de manifiesto por la Fiscalía de Estado en el dictamen 347/2011 al resolver un supuesto de incompatibilidad en el que la determinación de este concepto era un elemento esencial.

Conclusión

Entiendo que es conveniente mantener la redacción del primer proyecto, con la inclusión de la cuarta parte del segundo proyecto.

En relación al art. 2° de ambos proyectos

Aquí se da tratamiento a las **causales de exclusión de la responsabilidad del Estado**, y ambos textos son análogos. Ostentan, sin embargo, una diferencia relevante: el segundo proyecto prevé la responsabilidad concurrente del Estado provincial cuando es corresponsable del daño producido, por lo que parece más adecuado.

Conclusión

Se verifica como más adecuado el texto del segundo de los proyectos.

En relación al art. 3° de ambos proyectos

Se trata la **responsabilidad por accionar u omisión ilegítimas**. La redacción es idéntica en sus tres primeros incisos (igual que las previsiones del art. 3° ley 26.944). Se requiere la existencia de daño cierto y mensurable en dinero, imputabilidad y relación de causalidad. Este último elemento deberá analizarse a la luz de la teoría de la causa adecuada, que es en principio la que adopta nuestro Código Civil (art. 906) y la que, si bien no es aplicable sin más a otras ramas del derecho,⁽¹²⁾ sí ha sido admitida —por

(12) En este sentido, véase LÓPEZ MESA, MARCELO J., "El mito de la causalidad adecuada", en *La Ley* 2008-B, 861. Allí el autor expresa "Nuestra jurisprudencia parece no haber comprendido

una corriente doctrinaria importante—⁽¹³⁾ como aplicable en los casos de responsabilidad del Estado por actos ilícitos. También la CSJN ha receptado esta posición.⁽¹⁴⁾

Incorpora —inc. d, ambos proyectos— la responsabilidad por omisión ilegítima, con los recaudos que surgen básicamente de los fallos “Zacarías” y “Mosca”.⁽¹⁵⁾

Regula la responsabilidad por omisión en forma análoga al art. 1074 CC, aunque la remisión a un “deber normativo” la hace más amplio frente a la remisión a la “disposición de ley” usada en el art. 1074 CC.

En el segundo proyecto, no obstante, se establecen parámetros con los que la SCJ Mendoza, en “Torres c/ Prov. de Mendoza”, amplió la responsabilidad al no someterla solo a la existencia de un “mandato expreso” (ley 26.944) sino también a los requisitos señalados en dicho fallo.

Conclusión

Ambos textos tienen fundamento normativo y jurisprudencial y dependerá de la opción legislativa en este sentido, teniendo presente que la parte final del segundo proyecto da mayor amplitud a la responsabilidad del Estado provincial.

En relación al art. 4° de ambos proyectos

En cuanto a la **responsabilidad por accionar legítimo del Estado**, ambos textos guardan un alto grado de analogía (también con el art. 4° ley 26.944). Preven, para su procedencia, recaudos que la jurisprudencia ha establecido para este tipo de responsabilidad, agravando las condiciones que deben verificarse: relación de causalidad exclusiva (“directa e inmediata”

todavía que la causalidad adecuada, que es un requisito de la responsabilidad civil, no lo es en materia de responsabilidad por daño ambiental, a tenor de lo dispuesto en el art. 4° de la ley 25.675, ley general del ambiente”.

(13) ABERASTURY, PEDRO, “Principios de la responsabilidad del Estado”, en P. Aberastury (dir.) *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., LexisNexis, 2007.

(14) CSJN, “Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 12/06/2007, Fallos: 330:2748.

(15) CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo...” fallo cit.; y “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, 28/04/1998, Fallos: 321:1124. Se recoge así doctrina de los fallos: “De Gandía”, “Pose c/ Chubut”, “Bulloroni c/ Córdoba”, Ruiz Mirtha c/ Córdoba”, “Friar”, “Parisi de Frezzini c/ Lab. Huilén y otros p. D y P”, “Migoya, Carlos Alberto” y “Carballo de Pochat”, entre otros.

utilizan ambos proyectos); y ausencia del deber jurídico de soportar el daño y sacrificio especial, aspectos no requeridos en la responsabilidad por acción u omisión ilegítima. En relación a la responsabilidad por accionar lícito del Estado, la jurisprudencia vernácula ha receptado la misma siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- a. la imputabilidad del perjuicio al Estado;
- b. el daño cierto, real y cuantificable;
- c. vínculo de causalidad directo, inmediato y exclusivo;⁽¹⁶⁾
- d. sacrificio especial;⁽¹⁷⁾ y
- e. ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

El fundamento de esta responsabilidad, propia del derecho público, ha sido fundada por la jurisprudencia en los arts. 14 y 17 CN (derecho de propiedad).⁽¹⁸⁾ También, en antiguos fallos, la CSJN ha reconocido la responsabilidad estatal con fundamento en la equidad;⁽¹⁹⁾ en el art. 19 CN,

(16) CSJN, "Ledesma SA. Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (M°. de Economía) s/ nulidad de resolución", 31/10/1989, Fallos: 312:2022. "... No resulta óbice para ello el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal, toda vez que resulta necesario acreditar — aun desde este punto de vista— la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue, sin intervención extraña que pudiere influir en el nexa causal". Ver también el fallo del caso "Tejedurías Magallanes", entre otros.

(17) CSJN, "Román SAC. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia s/ cobro de pesos", 13/10/1994, Fallos: 317:1233. "... Que es menester poner de relieve que la lesión de derechos particulares susceptible de indemnización en virtud de la doctrina indicada no comprende a los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad; en consecuencia, solo comprende a los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual; que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la CN (Fallos: 308:2626)...". Ver también los fallos en los casos "Laplacette", Cantón Mario Elbio", "Columbia SA de Ahorro", "García Ricardo y ot. c/ Bs. As.", entre otros.

(18) CSJN, "Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Prov. de Mendoza", 1962, Fallos: 253:316. Ver también "Sánchez, Arturo Horacio c/ SEGBA", Fallos: 274:432; "Bocarra, Armando c/ Nación", Fallos: 277:225; "Cipolini, Juan c/ DNV", Fallos: 301:403; "Cantón, Mario E. c/ Nación", Fallos: 301:403, "Winkler, Juan L. c/ Nación", Fallos: 305:1045.

(19) CSJN, "Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de la Ensenada c/ Gob. Nacional", 1909, Fallos: 111:107; "Banco de Londres y Brasil c/ Fisco Nacional", 1919, Fallos: 129:5.

del cual deriva la regla que prohíbe perjudicar derechos de terceros (*alterum non laedere*),⁽²⁰⁾ y en el art. 16 CN, igualdad de las cargas públicas y sacrificio especial.⁽²¹⁾

Con respecto al concepto de “sacrificio especial”, tempranamente elaborado por la CSJN,⁽²²⁾ adoptó diversos criterios para su determinación: en algunos casos de tipo cuantitativo, en cuanto el accionar legítimo abarca a un número limitado de personas,⁽²³⁾ en otros cualitativo, basado en la intensidad o gravedad del daño producido,⁽²⁴⁾ o en que supera la medida de lo normal o razonable.⁽²⁵⁾

Conclusión

Ambos artículos resultan correctamente incorporados y redactados, ajustados a los criterios jurisprudenciales de la CSJN.

En relación al art. 5° del primer proyecto

La previsión del art. 5° del primer proyecto (**carácter, fundamento y alcance del resarcimiento de la reparación en caso de responsabilidad por accionar legítimo de la administración**) posee tres aspectos a tener en cuenta:

- I. la primera parte es de una generalidad que poco aporta a dar precisiones en relación a la naturaleza y alcance de este tipo de responsabilidad toda vez que los arts. 16 y 17 CN son fundamento genérico de la responsabilidad por accionar legítimo reiteradamente citados por la jurisprudencia nacional, conforme se verificó en los párrafos anteriores con citas jurisprudenciales suficientes;

(20) CSJN, “Gunther, Fernando c/ Nación”, Fallos: 308:118; “Lew, Benjamín y otro c/ Estado Nacional”, Fallos: 320:1999; “Aquino, Isacio, c/ Cargo Servicios Industriales SA”, Fallos: 327:3753, entre otros.

(21) CSJN, “García Ricardo y otro c/ Prov. de Buenos Aires”, 08/09/1892, Fallos: 315:1892; “Azzetti, Eduardo c/ la Nación, ejército”, 10/12/1998, Fallos: 321:3363; “Pistone, Ciro c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 09/05/2006, Fallos: 330:2464.

(22) CSJN, “Fisco Nacional c/ Arrupé Ltda.”, 28/09/1936, Fallos: 176:111; “Establecimientos Americanos Graty SA c/ Nación”, 18/03/1938, Fallos: 180:107 y “Carlos Reisz SRL y Cía. c/ Nación”, 14/10/1960, Fallos: 248:79.

(23) CSJN, “Buenos Aires Eximport SA c/ Estado Nacional”, 30/03/1993, Fallos: 316:397; y “Azzetti, Eduardo c/ Nación, (Ejército)”, 10/12/1998, Fallos: 321:3363.

(24) CSJN, “García Ricardo y ot. c/ Bs. As.”, 08/09/1992, Fallos: 315:1892; “Pistone, Ciro c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 29/05/2007, Fallos: 330:2464.

(25) CSJN, “Jullerat Milton E. c/ Mun. Cdad. de Buenos Aires”, 23/12/1986, Fallos: 308:2626.

2. elimina el término “actual” en el inciso a —que sí incorpora la ley 26.944—, lo que parece hacer procedente la indemnización por lucro cesante, aunque ese rubro luego se ve restringido en la parte final; y
3. la segunda parte es más delimitativa y toma casi textual la fórmula reparatoria que preveía el art. 1766 de Proyecto de CCyC, reconociendo como rubros indemnizables el daño emergente así como el valor de las inversiones no amortizadas en cuanto hayan sido razonables para su giro.

En relación al art. 5º del segundo proyecto

Tiene una primera parte análoga, de mayor precisión conceptual y cuyo final reproduce también las previsiones del art. 1766 del Proyecto CCyC, por lo que no tiene, en cuanto al alcance de la indemnización, mayores diferencias respecto del primer proyecto analizado.

Es de destacar, sin embargo, que posee una segunda parte que, por su redacción, parece eliminar la posibilidad de reclamar daño moral al prever que no se tendrán en cuenta situaciones personales, ni valores afectivos —análoga redacción a la del art. 6º ley 26.944—, salvo que se encontraren afectados la vida, la salud o la integridad física de las personas, en cuyo caso se habilita al juez para regular prudencialmente el lucro cesante.

La problemática respecto del alcance de los rubros a incorporar en la indemnización por daños provenientes de la actividad legítima del Estado ha generado distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales

Se limitan los rubros indemnizatorios con fundamento en fallos de la CSJN como “Laplacette”, “Cantón”, “Winkler” o “Motor Once” —en el cual, siguiendo el dictamen de la Procuradora, Dra. Reiriz, se hizo aplicación analógica del art. 10 de la Ley 21.499 de Expropiaciones, que solo reconoce la reparación del daño emergente excluyendo el lucro cesante—, ⁽²⁶⁾ descartando la orientación jurisprudencial de “Juncalán” —voto del Dr. Bacqué—, “El Jacarandá”, “Zona Franca Santa Cruz” —con disidencia de la Dra. H. de Nolasco, quien mantiene la postura sostenida en “Motor Once” y, más recientemente, en “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional”.

(26) Art. 10 ley 26.944: “La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

Conclusión

En definitiva, ambos artículos limitan —en principio— la responsabilidad al daño emergente aunque, en el primero de los proyectos, puede incorporarse el valor de las inversiones no amortizadas cuando sean razonables para su giro. El segundo proyecto permite que el juez reconozca prudentemente una indemnización por lucro cesante cuando se ha afectado la vida o salud humana —lo que es coherente con la doctrina de la CSJN en cuanto no reconoce indemnizaciones limitadas y/o tarifadas cuando está en juego la vida o la integridad física de las personas, v. gr., fallos “Aquino” y “Rodríguez Pereira”—, por lo que el texto general del artículo del segundo proyecto parece más adecuado. Considero que sería oportuno, además, agregar al mismo que el juez ostentará la misma facultad cuando el rubro esencial a indemnizar sea el lucro cesante, ya que de lo contrario podría verse afectada la previsión de los arts. 16, 17 y resultar confiscatorio (por ej., cierre de una calle comercial por lapso extenso de tiempo para reparación).

En relación al art. 6° del primer proyecto

Se refiere a la **responsabilidad por accionar judicial legítimo del Estado. Remite a los arts. 4° y 5° y admite la responsabilidad por accionar legítimo e ilegítimo según las condiciones impuestas en los mismos**; mientras que el segundo proyecto prevé, en la parte final del art. 5°, que los daños por la actividad judicial legítima no son indemnizables —en idéntica forma al art. 6° ley 26.944—, de lo que resulta que solo se respondería **por el accionar ilegítimo judicial**.

Respecto a la responsabilidad por accionar judicial legítimo, la previsión —obviamente— no alcanza al accionar ilegítimo, como podría ocurrir en el caso de error judicial o demora en la tramitación de los procesos administrativos o judiciales.⁽²⁷⁾

(27) CSJN, “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios varios”, 01/11/1999, Fallos: 322:2683, en el que se reconoce la falta de servicio por el mantenimiento excesivo de una prisión preventiva innecesaria —con fundamento entre otros en el art. 7° inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica—; “Lociser Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol. 169/05 10556666/86 Sum Fin 708”, 26/06/2012, con cita de fallos 272:188, 300:1102, 332:1492; y Corte IDH “Caso Tribunal Constitucional vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 31/01/2001 —sumario del BCRA que duró casi 20 años—.

Conclusión

Considero que el párrafo final incorporado en el art. 5° del segundo proyecto resulta una previsión legal más adecuada.

En relación al art. 6° del segundo proyecto

Este artículo no tiene correlación en el primer proyecto al menos en el texto que he tenido a la vista. Si bien en el considerando 15 del Mensaje expresamente consigna que “una diferencia sustancial con la ley nacional radica en atribuir responsabilidad al Estado cuando el daño lo causen sus contratistas...”, lo cierto es que el mencionado artículo de la parte dispositiva solo contiene previsión respecto de la responsabilidad por acto judicial legítimo. Ahora bien, del considerando surge la voluntad política de responsabilizar al estado por el accionar de sus contratistas (no aclara si en forma solidaria o subsidiaria y aunque no tiene reflejo en el artículo según ya expresé), mientras que el art. 6° del segundo proyecto prevé expresamente la responsabilidad subsidiaria del estado provincial (en forma también diferente a la Ley nacional en su art. 6°).

Sin extenderme demasiado en relación a este artículo me permito **disentir** con ambas regulaciones, que podrían comprometer sustancialmente el erario provincial. Adhiero en este sentido a la postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia que sientan el principio de “irresponsabilidad del estado por perjuicio de sus contratistas”.⁽²⁸⁾ Los fallos de la CSJN también se han orientado en este sentido.⁽²⁹⁾ Ello no importa desconocer posiciones doctrinarias y jurisprudenciales minoritarias que adoptan posición contraria que no comparto.⁽³⁰⁾

Asimismo, corresponde destacar que lo posición asumida no impide responsabilizar al estado provincial en tanto se verifiquen los recaudos

(28) Entre los autores que sostienen la irresponsabilidad del Estado puede citarse a Marienhoff, Pérez Hualde, Perrino, Gordillo, Rizzo.

(29) CSJN, “Ruiz, Mirtha Edith y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 27/12/1990, Fallos: 312:2138; “Sarro, Antonio c/ Oca SRL” Fallos: 313:1636; “Colavita”, Fallos: 323:318; “Bertinat”, Fallos: 323:305; “Ferreyra, Víctor c/ Vicov SA”, Fallos: 329:646; “Caja de Seguros SA c/ Caminos del Atlántico”, Fallos: 329:879; “Bianchi, Isabel Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 329:4944; “Mosca, Hugo Arnaldo”, fallo cit.

(30) Entre los autores, Bustamante Alsina, Ghersi y Weingarten, Cassagne, Gambier, Di Stéfano y Rubín; y por el lado de la jurisprudencia, CNAC. APEL. CIV., Sala B, “Roa García, Oscar Luis c/ Trenes de Buenos Aires”, 29/08/2008.

previstos en ambos proyectos de ley para hacer procedente la responsabilidad por omisión en las funciones de control.

Conclusión

Creo que el artículo en análisis deberá ser análogo al incorporado como art. 6° ley 26.944, salvo que la decisión legislativa sea la prevista en el art. 6° del segundo proyecto (responsabilidad subsidiaria).

En relación al art. 8° del primer proyecto

Esta disposición debe relacionarse parcialmente con el art. 7° del segundo proyecto, en cuanto regulan la necesidad de impugnar el acto lesivo para poder reclamar la indemnización correspondiente. La necesidad de impugnar el acto lesivo responde a la doctrina judicial sentada en el caso "Alcántara Díaz Colodrero".⁽³¹⁾ Esto significa que si el acto quedó firme y consentido por no accionar a tiempo, y por lo tanto no se puede cuestionar su legitimidad, ¿a título de qué va a reparar el Estado?⁽³²⁾ Cualquiera sea el vicio que se alegue, se debe impugnar dentro de los plazos legales, lo mismo ocurriría en el caso de impugnación de los contratos administrativos.⁽³³⁾

El art. 7° del segundo proyecto

Este artículo no tiene correlato en el primer proyecto, y prevé la utilización de la vía de la Ley 3918, lo que importaría la necesidad de modificar el art. 2° y 4°, inc. c, ley 3918, ya que esta materia no está incluida como procesal administrativa e implicaría evidentes problemas operativos para el máximo tribunal provincial que debería entender en procesos de daños y perjuicios en contra del Estado. También faculta a iniciar la acción indemnizatoria junto con la de nulidad o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación que le sirve de sustento (este texto sí tiene correlato en el primer proyecto, art. 8°). Aparece aquí reflejado un problema importante como es el de

(31) CSJN, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento", 20/08/1996, Fallos: 319:1476. Ver La Ley 1997-A, 71, con nota de María Claudia Caputi, Estela B. Sacristán, DJ 1997-1, 279, Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos de Derecho Administrativo, Julio Rodolfo Comadira, 659. Cita online: AR/JUR/487/1996

(32) CNAC. CONT. ADM. FED., "Petracca", ED, 118-391.

(33) CSJN, "Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública", 05/04/1995, Fallos: 318:441.

la **competencia** —en tanto en la provincia de Mendoza, por mandato constitucional (art. 144, inc. 5) el contencioso administrativo se sustancia ante la SCJ provincial en instancia única—, que podría tener las siguientes soluciones:

1. el primer proyecto omite regular lo referido a los juzgados que resultarían competentes a efectos de juzgar la materia en análisis, respecto de lo cual se considera importante reglar normativamente, habida cuenta de que no existe en la provincia fuero contencioso administrativo y se descarta, a corto plazo, la posible modificación del art. 144 inc. 5 de la Constitución provincial para crearlo. dicho proceso, entonces, no tramitará por la vía prevista en la ley 3918, conforme lo determina el segundo proyecto, salvo que se modifique la previsión de sus arts. 2° y 4° inc. c, en cuyo caso entendería en forma originaria la SCJ provincial;
2. otra opción es que sean competentes tribunales especiales creados para acciones de este tipo en contra del Estado provincial, incluidos amparos contra la administración y expropiaciones —competencia en razón de la materia—; podrían crearse Cámaras de Apelaciones específicas o trasladar la apelación a las Cámaras Civiles, Comerciales, y Minas; o
3. que sigan siendo competentes los juzgados Civiles, Comerciales y Minas, con agregación de la materia pertinente (en forma similar a lo que ocurre con el decreto-ley provincial 2589/1975, que otorga materia de amparo a los mismos, aun contra el Estado),⁽³⁴⁾ pudiendo incluso esta norma ser de carácter transitorio hasta tanto se constituyan aquellos (opción 2).

En relación al art. 9° del primer proyecto

Este artículo guarda vinculación con el art. 8° del segundo proyecto y poseen redacciones similares, estableciendo la responsabilidad del funcionario público concurrente con la del Estado provincial solo para el supuesto de daños por su accionar u omisión ilegítima (ya que no responderá por daños producidos por su accionar lícito). Remarco solo la necesidad de que, a diferencia de la ley nacional (art. 9°, última parte, ley 26.944), se imponga la obligación del Estado de repetir las sumas que deba abonar por daños producidos por el accionar u omisión ilegítima de sus agentes (ninguno de los dos lo prevé en forma expresa).

(34) A la fecha de publicación del presente trabajo, esta es la opción adoptada por la Legislatura provincial al sancionar la ley 8808.

Conclusión

Ambas redacciones son adecuadas, considerando que la segunda parte del artículo debería rezar expresamente de la siguiente forma: “La responsabilidad de los funcionarios o agentes públicos y del Estado son concurrentes, sin perjuicio del deber de deducir la acción de repetición que el Estado tenga contra los funcionarios o agentes causantes del daño.

En relación al art. 9° del segundo proyecto

Tanto esta disposición, como la segunda parte del art. 9° del primer proyecto, tratan en forma parecida el tema de la prescripción de la acción, pero como mecánicas diferentes. Si bien los dos la establecen en tres años —en forma idéntica a como lo hacen el CCyC en su art. 2561 y la ley 26.944 en su art. 7°—, el primero de los proyectos remite al CC, mientras que el segundo la regula expresamente e incluso prevé forma de cómputos y la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad (en concordancia con fallos de la CSJN y con la norma contenida en el art. 2561, última parte del CCyC).

Sabido es que las provincias tienen vedada la posibilidad de regular lo referido a la prescripción por ser un instituto de fondo.⁽³⁵⁾ Esta situación no cambia con la entrada en vigencia del CCyC, ya que solo se autoriza a las provincias a fijar estos plazos en materia tributaria,⁽³⁶⁾ por lo que esa doctrina no se vería modificada. Teniendo en consideración que la prescripción para este tipo de acciones estará regulada por el art. 2561 CCyC, que impone el plazo de tres años, la remisión efectuada en el primer proyecto o la previsión expresa del segundo (en tres años) resulta igualmente idónea ya que no existiría interesado jurídico que pudiera cuestionar el plazo idéntico al del CCyC.

Respecto de la posible inclusión —en el segundo proyecto— relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sabido es que la

(35) CSJN, “Filcrosa”, 30/09/2003, Fallos: 194:34; “Casa Casmma SRL”, 26/03/2009 y “Fisco de la Prov. de Córdoba c/ Ullate María Inés”, 01/11/2011.

(36) Art. 2532 CCyC: “Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”.

mencionada doctrina fue establecida por la CSJN en el caso “Simón”,⁽³⁷⁾ al ratificar la validez de la ley 25.779, con argumentos esencialmente fundados en la violación de derechos humanos, en el cumplimiento de tratados de derechos humanos, en la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, en que se trató de delitos fundados en el derecho de gentes, en la existencia de una amnistía encubierta, en la validez de la ley pues es función del Poder Legislativo garantizar la vigencia de los derechos y garantías, y en la validez de la declaración de nulidad para subsanar tal situación. El fallo en análisis recabó adhesiones y fuertes críticas,⁽³⁸⁾ en especial por cuanto se vulneraban aspectos relativos a la tipicidad de la pena, el principio de legalidad, el desconocimiento de la ley penal más benigna y la alteración de los derechos adquiridos,⁽³⁹⁾ todas las garantías consagradas expresamente en el art. 18 CN. Incluso antes que se emitiera el fallo “Simón”, el lineamiento sintetizado había sido expuesto en los fallos “Arancibia Clavel”,⁽⁴⁰⁾ “Espósito” y “Lariz de Iriondo”,⁽⁴¹⁾

(37) CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056. Ver comentario de Calógero Pizzolo y Badeni, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, en *LL*, Suplemento de Jur. Penal y Proc. Penal, 29/07/2005.

(38) Gregorio Badeni critica gravemente el fallo citado entendiendo, entre otros argumentos, que la CSJN ya había validado la constitucionalidad de las normas de Punto Final y Obediencia Debida en los casos “Camps” y otros, considerando que ello importaba dotar con los efectos de la cosa juzgada extinguiendo las acciones y las penas, tal como ya lo había hecho la ley 20.508 de 1973, al existir además derechos adquiridos que no podían verse afectados por una pretendida aplicación retroactiva de la ley (aunque sí podía ser derogada).

(39) CORREA, JOSÉ LUIS, “Poder Ejecutivo, facultad de conmutar e indultar penas”, trabajo inédito, p. 11.

(40) CSJN, “Arancibia Clavel”, 24/08/2004. En este fallo, la CSJN incorpora al bloque de constitucionalidad a la Convención de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Declara imprescriptibles los mismos y, por ende, establece la aplicación retroactiva de la norma, fundada en el derecho de gentes, en la costumbre internacional, y compatibiliza su aplicación con el art. 18 CN. Es importante destacar el voto en disidencia de Fayt, que declara inaplicable la misma pues altera el Estado de derecho, la seguridad jurídica, etc.

(41) CSJN, “Lariz de Iriondo por extradición”, 10/05/2005, L. 845XL, con el comentario de María Angélica Gelli, “El terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional. Los interrogantes de “Lariz de Iriondo”, en *La Ley*, Sup. Constitucional, 20/09/2005. En este fallo, el Procurador sostiene la imprescriptibilidad de los actos terroristas y aplica el derecho de gentes. En cambio, la CSJN sostiene con holgada mayoría que el terrorismo no constituye un delito de lesa humanidad pues “en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados de ‘actos terroristas’ pueden reputarse, tan solo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad”. La Corte denegó el pedido de extradición que había sido requerido por las autoridades judiciales del Reino de España. Lariz Iriondo era requerido por haber participado, con tres integrantes de la organización

en los que, a los efectos de aplicar la Convención de los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, se citaba la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los fallos “Barrios Altos”, “Trujillo” y “Velásquez”,⁽⁴²⁾ en los que dispuso que, en la desaparición forzada de personas, la prescripción comienza desde el día que cesa la ejecución de delito y que la prescripción no corre mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la víctima, prohibiendo el indulto y la amnistía.

Es, en definitiva, una norma similar a la contenida en la parte final del art. 2561 CCyC, cuya inclusión aporta un aspecto declarativo y político frente a este tipo de delitos, reafirmando en forma casi pedagógica la doctrina judicial antes citada y que mantendría vigencia aun cuando ninguno de los proyectos en análisis o incluso, el nuevo cuerpo civil, tuviera previsión al respecto.

Conclusión

En virtud de las precisiones que posee en su previsión, considero que cualquiera de los textos propuestos sería adecuado en tanto se respete el plazo establecido en el art. 2561 CCyC, permitiendo la remisión a ese cuerpo normativo el ajuste automático en caso de modificación.

Finalmente creo oportuno resaltar un aspecto no previsto en la ley 26.944 y que la provincia tiene regulado en una ley de presupuesto (con cuestionable técnica legislativa), por lo que entiendo conveniente que para cerrar debidamente el ciclo integral en relación a este tipo de responsabilidad estatal, debería incorporarse norma análoga a la del art. 44 ley 6754 para ordenar y transparentar el pago las sentencias firmes condenatorias, conforme procedimiento que existe en la actualidad y se encuentra debidamente probado.

terrorista ETA, en un atentado contra la vida de tres funcionarios municipales. En el atentado resultaron heridas tres personas y se le imputaba al requerido cinco hechos consistentes en colocación de bombas. La mayoría de la CSJN —Petracchi, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay, concurriendo con ellos los ministros Maqueda y Zaffaroni—, rechazó el pedido de extradición. Así, siete de los Ministros sostuvieron que el Procurador había efectuado una interpretación exclusivamente literal que atentaba contra el objeto y fin del convenio para la represión de atentados con bombas.

(42) CIDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú” (Fondo), 14/03/2001; “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia (reparaciones y Costas), 27/02/2002”; “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), 29/07/1988; LL, 2002-C-765.

5. Conclusiones generales⁽⁴³⁾

El reconocimiento de la facultad de dictar los ordenamientos relativos a la responsabilidad extracontractual por parte de los Estados provinciales representa, a mi criterio:

1. desde el punto de vista **jurídico**, una evidente contribución a la unidad e integralidad del sistema administrativo local, permitiendo la coordinación de las legislaciones locales referidas a responsabilidad contractual, ley 8706; Empleo Público y Responsabilidad de los Funcionarios, decreto-ley 560/73 y mod.; Procedimiento Administrativo, ley 3909; y Proceso Administrativo, ley 3918, entre las sustancialmente más representativas;
2. desde el punto de vista **político**, una evidente manifestación federal, acorde con la postura que la CSJN ha mantenido al respecto, siendo relevante recordar al efecto, que un año y medio antes de la entrada en vigencia del Código de Vélez, el 31 de julio de 1869, la Corte Suprema de Justicia Nacional dictó el fallo “Resoagli”⁽⁴⁴⁾ en el que dejó sentada la siguiente doctrina legal: a) las provincias tienen derecho a regirse por sus propias instituciones y conservan su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación; b) a ellas corresponde darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene, y todas las conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el art. 108 de la Constitución Nacional; c) la justicia nacional es incompetente para juzgar la validez de las leyes provinciales y de los procedimientos de los funcionarios encargados de su cumplimiento; y d) se exceptúa el caso en que una disposición constitucional autoriza expresamente el conocimiento, o se trate de una violación de los preceptos de la Constitución nacional, de las leyes y tratados sancionados por el Congreso; y
3. desde el punto de vista **institucional**, fortalece las instituciones provinciales, responsabilizando especialmente al Poder Legislativo por la sanción de la ley que ordenan los arts. 1764 a 1766 del CCyC, la cual debe ser fruto del análisis técnico y del consenso jurídico y político (siendo recomendables mecanismos participativos de opinión de los sectores más representativos)⁽⁴⁵⁾ a los efectos de dar solución a los aspectos más controvertidos, con adecuación a las previsiones convencionales y constitucionales, dando así certeza a los justiciables sobre el marco aplicable.

(43) Las mismas no formaron parte del dictamen original y fueron vertidas por el Dr. Albarracín en el curso que la Asociación de Capitanía Judicial “Manuel A. Sáenz” ha desarrollado en la provincia de Mendoza durante el año 2015.

(44) CSJN, “Resoagli”, Luis c/ Provincia de Corrientes”, 1869, Fallos: 7:373 a 389.

(45) El 29 de julio de 2015, en la provincia de Mendoza, se llevaron a cabo las “Jornadas de Trabajo en relación a los Proyectos de Ley de Responsabilidad del Estado”, con la participación de autoridades académicas, de la Fiscalía de Estado y de la Asesoría de Gobierno de la Provincia, y la presencia de varios Ministros de la SCJ provincial y legisladores de las distintas bancadas.

6. Anexo. Proyectos de ley analizados en el dictamen precedente

Primer proyecto de ley

Expte. Nro.: 0000065483

Fundamentos

H. Cámara:

El presente Proyecto de Ley, tiene como finalidad regir la responsabilidad del estado provincial y municipal por los daños que su acción u omisión cause a los bienes o derechos de las personas.

Con motivo de la sanción de la Ley Nacional 26.944 denominada Responsabilidad Estatal, la cual entró en vigencia el pasado 8 de agosto de 2014, nos encontramos en la necesidad de dictar una norma local que regule la Responsabilidad del Estado Provincial, a fin de otorgar seguridad jurídica y garantía de derechos al mismo y a los particulares, por los daños y perjuicios que causen su acción u omisión.

Recordemos que cuando el Honorable Senado de la Nación tuvo la oportunidad de tratar el proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, que el Poder Ejecutivo en su interés amputo al suprimir lo relativo a la Responsabilidad del Estado que la comisión de juristas había regulado cuidadosamente, los legisladores de nuestro partido dejaron sentada nuestra posición en contra de esa supresión. Los principios de responsabilidad del estado debían ser regulados por el Código Civil en sus aspectos esenciales.

Pero cuando el Senado de la Nación daba esa discusión la Cámara de Diputados apresuradamente, y en simultáneo analizaba y sancionaba un proyecto de ley sobre Responsabilidad del Estado enviado por el Poder Ejecutivo.

Frente al avance de dicho trámite y las demoras que ha sufrido en contraste la sanción del Código Civil y Comercial Unificado, el que aun cuando se sancione entraría en vigencia recién en el año 2016 y con la entrada en vigencia de la Ley Nacional N° 26.944 de Responsabilidad Estatal, entendemos necesario regular en una ley con características especiales los principios elementales que deben regir en la provincia de Mendoza la responsabilidad del estado.

La propuesta que hacemos, reconoce el carácter local del derecho administrativo y las potestades reservadas por las Provincias, conforme el alcance de las atribuciones que se han reservado las mismas conforme prevé el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

En la actualidad el denominado Derecho de Daños, se regula mediante un complejo conjunto de normas y principios que se encuentran desarticulados en los Tratados Internacionales de rango Constitucional, la Constitución Nacional, el Código Civil de la Nación, la Ley de Defensa del Consumidor y por supuesto, las

Constituciones Provinciales y las leyes especiales que en el caso se dicten, complementándose con una gran elaboración pretoriana de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación.

La iniciativa vuelca en el articulado, la jurisprudencia más consolidada de la Suprema Corte de Justicia Nacional y las normas supra referidas, para desarrollar una ley que contenga las normas y principios que regulan la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños que su acción u omisión, lícita o ilícita, cause a los bienes o derechos de las personas y que consagra expresamente que dicha responsabilidad es objetiva y directa, tal cual ha sido consagrado en el artículo 1° de esta norma.

En esta línea se prevé expresamente que las disposiciones del Código Civil se aplican analógicamente en los casos no previstos por la norma.

Asimismo, se establecen los presupuestos de responsabilidad y sus eximentes para cada uno de estos casos, diferenciándose los mismos, a los efectos de satisfacer del modo más justo posible el daño sufrido por las víctimas.

En particular, adherimos a la tesis tradicional que consolida la eximente de responsabilidad basada en la causa ajena, desarrollada en el artículo 2° como caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder.

El artículo 3° establece cuales son los requisitos de la responsabilidad del estado por acción u omisión ilegítima, que no son otros que los que la Suprema Corte de Justicia ha reconocido en profusa jurisprudencia, especialmente en el precedente "Zacarías".

Aunque la responsabilidad estatal por actividad legítima tiene fuente constitucional, entendemos que la consolidación jurisprudencial existente puede plasmarse normativamente y así contribuir a dar seguridad jurídica y a asegurar el principio de igualdad ante la ley de todos los habitantes, lo cual ha sido receptado en el artículo cuarto.

En complemento con el artículo anterior, el artículo cinco sabiendo que en materia de responsabilidad por actividad legítima la cuestión más debatida, es la relativa a la extensión de la reparación, hemos optado por proponer la solución que dio la comisión de juristas en la redacción del anteproyecto original, limitando por principio la indemnización al daño directo y solo excepcionalmente al lucro cesante.

Una diferenciación sustancial con la ley nacional, radica en atribuir responsabilidad al estado cuando el daño lo causen sus contratistas o concesionarios al entender que el estado delega una función pero no su responsabilidad, como así también por actividad judicial legítima, respetando así la doctrina y jurisprudencia nacional más reciente, en el artículo seis.

En el artículo noveno proponemos la regulación uniforme de la responsabilidad del estado por las acciones y omisiones de sus funcionarios, con el debido reconocimiento del reintegro entre los mismos.

Por último, en materia de responsabilidad contractual, el artículo diez del proyecto entiende que el estado debe responder conforme lo convenido entre las partes, previendo la aplicación del Código Civil en forma analógica en caso de ausencia de normas.

Por las razones expuestas solicito a mis pares que acompañen el presente proyecto de Ley.

Mendoza, 22 de agosto de 2014.

Juan Carlos Jaliff, Senador Provincial; y Raúl Ferrer, Senador Provincial, bloque UCR.

Proyecto de Ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza sancionan con fuerza de Ley:

ARTÍCULO 1°.- Esta ley rige la responsabilidad del Estado provincial y municipal por los daños que su acción u omisión cause a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil se aplican analógicamente.

ARTÍCULO 2°.- Son eximentes de la responsabilidad del Estado, los siguientes:

- a. el caso fortuito y la fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;
- b. la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

ARTÍCULO 3°.- Son requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima:

- a. daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b. imputabilidad material de la acción u omisión al Estado;
- c. relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión del Estado y el daño cuya reparación se persigue;
- d. falta de servicio consistente en una violación del Estado frente a las obligaciones del servicio regular, teniendo en cuenta en cada caso 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. La omisión, solo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de un deber normativo determinado de actuar.

ARTÍCULO 4°.- Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a. daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b. imputabilidad material de la actividad al Estado;
- c. relación de causalidad directa e inmediata entre la actividad estatal y el daño;
- d. ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e. hechos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas.

ARTÍCULO 5°.- La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional y se rige por los principios emergentes del artículo 17 de la Constitución Nacional, las disposiciones del artículo 16 de la Constitución Provincial y por las disposiciones de esta ley. La responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente, pero si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

ARTÍCULO 6°.- Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado se rigen por lo dispuesto en los artículos 4° y 5° de la presente ley.

ARTÍCULO 7°.- La prescripción se rige por los principios y plazos establecidos en el Código Civil.

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

ARTÍCULO 9°.- La acción u omisión 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 prescripción se rige por los principios y plazos establecidos en el Código Civil.

Los requisitos y plazos para iniciar la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño serán establecidos por ley especial.

La responsabilidad de los Funcionarios o agentes públicos y del Estado son concurrentes.

ARTÍCULO 10.- La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas, salvo lo relativo a los plazos de prescripción que se rigen por las disposiciones del Código Civil. En caso de ausencia de regulación, se aplican las disposiciones del Código Civil en forma analógica.

ARTÍCULO 11.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Provincial.

Segundo proyecto de ley

Expte. Nro.: 0000065729

Fundamentos

Honorable Cámara:

El presente Proyecto de Ley tiene por objeto regir la responsabilidad del Estado Provincial y Municipal por los daños que su acción u omisión, tanto legítima como ilegítima, cause a los bienes o derechos de las personas.

Con la sanción de la Ley Nacional 26.944, la cual entró en vigencia el pasado 8 de agosto de 2014, queda saldada la discusión acerca de si la responsabilidad estatal debe regirse por el derecho civil o si es materia propia del derecho administrativo, en favor de esta última postura. Nos encontramos así frente a la necesidad de dictar una norma local que regule los criterios básicos que deben regir la responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza, a fin de otorgar seguridad jurídica y garantía de derechos al mismo y a los particulares.

En la actualidad, el denominado Derecho de Daños se regula mediante un complejo conjunto de normas y principios que se encuentran dispersos en los Tratados Internacionales de rango Constitucional, la Constitución Nacional, el Código Civil de la Nación, la Ley de Defensa del Consumidor y por supuesto las Constituciones Provinciales y las leyes especiales que en el caso se dicten, complementándose con una gran elaboración jurisprudencial emanada de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación. Ante todo esto, resulta indispensable precisar los alcances específicos de la responsabilidad estatal atendiendo a su carácter de materia propia del derecho público. Con este afán, la propuesta que aquí presentamos reconoce el carácter local del derecho administrativo y las potestades reservadas por las Provincias, conforme el alcance de las atribuciones que se han reservado las mismas tal como lo prevé el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

Sin descuidar el carácter local del derecho administrativo en cuyo marco se desarrolla, el proyecto que presentamos recoge los criterios fundamentales de la jurisprudencia ya asentada de la Corte Suprema de Justicia Nacional y las normas supra referidas, en cuanto a los factores de atribución que hacen que la responsabilidad extracontractual del Estado sea de tipo objetiva y directa, razones estas que alumbran los artículos 1º, 3º y 4º de esta ley en germen.

Por otra parte, la mirada retrospectiva de la evolución que ha tenido la conceptualización y tratamiento de la responsabilidad estatal en nuestro derecho muestra cómo, a falta de norma específica, se fue gestando aquella como creación pretoriana mediante referencias cambiantes a distintas disposiciones e interpretaciones del Código Civil. Para evitar caer nuevamente en la incertidumbre jurídica que genera la búsqueda forzada de soluciones a problemas de derecho público mediante la aplicación de normas concebidas para regir relaciones privadas, es que se prevé expresamente en el artículo 1° que las disposiciones del Código Civil no se aplicarán a la responsabilidad estatal extracontractual bajo ninguna forma, ni directa ni subsidiaria ni por analogía, con lo cual los casos no previstos expresamente por la norma deberán ser resueltos sobre la base de la analogía con otras normas y de los principios propios del derecho público. Esta tesis guarda además plena coherencia con el espíritu que informa el proyecto de Código Civil en vías de aprobación, el cual en su artículo 1765 dispone que “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

En cuanto a los eximentes de responsabilidad, se adhiere a la doctrina que se basa en la causa ajena, desarrollada en el artículo 2° como caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder. En este último supuesto, siempre con la mira puesta en la solución más justa del daño causado, la culpa ajena como causa exclusiva del daño se distingue de la que concurre con la causa imputable al órgano estatal, en tanto en ésta, el Estado responde en la medida en que su acción u omisión concurre como causa del daño.

El artículo 3° establece cuáles son los requisitos de la responsabilidad del estado por acción u omisión ilegítima, recogiendo aquellos que han sido reconocidos por la más incuestionada y profusa jurisprudencia (“Zacarías”, CSJN, Fallos: 321:1124). En este punto se admite como factor objetivo y directo de atribución la “falta de servicio”, aclarándose que se incurre en ella por omisión no solo cuando ésta es típica, es decir ante obligación de servicio reglada expresamente, sino también cuando el Estado se vea obligado a actuar en virtud de las circunstancias del caso, receptando así los fundamentos que la jurisprudencia tanto nacional como local han hecho manifiestos (Fallos “Torres”, SCJM, LS 208-161 y “Mosca”, CSJN, 330:563).

En cuanto a la responsabilidad por actividad legítima, el factor de atribución consagrado es el “sacrificio especial”, conforme con el mayoritario acuerdo de doctrina y jurisprudencia. Además, se ha procurado precisar de la manera más acabada posible la cuestión relativa a la extensión de la reparación, limitando por principio la indemnización al daño directo bajo una concepción amplia, complementando esto con la exclusión expresa del lucro cesante (excepcionada únicamente en cuanto se afecte el derecho a la vida, la salud o la integridad física) y de la moderna figura de la sanción pecuniaria disuasiva, para no dar lugar a dudas ni especulaciones.

Respecto de la responsabilidad por actividad judicial legítima, entendemos que ella no puede implicar sacrificio especial en tanto resuelve siempre sobre el caso concreto, por lo que nunca puede tratarse de una acción estatal que, en beneficio general, afecte a una o más personas determinadas. Es decir que no es sostenible en este supuesto el factor de atribución de la responsabilidad estatal por actividad legítima, razón por la cual se excluye expresamente este supuesto como hipótesis de responsabilidad estatal.

Se ha procurado también un tratamiento justo y acorde con la realidad de nuestro tiempo en materia de responsabilidad estatal por daño causado por sus contratistas o concesionarios. En este aspecto se alcanza una solución intermedia entre la responsabilidad directa y la irresponsabilidad estatal: la responsabilidad subsidiaria. Llegamos a esta posición entendiendo por una parte que el estado puede delegar una función pero no su responsabilidad y, por otra, que constituir al Estado como responsable directo podría inducir a la irresponsabilidad voluntaria o culpable de contratistas y concesionarios, al no tener que hacerse cargo en la práctica de las consecuencias de su propio accionar.

En el artículo octavo se consagra expresamente la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos por su acción u omisión causantes de una prestación irregular de servicios, sin perjuicio del deber concurrente del estado frente al damnificado de reparar el daño. En tal sentido se plasma el debido reconocimiento del derecho a reclamar el reintegro correspondiente por parte del Estado.

El disputado asunto de la prescripción ha sido resuelto en el artículo noveno mediante la previsión de un plazo trienal, el cual es más acorde con la moderna garantía del acceso efectivo a la justicia que el plazo bienal del Código Civil. Asimismo y conforme con la tendencia actual, se establece la imprescriptibilidad de la acción para reclamar daños derivados de delitos de lesa humanidad.

Por último, el artículo décimo del proyecto remite, en materia de responsabilidad contractual, a la normativa específica, previendo la aplicación del Código Civil en materia de prescripción y, en forma analógica, para el caso de ausencia de regulación.

Asimismo, el artículo décimo separa también del régimen proyectado la responsabilidad laboral del estado como empleador, basándose en las diferencias de principios y soluciones dables a los supuestos de ambas hipótesis de responsabilidad.

Por estos motivos, es que solicito a esta Honorable Cámara acompañe la iniciativa con su voto afirmativo.

Mendoza, 30 de septiembre de 2014.

Dr. Fernando Simón, Senador Provincial.

Proyecto de Ley

El Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza Sancionan con Fuerza de Ley:

ARTÍCULO 1°.- El Estado provincial y las Municipalidades están obligados a reparar los daños que sus acciones u omisiones respectivas causen a los bienes o derechos de las personas, conforme a las disposiciones de la presente ley.

La responsabilidad extracontractual del Estado es objetiva y directa.

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

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

A los efectos de la presente Ley, la responsabilidad del Estado Provincial abarca a todos los organismos comprendidos dentro del Sector Público Provincial conforme al artículo 4° de la Ley 8706 o norma que en el futuro la reemplace.

ARTÍCULO 2°.- Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

- a. Cuando los daños y perjuicios se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que hayan sido asumidos por el Estado expresamente por ley especial;
- b. Cuando el daño se haya producido exclusivamente por hecho imputable a la víctima o a un tercero por quien el Estado no deba responder. Cuando el daño haya sido causado por hechos imputables al Estado y a la víctima o terceros concurrentemente, el Estado responderá solo en la medida de su concurrencia.

ARTÍCULO 3°.- Son requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima:

- a. Daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b. Imputabilidad material de la acción u omisión a un órgano estatal;
- c. Relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión del órgano estatal y el daño cuya reparación se persigue;
- d. Falta de servicio por acción u omisión que constituya una violación de las obligaciones del servicio regular por parte del órgano estatal, teniendo en cuenta en cada caso 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.

La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de un deber de actuación, ya sea determinado normativamente de manera expresa o por la reunión de los siguientes requisitos:

- i. existencia de un interés jurídicamente relevante, en relación cuantitativa o cualitativa;
- ii. necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; y
- iii. proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue.

ARTÍCULO 4°.- Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a. Daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b. Imputabilidad material de la actividad al órgano estatal;
- c. Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad del órgano estatal y el daño;
- d. Sacrificio especial en la persona dañada, configurado por la afectación particular y diferenciada de un derecho adquirido como consecuencia de la acción u omisión del órgano estatal;
- e. Ausencia de deber jurídico de soportar el daño.

ARTÍCULO 5°.- La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. Ésta responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente, entendiendo por tal los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien que sean consecuencia directa e inmediata de la actuación legítima del órgano estatal. En caso 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.

En ningún caso procede la reparación del lucro cesante por actividad legítima ni se tendrán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas, salvo cuando se encontraren afectadas la vida, la salud o la integridad física de las personas, en cuyo caso el juez podrá regular prudencialmente este rubro.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

ARTÍCULO 6°.- El Estado será responsable solo de manera subsidiaria por los daños causados por acción u omisión de concesionarios de servicios públicos o por contratistas a quienes se atribuya un cometido estatal, cuando la acción u omisión de éstos guarde relación directa con la función encomendada.

ARTÍCULO 7°.- Las acciones indemnizatorias derivadas de la presente ley tramitarán por la vía prevista en la Ley 3918 o la que en el futuro la reemplace. En caso de que la determinación de la responsabilidad estatal requiera declaración de nulidad o inconstitucionalidad de su accionar, el interesado podrá optar por deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad o la de inconstitucionalidad o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

ARTÍCULO 8°.- La acción u omisión de los funcionarios y agentes públicos que implique irregularidad en el cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas respecto del ejercicio de sus funciones, mediando culpa o dolo de los mismos, los hace responsables de los daños que causen.

La responsabilidad de los Funcionarios o agentes públicos y del estado son concurrentes, sin perjuicio de la repetición que el Estado tenga derecho a reclamar contra los funcionarios o agentes causantes del daño.

ARTÍCULO 9°.- El plazo de prescripción de las acciones derivadas de la presente ley es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita. Será imprescriptible la acción de indemnización por daños derivados de delitos de lesa humanidad.

ARTÍCULO 10.- La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas, salvo en materia de prescripción en la cual rigen las disposiciones del Código Civil. En caso de ausencia de regulación, se aplican las disposiciones del Código Civil en forma analógica.

Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.

ARTÍCULO 11.- De forma.



LEY 26.944

Responsabilidad del Estado



Sancionada: 2 de julio de 2014

Promulgada de hecho: 7 de agosto de 2014

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

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

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

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

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

ARTÍCULO 2º.- Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

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

ARTÍCULO 3º.- Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a. Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b. Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
- c. Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;

- d. Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

ARTÍCULO 4°.- Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a. Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b. Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c. Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d. Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e. Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

ARTÍCULO 5°.- La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

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

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

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

ARTÍCULO 9°.- 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.

ARTÍCULO 10.- La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria.

Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.

ARTÍCULO 11.- Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

ARTÍCULO 12.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.



PROVINCIA DE SANTA CRUZ
LEY 3396

Adhesión a la Ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado



Sancionada: 16 de octubre de 2014

Promulgada de hecho: 27 de noviembre de 2014

El Poder Legislativo de la Provincia de Santa Cruz Sanciona con Fuerza de Ley
ADHESIÓN LEY NACIONAL 26.944 DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

ARTÍCULO 1°.- ADHIÉRASE la provincia de Santa Cruz a la Ley Nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal.

ARTÍCULO 2°.- 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.

ARTÍCULO 3°.- INVÍTASE a los Municipios a adherir a los términos de la presente ley.

ARTÍCULO 4°.- COMUNÍQUESE al Poder Ejecutivo Provincial, dese al Boletín Oficial y cumplido, ARCHÍVESE.

DADA EN SALA DE SESIONES: RÍO GALLEGOS; 16 de octubre de 2014.

Decreto 2140

Río Gallegos, 07 de noviembre de 2014.

VISTO:

La Ley sancionada por la Honorable Cámara de Diputados en Sesión Ordinaria de fecha 16 de octubre de 2014; y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Ley sancionada la Provincia de Santa Cruz adhiere a la Ley Nacional N° 26.944 de Responsabilidad Estatal (ver art. 1°);

Que mediante dicha normativa se regula “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”;

Que el art. 3° determina los presupuestos que deben reunirse para que proceda la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, siendo necesario acreditar a) el daño cierto, b) la imputabilidad material a un órgano estatal, c) la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad y el daño producido y d) la falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular por parte del Estado;

Que en caso de responsabilidad por actividad legítima, deberán acreditarse los mismos requisitos enumerados en los incisos a) y b) reseñados en el párrafo anterior, además de: c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño, d) ausencia del deber jurídico de soportar el daño y e) sacrificio especial en la persona dañada configurado por la afectación de un derecho adquirido;

Que la medida y alcance de dicha responsabilidad está prevista en el art. 5° de la Ley Nacional referida;

Que mediante el art. 10 se indica que la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en normas específicas. En caso de ausencia de regulación se aplica dicho régimen legal en forma supletoria;

Que se invita a las provincias a adherir a los términos de la ley en el ámbito de sus jurisdicciones (ver art. 10);

Que finalmente el plexo normativo sancionado incorpora un artículo específico que establece que 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” (ver art. 2°);

Que en suma la sanción de un dispositivo legal que expresamente contemple los presupuestos, condiciones y lineamientos que tornen operativa la responsabilidad estatal parece adecuarse a las previsiones propias del derecho público local y al respecto a la autonomía provincial;

Que en consecuencia y de acuerdo a las atribuciones conferidas por los arts. 106 y 119 inc. 2 de la Constitución Provincial, corresponde a este Poder Ejecutivo proceder a su promulgación;

Por ello y atento a Nota SLyT-GOB-N° 1152/14, emitida por la Secretaría Legal y Técnica de la Gobernación, obrante a fojas 1;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DECRETA

ARTÍCULO 1°.- PROMULGASE bajo el N° 3396 la Ley sancionada por la Honorable Cámara de Diputados en Sesión Ordinaria de fecha 16 de octubre de 2014, mediante la cual la Provincia de Santa Cruz se ADHIERE a la Ley Nacional N° 26.944, de Responsabilidad Estatal, en un todo de acuerdo a los expuesto en los considerandos del presente.

ARTÍCULO 2°.- El presente Decreto será refrendado por el señor Ministro Secretario en el Departamento de Economía y Obras Públicas.

ARTÍCULO 3°.- Cúmplase, Comuníquese, Publíquese, dese al Boletín Oficial y, cumplido, ARCHÍVESE.



PROVINCIA DEL CHUBUT
LEY I N° 560

Responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas



Sancionada: 18 de junio de 2015

Promulgada de hecho: 10 de agosto de 2015

La Legislatura de La Provincia del Chubut sanciona con Fuerza de ley.

CAPÍTULO I Disposiciones generales

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

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

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

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

ARTÍCULO 2°.- Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

- a. Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por Ley especial;

- b. Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

ARTÍCULO 3°.- Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

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

ARTÍCULO 4°.- Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a. Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b. Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c. Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d. Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e. Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

ARTÍCULO 5°.- La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

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

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

ARTÍCULO 8°.- La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria, incluso el plazo de prescripción establecido en el artículo anterior.

Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.

CAPÍTULO II

Acciones de responsabilidad

ARTÍCULO 9°.- El interesado puede deducir la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción ante el Superior Tribunal de Justicia o, una vez firme y consentida la sentencia declarativa de nulidad, de inconstitucionalidad o de restablecimiento del derecho, la demanda resarcitoria ante el juez civil de la jurisdicción que corresponda, observando, en su caso, lo dispuesto en el artículo 12.

ARTÍCULO 10.- Cuando el demandado fuere un Estado Municipal, el interesado podrá deducir la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción ante el juez civil, o directamente ante la Cámara de Apelaciones de la jurisdicción que corresponda, con sujeción a los plazos y condiciones establecidos en el Capítulo XI de la Ley XVI N° 46.

ARTÍCULO 11.- Ejercida la acción de plena jurisdicción, la producción de toda prueba que tenga por objeto la cuantificación del daño podrá ser diferida, de oficio o a petición de parte, a la etapa de ejecución de sentencia.

ARTÍCULO 12.- Será requisito previo a la deducción de la demanda resarcitoria, con o sin fundamento en una previa sentencia declarativa de nulidad o de restablecimiento del derecho, la reclamación prevista en el Capítulo III del Título VII de la Ley I N° 18, en la forma y con los alcances allí establecidos.

CAPÍTULO III

Responsabilidad de los funcionarios públicos

ARTÍCULO 13.- 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 los términos y alcances de lo prescripto en el artículo 69 de la Constitución Provincial.

ARTÍCULO 14.- 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.

ARTÍCULO 15.- A los fines de la acción de repetición en los casos de condena judicial contra la Provincia o un ente autárquico provincial por los hechos u omisiones imputables a sus funcionarios o agentes públicos, la sentencia respectiva determinará si medió falta personal de los mismos por la que deben responder frente a aquéllos, en los términos y alcances establecidos por el artículo 69 de la Constitución de la Provincia del Chubut.

CAPÍTULO IV Modificaciones a la Ley I N° 18

ARTÍCULO 16.- Sustituyese el artículo 136 de la Ley I N° 18 (antes Ley 920) por el siguiente texto:

“Artículo 136.- La reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios o agentes, dirigidas contra la Provincia y los entes autárquicos de los cuales ella sea responsable”.

ARTÍCULO 17.- Sustituyese el artículo 139 de la Ley I N° 18 (antes Ley 920) por el siguiente texto:

“Artículo 139.- Se citará a los funcionarios o agentes públicos que aparezcan como autores de los hechos que motivan la reclamación, para que tomen intervención en su tramitación dentro de cinco días, y la autoridad que entienda en ella podrá requerir todas las pruebas que considere necesarias o convenientes para el esclarecimiento de la responsabilidad invocada, la magnitud del agravio y la fijación de la condigna reparación del mismo.

La autoridad interviniente deberá disponer la citación de los funcionarios o agentes públicos aun cuando el reclamante no lo hubiese solicitado”.

ARTÍCULO 18.- Sustituyese el artículo 143 de la Ley I N° 18 (antes Ley 920) por el siguiente texto:

“Artículo 143.- La demanda que se entable con posterioridad a la reclamación administrativa no podrá modificar el objeto ni el contenido de la misma.

Sólo los funcionarios o agentes públicos que fueron debidamente citados, de oficio o a pedido del reclamante, para intervenir en la reclamación resarcitoria previa, podrán ser demandados o citados como terceros por las partes. En caso de no hacerlo el actor, la Provincia o el ente autárquico demandados están obligados a citar como terceros, en los términos del artículo 95 del Código Procesal Civil y Comercial, a los funcionarios o agentes públicos indicados precedentemente”.

ARTÍCULO 19.- LEY GENERAL. Comuníquese al Poder Ejecutivo.



PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO
LEY 7179

Adhesión a la Ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado



La Cámara de Diputados de la Provincia Sanciona con fuerza de ley:

ARTÍCULO 1°- Adhiérese la Provincia de Santiago del Estero a la Ley Nacional N° 26.944 que regula la Responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

ARTÍCULO 2°- Hasta tanto se regule el fuero contencioso administrativo, serán competentes para entender en las causas sobre Responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, los Jueces en lo Civil y Comercial.

ARTÍCULO 3°- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

SALA DE SESIONES, Santiago del Estero, 01 de septiembre de 2015.



