



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

ANALISIS DEL REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A PARTIR
DE LA SANCIÓN DE LA LEY N° 26.944

VERONICA FERRER DEHEZA MAQUEDA

ABOGACIA

SEPTIEMBRE DE 2016

- AGRADecIMIENTOS

A mis hijas, Luz y Agustina, que me cedieron parte de su infancia para poder alcanzar el título universitario que siempre anhele y me acompañaron -desde su entendimiento- en todo el proceso para alcanzarlo.

A mi papá, Juan Carlos Maqueda, el regalo más grande que me dio la vida, que confió en mí y me alentó a continuar con los estudios universitarios sin dejarme bajar los brazos, apoyándose en cada paso.

A mi jefe, Eduardo Avalos, que con paciencia y dedicación me ayuda a superarme diariamente.

- RESUMEN

Mediante la Ley 26.944 se legisló en Argentina por primera vez la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos por los daños causados a los particulares por sus acciones u omisiones. Hasta su dictado, su procedencia estaba sujeta a interpretación judicial, siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación la última encargada de esta ardua tarea, basando sus decisiones en preceptos constitucionales y por medio de la aplicación subsidiaria de ciertos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación. Si bien la mayoría de sus decisiones fueron aceptadas pacíficamente, el anhelo de contar con una norma que regulara expresamente sobre la materia fue una decisión esperada por todos. Así un sector de la doctrina -fundamentalmente especialistas de derecho privado- abogaba por que la responsabilidad del Estado fuera regulada dentro de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación con aplicación uniforme en todo el territorio de la Nación en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional; en contraposición, otro sector de la doctrina -conformada principalmente por especialistas del derecho administrativo- sostenían que la responsabilidad del Estado era materia de derecho público y por lo tanto debía ser regulada por la Nación y por las provincias, cada una en el ámbito de su competencia.

La oportunidad se presentó mediante el dictado del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191/2011 de fecha 23 de febrero de 2011 mediante el cual se creó una Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, teniendo a su cargo las reformas que considerasen necesarias a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo. En lo que aquí nos interesa, dicha Comisión, integrada con los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena Higton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, elevó el Anteproyecto al Poder Ejecutivo de la Nación con fecha 24 de febrero de 2012, incluyendo dentro del Libro Tercero, Título V, Capítulo I, Sección 9°, la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos, siguiendo el criterio iusprivatista, y asumiendo con ello que la materia debía ser parte integrante del Código de fondo con carácter uniforme en todo el país.

El Anteproyecto presentado sufrió importantes modificaciones por parte del Poder Ejecutivo, y en lo que aquí nos incumbe, se eliminaron los tres artículos de responsabilidad del Estado que se habían incorporado, sustituyéndolos por otros artículos mediante los cuales se estableció que las disposiciones de ese título no eran aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, y que la responsabilidad del Estado, así como 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 estaban impuestas, se regían por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local; es decir que se asumió la segunda de las posturas mencionadas.

Así, adoptando como presupuesto que la responsabilidad patrimonial del Estado correspondía al campo del derecho administrativo y que por ello se debía regir por principios y reglas especiales extraños a los propios del derecho privado, se presentó un proyecto de ley, el que fue aprobado por el Congreso de la Nación regulando la materia

mediante la Ley 26.944, en su condición de legislador nacional y no con arreglo a lo dispuesto en el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, razón por la cual no integra el llamado derecho común de aplicación uniforme en todo el país, invitando en consecuencia a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse o dictar su propia reglamentación (art. 11 Ley 26.944). Asimismo, en el art. 1º se dispuso de manera categórica que son inaplicables las disposiciones del Código Civil de manera directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado de manera general, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1764 del Código de fondo que excluyó solo las disposiciones de dicho título, generado así una laguna normativa que deberá integrarse por analogía, debiendo recurrir por medio de un análisis interpretativo a la misma legislación que se pretendió excluir. Ello generó un profundo debate, así como también el contenido de la legislación aprobada, ya que, si bien de un análisis superficial parecería seguir los lineamientos generales dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ello no es así.

En el presente Trabajo Final de Graduación nos proponemos realizar un análisis más detallado de cada uno de sus artículos que nos permita comprender cabalmente el alcance de su contenido, analizando las posturas doctrinarias que se han labrado al respecto así como también las soluciones que se proponen en cada una de las situaciones problemáticas planteadas, sin desconocer que es solo una opinión siendo en definitiva nuevamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último interprete de la Constitución Nacional, la que tendrá la última palabra.

- KEY WORDS

Presupuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita e ilícita – Presupuestos de responsabilidad del Estado por inactividad ilícita – Eximentes – Prescripción – Responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos

- ABSTRACT

By The law 26.944, the Nation's and public functionaries' liability was regulated for the first time in Argentina for the damages caused to individuals arising out of their acts or omissions. Until it was issued, its provenance was subject to legal interpretation, being the National Supreme Court of Justice the last to be charged with this hard task, basing its decisions in constitutional precepts and through subsidiary application of certain articles from the Civil and Commercial National Code. Although the majority of their decisions were accepted peacefully, the longing to depend on a rule which would specifically regulate on the matter was a decision expected by everyone. In this way, part of the doctrine – mainly specialists in private law- advocated that the Nation's liability was regulated within the dispositions of the Civil and Commercial National Code with a consistent application in the whole National territory in conformity with the article 75, paragraph 12 of the National Constitution; by contrast, other part of the doctrine –mainly specialists in administrative law- argued that the Nation's liability was a matter of public law so it should be regulated by the Nation and the provinces, each acting within the sphere of competence.

The opportunity was presented by the enactment of the National Executive Power Decree N^o 191/2011 issued on February 23rd 2011 through which a commission was created for the development of a draft of reform law, update and unification of the Civil and Commercial National Codes, and has under its charge the deem necessary reforms so as to produce a homogeneous text of the whole body of laws. What concerns us here, said commission, formed by de doctors Ricardo L. Lorenzetti, Elena Higton de Nolasco and Aida Kemelmajer de Carlucci, took a preliminary draft to the National Executive Power dated on February 24th 2012, including within the Third Book, Section V, Chapter I of Title 9^o, the regulation of the Nation's and public functionaries' liability, following the private law stand point of view, and assuming that the matter should be an integral part of the fund Code uniformly throughout the country.

The submitted preliminary draft underwent important modifications by the Executive Branch, and in our concern here, the three articles, about the Nation's liability which were added, were removed, substituting them by other articles through which it was established that the dispositions of that section were not applicable to the Nation's liability directly nor subsidiary, and that the Nation's liability as well as the acts or omissions of its public functionaries in the course of their duties for not following in a regular basis the imposed legal obligations, were regulated by the rules and principles of the national and local administrative law; that is to say that the second position above mentioned was undertaken.

Thus, taking as a supposition that the pecuniary liability of the Nation was in the fields of the administrative law and thus it should be regulated by special principles and rules unfamiliar to those of the private law, it presented a draft law, which was approved by the National Congress regulating the matter under the law 26.944, as a national legislator in accordance with the article 75, paragraph 12 of the National Constitution, the reason why it is not part of the common law with uniform implementation in the whole country, in this way, asking the provinces and the Autonomous City of Buenos Aires to adhere or issue their own regulations (article 11 Law 26.944). Additionally, by the 1st article, it was categorically disposed that The Civil Code's regulations are neither directly nor subsidiary applicable to the Nation's liability in general, as opposite to the provisions of the article 1764 of the same Code which only excluded the regulations of the referred title, thus producing a normative gap which must be integrated by analogy and should be resorted through an interpretative analysis to the legislation that it was intended to exclude. A thorough debate was caused by it, as well as by the content of the passed legislation, since under a superficial analysis it seemed to follow the general guidelines given by the National Supreme Court of Justice, but this is no true.

In this Final Graduation Project, we set forth a more thorough analysis of each one of its articles which will enable us to fully understand the scope of its content, analyzing the doctrinaire postures which have been drawn up thereon as well as the solutions that are proposed in each of the raised problematic situations, considering it is only a view, being ultimately the National Supreme Court of Justice, as the last interpreter of the National Constitution, who will have the final say.

INDICE GENERAL

• Resumen.....	2
• Key words.....	3
• Abstract.....	3
• Introducción.....	9

INDICE TRABAJO FINAL DE GRADUACION

CAPITULO N° 1

“La evolución del reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la Argentina”

1.1 Introducción.....	12
1.2 La Responsabilidad del Estado	
1.2.1. Evolución histórica.....	12
a) Irresponsabilidad absoluta del Estado y de sus funcionarios.....	12
b) Responsabilidad de los funcionarios e irresponsabilidad del Estado....	13
c) Responsabilidad del funcionario y responsabilidad parcial del Estado..	14
d) Responsabilidad directa del Estado.....	16
1.3. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre responsabilidad estatal desde 1933 hasta el dictado de la Ley N° 26.944	
1.3.1. La responsabilidad estatal por actividad ilegítima o ilícita: de la responsabilidad indirecta a la directa.....	16
1.3.2. La responsabilidad estatal por actividad legítima o lícita.....	18
1.4. Fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado en Argentina.....	22
1.5. Conclusiones.....	27

CAPITULO N° 2

“La responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la ley especial”

2.1. Origen de la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación al tema de la responsabilidad del Estado	
2.1.1. Breve reseña.....	29
2.2. La responsabilidad del Estado en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.....	32
2.2.1. Fundamentos de la Comisión Redactora para la inclusión de la responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial de la Nación	32
2.2.2. Modificación por el Poder Ejecutivo Nacional. Fundamentos.....	33
2.3. Ámbito de vigencia territorial de la Ley N° 26.944	
2.3.1. Delimitaciones.....	36
2.3.2. Potestad de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de adherirse a la Ley N° 26.944 o dictar su propia reglamentación.....	37
2.4. Conclusiones.....	40

CAPITULO N° 3

“El Estado responsable en los términos de la Ley N° 26.944”

3.1. Introducción.....	41
3.2. Responsabilidad contractual del Estado	
3.2.1. Concepto.....	43
3.2.2. Aplicación supletoria de la Ley N° 26.944.....	44
3.2.3. Supuestos de responsabilidad contractual del Estado	
a) La falta o incumplimiento.....	45
b) Sacrificio o daño especial.....	46
c) Alcance de la indemnización.....	47
3.2.4. Inaplicabilidad de la ley al Estado empleador.....	47
3.3. Responsabilidad extracontractual del Estado	
3.3.1. Concepto	48
3.4. El carácter objetivo y directo de la responsabilidad del Estado	

3.4.1. Responsabilidad objetiva	
a) Concepto.....	48
3.4.2. Responsabilidad directa	
a) Concepto. Teoría del órgano.....	49
3.5. Conclusiones.....	50

CAPITULO N° 4

“Responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad o inactividad en la Ley N° 26.944”

4.1. Introducción.....	51
4.2. Responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima.....	52
4.2.1. Requisitos para su procedencia.....	52
a) Daño resarcible. Caracteres.....	52
b) Imputabilidad material.....	53
c) Relación de causalidad.....	53
d) Falta de servicio.....	54
4.3. Responsabilidad por actividad legítima.....	57
4.3.1. Requisitos para su procedencia	
a) El daño.....	58
b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal.....	59
c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva.....	59
d) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño.....	60
e) Sacrificio especial de la persona dañada.....	62
4.4. Carácter excepcional de la reparación.....	63
4.5. Alcance del resarcimiento. Exclusión del derecho a la indemnización por lucro cesante.....	64
4.6. Conclusiones.....	68

CAPITULO N° 5

“Eximentes de la responsabilidad del Estado en la Ley N° 26.944”

5.1. Introducción.....	70
------------------------	----

5.2. Causales de eximición previstas en la ley.....	70
5.2.1. Caso fortuito y fuerza mayor.....	71
5.2.2. Hecho de la víctima.....	71
5.2.3. Hecho de un tercero.....	72
5.3. Perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos.....	73
5.4. Daños causados por actividad judicial legítima.....	80
5.5. Sanciones pecuniarias conminatorias.....	81
5.6. Conclusiones.....	86

CAPITULO N° 6

“Distintas vías procesales para encauzar la pretensión por responsabilidad extracontractual del Estado”

6.1. Introducción.....	88
6.2. Demandas en contra del Estado por responsabilidad extracontractual.....	88
6.3. La prescripción de la acción indemnizatoria en contra del Estado Nacional	
6.3.1. Competencia para legislar sobre la materia.....	90
6.3.2. Plazos de prescripción de la acción indemnizatoria en contra del Estado Nacional.....	90
6.3.3. Derecho transitorio.....	92
6.3.4. Compuo del plazo de prescripción.....	93
6.4. Responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones.....	93
6.5. Acción de repetición del Estado Nacional en contra de los funcionarios y agentes públicos.....	95
6.6 Conclusiones.....	95
• Conclusiones Finales.....	97
• Bibliografía.....	100
• ANEXO I – Ley N° 26.944.....	104

- INTRODUCCION

El tema de este Trabajo Final de Graduación es el análisis del régimen de la responsabilidad estatal a partir de la sanción de la Ley N° 26.944 -de aplicación sólo en el ámbito nacional- la que por primera vez en la República Argentina vino a regular todo lo atinente a la responsabilidad del Estado.

Como bien es sabido, el Estado tiene como objetivo perseguir el bien común de la población -lo que lleva a cabo mediante la implementación de políticas públicas desarrolladas con ese fin- pero ello no implica que con su accionar no pueda generar daños a terceros que éstos no deben soportar; lo que ha suscitado que desde su reconocimiento se hayan producido arduos debates políticos y doctrinarios tanto en el derecho privado como en el derecho público.

Previo a la sanción de la Ley N° 26.944, la responsabilidad del Estado se encontraba sin cobertura legal expresa que la regulara, y por lo tanto estaba sujeta a la interpretación discrecional de los jueces que construyeron una línea jurisprudencial en la materia –principalmente la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que aplicando por analogía las disposiciones del Código Civil vigente en dicha oportunidad, trataban de brindar seguridad jurídica.

Si bien la misma fue largamente esperada por aquellos que consideraban necesario dar un marco legal a una situación que se encontraba librada al arbitrio de los jueces, no ha tenido una recepción pacífica por parte de la doctrina y es fuertemente cuestionada en todos sus aspectos.

A través del presente Trabajo Final de Graduación se describirá y analizará críticamente el articulado de la ley, teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales más importantes que han servido de base para su elaboración y las posiciones doctrinarias que tuvieron relación, a los fines de poder identificar los problemas jurídicos que se presentan y evaluar posibles lineamientos para su solución, ya que si bien de primera mano parecería una solución acertada, de un análisis más profundo surgen ciertos errores y aciertos que conducen a una serie de interrogantes que motivan a profundizar su estudio con el fin de dar algunas respuestas a cuestiones que todavía no han sido tratadas jurisprudencialmente.

Con dicho fin seguiremos una metodología de tipo cualitativa, y la recolección de datos consistirá en la revisión documental de la legislación (Ley N° 26.944), la jurisprudencia destacada de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 1933 que sirvió de base para su regulación y las posturas doctrinarias relevantes. Para ello utilizaremos: como fuente primaria la Ley N° 26.944 y la jurisprudencia de la CSJN sobre la materia; y como fuentes secundarias y terciarias toda aquella bibliografía que contenga elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio fijando posición sobre el mismo, como así también diversos artículos de revistas especializadas en derecho que analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia.

El desarrollo en si del Trabajo Final de Graduación comprenderá seis capítulos. A modo introductorio, en los Capítulos N° 1 y 2 realizaremos una breve reseña de la evolución histórica del reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la Argentina, destacando los fallos jurisprudenciales más relevantes emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1933 hasta el dictado de la ley objeto de estudio y su fundamento jurídico; así como también cual fue el origen de la aplicación del Código Civil al tema de la responsabilidad del Estado, los fundamentos dados por la comisión redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación para la inclusión de la regulación de la responsabilidad del Estado dentro de sus apartados, y los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo para su exclusión, que llevaron a la sanción de esta ley especial. Asimismo, se delimitará el ámbito de vigencia territorial de la ley y la potestad de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para adherirse a ella o dictar su propia reglamentación.

En los Capítulos N° 3 y 4 se distinguirá entre responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, se analizará su carácter objetivo y directo, y los presupuestos dados en la Ley N° 26.944 respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad o inactividad legítima e ilegítima; los requisitos para su procedencia, caracteres y alcances. Para luego en el Capítulo N° 5 analizar las eximentes de la responsabilidad del Estado previstas.

Finalmente, en el Capítulo N° 6 se analizarán las distintas vías procesales para encauzar las pretensiones resarcitorias en contra del Estado por su actividad extracontractual y los plazos para interponerlas. También se describirán los

presupuestos para la configuración de la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Conforme a todo lo desarrollado en los capítulos anteriores y teniendo en cuenta las inquietudes que se fueran presentando a lo largo de la investigación, se elaborarán las conclusiones parciales proponiendo en la medida de lo posible distintas soluciones a los problemas jurídicos que se presenten.

Podemos decir entonces que el estudio que realizaremos, si bien no pretende ser exhaustivo, abordará la temática de manera lo más completa posible a los fines de determinar los presupuestos que rige la ley, en contraste con los problemas que presenta su aplicación práctica, tratando así de encontrar posibles soluciones a las cuestiones planteadas.

CAPITULO N° 1

“LA EVOLUCION DEL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA ARGENTINA”

1.1. Introducción:

Largo ha sido el camino que debieron recorrer tanto el hombre como las instituciones para lograr el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por su accionar, tanto lícito como ilícito, como lo entendemos en la actualidad. Por ello, y a los fines de una mayor comprensión del tema, nos pareció necesario de manera previa hacer un breve repaso por la historia a fin de ilustrar las distintas etapas recorridas y las soluciones jurisprudenciales que se fueron dando con el paso del tiempo que finalmente culminaron con el dictado de una ley que regulara expresamente sobre la materia, aunque sólo aplicable en el ámbito nacional, abriendo una nueva etapa de debates.

1.2. La responsabilidad del Estado

1.2.1. Evolución histórica

a) Irresponsabilidad absoluta del Estado y de sus funcionarios

Desde el surgimiento de los Estados Nacionales hasta mediados del siglo XIX el Estado fue ajeno a la posibilidad de ser considerado responsable por los daños que ocasionara por sus actos. Esta idea partía de la base de que era inconcebible que el soberano pudiera obrar mal o causar algún daño a terceros ya que su fin era proveer al bien común (*The King can do no wrong*). Actuar de otra manera era incompatible con la noción de soberanía (Pizarro R. D., 2013).

Así, en la antigüedad, el absolutismo de los monarcas -en los cuales se concentraban todos los poderes- provenía directamente de Dios por lo tanto era inconcebible la idea de que pudieran con sus actos producir daño alguno a sus súbditos o siquiera equivocarse; al tener esta potestad divina, sus actos debían ser acatados sin cuestionamientos. En el Imperio Romano se confundía la persona del príncipe con la del mismo Estado, por lo que se concentraba en él la representación de la soberanía y sus decisiones no podían ser apeladas ante nadie, considerándose como un caso fortuito

o de fuerza mayor cualquier daño que pudiera producirse en la persona o bienes de los súbditos. Esta confusión de la soberanía con el poder y la administración, y la forma despótica de gobierno conducían a la creencia de que no existían derechos individuales privados contra el Estado, y los daños o perjuicios que pudieran producir los agentes de los cuales emanaba directamente dicho acto dañoso no daba lugar a ningún tipo de acción de indemnización tendiente a lograr una reparación justa por el daño sufrido, menos aún del soberano, ya que esto era contrario a la idea de un Estado omnipotente; solamente la dispensa de una gracia -supeditada siempre a la voluntad y al ánimo de los gobernantes- podía satisfacer -a veces- las exigencias de los ciudadanos (Altamira Gigena, 1973).

Fue largo el camino que se debió recorrer para comprender que el Estado y sus funcionarios podían ser responsables por sus acciones en el ámbito civil y administrativo (Colautti, 1995). El primer avance hacia el principio de la responsabilidad del Estado fue la llamada teoría del fisco. Según esta teoría, el patrimonio público no pertenecía ni al príncipe ni al Estado soberano, sino que pertenecía a un sujeto ideal que -si bien se encontraba al lado del príncipe- era distinto de ambos y estaba sometido al derecho patrimonial: el fisco. El fisco era considerado una persona moral distinta al Estado a quien se caracterizaba como persona jurídica de derecho público, con ingresos especiales, poseedora de bienes destinados a los fines del Estado y lo representaba en todos los asuntos concernientes al patrimonio público. El fisco era asimilado a un particular en lo que a sus derechos respecta, por lo que era sometido a la justicia y a las normas del Derecho Civil, proporcionándole al súbdito la posibilidad de demandarlo ante sus propios tribunales siempre que la relación litigiosa fuera de carácter patrimonial, ya que el Estado propiamente dicho no tenía bienes sino *imperium* y no podía ser llevado a los tribunales ni aplicársele las reglas del Derecho Civil, sino que se le aplicaban las normas de derecho público y los principios de subordinación y supra ordinación; por lo que esta teoría constituyó un gran avance hacia la responsabilidad del Estado (Altamira Gigena, 1973).

b) Responsabilidad de los funcionarios e irresponsabilidad del Estado

En esta segunda etapa, si bien el Estado seguía considerándose irresponsable, se comienza a gestar la idea de que el rey no era un representante de origen divino, sino que era el mismo pueblo quien le confería el poder para gobernar de acuerdo con la

organización política imperante. Así, se pasó gradualmente de la idea de la irresponsabilidad más absoluta a la de una responsabilidad parcial, aceptándose la responsabilidad del funcionario público o empleado cuando en el ejercicio de sus funciones -ya sea por mal desempeño o para conseguir su cometido- perjudicara por medio de un acto dañoso, ilegal o injusto a las personas o los bienes de los subordinados, y se podía dirigir contra él una acción para reclamar la correspondiente indemnización. Si bien esto resultaba una utopía -ya que en la mayoría de los casos el funcionario o empleado era insolvente- dio paso a que las ideas fueran cambiando y se llegara a considerar responsable al Estado, aunque fuera solo por ciertos actos (Altamira Gigena, 1973).

c) Responsabilidad del funcionario y responsabilidad parcial del Estado

Durante esta etapa, el punta pie inicial para considerar al Estado responsable para ciertos actos se dio legislativamente, habilitándose las demandas contra el Estado por medio de leyes singulares y especiales para casos concretos, aunque nada surgiera de nuestra Constitución Nacional. Posteriormente, el Estado llegó a gozar de ciertos privilegios de espera que la Ley original de demandas contra la Nación fijó en un primer momento en el plazo de nueve meses y luego en el plazo de seis meses (Colautti, 1995). Con la sanción de la ley de Demandas de la Nación (Ley N° 3952 del año 1900 y su ampliación en 1932 por Ley N° 11634) quedó soslayado el primer obstáculo que impedía el reconocimiento de la responsabilidad estatal en sede judicial (Uslenghi, 2015, pp. Rap 437, pag. 170); previamente a la sanción de la Ley N° 3952, para demandar al Estado debía contarse con la venia del Congreso, requisito que fue suprimido, pero se incorporó la exigencia de realizar un reclamo previo hasta agotar la vía administrativa y solo en caso de ser denegado el reclamo o en caso de silencio de la administración por el período allí establecido, se podía demandar al Estado en sede judicial (La guía de Derecho, 2009).

Algunos autores sostienen que la primera manifestación de responsabilidad del Estado se dio con la expropiación, mediante la cual el Estado puede tomar una propiedad privada para el uso público previa indemnización al propietario; es decir que aparece un principio de responsabilidad y desaparece el dominio eminente del Estado, al reconocérsele al propietario el derecho a ser indemnizado por tomar su propiedad

para un fin público. Este principio de responsabilidad se fue extendiendo a todos los actos, cualquiera fuere el órgano del que emanaran.

La tesis era la siguiente: el Estado era responsable por los actos de gestión (*Jure gestionis*) ya que los realizaba con fines patrimoniales análogos a los que realizaban los individuos en su vida ordinaria, por lo tanto debían ser sometidos a las normas del Código Civil y responder con su patrimonio en la reparación del daño que hubiere causado; pero no era responsable por los actos de autoridad (*jure imperii*) ya que sus decisiones provenían de su soberanía y debían imponerse a los administrados sin lugar a reclamación alguna, aunque por dicha medida se hubiere ocasionado algún daño. Esta teoría de los actos de gestión y de autoridad sirvió para atribuirle una doble personalidad al Estado: una persona jurídica de derecho privado y otra de derecho público, lo que conlleva a su vez a esta doble actuación: la de los actos de gestión –actos que caen en la esfera del Derecho Privado y se rigen por el principio de coordinación ya que parte de la idea de igualdad de derechos entre las partes- y los actos de autoridad -aquellos reglados por el Derecho Público y se rigen por los principios de subordinación y supraordinación, por lo que existe una desigualdad de derechos entre las partes que se encuentran sujetos al dominio de las relaciones de poder-. Nuestro Alto Tribunal estableció en una época que, si se trataba de actos de gestión realizados con el fin de prestar un servicio público o en la administración de su patrimonio particular o privado, el Estado estaba sometido a las reglas del derecho privado rigiendo los arts. 1109, 1112, 1113 y concordantes del Código Civil vigente en dicha época; en cambio, si se estaba ante un acto de autoridad, el Estado era irresponsable, ya que como persona de derecho público se excluía la idea de responsabilidad al no estar consagrada la misma en un texto legal expreso (Altamira Gigena, 1973).

Con el tiempo, se dejó de distinguir entre actos de gestión y de autoridad para determinar la responsabilidad del Estado y se llegó a la conclusión de que todo acto administrativo podía hacer responsable al Estado, pero ello estaba íntimamente vinculado a dos conceptos: la falta de servicio y la falta personal. Durante esta época, antes de iniciar la acción de indemnización era necesario indagar si la falta había sido de servicio o personal del funcionario para saber si quien debía responder por el daño era el mismo Estado o el funcionario. El Estado era directamente responsable cuando existía una falta de servicio, es decir cuando el funcionario al cumplir con su obligación había causado un daño pero no existió extralimitación en sus funciones, o cuando al

servicio se lo realizó en forma deficiente o tardíamente, pero el agente había puesto su empeño para que el servicio se cumpliera en forma eficiente. En cambio, la responsabilidad era del funcionario cuando el mismo se había extralimitado en sus atribuciones al cometer la falta, es decir que tuvo la intención de dañar, por lo que debía responder personalmente por el daño causado, sin apreciarse el valor del acto administrativo en sí, sino la culpa personal del agente.

d) Responsabilidad directa del Estado

En este último período se afirma la responsabilidad directa y total de la Administración por el simple funcionamiento del servicio, sin que el demandante deba probar previamente la culpa del agente, cuando el hecho que ocasiona el daño se produce sin que pueda ser atribuido a negligencia o imprudencia de la víctima o del agente. Este traspaso al Estado de las obligaciones dimanadas de la responsabilidad de los funcionarios se basó principalmente en dos motivos: por un lado, en la circunstancia de que es el mismo Estado el que examina, forma y coloca a los funcionarios en el puesto conveniente comprometiéndose a la efectiva prestación del servicio por medio de dichos funcionarios; y por otro lado, en que la persona de la cual nace la obligación de reparar esté en situación de poder cumplir la prestación, es decir cuya solvencia sea indiscutida en cualquier circunstancia (Altamira Gigena, 1973).

1.3 Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre responsabilidad estatal desde 1933 hasta el dictado de la Ley N° 26.944

1.3.1 La responsabilidad estatal por actividad ilegítima o ilícita: de la responsabilidad indirecta a la directa

Como ya hemos analizado precedentemente al realizar la breve reseña histórica de la evolución de la responsabilidad del Estado, en virtud de la inmunidad del soberano, no era posible responsabilizar al Estado por los daños que produjera por actos de autoridad, es decir aquellos actos que provenían de su soberanía y por lo tanto debían imponérsele a los subordinados sin derecho a reclamo alguno. A su vez, la responsabilidad extracontractual del Estado por actos de gestión era rechazada porque se afirmaba que las personas jurídicas no respondían por actos ilícitos de sus

representantes con sustento en el art. 43 (texto originario) del Código Civil derogado ¹. El Estado era responsable en el ámbito extracontractual por los actos de gestión y de autoridad sólo si una ley expresamente lo permitía (Perrino, 2015).

Recién en el año 1933 fue dictado por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación el primer precedente jurisprudencial en la Argentina en que se admitió la responsabilidad indirecta y subjetiva del Estado por el hecho de sus dependientes en el caso “Tomás Devoto” ² en donde la parte actora perseguía el pago de una indemnización a raíz de un incendio ocasionado en su propiedad por unos empleados de la Empresa Nacional de Telégrafos mientras reparaban una línea telegráfica. En dicha oportunidad el Alto Tribunal consideró que: *“El incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad al Estado bajo cuya dependencia se encontraba el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado”* (Fallo 169:111) tomando como base lo dispuesto por los arts. 1109³ y 1113 del Código Civil vigente en dicha oportunidad, pese a lo dispuesto por el originario art. 43 de dicho cuerpo legal derogado según el cual la persona jurídica no respondía por los actos dañosos de sus administradores.

Dicha postura fue ratificada años más tarde en el fallo “Ferrocarril Oeste” ⁴ en donde se condenó a la Provincia de Buenos Aires de manera indirecta por el daño ocasionado a un tercero por la expedición de un certificado erróneo por parte de unos empleados del Registro de la Propiedad, basándose en el art. 1113 del Código Civil ⁵, invocándose por primera vez el art. 1112 del C.C. ⁶ fundando dicha responsabilidad en

¹ Art. 43 (texto originario) del Código Civil: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

² “Tomas Devoto y cia S.A c Gobierno Nacional”, CSJN, 1933

³ Art. 1109 del Código Civil: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del Derecho Civil...”

⁴ “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c Prov de Bs Aires, CSJN, 1938 (Fallo 182:5)

⁵ Art. 1113 del Código Civil: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”

⁶ Art. 1112 del Código Civil: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”

la figura de la “falta de servicio”, es decir teniendo en cuenta el funcionamiento irregular en sí mismo y prescindiendo de la culpabilidad del dependiente (Fallo 182:5).

En el año 1984 la Corte Suprema en ocasión de tener que expedirse nuevamente dentro de un conflicto originado en omisiones incurridas por funcionarios del Registro de la Propiedad bonaerense en la causa “Vadell”, reitera la postura sostenida en el fallo “Ferrocarril Oeste” pero fundamentando su posición solo en lo dispuesto por el art. 1112 C.C. y la teoría del órgano, dejando de esta manera de lado la responsabilidad subjetiva e indirecta fundada en el art. 1113 del C.C. como había sostenido en antiguos precedentes, para condenarlo de manera directa, asentada en la idea objetiva de la “falta de servicio”. En dicha oportunidad se sostuvo 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. 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 Código Civil.”*; asimismo, se afirmó que: *“La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, 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 éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.”* (Fallo 306:2030)⁷.

Esta línea de pensamiento se mantuvo en números fallos posteriores dictados por dicho Tribunal.

1.3.2. La responsabilidad por actividad legítima o lícita

Recién en el año 1943, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió por primera vez explícitamente el deber estatal de reparar los daños causados por su obrar lícito en el fallo “Laplacette”⁸, donde se reclamaba una indemnización por los daños ocasionados por las inundaciones permanentes en los campos de particulares

⁷ “Vadell Jorge Fernando c Provincia de Buenos Aires” CSJN, 1984

⁸ “Laplacette, Juan su sucesión y otros c Prov. De Buenos Aires” CSJN, 1943

producidos por obras hidráulicas llevadas a cabo por la Provincia de Buenos Aires. En dicha oportunidad se sostuvo que: *“si bien puede divergirse sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios de derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria”*. Asimismo, expresó que: *“La responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general...esta es la única solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales, de la doctrina y de los textos legales, que así por analogía, son llevados a regir los casos no previstos expresamente pero que caben dentro del contexto general de los principios que los informan (conf., Fallos 143:321; 145:89)”* (Fallo 195:66).

Dicha postura fue reiterada en el fallo “Zavaleta de Labrué” en el año 1948 donde el Alto Tribunal entendió que: *“La Nación es responsable de los daños y perjuicios ocasionados al dueño de un inmueble, por el cambio de nivel de las calles de acceso a un puente próximo mandado construir por aquélla, porque el beneficio común que produce la obra pública no debe ser obtenido a costa del patrimonio ajeno protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional”* aunque también resolvió que: *“No resultando de la prueba agregada en autos que la obra pública construida haya producido real y efectivamente una reducción del valor locativo del inmueble afectado por ella, no procede acordar indemnización por este concepto.”*

Luego de estos dos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no tuvo un criterio unívoco hasta que finalmente en el año 1975 reconoció en forma invariable la responsabilidad estatal por su obrar lícito en el fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A”⁹ donde afirmó que: *“Las restricciones al dominio impuestas por razones de seguridad, higiene o moralidad, como son las establecidas al reglamentar los hoteles alojamiento o albergues por hora, constituyen restricciones*

⁹ “Corporación Inversora Los Pinos s.a. c Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”. CSNJ, 1975

sustanciales al ejercicio del derecho de propiedad. El poder de policía, no obstante, la amplitud de sus atribuciones para establecer aquellas restricciones, tiene límites naturales en los derechos a la libertad y a la propiedad, que cuenta con la tutela de la indemnización, aun cuando la administración haya obrado legítimamente el revocar la habilitación concedida en razón de circunstancias sobrevinientes, referentes a la distancia de escuelas, templos o plazas.” (Fallo 293:617). Esta postura fue reiterada posteriormente por numerosos fallos, entre ellos en los autos “Canton”¹⁰ donde se sostuvo que: “La reparación que debe el Estado, por perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración, debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo establecido en instituciones análogas (art. 16, Código Civil), debiendo aceptarse en el caso que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. Sus normas resultan viables para determinar el perjuicio sufrido por quien celebró una compraventa internacional con un exportador de la India, que debía pagarse con un crédito documentado irrevocable, abierto con anterioridad a la sanción del decreto 2118/71 que prohibió el despacho a plaza de la mercadería objeto del contrato, con fundamento en el propósito de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional... La facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17, Constitución Nacional). (Fallo 301:403); así como también en “Winkler” donde el Alto Tribunal dispuso que: “Si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, en principio, ser fuente de indemnización para terceros, el fundamento de la responsabilidad estatal, dentro del estado de derecho, es la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, principios éstos aplicables al caso en que el actor, habiéndose conducido dentro del marco del ordenamiento jurídico, a través de las

¹⁰ “Canton, Mario Elbio c Nación”. CSJN, 1979

acciones de reivindicación y expropiación inversa, se vio perjudicado por sucesivos cambios legislativos.” (Fallo 305:1045).

Más tarde, se fueron ampliando estos conceptos y se delinearón los requisitos imprescindibles para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Así a modo de ejemplo podemos señalar lo dispuesto en el fallo “Columbia” ¹¹ donde la Corte Suprema estableció 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.”* (Fallo 315:1026).

Asimismo, la postura seguida en “Vadell” se complementó para la procedencia de la responsabilidad extracontractual por su actividad lícita en el fallo “Tejeduría Magallanes” ¹² al sostenerse que: *“Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta, 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 éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.”*. Asimismo, se afirmó 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 sacrificara a aquel interés general esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito”* (Fallo 312:1656).

¹¹ “Columbia s.a. de ahorro y préstamo para la vivienda c Banco Central de la República Argentina”. CSJM, 1992

¹² “Tejeduría Magallanes s.a. c Administración Nacional de Aduanas”. CSJN, 1989

Más allá de la reseña efectuada precedentemente, numerosos fallos han servido de base para establecer los lineamientos en torno a la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados ya sea por su actividad o inactividad, lícita e ilícita.

1.4 Fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado en Argentina

Sin perjuicio de que la responsabilidad del Estado se encuentre consagrada en algunas leyes especiales, el fundamento jurídico debemos encontrarlo en nuestra Constitución Nacional, ya que más allá de que no tenga una disposición expresa que la declare -como ocurre en España, Brasil, Colombia, México, Venezuela, Uruguay, Chile y Perú (ésta última acotada a la responsabilidad derivada del error judicial), se encuentra en ella implícitamente reconocida en diversos artículos. Así podemos mencionar:

a) El deber de “afianzar la justicia” (Preámbulo ¹³). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de último interprete de la Constitución Nacional, ha sostenido: *“un propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como judicial”* (Fallos CSJN, 249:37¹⁴, 302: 1284¹⁵, entre otros). Este valor justicia se impone a todos los poderes del Estado como mandato constituyente atento encontrarse sujetos al efecto vinculante de la Norma Fundamental.

b) La adopción de la forma republicana de gobierno en el art. 1º ¹⁶, consagra el sistema de democracia representativa al sujetar el accionar gubernamental a los

¹³ Preámbulo: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”

¹⁴ “Manzanares Juan Carlos”. CSJN, 1961

¹⁵ “Saguir y Dib, Claudia Graciela”. CSJN, 1980

¹⁶ Art. 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”

principios que son propios de una república como: la división de poderes, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, libertad e igualdad y la alternancia en el ejercicio de los cargos públicos; estos principios se encuentran también receptados en el art. 33¹⁷ con la disposición de los derechos no enumerados o implícitos, cuyo reconocimiento y protección tienen su origen en la forma republicana de gobierno y en la soberanía del pueblo. Por su parte, el art. 29¹⁸ tiende a la protección y vigencia del estado constitucional de derecho y dispone la nulidad insanable de los actos realizados en violación al mandato constitucional; a su vez, tiene una relación directa con el art. 36¹⁹, cuyo fin -entre otros- es el resguardo del sistema democrático, establecer sanciones de inhabilitación para los funcionarios que incurran en su quebrantamiento, disponer sanciones por enriquecimiento ilícito de funcionarios y ratificar el principio de ética pública en el ejercicio de la función. Esta forma de gobierno debe ser asumida igualmente por las provincias conforme lo dispuesto por los arts. 5²⁰ y 6²¹ de la Ley fundamental.

¹⁷ Art. 33: "Las declaraciones, derecho y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

¹⁸ Art. 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los Gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria."

¹⁹ Art. 36: "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función."

²⁰ Art. 5: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante de cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones."

²¹ Art. 6: "El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia"

c) Por su parte el art. 16 ²² establece la igualdad ante la ley y, por ende, la “igualdad ante las cargas públicas”.

d) En el art. 17²³ se encuentra la defensa del derecho de propiedad y su carácter inviolable. Este concepto constitucional de propiedad no sólo alcanza a las cosas, sino que se extiende a toda clase de bienes y derechos que integran el patrimonio de una persona; la protección del derecho adquirido en los términos de éste artículo puede ser restringido bajo determinadas condiciones (sentencia fundada en ley, expropiación, contribuciones impuestas por el Congreso). Asimismo, la garantía de la inviolabilidad está expresamente consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 21 que establece la coexistencia del derecho personal de uso y goce de los bienes con la subordinación de ello al interés social, estableciendo que ninguna persona puede ser privada de sus bienes sino mediante el pago de una indemnización justa y por razones de utilidad pública o de interés social y siempre que lo establezca la ley.

e) Por medio del art. 18 ²⁴, se consagra la defensa en juicio como requisito inexorable previo a la aplicación de una pena. Las distintas garantías allí consagradas si bien están ligadas a la materia penal, también deben aplicarse al resto de las ramas del derecho. A través del art. 19 ²⁵ la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado

²² Art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

²³ Art. 17: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

²⁴ Art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

²⁵ Art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

el fundamento constitucional del principio que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*).

f) El principio de supremacía Constitucional dispuesto por los arts. 28²⁶, 31²⁷ y concordantes. En el vértice de la pirámide se encuentra la Constitución Nacional, y se encuentra a cargo de los tres poderes del Estado la obligación de llevar a cabo una línea de acción coherente con las disposiciones constitucionales. Dicho imperio se mantiene incluso en el caso de un golpe constitucional (art. 36, *op. citado*).

g) La reparación judicial ante actos u omisiones de autoridades públicas que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley (art. 43²⁸).

h) El principio de justicia social (art. 75, inc. 19²⁹).

²⁶ Art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

²⁷ Art. 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante, cualquiera disposición en contrario que contenga leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859.”

²⁸ Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio.”

²⁹ Art. 75: “Corresponde al Congreso:... inc. 12) Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal; de Minería y del Trabajo y la 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 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 requieran el establecimiento del juicio por jurados.”

i) La incorporación de los tratados internacionales referidos a esta materia (art. 75, inc. 22³⁰); tiene relación directa con el art. 30 oportunamente citado, en cuanto obliga a repensar el principio de supremacía constitucional y deben entenderse a tales como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional.

j) Por su parte, el art. 75 inc. 23³¹ sostiene la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes. El Estado no sólo cumple su misión no obstaculizando el ejercicio de los derechos constitucionales, sino que además debe crear las condiciones para el goce en igualdad mediante políticas legislativas.

k) Asimismo, mediante el art. 86³² se vislumbra el control del ejercicio ante hechos, actos u omisiones de la Administración.

l) La demandabilidad judicial del Estado dispuesta en el art. 116³³ sin establecer ninguna clase de prerrogativa.

³⁰ Art. 75: "Corresponde al Congreso... inc. 22) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional."

³¹ Art. 75: "Corresponde al Congreso... inc. 23) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad."

³² Art. 86: "El Defensor del Pueblo es el órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tienen legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial."

³³ Art. 116: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de

m) La promoción de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120³⁴) a través de un órgano extra poder (Cayuso, 2009).

Si bien como puede apreciarse de la reseña precedente no existe en nuestra Constitución Nacional un artículo que consagre la responsabilidad del Estado por el daño ocasionado, existen presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos.

1.5. Conclusiones

Como hemos visto, si bien fue largo el camino que se debió recorrer, de a poco las ideas fueron cambiando dando paso al reconocimiento de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios tanto por sus acciones como omisiones, legítimas e ilegítimas. La jurisprudencia emanada principalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue evolucionando con el paso de los años y fue delineando los presupuestos necesarios para su reconocimiento. Así, habiendo sorteado la idea de la inmunidad absoluta del soberano, se dio paso en un primer momento a reconocer que no era posible responsabilizar al Estado por los daños que produjera por actos de autoridad, y que sólo podía responsabilizársele por los actos de gestión en caso de que una ley expresamente lo permitiera, con sustento en el art. 43 (texto originario) del Código Civil derogado. A partir del año 1933 se admitió la responsabilidad indirecta y subjetiva del Estado por el hecho de sus dependientes por las acciones u omisiones ilegítimas, con sustento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil vigente en dicha oportunidad pese a lo dispuesto por el art. 43 anteriormente citado; para luego admitir la responsabilidad directa del Estado basada en la idea objetiva de la "falta de servicio" con sustento en el art. 1112 del C.C. y la teoría del órgano. En cuanto a la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por actos lícitos, su

la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero."

³⁴ Art. 120: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones."

reconocimiento fue recién admitido en 1943 y con un criterio más restrictivo, basado en los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional y en el art. 1112 del Código Civil vigente en dicha oportunidad. En base a dichos criterios se fueron delineando ciertos requisitos para la procedencia de la responsabilidad como la necesidad de que se haya producido un daño, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio ocasionado, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada, con características propias en caso de tratarse de una acción u omisión lícita o ilícita, hasta el dictado de la Ley 26.944 que ha receptado en parte estos lineamientos y se ha apartado de otros, como veremos en los capítulos siguientes.

CAPITULO N° 2

“LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION Y EN LA LEY ESPECIAL”

2.1. Origen de la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación al tema de la responsabilidad del Estado

2.1.1. Breve reseña

Como ya lo desarrolláramos en el capítulo precedente, en Argentina el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado tiene origen jurisprudencial; ello así atento la inexistencia de disposiciones en la Constitución Nacional o en un cuerpo legal que regularen específicamente sobre la materia. Esta falta de legislación general y orgánica que reglamentare la responsabilidad estatal y el resultado de un conjunto de circunstancias históricas que llevaron a una interpretación amplia del carácter de “derecho común” del derecho civil y uniforme para toda la república (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional ³⁵) así como la inmadurez del derecho administrativo, trajo como consecuencia que se aplicara al Estado -dada su condición de persona jurídica- el régimen patrimonial previsto en el Código Civil para ese tipo de sujetos jurídicos (Perrino, 2015). No obstante, ninguno de los artículos del Código Civil en los que fundó la Corte Suprema de Justicia de la Nación la responsabilidad estatal (arts. 1109, 1113 y 1112 oportunamente citados) mencionan expresamente al Estado como sujeto responsable, sino que más bien fue necesario un gran esfuerzo interpretativo para poder resolver adecuadamente los casos de responsabilidad del Estado mediante la aplicación de dichas normas (Lagarde, 2015).

En este contexto, surgieron dos posturas doctrinarias y jurisprudenciales contrapuestas. La postura más antigua y propiciada fundamentalmente por especialistas de derecho privado, que es la que nosotros compartimos, considera que la responsabilidad del Estado debe ser regulada por el Código Civil y fundamentan esta posición en la teoría unificadora de daños, según la cual no existe diferencia entre derecho público y privado al tratar la responsabilidad. Esta es la opinión seguida por

³⁵ Art. 75, inc. 12 oportunamente citado

autores como Mosset Iturrasape y Kemelmajer de Carlucci, entre otros (Lagarde, 2015). Por ello, también consideran que el régimen jurídico de la reparación del daño causado por el Estado es competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación, rechazando que las provincias tengan competencia para legislar sobre ella, ya que ubican a la responsabilidad estatal como una especie de responsabilidad civil, con aplicación uniforme en todo el territorio del país en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. En definitiva, sostienen que el régimen de responsabilidad legislado en el Código Civil es aplicable a todos los sujetos, sean estas personas públicas o privadas, ya que se centran en la reparación del daño injustamente sufrido por la víctima. En cambio, la segunda postura, es seguida mayoritariamente por autores administrativistas, que sostienen que la responsabilidad del Estado es materia de Derecho Público, en particular de derecho administrativo, y por lo tanto debe ser regulada por la Nación y por las provincias, cada una en el ámbito de su competencia, y solo ante esa falta de regulación puede aplicarse de manera análoga las normas del Código Civil. Entre los autores que siguen esta corriente de pensamiento podemos encontrar a Marienhoff, Comadira, Cassagne, Gordillo, Fiorini, Reiriz, Bielsa, Rossatti, Hutchinson, Perrino, Balbin, entre otros (Lagarde, 2015). Avalan su postura en el sentido que, si bien existen principios comunes a la responsabilidad en el derecho civil y en el derecho administrativo, ya que ambos operan como un instrumento de garantía cuyo objeto es la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas, existen diferencias no menores, ya que mientras en el Derecho Civil la responsabilidad tiene puesta la mirada en la víctima que sufre el daño y la consecuente restitución conforme criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el Derecho Público tiene en cuenta los intereses de la víctima pero debe armonizarlos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, entre el que padece el perjuicio y la comunidad. Sostienen a su vez, que donde más se advierte la dificultad de aplicar las normas de derecho privado es en el ámbito de la responsabilidad legítima, ya que el factor de atribución que justifica el deber de indemnizar del Estado, se encuentra en la existencia de un sacrificio especial derivado del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN, oportunamente citado) que el afectado no está obligado a soportar. Por ello, la responsabilidad de los sujetos estatales se encuentra regida por principios propios que son diferentes a los que imperan en el derecho privado y su regulación por parte de la

Nación y de las provincias, cada uno en su órbita de competencias, encuentra cabida en los arts. 121³⁶, 122³⁷, 129³⁸ y 75 de la Constitución Nacional³⁹ (Perrino, 2015).

El Poder Ejecutivo Nacional, como se verá en el apartado siguiente, siguió la segunda postura, declarando inaplicables de manera directa y subsidiaria las normas del Código Civil y Comercial de la Nación a la responsabilidad del Estado, haciendo la aclaración de que se refiere a las disposiciones de ése título (art. 1764). En idéntico sentido el tercer párrafo de la Ley N° 26.944 sanciona: “*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa ni subsidiaria*” pero sin hacer distinción alguna, es decir de manera general, aspecto que fue duramente criticado por diversos sectores de la doctrina.

Al respecto, compartimos la opinión de Perrino que sostiene que: “*el derecho administrativo no tiene una existencia aislada e independiente, sino que constituye una parte del ordenamiento jurídico, y mantiene con 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, en la que se regulan institutos jurídicos que no le son exclusivos y cuyo ámbito de aplicación se proyectan a todas las ramas del derecho*”. Por ello, más allá de lo establecido en el tercer párrafo del art. 1° de la Ley de responsabilidad del Estado, se podrá recurrir a la legislación civil para cubrir las lagunas que se presenten en la materia, ya sea a fin de aplicar principios generales del derecho, como por ejemplo el principio de buena fe, u otras soluciones allí consagradas mediante la técnica de la analogía, la cual es admitida expresamente en el Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo al Congreso del proyecto de ley N° 26.944 (Perrino, 2015).

³⁶ Art. 121: “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”.

³⁷ Art. 122: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal.”

³⁸ Art. 129: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto por este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones.”

³⁹ Oportunamente citado

2.2 La Responsabilidad del Estado en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

2.2.1 Fundamentos de la Comisión Redactora para la inclusión de la responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial de la Nación

Mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191/2011 de fecha 23 de febrero de 2011 (Infoleg, 2011) se creó una Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, teniendo a su cargo las reformas que considerasen necesarias a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo, que fue integrado con los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena Higton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. Dicha comisión elevó el Anteproyecto al Poder Ejecutivo de la Nación con fecha 24 de febrero de 2012, incluyendo dentro del Libro Tercero “Derechos Personales”- Título V “Otras fuentes de las obligaciones”- Capítulo 1 “Responsabilidad Civil”, Sección 9° “Supuestos especiales de responsabilidad” la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos, siguiendo el criterio sentado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 y la postura iusprivatista, asumiendo por ello que le correspondía al Congreso de la Nación regular sobre la materia como parte del Código de fondo con carácter uniforme en todo el país. Así, sin mayores fundamentos que aducir que estos supuestos ya habían sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia argentina y que se seguían estos criterios, se incorporaron los artículos 1764, 1765 y 1766, que contenían las siguientes disposiciones:

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 ilícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos ilícitos 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 razonablemente para su giro”* (Lorenzetti, R.; Highton de Nolasco E.; Kemelmajer de Carlucci, A., 2012)

El Anteproyecto sufrió importantes modificaciones por parte del Poder Ejecutivo y en lo que aquí nos interesa, estos 3 artículos fueron sustituidos, eliminándose la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos, conforme desarrollaremos seguidamente.

2.2.2 Modificación por el Poder Ejecutivo Nacional. Fundamentos

Las modificaciones sufridas en el Anteproyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial en esta materia, siguieron la postura de que la responsabilidad del Estado es un instituto de derecho público cuya regulación no corresponde a la legislación civil. Así, los artículos del Anteproyecto se sustituyeron por los siguientes:

Artículo 1764: *“Inaplicabilidad de las 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 rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.*

Al respecto, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en dicha oportunidad, doctor Julio Alak, en ocasión de concurrir a la reunión de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación que se realizó en el Salón “Azul” del Honorable Senado de la Nación con fecha 21 de agosto de 2012, con el fin de detallar el método de trabajo y el sistema de interrelación que tuvieron para cumplir con el objetivo que la señora presidenta fijara por Decreto N° 191/2011, se refirió al tema de las modificaciones introducidas en cuanto a los arts. 1764, 1765 y 1766, aduciendo que la Comisión de Revisión planteó fundamentalmente que las mismas afectaban al federalismo ya que invadían materias no delegadas de las provincias al gobierno federal, tal como lo establece el art. 121 de la C.N.; y que el Poder Ejecutivo consideraba que la responsabilidad del Estado y del funcionario era un tema que concernía al Derecho administrativo y por lo tanto ajeno al Derecho civil, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Barreto”⁴⁰ (Fallos 329:759), siendo necesario en consecuencia promover una ley especial de responsabilidad del Estado para el Estado Federal (Comisión Bicameral, 2012).

Acorde a ello, el Poder Ejecutivo de la Nación el día 12 de noviembre de 2013 presentó en el Congreso de la Nación el Proyecto de Ley de responsabilidad del Estado y de los agentes y funcionarios públicos, la que fue aprobada con algunas modificaciones y publicada en el Boletín Oficial el día 8 de agosto de 2014 con el N° 26.944.

Del Mensaje del Poder Ejecutivo N° 1780 de elevación del proyecto al Congreso de la Nación surgen los fundamentos en que basaron la necesidad del dictado de esta ley. Ellos fueron:

- a) Consolidar uno de los principios cardinales que dan fundamento al Estado constitucional de derecho vigente en la República;
- b) Transitar del régimen jurisprudencial a otro de base legal;
- c) Mientras en el derecho civil la responsabilidad focaliza su mirada en la víctima del daño, en el derecho público se tienen en cuenta los intereses de la víctima

⁴⁰ “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, CSJN 21/03/2006

en armonía con los intereses públicos, atendiendo a la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad;

d) Que la regulación particularizada de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias del derecho administrativo responde a la autonomía adquirida por esa materia respecto del derecho privado;

e) Que la consagración de un régimen normativo específico expulsará los riesgos de la cambiante interpretación sobre cuál es el alcance de la responsabilidad estatal y que dicho proyecto de ley buscaba brindar mayor previsibilidad jurídica a las relaciones de las autoridades públicas con los particulares;

f) Que la sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permitiría que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público;

g) Que al establecer que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, no obstaba a que, de corresponder, se realizaran adaptaciones por vía analógica, aunque dicha analogía será innecesaria si la propia ley administrativa regulare directamente los hechos materia del caso;

h) Que ese régimen jurídico diferenciado permitiría verificar que el supuesto de hecho que generase indemnizabilidad por la actividad estatal ilegítima procedería cuando concurre el factor de atribución “falta de servicio” y si fuere por actividad lícita, requeriría, en cambio, de la concurrencia de “sacrificio especial”, y que ninguno de esos factores de atribución, existen en el derecho privado;

i) Que las previsiones normativas propuestas consagraban de modo ordenado y sistemático, la consolidada jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad a 1984 y que por ello se asume que la responsabilidad extracontractual del Estado, además de objetiva, será principal y 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 éstas;

j) Finaliza aduciendo que, en atención al carácter local del derecho administrativo, se invitaba a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adhiriesen a sus términos (Cámara de Diputados de la Nación, 2013).

2.3 Ámbito de vigencia territorial de la Ley N° 26.944

2.3.1 Delimitaciones

La ley N° 26.944 es una ley nacional del Congreso de la Nación y rige, conforme lo establece en su artículo 1°, la responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas en todo el territorio de la República, sujeto a la jurisdicción nacional. Es decir que solo rige a nivel nacional, y las provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires deberán regular en sus respectivos ámbitos las normas que se apliquen para determinar la responsabilidad por los daños allí provocados o podrán adherirse a la presente ley, conforme surge de la invitación dispuesta en el artículo 11°.

Conforme se desprende del texto de la Ley de Responsabilidad del Estado y del art. 1764 del Código Civil y Comercial vigente, la Ley N° 26.944 fue dictada por el Congreso de la Nación en su condición de legislador nacional y no con arreglo a lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la C.N., razón por la cual no integra el llamado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar (art. 126 C.N.⁴¹). Ello por cuanto se reconoce que la responsabilidad estatal se encuentra dentro de las facultades normativas propias de cada provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 121, 122 y 129 de la C.N.⁴²). Si en cambio, hubiese sido dictada por el Congreso Nacional con arreglo a lo dispuesto por el art. 75, inc. 12⁴³, no sería necesaria la invitación a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a su articulado. Ello se encuentra en consonancia con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha calificado de carácter federal a diversas normas que han previsto supuestos especiales del deber de indemnizar del Estado⁴⁴, por lo que resulta razonable afirmar que la Ley

⁴¹ Art. 126: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería; después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno Federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros”.

⁴² Oportunamente citados

⁴³ Oportunamente citado

⁴⁴ Fallos CSJN, 308:1109; 315:2207; 312:2382; 335:608; 318:1707; 329:2274; 304:985; 304:988; 313:1469, entre otros

N° 26.944 tiene dicho carácter, al contener la misma el régimen genérico de la responsabilidad del Estado (Perrino, 2015).

2.3.2 Potestad de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de adherirse a la Ley N° 26.944 o dictar su propia reglamentación

Conforme lo dicho en el punto anterior, serán las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las facultadas para regular en sus respectivos ámbitos las normas que se apliquen para determinar la responsabilidad por los daños allí provocados o podrán adherirse a la Ley N° 26.944.

Es llamativo advertir, sobre todo en los debates parlamentarios tanto del Código Civil y Comercial como de la Ley de Responsabilidad del Estado, que las críticas sobre la solución finalmente adoptada no se detienen en la constitucionalidad del reparto de las competencias, sino en la consecuencia de que cada una de las provincias regule la cuestión de manera diferente, tanto respecto a las otras provincias como a la Nación, lo que suponen traería como consecuencia que ante la reparación por un daño idéntico, éste tendría diferente alcance según sea responsable el Estado Nacional, Provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que ello dependerá de la regulación propia de cada jurisdicción. Así el cuestionamiento se focaliza en la eventual disparidad de regulaciones, suponiendo que cada provincia tendrá una amplia discrecionalidad para regular sobre la materia.

Entendemos que ello no es así ya que compartimos la opinión de diversos autores que consideran 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 parte del derecho común o el Congreso Nacional y cada legislatura local como parte de su propio ordenamiento de derecho público, siendo por ello limitado el margen de actuación de cada provincia a la hora de legislar, ya que en caso por ejemplo de limitarse excesivamente la responsabilidad del Estado, esta ley no superaría la prueba de constitucionalidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido configurando ciertos principios rectores de la responsabilidad del Estado con fundamento

constitucional que deberán ser respetados, bajo pena de ser declarados inconstitucionales en caso de no hacerlo, entre ellos podemos nombrar: que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa; que el Estado responde por su actividad lícita e ilícita, por acción u omisión, si produce un daño; la responsabilidad del Estado opera tanto en el campo contractual como extracontractual; el Estado responde por el ejercicio en sus tres funciones (administrativa, legislativa y jurisdiccional) si produce un daño; la responsabilidad del funcionario es subjetiva y se basa en la culpa; la indemnización por el daño causado por actividad ilícita cubre el daño emergente y el lucro cesante. Otras cuestiones si pueden quedar libradas a un mayor margen de discrecionalidad si no derivan de una exigencia constitucional expresa o implícita (Lagarde, 2015).

A su vez, cada una de las jurisdicciones argentinas (23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) han sido consideradas competentes en sus respectivos ámbitos de gobierno, al establecer en sus Constituciones, con variado alcance y sentido, la responsabilidad del Estado o de sus funcionarios o su demandabilidad. Así, solo a modo enunciativo y sin detenernos en un análisis de cada una de las normas por exceder el ámbito de estudio de este trabajo final, podemos mencionar: Mendoza (arts. 48, 99 inc. 9 y 11, y 203); Entre Ríos (art. 23); Chaco (art. 76); Santa Cruz (arts. 17, 29, 30, 40 y 104 inc. 7); Misiones (arts. 27 y 80); La Pampa (art. 12); Santa Fe (arts. 9 y 18); Jujuy (art. 10); La Rioja (art. 48); San Juan (art. 43); San Luis (arts. 9, 12, 14, 25, 31, 144 inc. 13 y 21, y 276); Catamarca (arts. 47, 4 y 219); Río Negro (arts. 23, 54, 55 y 57); Tierra del Fuego (art. 188); Corrientes (arts. 12, 16, 27, 83 incs. 10 y 11, 125 inc. 21, y 169); Provincia de Buenos Aires (arts. 57, 100 incs. 3, 7 y 8, y 194); Chubut (arts. 69 y 135 inc. 9); Ciudad de Buenos Aires (arts. 13 inc. 10; 56 y 123); Salta (art. 5); Córdoba (art. 14); Formosa (art. 22, 25, 120 inc. 23 y 161); Santiago del Estero (arts. 11, 165, 173 inc. 5, 193 inc. 1-e, y 200); Neuquén (arts. 70, 71, 151, 153, 189 y 288) y Tucumán (arts. 3, 4, 8, 14, 67, 80 y 130). (Urrutigoity, 2015)

En cuanto al artículo 11 de la Ley N° 26.944, el mismo 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”*.

Frente a esta invitación, las Provincias pueden:

a) Adherirse en forma total: pudiendo reproducir el texto de la Ley N° 26.944 en el ámbito local, o mediante su recepción por la técnica denominada “localización de normas federales por incorporación legal” mediante el cual el legislador en lugar de dictar una nueva ley, repite o da por repetida otra norma.

b) Adherir de manera parcial: pudiendo introducir modificaciones de acuerdo a las diversas soluciones que se hayan adoptado en el derecho público local.

c) Dictar una nueva ley: estableciendo su propio régimen de responsabilidad

d) Continuar con el régimen pretoriano de responsabilidad estatal: aplicando analógicamente las disposiciones de la legislación civil (Perrino, 2015).

Hasta el momento, la Provincia de Santa Cruz dictó la Ley N° 3396, promulgada el 27/11/2014, adhiriendo a la Ley Nacional 26.944 pero introduciendo una modificación por medio del art. 2 que dispone: *“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”* a diferencia de lo dispuesto por el art. 6° de la Ley N° 26.944 que dispone una eximición de responsabilidad en sentido amplio; y por medio de su art. 3° invita a los municipios a adherir a los términos de dicha ley (SAIJ, 2014).

Por su parte, la Provincia de Santiago del Estero dictó la Ley N° 7179, de fecha 01/09/2015, adhiriendo a la Ley Nacional, aclarando en su art. 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 produzcan a los bienes o derechos de las personas, los Jueces en lo Civil y Comercial”* (SAIJ, 2015).

A su vez, la Provincia de Chubut dictó su propia Ley I N° 560, promulgada el 10 de agosto de 2015 (Chubut, 2015), a la que me remito en honor a la brevedad.

En el caso de la Provincia de Mendoza recientemente fue dictada la Ley N° 8808 que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo que corresponde al fuero civil conocer en las demandas de responsabilidad del Estado provincial, ello a pesar de lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación (Buteler, 2016).

En el caso de la Provincia de Santa Fe se da un caso particular, ya que el art. 18 de la Constitución provincial establece que: *“en la esfera del Derecho Público, la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que le competen, sin perjuicio de las obligaciones de reembolso de éstos...”* disponiendo en su parte final que: *“tal responsabilidad se rige por las normas de derecho común en cuanto fueren aplicables”*; es decir que si bien declara que la responsabilidad del Estado, se rige por las normas del derecho común; la expresión *“en cuanto fueren aplicables”* importa que dichas normas se aplican en tanto no exista otra local que la derogue o modifique, con lo cual el derecho común entra en relación de subsidiariedad respecto del local, aspecto que se encuentra en colisión con la ley nacional que declara inaplicable el Código Civil ya sea en forma directa o subsidiaria. Por ello, si la provincia de Santa Fe dicta una ley adhiriendo sin más a la ley nacional estaría contradiciendo su propia norma constitucional que permite la aplicación subsidiaria, resultando claramente inconstitucional. En caso de que decidiera adherirse, tendría que hacerlo con reservas, dejando a salvo que se adhiere a la ley nacional para los casos de responsabilidad del Estado pero que además de las normas y principios doctrinarios y jurisprudenciales que gobiernan la materia, se podrá aplicar el derecho común de forma subsidiaria y también por analogía (Domingo, H.; Moscariello, R., 2015).

2.4 Conclusiones

La ley 26.944 fue dictada adoptando como presupuesto que la responsabilidad del Estado corresponde al campo del derecho administrativo, por lo tanto, fue aprobada por el Congreso de la Nación en su condición de legislador nacional y no con arreglo a lo dispuesto por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Ello implica que no es de aplicación uniforme en todo el país sino sólo a nivel nacional, por lo que mediante el art. 11 se invita a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a la misma o la faculta a dictar su propia reglamentación. Más allá de la postura asumida por el legislador, lo que generó el mayor debate fue lo dispuesto por el art. 1 de la ley que dispuso de manera categórica que son inaplicables las disposiciones del Código Civil de manera directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado de manera general, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1764 del Código de fondo que excluyó solo las

disposiciones de dicho título, lo que a nuestro entender fue un grave error ya que dentro del código de fondo se encuentran definidos los principios generales del derecho, y su exclusión generó una laguna normativa que indefectiblemente deberá integrarse por analogía.

En cuanto a la posición asumida por las provincias, por el momento sólo contamos con la adhesión total de la provincia de Santiago del Estero, la adhesión parcial de la provincia de Santa Cruz y la Ley I N° 560 de la provincia de Chubut, por lo que las posiciones no parecen uniformes. Será tarea de cada legislador analizar la posibilidad o no de adherirse a la Ley N° 26944 de acuerdo a lo dispuesto en cada una de sus Constituciones Provinciales, de dictar una nueva reglamentación o continuar con el régimen pretoriano de responsabilidad estatal aplicando analógicamente las disposiciones de la legislación civil. Solo el paso del tiempo nos podrá dar una visión global a fin de analizar cada una de las posiciones adoptadas.

CAPITULO N° 3

“EL ESTADO RESPONSABLE EN LOS TERMINOS DE LA LEY N° 26.944”

3.1 Introducción

Como ya hemos referido anteriormente, en virtud de la naturaleza federal de la Ley de Responsabilidad del Estado que excluye de este régimen a las provincias, la ciudad autónoma de Buenos Aires y los municipios, quedan alcanzados por sus disposiciones todos aquellos daños causados por cualquier órgano estatal del Estado Nacional que deriven de su comportamiento activo y omisivo, legítimo e ilegítimo. Ello se desprende de los arts. 1º, 3º inc. b) y c) y 4º inc. b) y c) de la ley, al definirse el ámbito de su aplicación y regularse los requisitos para su procedencia, donde se hace referencia a la responsabilidad del “Estado” o de un “órgano estatal”, por lo que comprende no sólo al comportamiento de la Administración Pública sino también a los poderes legislativos y judicial, y la de los denominados órganos extra poderes. En relación a la responsabilidad ocasionada por los órganos que componen el poder judicial cabe destacar que, conforme surge del art. 5º, último párrafo, los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

Por otro lado, de dichas normas también se desprende que los perjuicios ocasionados por las denominadas personas públicas no estatales no se encontrarían alcanzadas por esta ley, ya que las mismas no integran la estructura estatal y no pertenecen a la Administración Pública, así como tampoco corresponde extender la aplicación a las sociedades de las cuales el Estado es su titular total o parcial ya que se rigen directamente por las disposiciones del derecho privado (Perrino, 2015).

Así, en su art. 1º la ley establece 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. 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 o funcionarios”*. Asimismo, contempla la responsabilidad estatal por su actuación ilegítima (art. 3º) como legítima (arts. 4º y 5º).

Si bien se ha presentado a la Ley de responsabilidad del Estado como un estatuto que rige únicamente a la responsabilidad extracontractual del Estado, en realidad la ley utiliza una sola vez el término “responsabilidad extracontractual” al fijar en su art. 7° el plazo de tres años para demandar al Estado. Por su parte, el término “responsabilidad contractual” también aparece sólo una vez en el art. 10 que analizaremos en el apartado siguiente. En todos los demás casos, la ley se refiere a la “responsabilidad del estado” de manera general sin aclarar si la norma se aplica a una o ambas de las categorías de responsabilidad.

3.2 Responsabilidad contractual del Estado

3.2.1 Concepto

El contrato exige la concurrencia de voluntades entre dos o más partes titulares de intereses autónomos, y la responsabilidad contractual nace del incumplimiento de dicha obligación preexistente que establece los derechos y las obligaciones de las partes, cuando no sea posible su realización en forma específica (ejecución forzada); a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad extracontractual que surge una vez acaecido el daño, ya que no existe vínculo obligatorio previo entre las partes sino un deber genérico e indeterminado de no dañar impuesto por la ley (Rosatti, H.; Zingaretti, G., 2014).

Conforme se dijera precedentemente, las normas y principios sobre responsabilidad contractual se aplican frente al incumplimiento de obligaciones preexistentes, por lo que no debe entenderse que en materia de responsabilidad “contractual” sólo se regula la órbita de los contratos, sino que su fuente cubre todos los casos de incumplimiento de prestaciones objeto de una relación jurídica preexistente entre el damnificado y el autor del incumplimiento de dicha prestación (Saenz, 2007).

Como bien lo señala Perrino, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado donde la responsabilidad contractual deriva de un comportamiento antijurídico que se traduce en el incumplimiento obligacional, en el derecho público el deber de responder del Estado puede suscitarse además en los supuestos en los cuales su actuación no ha sido contraria a derecho e incluso frente a daños que no le son imputables materialmente, como por ejemplo, frente a casos de fuerza mayor en los contratos de obras públicas. Para el citado autor, su fundamento se asienta en el mantenimiento de la ecuación económica financiera, principio propio de la contratación pública, 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 equivalentes”, 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. Este derecho tiene como fundamento las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17 de la C.N.) y que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 C.N.), pero siempre teniendo en cuenta que el contratista debe soportar, como regla, los riesgos previsible que deriven del alea normal del negocio (Perrino, 2015).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que: “*si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configuran 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, celebra un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público.*” (fallos 351:158, entre otros) ⁴⁵ (Rosatti, H.; Zingaretti, G., 2014)

3.2.2. Aplicación supletoria de la Ley N° 26.944

El art. 10 de la ley establece que: “*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*”. Como ya dijéramos anteriormente, este es el único caso en que la ley se refiere a la “responsabilidad contractual”, en todos los demás se refiere a la “responsabilidad del estado” de manera general sin aclarar si la norma se aplica a una o ambas de las categorías de responsabilidad, por lo tanto, la responsabilidad del Estado en su faz contractual también es susceptible de quedar alcanzada por ella.

⁴⁵ “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes y otro”, CSJN

Las normas específicas a las que se refiere el citado artículo debe ser entendida con carácter general, es decir que comprenderían tanto la legislación administrativa como las cláusulas contractuales, por lo tanto, conforme lo expresa Mairal: “las partes pueden convenir, o el Estado estipular y su cocontratante aceptar, la aplicación de normas diferentes de las de la Ley de Responsabilidad del Estado y, entre ellas, las previstas por el Código Civil” (Mairal, 2014). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado 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) ⁴⁶.

Por otra parte, del examen de la normativa nacional que rige la contratación pública se desprende que existe una gran carencia al respecto, ya que sólo se contemplan supuestos puntuales de responsabilidad estatal que se localizan en ciertos contratos administrativos, en normas que regulan los aspectos generales de la contratación estatal y en los pliegos de bases y condiciones; por lo que será imprescindible acudir a las soluciones consagradas en la legislación civil, ya sea para aplicar principios generales u otras normas analógicamente (Perrino, 2015). Por ello, la interpretación literal del art. 1° de la ley, que excluye las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado de manera directa y subsidiaria, nos llevaría a un gran vacío legislativo ante la dificultad de precisar que normas entre todas las diseminadas a lo largo del Código Civil pueden tener alguna incidencia sobre el tema de la responsabilidad contractual del Estado (Mairal, 2014).

3.2.3. Supuestos de responsabilidad contractual del Estado

La Doctrina distingue dos supuestos de responsabilidad contractual: la falta o incumplimiento y el sacrificio o daño especial.

a) La falta o incumplimiento

Este factor de atribución deriva de una actuación estatal contraria a derecho, consistente en la violación de una obligación preexistente válida que se traduce en la insatisfacción de la prestación debida al contratista, es decir que nos encontramos ante una responsabilidad contractual por actividad ilegítima del Estado.

⁴⁶ “Radeljak, Juan Carlos c/ Administración General de Puertos s/ ordinario.”. CSJN, 29/12/1988

Afirma Perrino que: “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 y comercial (art. 959) y plenamente imperantes en la contratación pública. De tal modo, falta contractual es sinónimo de incumplimiento del contrato, lo cual puede suscitarse ya sea por la inejecución total 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” (Perrino, 2015, pág. 240).

Este incumplimiento puede provenir no sólo de la violación de las obligaciones que están directamente vinculadas al cumplimiento del objeto, sino también a los deberes secundarios o colaterales de conducta (vgr. de información, protección, colaboración, etc.) que derivan del deber de cumplimiento de buena fe de lo convenido (Lorenzetti, R.; Lima Marques, C., 2005).

No es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que se configure la responsabilidad estatal por falta contractual, al igual que ocurre con la responsabilidad por falta de servicio, ya que la culpa o el dolo no constituyen elementos determinantes sino la falla del sistema o del aparato administrativo que aquí se traduce en el incumplimiento de la obligación preexistente (Perrino, 2015).

b) Sacrificio o daño especial

El segundo factor de atribución da lugar a la responsabilidad estatal por actuación legítima ya que presupone la existencia de un comportamiento del Estado conforme a derecho. Por lo tanto, no puede hablarse de una falta o incumplimiento sino en la existencia de un sacrificio o daño especial provocado al contratista afectado que no está obligado a soportar, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN) (Rosatti, H.; Zingaretti, G., 2014).

En el campo contractual, se suscita la responsabilidad sin falta del Estado cuando el hecho o acontecimiento perturbador de la ecuación económica del contrato es causado por el ejercicio de la prerrogativa modificatoria de la Administración, por hechos del príncipe o por la extinción un contrato administrativo por decisión unilateral de la Administración contratante, fundada en razones de interés público, antes de su finalización normal, por lo que debe indemnizarse al contratista por los perjuicios resultantes de aquellas. (Perrino, 2015).

c) Alcance de la indemnización

La Ley de responsabilidad del Estado, a diferencia de lo legislado con relación a la responsabilidad estatal por actuación legítima, nada ha regulado respecto de los daños indemnizables causados por actividad o inactividad ilegítima estatal. En el caso de incumplimientos contractuales, que no estén sujetos a una regulación específica, se deberá recurrir, por vía de la analogía, a lo dispuesto por el art. 1740 del Código Civil y Comercial, que establece el principio de la reparación plena, por lo que nada ha cambiado con el dictado de la ley en este punto. Recordemos que el citado artículo establece: *“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero...”*.

En el caso de que la responsabilidad del Estado fuere debido a la extinción anticipada del vínculo contractual por razones de interés público, que tampoco estén sujetos a una regulación específica, será de aplicación supletoria lo dispuesto por el art. 5° de la ley. El mismo establece que: *“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”*. Este criterio es coincidente con lo establecido por el art. 12 inc. b), 2° párrafo, del Decreto delegado 1023/01 en el cual se dispone: *“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”*. Los comentarios a este artículo serán desarrollados en el Capítulo N° 4.

3.2.4. Inaplicabilidad de la ley al Estado empleador

En el art. 10, último párrafo, se excluyen las disposiciones de esta ley al Estado en su carácter de empleador. Al respecto cabe recordar que los daños acaecidos por un infortunio laboral se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Riesgos de

Trabajo N° 24557, modificada por la Ley N° 26773, que dispone en su artículo 2°: “*Ámbito de aplicación. 1. Están obligatoriamente incluidos en el ámbito de la LRT: a) Los funcionarios y empleados del sector público nacional, de las provincias y sus municipios y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires...*”, por lo que constituiría una norma especial.

3.3 Responsabilidad extracontractual del Estado

3.3.1. Concepto

Conforme lo señaláramos precedentemente, la responsabilidad extracontractual del Estado surge una vez acaecido el daño, ya que no existe vinculo obligatorio previo entre las partes, sino un deber preexistente, genérico e indeterminado de no dañar (*neminem laedere*) impuesto por la ley.

3.4. El carácter objetivo y directo de la responsabilidad del Estado

El art. 1° de la ley, primera parte, expresamente establece que la misma rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, y que ella es objetiva y directa.

El carácter objetivo y directo dado, recepta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación imperante a partir del *leading case* “Vadell”⁴⁷ (fallo 306:2030) a partir del cual se deja de caracterizar a la responsabilidad del Estado como subjetiva e indirecta y pasa a considerársela objetiva y directa, con fundamento en la falta de servicio por aplicación subsidiaria del art. 1112 del Código Civil vigente en dicha oportunidad y la teoría del órgano.

3.4.1. Responsabilidad objetiva

a) Concepto:

Que la responsabilidad sea objetiva significa que a la hora de determinar si al Estado le corresponde o no la obligación de responder, se tiene en cuenta el daño en sí mismo y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida y el perjuicio sufrido por la víctima, con prescindencia de si quien realizó la acción u omisión que lo produjo, lo hizo de manera dolosa o culposa.

⁴⁷ “Vadell c/ Provincia de Buenos Aires”. CSJN, 18/12/1984

El fundamento de la responsabilidad objetiva se encuentra en la necesidad de asegurar a la víctima una reparación por el perjuicio sufrido, solución que en muchos casos la teoría clásica de culpa no puede proveer, ya que allí es necesario probar para determinar la responsabilidad de responder, no sólo el daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida y el perjuicio sufrido, sino además el actuar doloso o culposo de su autor, siendo el mismo muchas veces difícil de determinar, o habiéndoselo identificado, es difícil de probar que la conducta fue dolosa o culposa, e incluso siendo esto superado, el mismo puede resultar insolvente. Por otra parte, la teoría de la culpa no prospera en caso de haber sufrido la víctima un daño por actividad lícita del Estado (Rosatti, H.; Zingaretti, G., 2014).

3.4.2. Responsabilidad Directa

a) Concepto. Teoría del órgano:

La responsabilidad es directa por aplicación de la teoría del órgano, la cual postula que las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos. Enseña Gordillo que: “el Estado actúa a través de sus órganos que son desempeñados por personas físicas cuya voluntad, manifestada en el ámbito de sus funciones, se imputan al Estado considerándose como suya propia” (Gordillo, 2013). Consecuentemente, cualquiera sea la posición jerárquica que tenga un agente público en la estructura administrativa se identifica con la propia autoridad estatal, es decir que no constituye una persona diferenciada del Estado, sino que se confunde como parte integrante suya. Por ello, afirma Perrino que: “el deber de reparar del Estado por un daño causado por sus órganos no puede considerarse un supuesto de la responsabilidad por el hecho ajeno (art. 1113, 1° párrafo del Código Civil Venezolano y art. 1753 del Código Civil y Comercial), tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el histórico cambio de criterio producido... al fallar el caso Vadell” (Perrino, 2015, págs. 50-51).

Basándose en esta teoría la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vadell” anteriormente citado, sostuvo que la responsabilidad estatal es siempre directa y no refleja o indirecta. En tal sentido ha señalado reiteradamente que: “*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, aquél responde directamente por la falta*

de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. 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 éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (Fallos 321:1124).

3.5. Conclusiones

Como hemos analizado, el Estado Nacional y sus órganos son responsables de manera directa y objetiva por los daños causados que deriven de su comportamiento activo y omisivo, legítimo e ilegítimo, tanto en su faz contractual como extracontractual, excluyéndose aquellos perjuicios ocasionados por personas públicas no estatales -ya que no integran la estructura estatal- ni por las sociedades de las cuales el Estado es su titular total o parcialmente ya que se rigen directamente por las disposiciones del derecho privado.

En su faz contractual, la ley N° 26.944 establece mediante el art. 10 que la misma será de aplicación supletoria en caso de que no exista una norma específica que la regule, entendiéndose aquellas con carácter general, es decir comprendiendo tanto la legislación administrativa como aquellas cláusulas contractuales mediante las cuales las partes pueden convenir o el Estado estipular y su cocontratante aceptar. En este aspecto, es por todos conocido que existe una gran carencia en cuanto a la normativa nacional que rige la contratación pública ya que la misma solo contempla supuestos puntuales de responsabilidad estatal que se localizan en ciertos contratos administrativos, en normas que regulan los aspectos generales de la contratación estatal y en los pliegos de bases y condiciones; por lo que será imprescindible acudir a las soluciones consagradas en la legislación civil, ya sea para aplicar principios generales u otras normas analógicamente así como también es susceptible de ser alcanzada por la Ley 26.944. La reparación, atento la falta de regulación en este aspecto, se considera plena por aplicación analógica el art. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En su faz extracontractual, los requisitos para su procedencia, caracteres y alcances se desprenden de los arts. 3° inc. b) y c) y 4° inc. b) y c) que serán analizados en el Capítulo siguiente.

CAPITULO N° 4

“RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD O INACTIVIDAD EN LA LEY N° 26.944”

4.1. Introducción

Como ya hemos visto, la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido calificada como objetiva y directa; ya sea que el daño provocado por cualquiera de sus órganos o entes provenga de actividades o inactividades ilegítimas, o legítimas, siendo en el caso de las primeras el factor de atribución la “falta de servicio” y en el caso de actuación legítima el “sacrificio especial que el afectado no está obligado a soportar”. Habrá de acreditarse el daño y el nexo de causalidad para que proceda la reparación económica, además de demostrar el anormal o irregular funcionamiento de la Administración de acuerdo a la naturaleza de la actividad, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Por ello, en este capítulo nos detendremos a analizar los requisitos que deben configurarse para que nazca el deber de responder por el Estado por su actividad o inactividad, ilegítima o legítima, los que se encuentran plasmados en los arts. 3, 4 y 5 de la Ley en estudio. Cabe resaltar que al hablar la ley de actividades o inactividades ilegítimas o legítimas de “cualquiera de sus órganos o entes” hace referencia tanto a la Administración Pública como al Poder legislativo y judicial.

4.2. Responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima

El art. 3 de la ley de responsabilidad del Estado ha definido en cuatro incisos los requisitos para que proceda el deber de reparar el daño ocasionado tanto por su actividad como por su inactividad cuando la misma es ilícita, es decir contraria a derecho. Sabido es que jurisprudencialmente se ha admitido pacíficamente la responsabilidad del Estado en casos en que ha producido un daño por su actividad ilícita, no así en casos de omisión ilegítima, donde se han evaluado con mayor estrictez los recaudos necesarios para que proceda el deber de reparar por parte del Estado, por lo que nos parece un avance que los supuestos de procedencia sean comunes a la actividad e inactividad, más allá de la diferenciación que se hace en el último párrafo del inc. d) al que nos referiremos oportunamente.

4.2.1. Requisitos para su procedencia

El art. 3 de la ley establece en cuatro incisos cuales son los requisitos para que se configure la responsabilidad del Estado, tanto por su actividad como por su inactividad ilegítima. Ellos son: 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. A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

a) El daño resarcible. Caracteres

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1737, define que: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”*

Por su parte, conforme se desprende del inc. a) del art. 3° de la ley, para que proceda el deber de reparar por parte del Estado o de sus órganos a causa de su actividad o inactividad ilegítima, el daño que se produzca debe ser: cierto, estar debidamente acreditado por quien lo invoca y ser mensurable en dinero.

En este mismo sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho en numerosas oportunidades que para que el daño sea resarcible debe ser cierto, es decir real y efectivo, y no eventual o hipotético. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso del daño actual, o debe existir una suficiente probabilidad de que el mismo llegue a producirse de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro; excluyéndose de esta manera 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, requiriéndose la comprobación judicial de tal extremo⁴⁸. Como puede observarse de lo dicho, a diferencia de lo que sucede en el caso de actividad legítima del Estado, el daño

⁴⁸ Fallos CSJN 295: 168; 307:1233; 311: 2683; 317:1225; 330:2748, entre otros

resarcible puede ser actual o futuro, si existe en éste último caso una probabilidad suficiente de que el mismo llegue a producirse.

Este daño a su vez debe ser debidamente acreditado por el damnificado, sobre el cual recae la carga probatoria. Comparto con Uslenghi en cuanto entiende que: “...tratándose del daño sufrido por la víctima será ésta 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.” (Uslenghi, 2015, pág. 180); y por último debe ser mensurable en dinero, es decir que el daño por el cual se pretende su reparación debe ser traducido a un valor económico, a los fines de lograr su reparación plena e integral.

b) Imputabilidad material

El segundo requisito impuesto en el artículo 3° para que se configure la responsabilidad del Estado por actividad o inactividad ilícita es que la conducta dañosa pueda ser atribuida a un órgano estatal, es decir a un sujeto que forme parte de la estructura del Estado. Esta imputación debe ser “material”, es decir real y concreta, quedando excluidas aquellas meramente potenciales o hipotéticas (Lamoglia, 2015). Ello no debe entenderse como una exclusión de responsabilidad al agente que haya obrado ilegítimamente, aspecto que será debidamente desarrollado en el Capítulo 6°.

A su vez, se desprende que el Estado no responde por los daños ocasionados por los llamados colaboradores externos de la Administración ni de manera subsidiaria, ya que éstos no forman parte de la estructura estatal (Perrino, 2015).

c) Relación de causalidad

Conforme se desprende del inc. c) del art. 3°, el tercer requisito para que se configure la obligación de reparar por su actividad o inactividad ilícita lo constituye la existencia de una relación de causalidad adecuada entre dicha actividad o inactividad emanada del órgano y el daño cuya reparación persigue el damnificado.

Este nexo de causalidad es indispensable y se refiere a que la acción u omisión debe haber sido objetivamente idónea para influir en el resultado lesivo, es decir para producir normalmente esa consecuencia dañosa. Aquí se ha ratificado la tendencia jurisprudencial que se venía adoptando pacíficamente, la llamada teoría de la causalidad adecuada. Dicho examen opera a posteriori, focalizando la atención en determinar si la acción u omisión desplegada, entre todas las que concurren, influyó para producir el

perjuicio cuyo resarcimiento se reclama según el curso natural y ordinario de las cosas (Sammartino, 2015).

Gonzales Pérez bien ha definido a la teoría de la causalidad adecuada como aquella que: *“aisla de entre los diversos acaecimientos que han podido concurrir a la producción del daño aquel que lleve consigo la mayor posibilidad o probabilidad de producción del daño, apareciendo como su causa generadora.”* (Gonzales Pérez, 2012, pág. 554).

Al ser esta relación de causalidad “adecuada” se puede concluir que el Estado deberá responder de manera concurrente con terceros o la propia víctima, si éstos han intervenido conjuntamente con él a la producción del daño que se reclama, debiendo ser el juez el encargado de distribuir la proporción en que el Estado debe responder; a diferencia de lo que sucede en el caso de responsabilidad legítima donde se requiere que la relación de causalidad sea “directa, inmediata y exclusiva” excluyendo de esta manera el deber de reparar el perjuicio por parte del Estado si intervinieron otros factores ajenos (Uslenghi, 2015). Volveremos sobre este punto al tratar los requisitos para la procedencia de la reparación en caso de actividad legítima.

d) Falta de servicio

Por último, el inc. d) del art. 3° establece que para que se genere la responsabilidad del Estado por su actividad o inactividad ilícita debe existir una falta de servicio, la cual define como una actuación u omisión irregular de parte del Estado y aclara que la omisión generará responsabilidad sólo cuando se verifique la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

El término “falta de servicio” como factor de atribución en nuestro derecho fue introducido por primera vez por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Ferrocarril oeste” en donde se dijo que: *“...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.”*, recogiendo posteriormente la figura en el célebre fallo “Vadell” donde estableció 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”. 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 Código Civil.”. Es decir, que la falta de servicio ocurre cuando el mismo se presta en forma deficiente, no se presta o se presta tardíamente, ya sea a causa de su accionar o de su omisión (Zalazar, 2015).

En la última parte de este inciso hace una diferencia en relación a la inactividad ilegítima, aclarando que la omisión “...sólo generará responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. Es decir que se debe acreditar que esa omisión que produjo el daño fue producto del incumplimiento a una norma u otro acto estatal de carácter obligatorio, ya sea que dicha omisión haya sido parcial o total (Sammartino, 2015).

Al respecto, se ha seguido en líneas generales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tenía dicho que la responsabilidad por omisión era improcedente ante la inexistencia de un deber específico de cumplimiento.

Ahora bien, recordemos que en el fallo “Mosca”⁴⁹ donde el actor reclamaba a la Asociación del Fútbol Argentino, al Club Atlético Lanús y a la Provincia de Buenos Aires por las lesiones sufridas en su ojo izquierdo que le ocasionó una progresiva pérdida de la visión que se fue agravando progresivamente provocada por el impacto de un elemento contundente en el rostro cuando se encontraba en las afueras del club Atlético Lanús mientras se disputaba un partido de fútbol entre el equipo local e Independiente por el "Torneo Apertura", atento haber trasladado en calidad de chofer a periodistas del diario “Clarín” hasta dicha sede, si bien la demanda no prosperó en contra de la Provincia de Buenos Aires pues entendió que el deber genérico de seguridad había sido debidamente atendido por el Estado, en dicha oportunidad el Alto Tribunal recordó que: “...*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, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio.*

⁴⁹ “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”. CSJN, 06/03/2007

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 éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 321: 1124). Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. Que el factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de los mencionados elementos de concretización de la regla general...”, y asimismo dijo que: “...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 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 bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar...” (Fallo 330:563). Es decir, que aquí no se siguió como consecuencia necesaria la irresponsabilidad al tratarse de un deber genérico, sino que en base a eso realizó un juicio estricto del cumplimiento de dicho deber teniendo en cuenta “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

En idéntico sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en el caso “Carballo de Pochat”⁵⁰ citando el precedente “Mosca” recordando que ante la omisión de mandatos jurídicos indeterminados la evaluación debe ser estricta ya que no

⁵⁰ “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ANSES s/daños y perjuicios”, CSJN, 08/10/2013 (fallo 336:1642)

cualquier incumplimiento de un deber genérico acarrea responsabilidad del Estado (Canda, 2015).

Así, se observa que la ley de responsabilidad del Estado en caso de omisión ilegítima es más estricta en cuanto a su procedencia ya que sólo se genera en caso de verificarse la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado, a diferencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que a partir del fallo “Mosca” no descartó de plano la procedencia de la reparación, sino que consideró que en caso de omisión de “deberes genéricos indeterminados”, debía realizarse un juicio más estricto (Canda, 2015).

4.3. Responsabilidad por actividad legítima

La responsabilidad del Estado por actividad legítima se encuentra regulado en los artículos 4° y 5° de la ley, estableciéndose en el primero cuales son los requisitos para que la misma proceda y en el segundo aclarando su carácter excepcional, además de determinar el alcance de la reparación, excluyendo la reparación del lucro cesante. Asimismo, dispone que el daño causado por la actividad judicial legítima del Estado no genera derecho a indemnización, punto que será desarrollado en el Capítulo siguiente.

Cabe resaltar que si bien en el art. 1° de la ley bajo estudio se estableció 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...”*, en el art. 4° se establecieron sólo los requisitos para que proceda la responsabilidad por su “actividad legítima”, excluyendo las omisiones legítimas; a diferencia de lo que ocurrió en el art. 3° donde se incluyó tanto la “actividad” como la “inactividad” ilegítima del Estado. De allí se infiere que ha sido el ánimo del legislador excluir la responsabilidad del Estado por los daños que pudiere provocar por omisiones legítimas, no obstante, no es usual que se demande al mismo por ello. En este aspecto, coincido con Comadira en cuanto sostiene que si bien la intención pareciera ser excluirlas *“...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.”* (Comadira, 2015).

4.3.1. Requisitos para su procedencia

El artículo 4° de la Ley establece en cinco incisos cuales son los requisitos para que se configure la responsabilidad del Estado por su actividad legítima, ellos son: 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 del 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. A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

a) El daño

Conforme lo desarrolláramos al referirnos al daño resarcible por actividad o inactividad ilegítima (art. 3° inc. a), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en reiteradas oportunidades que el mismo debe ser cierto, excluyéndose de esta manera 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, requiriéndose la comprobación judicial de tal extremo. En este inciso en particular, además de requerirse que el mismo sea “cierto” se exige que sea “actual”, es decir que introduce una restricción no exigida para el caso de la actividad o inactividad ilegítima, siendo la misma claramente inconstitucional. Al respecto afirma Aberastury, opinión que compartimos plenamente, que porque “... *una conducta que produce un daño haya cesado, no por ello se pueden desconocer los efectos causados, que permanecen subsistentes, tanto para el pasado como para el futuro pues, de lo contrario su interpretación altera la integralidad de la reparación*” (Aberastury, 2014).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gómez Alzaga”⁵¹ donde se perseguía una indemnización por la inundación del campo de la actora por la realización de obras públicas por parte de la Provincia de Buenos Aires, se admitió la procedencia del lucro cesante futuro, al sostener que: “... *que no hay inconveniente para indemnizar el lucro cesante, tanto el correspondiente a los años 1981/85 cuanto al futuro, toda vez que éste último aparece como un efecto no sucedido pero que se producirá con certeza objetiva dentro del curso natural del fenómeno. Ciertamente, ya sea que las superficies inundadas se tornen permanentemente ineptas*

⁵¹ “Gómez Alzaga, Martín B. c/ Provincia de Buenos Aires” CSJN, Fallo 307:1515

para la explotación o se opere su rehabilitación productiva, transcurrirá un plazo en que el perjuicio será evidente y por lo tanto indemnizable...” (fallos 307:1515). Postura que se mantuvo en numerosos fallos dictados por el Alto Tribunal cuando existía un grado de certeza objetiva de que sucediese (Fallos 311:233 y 744; 312:2266, 317:318, 325:255, entre otros) (Perrino, 2015).

b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal

El segundo requisito impuesto en el artículo 4° para que se configure la responsabilidad del Estado por actividad lícita no requiere mayores aclaraciones que las ya desarrolladas en cuanto al inc. b) del art. 3°, esto es que la conducta dañosa pueda ser atribuida a un órgano estatal, es decir a un sujeto que forme parte de la estructura del Estado. Esta imputación debe ser “material”, es decir real y concreta, quedando excluidas aquellas meramente potenciales o hipotéticas.

c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva

El inc. c) del art. 4° establece como requisito para la procedencia de la reparación por actividad lícita del Estado que la relación de causalidad sea “directa, inmediata y exclusiva” entre la actividad estatal y el daño, a diferencia de lo dispuesto por el art. 3 inc. c) en donde se requería que la misma fuese “adecuada”.

Aquí el legislador ha seguido en general la línea jurisprudencial restrictiva de la Corte Suprema de Justicia donde sostuvo que: *“Para que proceda la indemnización por la actividad lícita del Estado son requisitos ineludibles la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado.”* (Fallos 312:1656; 318:1531, entre otros). Asimismo, en el fallo “El Jacarandá”⁵² recordó 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 (doctrina de Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros). También ha dicho esta Corte que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales*

⁵² “El Jacarandá S.A. c/Estado Nacional s/juicios de conocimiento”. CSJN, 28/07/2005

daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina de Fallos: 310:2824). En Fallos: 312:2022, considerando 16, se enfatizó 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.” (Fallo 328:2654) (Perrino, 2015).

De tal modo, al ser la relación de causalidad “exclusiva” se descartaría la posibilidad de que proceda la reparación por actividad legítima del Estado cuando exista una pluralidad de hechos causales que hayan contribuido a producir el daño (Trigo Represas, 2014).

d) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño

El cuarto requisito dispuesto en el art. 4° está dado por la “ausencia del deber jurídico de soportar el daño” por parte del damnificado de la actividad estatal.

La exigencia de este recaudo como presupuesto para que proceda la responsabilidad del Estado por su actividad legítima en el campo extracontractual fue plasmada por primera vez por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Columbia”⁵³ donde la actora demandó al Banco Central de la República Argentina por el daño producido durante los meses de julio y agosto de 1982 por la modificación de los índices de corrección que venían aplicándose a préstamos de capitales por una tasa máxima. El Alto Tribunal revocó la decisión de la Cámara y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento, recordando en dicha oportunidad 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”,* agregando que: *“El reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, tratándose del reclamo de una entidad financiera por decisiones del Banco Central, requiere 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”* (Fallo 315:1026), sin dar una mayor precisión al alcance del concepto. Si bien este requisito

⁵³ “Columbia S.A. de ahorro y préstamo para la vivienda c/Banco Central de la República Argentina”. CSJN, 19/05/1992

fue introducido en el fallo citado en virtud de la particular relación que unía a las partes, se hizo posteriormente referencia al mismo en supuestos ajenos a ella; así podemos citar el fallo “Malma Trading”⁵⁴ donde una empresa importadora reclamaba el resarcimiento por las sumas pagadas en concepto de anticipo por la importación de motocicletas usadas los que luego no pudo utilizar atento prohibirse la importación de una cantidad determinada de dichos productos; allí el Alto Tribunal recordó 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 en el desarrollo de esta doctrina este Tribunal se refirió a la singularidad del perjuicio al expresar 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). También expresó que la actividad del Estado debe haber producido una lesión a una situación jurídicamente protegida (Fallos: 318:1531).*” (Fallo 337:548); presupuesto que fue incluido expresamente en la ley de responsabilidad del Estado para la procedencia de la reparación en caso de actividades lícitas si bien su alcance no fue definido específicamente, quedando sujeto a interpretación judicial (Veramendi, 2016).

Más allá de estas consideraciones en cuanto a su deficiente conceptualización, aparece acertada su inclusión ya que no cualquier actividad lícita que provoque un daño puede dar lugar a una reparación, sino que es menester que no exista un deber jurídico de soportarlo.

⁵⁴ “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional Mº de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento”. CSJN, 15/05/2014

e) Sacrificio especial de la persona dañada

El quinto requisito del art. 4 establece que debe existir un sacrificio “especial” en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la “afectación de un derecho adquirido”.

No cualquier daño es susceptible de reparación por actividad legítima del Estado, sino que es necesario que la actividad lícita realizada en beneficio de un interés colectivo, le produzca al damnificado un perjuicio desigual y desproporcionado al que recae sobre el resto de la comunidad; en otras palabras, dicho daño deberá exceder lo que normalmente se entiende como las cargas propias de la vida en comunidad (Cilurzo, 2014).

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Manzi”⁵⁵ donde el actor era titular de un certificado de depósito a plazo fijo cuyo vencimiento operaba el 2 de enero de 1990 y fue alcanzado por las previsiones del decreto 36/90, por lo que demandó al Estado Nacional por las sumas consignadas en el título en concepto de capital e intereses con deducción de lo percibido en efectivo y del valor real de los bonos externos entregados en canje así como también por el cobro de intereses por la demora en la liquidación y pago de su certificado, el Alto Tribunal enfatizó que: *“...esta Corte ha admitido la responsabilidad del Estado por su obrar lícito con el propósito de resarcir el desmedro patrimonial que experimenta el particular a raíz de un acto estatal que se traduce en un beneficio para toda la comunidad (Fallos: 301:403; 305:321; 310:943, considerandos 7º, 12 y sgtes.; 312:2266, entre otros); es decir, que la condición implícita que torna viable esta doctrina 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. En suma, mediante esta concepción se procura amparar el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y Fallos: 312:1656, considerando 11) mas no neutralizar la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales (Fallos: 180:107; 182:146 y R.89.XXIV "Román S.A.C. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro de pesos", fallada el 13 de octubre de 1994)...Que con arreglo a las pautas enunciadas en el*

⁵⁵ “Manzi, Carlos A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ juicio de conocimiento” CSJN, 13/05/1997

considerando anterior se advierte que la admisión generalizada de pretensiones análogas a la deducida en autos no conduciría a proteger el derecho de propiedad sino a obstaculizar la labor de gobierno, pues implicaría la derogación -por vía elíptica- del régimen legal de emergencia con la consiguiente frustración de todos los propósitos contenidos en él tendientes al afianzamiento del bienestar general (Fallos: 313:1513, considerando 33); de verificarse esta situación, el pago de los resarcimientos recaería sobre toda la comunidad sin que ésta obtuviera - como contrapartida- beneficio alguno ya que la crisis se agravaría y, en definitiva, se tornarían ilusorios los derechos que se han pretendido preservar” (fallo 320:955). Es decir, que para que se verifique el sacrificio especial éste debe derivar de consecuencias anormales “que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales” y que “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” (fallo 337:458) ⁵⁶, por lo que el texto legal bajo estudio se encuentra en concordancia con dicha jurisprudencia imperante en este punto.

A su vez se requiere que la actividad lícita afecte a un derecho adquirido. Al respecto, el Tribunal cintero al expedirse en el fallo “Revestek” ⁵⁷ ha considerado que existe un derecho adquirido cuando: *“el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho”* agregando en dicha oportunidad que: *“...no existen derechos adquiridos tutelables jurisdiccionalmente cuando los recurrentes sólo tienen una mera expectativa (Fallos: 182:146)”*. Así, ante la ausencia de una lesión a un derecho adquirido resulta improcedente la indemnización por actividad legítima del Estado “ya que no se configura el daño con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas” (Sammartino, 2015).

4.4. Carácter excepcional de la reparación

El art. 5° de la ley comienza diciendo: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional...”, al respecto entendemos que lo que el

⁵⁶ “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional Mº de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” op. citado

⁵⁷ “Revestek S.A. c/Banco Central de la República Argentina s/ordinario”. CSJN, 15/08/1995. R. 238. XXII. ROR

legislador quiso significar es que en principio la actividad legítima del Estado o de sus órganos no debería -por su carácter- producir daño alguno a los particulares ya que lo que se busca con dicha conducta es el bienestar general de la comunidad. Esto también puede apreciarse de los requisitos establecidos en el art. 4 para la procedencia de la reparación, que son más estrictos que los establecidos cuando la actividad o inactividad es ilegítima, lo que no significa que en caso de que se cumplan los mismos, no sea procedente la indemnización al afectado.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en reiteradas oportunidades que: *“los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir los daños ocasionados por la administración en el cumplimiento de sus funciones, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables”* (fallos 317:1225, reiterado en fallos 328:2654) (Perrino, 2015).

4.5. Alcance del resarcimiento. Exclusión del derecho a la indemnización por lucro cesante

Cabe destacar que la ley de responsabilidad del Estado no fija el alcance de la reparación de los perjuicios ocasionados por actividad o inactividad ilícita por lo tanto se entiende que cabe la aplicación analógica del art. 1740⁵⁸ del Código Civil y Comercial vigente, es decir la reparación plena (Sammartino, 2015).

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: *“La violación del deber de no dañar a otro 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, reparación que debe ser integral y que no se logra si los daños subsisten en alguna medida, ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de*

⁵⁸ Art. 1740: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”

los jueces- resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible” (fallos 335:2333) ⁵⁹.

En cambio, en el art. 5° se determina el alcance de la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima, el que 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...*”, excluyendo expresamente la reparación del lucro cesante.

En cuanto al alcance de la indemnización cuando se trata de un daño provocado por actividad lícita del Estado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tenido un criterio uniforme, sino que el mismo ha ido variando con el paso de los años, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. Así, dentro de una posición restringida podemos mencionar, entre los fallos más citados por la doctrina, a “Laplacette” que por aplicación analógica de la expropiación se estableció como pauta la reparación del valor objetivo del bien; “Corporación Inversora Los Pinos” ⁶⁰y “Cantón” ⁶¹ donde se hizo lugar a la reparación por daño emergente, pero la rechazó en cuanto al lucro cesante, fundado en las pautas de la entonces ley de expropiación N° 13.264; y en “Motor Once” ⁶² con el mismo fundamento dado en “Cantón” restringió el reconocimiento de la reparación al valor objetivo del bien y a los daños que fueran una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. Asimismo, dentro de una posición intermedia podemos mencionar los fallos “Juncalán Forestal” ⁶³ y “Cachau” ⁶⁴ donde se aplicaron los criterios de reparación integral (Silva Tamayo, 2015).

⁵⁹ “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/Daños y Perjuicios”. CSJN, 27/11/2012

⁶⁰ “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. CSJN, 1975, (fallo 293:617). La actora reclamaba por los daños ocasionados a raíz de la revocación de la autorización para el funcionamiento de un albergue transitorio.

⁶¹ “Cantón, Mario Elbio c/Gobierno Nacional”. CSJN, 1979, (Fallo 301:403). El actor reclamaba los daños ocasionados por un decreto que le prohibió la importación de determinados productos para proteger la industria nacional.

⁶² “Motor Once S.A. c/Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”. CSJN, 1989. (fallo 312:659). La actora reclamaba por los daños y perjuicios provocados por una medida de policía urbanística que le impidió seguir explotando un expendio de combustible.

⁶³ “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/Provincia de Buenos Aires”. CSJN, 1989 (fallo 312:2266). La actora reclamaba por los perjuicios ocasionados por las inundaciones provocadas en un campo de su propiedad, como consecuencia de obras hidráulicas realizadas por la Provincia de Buenos Aires.

⁶⁴ “Cachau, Oscar J. c/Provincia de Buenos Aires”. CSJN, 1993 (fallo 316:1335). Donde la actora reclamaba por los perjuicios ocasionados por las inundaciones provocadas en su propiedad por obras públicas realizadas por la provincia de Buenos Aires

A su vez, en recientes fallos dictados por el Tribunal se advierte un criterio más casuista, es decir ajustado a cada caso particular. Así podemos mencionar “El Jacarandá”⁶⁵ donde la actora reclamaba por los daños y perjuicios en virtud de que se le revocó la adjudicación para la explotación de la frecuencia de una radioemisora, se hizo lugar al daño emergente, pero se descartó la procedencia del lucro cesante atento el Alto Tribunal meritó que la actora no había realizado las inversiones necesarias para obtener ganancia alguna de dicha explotación, por lo que su reclamo por ganancias dejadas de percibir no pasaban de ser una mera conjetura; en “Zonas Francas”⁶⁶ y “Malma Trading”⁶⁷ se descartó la procedencia del rubro lucro cesante atento no haberse acreditados los mismos con un grado de certeza que llevara a su reconocimiento. A su vez, cabe destacar que en el fallo “Aquino”⁶⁸ donde se reclamaba una indemnización por minusvalía laboral, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó el carácter constitucional del principio de reparación plena en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la CN⁶⁹ que prohíbe causar daños a terceros (*alterum non laedere*) (Avalos, E.; Buteler, A.; Massimino, L., 2016).

Desde otro costado, en doctrina existen dos posturas: una a favor del reconocimiento del lucro cesante y otra en contra de su admisión. Aquellos que se encuentran proclives a su reconocimiento sostienen que el principio de toda reparación se basa en la integralidad, que el lucro cesante goza de la protección del art. 17 de la CN⁷⁰ al igual que el daño emergente y que excluir la indemnización por lucro cesante

⁶⁵ “El Jacarandá S.A. c/Estado Nacional”. CSJN, 2005 (fallo 328:2654), op. citado

⁶⁶ “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/Estado Nacional. PEN. Dto 1583/96 s/daños y perjuicios”. CSJN, 09/06/2009 (fallos 332:1367). La actora reclamaba por los daños y perjuicios que el ocasionó el dictado del Decreto 1583/1996 que derogó el Decreto 520/1995 que lo había autorizado a 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.

⁶⁷ “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional Mº de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento”. CSJN, 15/05/2014, op. citado

⁶⁸ “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”. CSJN, 21/09/2004 (fallo 327:3753)

⁶⁹ Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

⁷⁰ Art. 17 CN: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

por aplicación analógica del instituto expropiatorio es contrario a derecho. Por otra parte, entre los que son contrarios a la admisión del lucro cesante sostienen que corresponde aplicar analógicamente los principios de la expropiación, limitando por lo tanto el reconocimiento al daño emergente y excluyendo el lucro cesante. Esta posición a su vez se ve reflejada en otras normas de derecho público como la Ley 13.064 (obras públicas), Decreto 1023/2001 (contrataciones del sector público), la Ley 25.344 (Emergencia Económica) y la Ley 25.453 (Equilibrio Fiscal), entre otras (Silva Tamayo, 2015).

El legislador, se inclinó por la segunda postura, reproduciendo lo dispuesto por el art. 10 de la ley de expropiaciones N° 21.499, que dice: *“La indemnización sólo 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”*, lo que a nuestro juicio es inconstitucional ya que dicha restricción viola lo dispuesto por el art. 17 de la CN y contrario a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha llegado a admitirlo cuando se encontrare debidamente acreditado, por lo que el control de constitucionalidad y convencionalidad por parte de los jueces a la hora de resolver en cada caso particular será necesario.

Por otra parte, el art. 5° al determinar que la reparación contemplará solo el valor objetivo del bien sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas, pareciera querer excluir el daño moral, ya que el mismo por su naturaleza no integra el valor objetivo del bien conforme lo dispuesto por el art. 10 de la ley 21.499 precedentemente transcrito, que lo identificaría con el valor de mercado que derive del libre juego de la oferta y la demanda. Es decir, que no comprendería todos los perjuicios que deben ser indemnizados, lo que estaría en franca contradicción con lo dispuesto en los arts. 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, que protegen el derecho a la propiedad, la regla de no dañar a otro (*alterum non laedere*) y el principio de igualdad ante las cargas públicas. Al respecto, propone Perrino que la interpretación del citado artículo debería ser amplia, en el sentido que se interprete como la intención del legislador que el valor del bien sea calculado con un criterio objetivo y no valorándose en razón de sentimientos o emociones del damnificado, que difiere de pretender excluir la reparación del daño moral, los que se encontrarían incluidos dentro

de aquellos “daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública” conforme lo establece el artículo analizado.

4.6. Conclusiones

En primer lugar, nos parece positivo que mediante el art. 3 la ley N° 26.944 se hayan definido requisitos comunes para que proceda la responsabilidad del Estado por los daños causados tanto por su actividad como por su inactividad ilegítima, ya que la jurisprudencia imperante hasta el momento se mostraba más estricta a la hora de evaluar los recaudos necesarios para que proceda el deber de reparar por parte del Estado en caso de omisiones ilegítimas, por lo que consideramos un avance en este punto. Asimismo, se ha receptado la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que el daño ocasionado debe ser cierto, pudiendo ser el mismo actual o futuro, (si es que en éste último caso existe una probabilidad suficiente de que el mismo llegue a producirse) así como la teoría de la causalidad adecuada entre la actividad o inactividad ilícita y el daño cuya reparación se persigue, por lo que el Estado deberá responder concurrentemente con terceros o la propia víctima si estos han intervenido con él en la producción del daño que se reclama, siendo el juez el encargado de distribuir proporcionalmente las cargas. Por otro costado, la ley es más estricta en cuanto condiciona la procedencia de la responsabilidad del Estado en caso de omisión ilegítima a que no se hayan observado deberes normativos expuestos y determinados, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sentado el precedente de que en caso de incumplimiento de mandatos jurídicos indeterminados la evaluación debía ser más estricta en cada caso concreto, sin descartar anticipadamente su procedencia, por lo que considero que este aspecto de la norma deberá ser estudiado meticulosamente en cada caso concreto por el juez a los fines de no incurrir en soluciones contrarias a fundamentos constitucionales y lograr una reparación justa del damnificado en caso de que se estime procedente. También nos parece reprochable que como factor de atribución se haya tenido en cuenta solo la “falta de servicio” sin hacer ninguna mención al riesgo de la cosa, sin embargo, considero que el mismo será procedente en caso de que encuadre como una falta de servicio; así como tampoco se legisla sobre responsabilidad por los hechos de las cosas de propiedad del Estado o que se encuentran bajo su guarda. Por último, tampoco se fija el alcance de la reparación de los perjuicios ocasionados, por lo que creemos cabe la reparación plena por aplicación analógica del art. 1740 del Código Civil y Comercial vigente.

En cuanto a la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad legítima se advierte claramente la excepcionalidad de su reparación, más allá de encontrarse expresamente así definido en el art. 5º, por el carácter restrictivo de sus presupuestos de procedencia en relación a los establecidos para la actividad o inactividad ilegítima. Así el daño producido además de “cierto” se exige que sea “actual”, la relación de causalidad deberá ser “directa, inmediata y exclusiva” en vez de “adecuada” y se excluye el derecho a la indemnización por lucro cesante, lo que se encuentra en franca contradicción con lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución Nacional, y apartándose en este punto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, si bien no ha tenido un criterio uniforme en este aspecto, ha llegado a admitirlo cuando se encontrare debidamente acreditado. Finalmente, el legislador ha definido el alcance de la reparación de los perjuicios ocasionados, los que deberán ser analizados con un criterio amplio a la luz de los arts. 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, el *alterum non laedere* y el principio de igualdad ante las cargas públicas.

CAPITULO N° 5

“EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA LEY

N° 26.944”

5.1. Introducción

La ley 26.944 contempla en cuatro artículos distintas causales o situaciones ante las cuales el Estado, en caso de producirse un daño, no deba responder. Así mediante el art. 2° establece cuales son las causales de eximición total o parcial de la responsabilidad del Estado; mediante el art. 5° se determina que el Estado no será responsable por los daños causados por la actividad judicial y en el art. 6° se lo exonera de responsabilidad por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos cuando la acción u omisión que genere el daño sea imputable a la función encomendada, ya que considera a tales entes como personas jurídicas que actúan por su cuenta y riesgo, por lo que no forman parte de la estructura de la Administración. Asimismo, en el último párrafo del art. 1° establece que son improcedentes las sanciones pecuniarias disuasivas tanto contra el Estado como sus agentes y funcionarios, lo que ha originado un intenso debate en cuanto a su sentido y alcance. Seguidamente analizaremos cada una de éstas situaciones.

5.2. Causales de eximición prevista en la ley

El art. 2° de la ley establece que: *“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.”*

Como hemos señalado en el capítulo anterior, para que se configure la responsabilidad del Estado deben reunirse ciertos requisitos de manera conjunta, entre los que se encuentra la relación de causalidad entre el daño producido y la acción u omisión realizada por el Estado o sus órganos, requiriéndose que la misma sea “adecuada” en el caso de actividad o inactividad ilegítima; o “directa, inmediata y exclusiva” en el caso de actividad legítima. También hemos señalado brevemente que entre esta necesaria relación de causalidad y el daño producido pueden existir factores

externos que interrumpan este nexo de manera parcial, produciéndose una concausa donde la responsabilidad del Estado será parcial; o puede producirse la interrupción total del nexo causal, lo que provocará la ausencia de responsabilidad. En el art. 2° se encuentran establecidas las dos causales que eximen de responsabilidad al Estado, total o parcial, que son: el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho de la víctima o un tercero por quien el Estado no debe responder; analizaremos seguidamente cada uno de estos conceptos.

5.2.1. Caso fortuito y fuerza mayor

La ley no distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor por lo tanto se entiende que ha utilizado ambos términos como sinónimos, tal como ocurre en el Código Civil y Comercial de la Nación que en su art. 1730 establece que: *“Se 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. Este Código empela los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos”*.

De tal modo, para que el Estado se exima de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor será necesario que el hecho sea imprevisible, inevitable y ajeno a su esfera de actuación. Afirma Perrino que un hecho es imprevisible “cuando supera la actitud predictiva media o la previsión de un hombre diligente...la cual debe ser apreciada de acuerdo a la naturaleza de la obligación” y que el mismo “es inevitable o irresistible cuando a pesar de obrarse con la diligencia debida o a través de esfuerzos normales y razonables, no es posible medir el acaecimiento del hecho” (Perrino, 2015, pág. 65). Por otra parte, el hecho debe ser ajeno a la esfera de actuación del Estado, es decir que no haya existido “ningún antecedente causalmente idóneo que haga posible el suceso lesivo sobreviniente” (Pizarro, 2016, pág. 520). Esto significa que el Estado “no puede invocar como caso fortuito (o fuerza mayor) su propia conducta, o sea, el hecho del príncipe, para eximirse de responsabilidad” (Pizarro, 2016, pág. 522).

5.2.2. Hecho de la víctima

El inc. b) menciona como causal de eximición al hecho de la víctima, es decir, cuando es el propio perjudicado el que provoca la producción del daño o colabora en su producción.

Ahora bien, para que esta conducta pueda eximir total o parcialmente la responsabilidad del Estado, la misma debe ser idónea causalmente para provocar el daño que se reclama y no debe ser imputable al Estado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar que: “... *este Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos: 308:1597; 312:2412)*” (fallo 323:2930) ⁷¹. Es decir, que, si el hecho de la víctima no encuadra dentro de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, existirá una concausa, es decir que el Estado responde parcialmente en la medida en que causalmente contribuyó con el resultado dañoso, debiendo soportar la víctima la proporción restante. Desde otro costado, la ley no exige que la conducta de la víctima sea culposa para eximir al Estado total o parcialmente de responsabilidad, en concordancia con lo dispuesto por el art. 1729 ⁷² del Código Civil y Comercial de la Nación (Perrino, 2015).

5.2.3. Hecho de un tercero

Otro eximente de responsabilidad del Estado previsto en el art. 2° de la ley es el hecho de un tercero extraño por quien el Estado no debe responder. Se entiende por tercero a toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, distinta a la víctima y al supuesto responsable (el Estado) (Pizarro, 2016).

Al igual que en el caso del hecho de la víctima, para que el hecho del tercero provoque la eximición de responsabilidad del Estado, la conducta debe incidir causalmente en la producción del daño y no es necesario que su conducta sea culposa. Pero no cualquier conducta de un tercero provoca la interrupción del nexo causal, sino que la misma debe ser imprevisible, inevitable y ajena a la conducta del Estado. Ello en concordancia con lo dispuesto por el art. 1731 ⁷³ del Código Civil y Comercial de la Nación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha reiterado

⁷¹ “Chaves, Fabián Mario c/ Tucumán, Provincia de s/ daños y perjuicios”. CSJN, 10/10/2000. El actor reclamaba por los daños y perjuicios ocurridos durante un viaje en ferrocarril.

⁷² Art. 1729: “Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.”

⁷³ Art. 1731: “Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito”

en numerosos fallos que: *“la mera invocación del hecho del tercero resulta ineficaz para lograr la exención de responsabilidad si no se configuran los extremos propios del caso fortuito, que atañen a la imprevisibilidad e inevitabilidad del hecho (art. 514, Cód. Civil)”* (fallos 313:1184; 317:1139, entre otros) (Perrino, 2015).

Además, la ley aclara que debe tratarse de un tercero por quien el Estado no deba responder, es decir aquellos extraños a la organización estatal, circunstancia que se encuentra contemplada también en el art. 6° que analizaremos seguidamente.

5.3. Perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos

Otra causal de eximición de responsabilidad la encontramos en el art. 6° de la ley, que 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 atribuye o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.”*

Lo allí dispuesto, se encuentra en concordancia con el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal (art. 1°) y con uno de los requisitos ineludibles para que proceda la reparación por parte del Estado, esto es la posibilidad de imputar materialmente a un órgano estatal el hecho generador del daño por el cual se persigue la indemnización, tanto por su actividad legítima como ilegítima e inactividad ilegítima (art. 3° inc. b) y art. 4° inc. b)), ya que los concesionarios o contratistas de los servicios públicos no son órganos o entes estatales sino personas jurídicas que actúan por su cuenta y riesgo (Sammartino, 2015).

En este sentido se ha pronunciado también autorizada doctrina. Al respecto afirma Perrino: *“... el Estado no responde, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por sujetos que no están integrados a su estructura organizativa -denominados genéricamente como “colaborados externos de la Administración”- entre los que se encuentran, los contratistas y los prestadores de servicios públicos”* (Perrino, 2015). Por su parte Canosa ha sostenido: *“Los concesionarios son personas jurídicas privadas, que como dijimos, no integran los cuadros de la Administración, por lo que no pueden ser generadores de daños que comprometan la responsabilidad estatal.”* (Canosa, 2008). Opinión compartida asimismo por Mertehikian (Mertehikian, 2014).

Asimismo, lo dispuesto en el art. 6° sigue la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Analicemos los fallos más relevantes.

Como primera medida cabe mencionar el fallo “Colavita”⁷⁴ donde el Alto Tribunal decidió rechazar la demanda incoada por los actores (Salvador Colavita y Zusana Maiquez), exonerando de responsabilidad a la Concesionaria Vial del Sur S.A. y a la Provincia de Buenos Aires, por los daños y perjuicios derivados del accidente que sufrieran por la colisión con un caballo mientras circulaban por la Ruta Nacional N° 2. Para así decidir, respecto de la Provincia de Buenos Aires, reiteró el criterio establecido en los fallos 312:2138; 313:1636 donde sostuvo como principio general, con relación a un reclamo como consecuencia de los daños ocasionados por animales sueltos en una ruta que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resultaba suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parecía razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pudiera llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa. Asimismo, sostuvo que la omisión que se alegaba como sustento de la responsabilidad de la provincia no podía hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora y que la eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debía atribuirse, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124, a su propietario, quien en el caso no había sido demandado. Por su parte, en relación al Concesionario, concluyó que tampoco le cabía responsabilidad, atento que el mismo no podía asumir frente al usuario -por la delegación de funciones propia de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, advirtiendo que -conforme a los términos pactados- las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública, pero que al margen de ello, no surgía del contrato de concesión que la demandada hubiese asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motivaren dicha acción, y cuyo incumplimiento pudiese generar su consiguiente responsabilidad. A mayor abundamiento se sostuvo que si bien la demandada Concesionaria Vial del Sur S.A. se encontraba obligada en términos genéricos “a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta

⁷⁴ “Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”. CSJN, 07/03/2000

normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino” dicha estipulación debía ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario, no correspondiendo extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones -inherentes al estado de la ruta misma-. A su turno, el Ministro Vázquez, en disidencia con lo resuelto por la mayoría, en primer lugar, señaló que la responsabilidad que el art. 1124 del Código Civil ponía en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que causare no era exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole que podía caberle a la Provincia de Buenos Aires o a la concesionaria vial demandada por los daños que se derivaren a terceros por la existencia de obstáculos (por ejemplo, animales) que impidieran la normal circulación en las carreteras que tenían bajo su cuidado. En segundo lugar, si bien llegó a la conclusión de que la responsabilidad que se le imputaba a la Provincia de Buenos Aires no tenía cabido ya que no se había desplegado la actividad probatoria que demostrare que la misma había incumplido con los deberes que se le imponían, destacó que la misma podía ser responsabilizada si se probare una omisión de los deberes a su cargo basado en la idea objetiva de falta de servicio. En relación a la Concesionaria, la solución que propició fue diferente, considerando que la demanda debía prosperar en contra de ella. Sostuvo en este punto que, el vínculo que enlazaba al usuario con el concesionario vial era una típica relación de consumo (arts. 1 y 2 de la ley 24.240), por lo que la responsabilidad del último por los daños sufridos por el primero se ubicaba en el régimen contractual, que determinaba una obligación tácita de seguridad de resultado, alcanzando a todo lo que fuere menester realizar para asegurar al usuario una circulación normal y libre de dificultades; presunción de responsabilidad que para desvirtuar la Concesionaria debería 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 (fallo 323: 318).

También nos interesa destacar lo resuelto en el fallo “Ferreyra”⁷⁵, ya que aquí la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al haber cambiado su composición, cambió

⁷⁵ “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios”. CSJN, 21/03/2006

el criterio sostenido hasta entonces, ya que, si bien declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por la demandada en los términos del art. 280 del CPCCN, dejó firme la Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Chaco que había rechazado los recursos de apelación incoados por la demandada contra la sentencia de primera instancia que había admitido la demanda deducida por el actor en contra de la empresa V.I.C.O.V. S.A. por considerarla responsable del accidente que sufriera por un animal suelto cuando transitaba por la ruta Nicolás Avellaneda. El Ministro Zaffaroni en su voto sostuvo que el concepto por el cual el usuario abona la suma de dinero preestablecida -denominado peaje- a cambio de la prestación del servicio reviste la entidad de un precio ya que se encuentra gravado por el I.V.A., conformando un vínculo entre concesionaria y usuario de relación de consumo que tiene recepción normativa en la ley 24.240 -aun cuando el accidente había acaecido con anterioridad a la incorporación dispuesta por el art. 4 de la Ley 24.999 al art. 49 de dicho ordenamiento- y alcanzó la máxima jerarquía al quedar incluido en el art. 42 CN, y que tal como surge del propio contenido del art. 1 de la ley citada, su objeto no era otro que la defensa indistinta de los consumidores como de los usuarios, de forma que repercutía y producía efectos directamente sobre la reglamentación de los derechos de los últimos en materia de servicios concesionados. En este sentido sostuvo que aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejercía los derechos fundamentales, la vinculación entre el concesionario y el usuario resultaba comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad, en tanto aquél realizaba la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se correspondía con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión, por lo que cabía atribuirle la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario, quien asume frente al mismo una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (art. 1198 del Código Civil) y el deber de custodia que sobre aquélla recae; y que, en orden a ese fundamento objetivo, el concesionario debía responder ante el usuario por los daños provocados por animales que invadieran la carretera concesionada, salvo que demostrare la mediación de eximente en punto a la ruptura del nexo causal. Para que procediera dicha eximición, debía acreditar el acaecimiento del caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder. Por último, aclaró la responsabilidad no resultaba enervada por la que recaía sobre el dueño o guardián del animal en los términos del art. 1124 del Código

Civil, ya que la existencia de esta última no excluía a la primera, en tanto se trataba de un supuesto en el que, aun cuando concurren, obedecía a un factor de imputación diverso. Por su parte, el Ministro Lorenzetti en su voto sostuvo dicha postura al considerar que esa Corte debía adoptar un criterio más riguroso que en el establecido en precedentes anteriores, tal como el registrado en Fallos: 323:318, causa "Colavita" atento que la confianza legítima en la seguridad debía ser protegida tanto por el prestador del servicio como por los tribunales, y afirmó, al igual que el Juez Zaffaroni, que el vínculo que unía al que contrata o usa el servicio y el concesionario de la misma, es una relación de consumo ya que quien pagaba el peaje, como quien usaba una ruta para los fines del tránsito como acompañante, son consumidores en la medida que reúnan los requisitos de los arts. 1 y 2 de la ley 24.240. Por otra parte, afirmó que las concesiones viales conformaban un servicio público al que le eran aplicables las normas de la ley 24.240 (arts. 1° y 2). Por su parte dijo que el poder público podía, legítimamente, conceder la explotación de los servicios viales, estableciendo las condiciones en que el mismo sería desempeñado, así como los instrumentos para su financiamiento, todo lo cual era aceptado por el concesionario con perfecto conocimiento de sus obligaciones y riesgos frente a los terceros que se derivan de la prestación del servicio y que dicho concesionario no asumía una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, que importan la obligación al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198, Código Civil). Asimismo, que existía un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obligaba al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resultaren previsibles. Es decir, que una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surgía un deber de seguridad de fuente constitucional (cit. art. 42, de la Constitución Nacional) y legal (art. 5 ley 24.449; ley 24.240), y que la extensión del deber de seguridad se refería a los acontecimientos previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas, eximiendo al responsable de aquellas que son inevitables o no previsibles, variando la previsibilidad exigible de un caso a otro, lo cual vendría justificado por las circunstancias propias de cada situación, incumbiendo al juez hacer las discriminaciones correspondientes para evitar fallos que resultaren de formulaciones abstractas o genéricas. Finalmente, sostiene que la responsabilidad que el art. 1124 del Código Civil ponía en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que causare, no era excluyente de la responsabilidad de

distinta índole que cabía a personas que -como la concesionaria vial demandada- tenían a su cargo el deber de evitar que ningún animal esté suelto en determinados lugares por razón de la peligrosidad que su presencia representaba (fallo 329:646).

En idéntico sentido se pronunció el Alto Tribunal en el fallo “Bianchi” ⁷⁶, demanda de daños y perjuicios iniciada contra la Provincia de Buenos Aires, Camino del Atlántico S.A. CV y quien resultare dueño o guardián de los animales causantes del accidente que motivó ese litigio, agregando a los fundamentos ya expuestos que se reseñaran precedentemente, -en este caso puntual- que la atribución del deber de seguridad infringido que los actores atribuían al Estado Provincial no pudo ser tenido en cuenta porque no identificaron siquiera mínimamente cuál era 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, que consiguientemente impidió se estableciera 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 (fallo 329:4944).

Por último, vale la pena mencionar el precedente “Ledesma” ⁷⁷. Aquí, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había revocado la sentencia de primera instancia, y en consecuencia rechazó la demanda iniciada por María Leonor Ledesma -empleada doméstica- contra la empresa Metrovías S.A., por los daños y perjuicios originados como consecuencia del accidente que aquélla sufriera al descender del vagón de la línea "D" de subterráneos, en el medio del tumulto de pasajeros que viajaba en dicho transporte público. El Alto Tribunal decidió que la sentencia impugnada no satisfacía las condiciones de validez de las decisiones judiciales, ya que había omitido totalmente las normas constitucionales que protegían a los consumidores que eran de aplicación al caso, por lo que en concordancia con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario federal y dejó sin efecto la sentencia apelada, ordenando que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo allí dispuesto. Fundamentó su decisión en considerar que los prestadores de servicios públicos debían cumplir sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exigía un comportamiento que proteja las expectativas

⁷⁶ “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”. CSJN, 07/11/2006

⁷⁷ “Ledesma, María Leonor c/Metrovías S.A. s/daños y perjuicios”. CSJN, 22/04/2008

razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de preparar el descenso de modo que nadie más sufra daños, no ponderando la alzada la circunstancia de que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente (Fallos: 312:2413; 317:768), ya que la empresa debió adoptar las medidas necesarias para asegurar el ordenado ascenso y descenso de los pasajeros de los vagones; ya sea, por ejemplo, mejorando la frecuencia de las formaciones para evitar las aglomeraciones en los andenes o instruyendo a su personal para que el servicio se desarrolle sin tropiezos ni peligros. Asimismo, enfatizó que la Constitución Nacional obligaba a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42 Constitución Nacional), lo que significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece, lo que incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo (fallo 331:819).

Como puede observarse de los precedentes reseñados, lo dispuesto en el art. 6° de la ley siguió esta línea jurisprudencial. Ahora bien, ello no será óbice para descartar la responsabilidad del Estado cuando exista una omisión del ejercicio de las funciones de control que se encuentren a su cargo, de las cuales derive la producción del daño, en cuyo caso deberá responder si se configuran los presupuestos establecidos en el art. 3° de la ley 26.944 por la actividad o inactividad ilegítima, expresamente lo dispuesto por el inc. d), como una falta de servicio, que consiste en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. Asimismo, como ya vimos, se agrega que dicha omisión sólo generará responsabilidad cuando se verifique la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Al respecto, Mertehikian expresa contundentemente que:

“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 de dicho servicio, pues -como señala la doctrina- 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.” (Mertehikian, 2014, pág. 190).

Desde otro costado, también deberá responder el Estado Nacional si los perjuicios ocasionados se producen al acatar el prestador, en forma ineludible, las órdenes o cláusulas impuestas por el Estado o sus entes reguladores (Perrino, 2015).

Así, podemos concluir que el legislador plasmó en el art. 6° lo que ya venía sosteniendo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto es, que el Estado Nacional no responde, ni aun de manera subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada; pero más allá de lo allí dispuesto, el Estado si será responsable en caso de que se configuren los presupuestos dados por el art. 3° encuadrados en una falta de servicio, ya sea por la omisión de control por parte del Estado o sus entes reguladores, o en caso de que el perjuicio se ocasione por acatar de forma ineludible el prestador, órdenes o cláusulas por él impuestas.

5.4. Daños causados por actividad judicial legítima

En el último párrafo del art. 5° se establece de manera categórica que: “*los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización*”, lo que se encuentra estrechamente ligado con el criterio que venía manteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos.

En este sentido el Alto Tribunal ha manifestado que la doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de expresas disposiciones legales, han modelado la responsabilidad del Estado por actos lícitos como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica, ya que si se causa un perjuicio a un particular cuyo derecho se sacrifica por el propósitos de interés colectivo de dicha actividad lícita, esos daños deben ser atendidos (fallos 301:403; 305:321; 306:1409; 312:1656); asimismo, se tutelan los derechos de quienes sufren algún perjuicio con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, que ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales integran su zona de reserva (fallos 301:403). Pero agrega que dichos fundamentos no se observan en el caso de sentencias y demás actos judiciales, por lo que no pueden generar responsabilidad de tal índole ya que no se tratan de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que

resuelven un conflicto particular, por lo tanto, los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (fallo 321:1712). También ha dicho el Alto Tribunal que la medida judicial que ha provocado el daño debe haber sido cuestionada por el damnificado por las vías procesales pertinentes, y que debe existir una sentencia judicial que declare la ilegitimidad del pronunciamiento por el cual se ha causado el daño ya que antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error, ya que lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, y la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, lo que no se encuentra previsto ni admitido por la ley (Avalos, E.; Buteler, A.; Massimino, L., 2016).

5.5. Sanciones pecuniarias conminatorias

El último párrafo del art. 1° de la ley establece: *“la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.”*

Esta mención genérica, “sanción pecuniaria disuasiva” ha suscitado diversas interpretaciones en cuanto a su alcance, entendiendo parte de la doctrina que lo que el legislador pretendió fue declarar la inaplicabilidad al Estado, sus agentes y funcionarios, de las sanciones conminatorias o astreintes; y otra parte considera que se refiere a los daños punitivos o multa civil. Analizaremos a continuación cada una de estas figuras.

La expresión “sanción pecuniaria disuasiva” fue utilizada por primera vez por la Comisión redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación integrada con los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena Higton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, que había incorporado el art. 1714 que establecía: *“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.”. Asimismo, en el art. 1715 se establecía que: *“Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”*. En los fundamentos dados por dicha comisión se refirió que el instituto había sido estudiado por la doctrina bajo el nombre de “daños punitivos” siguiendo a la práctica anglosajona pero que esa expresión era equívoca ya que por un lado, el daño se reparaba y no tenía una finalidad punitiva, y por otro lado, la punibilidad que se aplicaba no tenía una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima sino con la conducta del dañador; por ello, para evitar esos problemas, adoptaron el nombre “sanción pecuniaria disuasiva”. Asimismo, aclararon que la norma proyectada se aplicaba sólo a los derechos de incidencia colectiva por lo que: a) en cuanto a los derechos individuales en las relaciones de consumo: era aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor (art. 52 bis de la Ley 24.240); b) no se aplica a los derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo; c) tampoco se aplica a los derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo (Lorenzetti, R.; Highton de Nolasco E.; Kemelmajer de Carlucci, A., 2012).

La Cámara de Senadores decidió suprimir el artículo 1714, por lo que dicho instituto no fue incorporado al Código Civil, y lo dispuesto en el art. 1715 del Anteproyecto fue desdoblado en dos artículos, aprobándose lo siguiente: art. 1714: *“Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”*; art. 1715: *“Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.”*. Consideraron que el art. 1714 debía ser suprimido por cuanto entendieron que la autoridad de aplicación debía mantener sus potestades inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones; a su vez decidieron mantener el contenido del art. 1715 de punición excesiva con su texto desdoblado por entender que en su ámbito quedaban comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el art. 804 del Código Civil y la

especial en materia de daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la Ley 24.240 y sus modificatorias (Galdós, J.; Blanco G., 2014).

Por su parte, el art. 52bis de la Ley 24.240 (incorporado por ley 26.361, art. 25) dice: *“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley.”*, es decir, que constituye una sanción que el juez puede aplicar de manera independiente y adicional a la indemnización a favor del damnificado, si existió una conducta grave por parte del proveedor al no cumplir con sus obligaciones legales o contractuales, y también como una medida para prevenir similares conductas en el futuro, cuya cuantificación máxima está delimitada por la misma ley.

Desde otro costado, las astreintes o sanciones conminatorias son condenas dinerarias que puede imponer el juez a pedido de parte, normalmente en un monto diario, sin necesidad de que exista una sentencia firme, ante el incumplimiento tardío e injustificado de un mandato judicial, la cual se efectiviza mediante una disposición judicial que así la declare. En caso de ser aplicadas contra el Estado, su carácter es provisional y pueden ser dejadas sin efecto en caso de cumplimiento y justificación total o parcial de su demora, si el juez así lo dispone (Aberastury, 2014).

Las mismas se encuentran previstas en el actual art. 804 del Código Civil, que en el Anteproyecto de reforma (en idéntico sentido que el anterior art. 666bis), decía: *“Sanciones conminatorias. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.”*; el cual fue aprobado con el siguiente

agregado del Poder Ejecutivo: *“La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rigen por las normas propias del derecho administrativo.”*. También se encuentran reguladas en el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que dice: *“Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerla y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.”*.

Como puede observarse del análisis precedente, si bien las sanciones conminatorias o astreintes y los daños punitivos o multa civil, son medidas que pueden imponer los jueces y tienen en común una naturaleza sancionatoria, las mismas difieren en su finalidad; además las astreintes por su carácter provisional pueden ser morigeradas o dejadas sin efecto si la parte renuente al cumplimiento modifica su conducta y justifica total o parcialmente su demora, caso que no se da en los daños punitivos, los cuales una vez impuestos no pueden ser dejados sin efecto y deben ser aplicados (Perrino, 2015).

Así delimitados los alcances de ambos institutos, cabe ahora remitirnos a las distintas interpretaciones. Entre los autores que sostienen que el art. 1° -última parte- se refiere a la imposibilidad de aplicar astreintes, fundamentan su postura en el análisis de los dictámenes de la minoría y el debate legislativo en ambas Cámaras del Congreso de la Nación en torno a esta cuestión. Afirma Galdós y Blanco que los proyectos de la segunda minoría (conformada por los diputados Comelli, Camaño, Martínez y Amadeo, Carrió y Terada) eliminan el art. 1° y prevén un artículo específico que es copia del art. 804 del Proyecto de reforma del Código Civil, y en la discusión el miembro informante utilizó como sinónimos a las astreintes y las sanciones pecuniarias disuasivas, a las que definió como: *“la herramienta que tiene el juez para hacer cumplir sus sentencias”*. Asimismo, citan al diputado Tonelli (cuyo informe fue suscripto también por los diputados Alonso y Obiglio) cuando al rechazar el proyecto de ley de responsabilidad del Estado concluyó diciendo: *“...sostenemos que las ‘sanciones pecuniarias o astreintes’, no pueden ser*

exceptuadas por vía legal como modo de compulsión para doblegar la reticencia del Poder Ejecutivo o de los funcionarios ante violaciones flagrantes y ostensibles de una manda judicial”. Además, otra minoría sostuvo a través de su miembro informante: “que no hay justificativo aparente para la supresión de las denominadas ‘astreintes’ (art. 1º) que es prácticamente el único recurso con que cuentan los magistrados en los procesos seguidos contra el Estado Nacional, para vencer las grandes demoras...”. También citan a otros diputados de la minoría que se expidieron en idéntico sentido utilizando como sinónimos a las astreintes con las sanciones pecuniarias disuasivas, por lo que concluyen que: “*en todo momento se interpretó que la sanción pecuniaria disuasiva era la denominación con la que se identifica a las astreintes. De allí entonces, que creemos conveniente y necesario interpretar en ese sentido el texto definitivo aprobado de la ley 26.944*”. (Galdós, J.; Blanco G., 2014, pág. 382). En igual sentido citan el debate producido en la Cámara de Senadores de la Nación a los fines de avalar su postura en cuanto a la interpretación que realizó el legislador al sancionar la ley 26.944, la cual consideraron en concordancia con el contexto normativo (ley 28.854 ⁷⁸) y las modificaciones al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1714 y 1715). Más allá de ello, sostienen que la norma resulta inconstitucional por arbitraria y lesiva del derecho de propiedad e igualdad ante la ley, de acceso a la jurisdicción y de defensa en juicio (Galdós, J.; Blanco G., 2014)⁷⁹.

Otros autores en cambio sostienen que debe interpretarse que el legislador se refiere a los daños punitivos, basando su postura en los fundamentos dados por la Comisión del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación -analizados anteriormente-, los cuales apuntan a la conceptualización y alcance dado a dicho instituto. Por lo tanto, afirma Perrino: “la LRE no impide la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios, las cuales constituyen un valioso instrumento a fin de

⁷⁸ Ley 26.854 de medidas cautelares cuando interviene el Estado Nacional

⁷⁹ En igual sentido: Lowenrosen Flavio (2014) “La ‘ley de responsabilidad del Estado’ impide que se impongan sanciones disuasorias pecuniarias o monetarias (astreintes) al Estado -y a sus agentes y funcionarios- cuando no cumplan las decisiones judiciales: su impacto en los administrados, usuarios y consumidores”, *elDial* DC1D14; Hutchinson, Tomás (2014) “La responsabilidad de los funcionarios públicos” en Bianchi, A.; Cilurzo, M. R.; Falcón, E.; Galdós, J.; Gonzalez Moras, J.; Hutchinson, T.; Mertehikian, E.; Mosset Iturraspe, J.; Parellada, C.; Perrino, P.; Rosatti, H.; Sáenz, J.; Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético. Rubinzal-Culzoni.

vencer la renuencia de las autoridades estatales a ejecutar los pronunciamientos judiciales” (Perrino P. , 2014, pág. 59) ⁸⁰.

Nuestra opinión es que erróneamente en la ley se denominó “sanción pecuniaria disuasiva” como sinónimo de “astreintes”, cuando en realidad el alcance de dicho concepto corresponde a los daños punitivos. Así, consideramos que lo que el legislador previó es una solución concordante a lo dispuesto en el art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 9° de la Ley 26.854 que actualmente prohíben imponer sanciones pecuniarias a los funcionarios públicos por el incumplimiento de medidas cautelares. Dicha solución luce claramente inconstitucional por cuanto afecta el derecho a la tutela judicial efectiva y de igualdad ante la ley.

5.6. Conclusiones

Como hemos desarrollado hasta aquí, los operadores jurídicos a la hora de determinar el grado de responsabilidad del Estado por los daños que ocasione por sus omisiones o actividades legítimas e ilegítimas deberá tener en cuenta no solo los requisitos establecidos en el art. 3° y 4° para su procedencia, sino también aquellos hechos o actos que lo puedan eximir total o parcialmente de dicha responsabilidad, debiendo analizar en cada caso particular cuales son las concausas que puedan haber intervenido en la producción del hecho dañoso.

A su vez, deberá tenerse especial consideración en cuanto a los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos cuando se produzcan en ocasión de una función encomendada por el Estado, ya que, si bien el mismo no responde ni aun subsidiariamente por dichos perjuicios, si será responsable en caso de haber existido una omisión de control por su parte, configurándose los presupuestos dados por el art. 3° encuadrados en una falta de servicio, o en caso de que el perjuicio que se ocasione se haya producido por acatar de forma ineludible el prestador órdenes o cláusulas por él impuestas.

⁸⁰ En igual sentido: Falcón, E. (2014) “La responsabilidad del Estado y la cuestión procesal” en Bianchi, A.; Cilurzo, M. R.; Falcón, E.; Galdós, J.; Gonzalez Moras, J.; Hutchinson, T.; Mertehikian, E.; Mosset Iturraspe, J.; Parellada, C.; Perrino, P.; Rosatti, H.; Sáenz, J.; Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético. Rubinzal-Culzoni.

Asimismo, no será procedente el reclamo por los daños ocasionados por actividad judicial legítima, conforme el criterio que venía la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, ya que los mismos son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia; así como tampoco serán procedentes los daños punitivos en contra del Estado, sus agentes y funcionarios, en concordancia con lo dispuesto por el art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el art. 9° de la Ley 26.854, lo que en nuestra luce claramente inconstitucional por cuanto afecta el derecho a la tutela judicial efectiva y de igualdad ante la ley.

CAPITULO N° 6

“DISTINTAS VÍAS PROCESALES PARA ENCAUZAR LA PRETENSIÓN POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACUAL DEL ESTADO”

6.1. Introducción

En el presente Capítulo se analizarán las distintas vías procesales para encauzar la pretensión resarcitoria en contra del Estado Nacional, los agentes y funcionarios públicos, cuando pueden interponerse cada una de ellas y a partir de qué momento comenzarán a computarse los plazos de prescripción. También se hará un breve análisis de la vía procesal pertinente que puede interponer el Estado Nacional para repetir en contra de los agentes o funcionarios públicos por las erogaciones efectuadas, cuando los mismos hayan sido responsables, con culpa o dolo, por los daños causados por haber ejercido irregularmente las funciones encomendadas.

6.2. Demandas en contra del Estado por responsabilidad extracontractual

El art. 8° de la ley establece que: “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”.

Este artículo viene a echar luz sobre una cuestión que siempre fue controvertida en la doctrina: cuando empiezan a computarse los plazos de prescripción de la acción indemnizatoria cuando se reclama por los daños causados producto de una ley contraria a derecho o de un acto administrativo de alcance individual o general. Así existen dos posturas encontradas que analizaremos seguidamente.

Una postura entiende que la acción de nulidad tiene autonomía con relación a la acción indemnizatoria, es decir que no se encuentra condicionada a que se declare la inconstitucionalidad de la ley o la ilegitimidad del acto administrativo. Así, el curso de la prescripción comienza a correr desde el momento en que se produce el daño o desde que la víctima toma conocimiento del daño sufrido, debiendo el damnificado interponer la acción indemnizatoria y la acción de nulidad o

inconstitucionalidad en forma conjunta dentro de los plazos de prescripción pertinentes (Pizarro, 2016).

Desde otro costado, otra postura considera que las acciones impugnatorias e indemnizatorias tienen un régimen común en el derecho administrativo y no se justifica la autonomía de la acción indemnizatoria atento la presunción de validez de los actos administrativos. En consecuencia, el acto administrativo o la ley que le provocaría el daño a la víctima goza de presunción de validez hasta que no sea declarado inválido, por lo tanto, consideran que la prescripción sólo puede empezar a correr desde que se declara la nulidad del acto administrativo o la inconstitucionalidad de la ley cesando de esta manera dicha prerrogativa. Así, la acción indemnizatoria es accesorio y se encuentra subordinada a la previa declaración de invalidez del acto o inconstitucionalidad de la ley. Así también lo ha entendido nuestro Alto Tribunal que en diversos pronunciamientos ha destacado el carácter accesorio de la pretensión resarcitoria -en el ámbito del derecho administrativo- en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la Ley 19549), presunción que subsiste hasta que se declare lo contrario por el órgano competente (fallo 319:1476) ⁸¹. En consecuencia, para esta postura, la acción indemnizatoria basada en la ilegitimidad de un acto administrativo de alcance individual o general o la inconstitucionalidad de una ley deberá interponerse en forma simultánea con la acción indemnizatoria o en forma autónoma luego de haberse declarado la anulación o inconstitucionalidad que le sirve de fundamento (Perrino, 2015).

El art. 8 de la ley se inclina hacia la segunda de las posturas mencionadas ya que le otorga al damnificado la opción de ejercer la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad del acto administrativo o la de inconstitucionalidad o bien deducirla una vez finalizado el proceso de anulación o inconstitucionalidad que le sirve de fundamento, por lo que el inicio del cómputo de prescripción de la acción indemnizatoria podrá comenzar a correr a partir del momento en que quede firme la sentencia judicial que así lo declare.

⁸¹ "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento", CSJN, 20/08/1996.

6.3. La prescripción de la acción indemnizatoria en contra del Estado Nacional

6.3.1. Competencia para legislar sobre la materia

La ley de responsabilidad del Estado regula en dos artículos el plazo de prescripción de las acciones en contra del Estado (art. 7°) y de los funcionarios y agentes públicos (art. 9°), lo cual reabrió el debate en cuanto a la competencia para legislar sobre la materia. En efecto, la ley -de carácter federal como ya hemos visto- por medio de su art. 11 invitó a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a adherir a la presente ley, lo que hace presumir que el Congreso le reconoce la competencia local en la materia apartándose así de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente tiene dicho que la regulación de la prescripción corresponde al Congreso de la Nación atento lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, sin que puedan apartarse de lo allí dispuesto las leyes y ordenanzas locales. El legislador tomó el camino seguido por los arts. 2532⁸² y 2560⁸³ del Código Civil y Comercial vigente, que les reconocen a las provincias la potestad normativa para regular el plazo de prescripción de los tributos locales (Perrino, 2015). Al respecto coincidimos con Rosatti cuando manifiesta que *“el carácter local no debe dar paso a la anarquía”* y propone *“incorporar al Derecho Público provincial el tema de la prescripción ...sobre la base de la competencia propia, pero hacerlo en el sentido propiciado (tres años) para demostrar que el federalismo responde con sensatez cuando es reconocido y valorado.”* (Rosatti, H.; Zingaretti, G., 2014, pág. 597).

6.3.2. Plazos de prescripción de la acción indemnizatoria en contra del Estado Nacional

El art. 7° establece que: *“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”*. La primera crítica que se le ha formulado a este artículo es que no expresa específicamente que

⁸² Art. 2532 del Código Civil: “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.”

⁸³ Art. 2560 del Código Civil: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.”

se trata de un plazo de prescripción, como si lo ha hecho en el art. 9° que dice en su 2do y 3er párrafo: “...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” (el subrayado me pertenece); por lo tanto, generó una confusión en cuanto si se refiere a plazos de prescripción o de caducidad, pero una interpretación correcta -en concordancia con lo dispuesto en el art. 9° que lo afirma expresamente- es que el mencionado art. 7° también se refiere a la prescripción (López Herrera, 2014). Esta cuestión es importante ya que la prescripción no puede ser invocada de oficio y el plazo puede ser interrumpido o suspendido, circunstancias que no ocurren en caso de tratarse de un plazo de caducidad (Parellada, 2014). Asimismo, dichos aspectos del instituto (suspensión, interrupción y dispensa de la prescripción) no han sido regulados por el legislador, por lo tanto, deberá recurrirse por vía de la analogía a la legislación civil (Perrino, 2015).

Otro aspecto a destacar del art. 7° es que mediante él se amplía el plazo de prescripción por los daños provocados en el ámbito extracontractual, que se encontraba regulado en el art. 4037 ⁸⁴del Código Civil y Comercial de la Nación -derogado- que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había considerado aplicable a todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a los fines de adecuarlo al art. 2561, 2do párrafo, del Código Civil y Comercial actualmente vigente que establece: “...*El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres (3) años...*” (Parellada, 2014); siendo éste un plazo mayor, nos parece acertado.

Desde otro costado, este plazo de tres años es significativamente menor al plazo decenal previsto en el art. 4023 del Código Civil -derogado-⁸⁵ que se aplicaba por los perjuicios ocasionados por el Estado en su órbita contractual; fijándose ahora mediante el art. 2561 antes citado el plazo común para ambas órbitas -contractual y extracontractual- en tres años (Parellada, 2014). Cabe recordar, como lo

⁸⁴ Art. 4037 del Código Civil: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual” (derogado)

⁸⁵ Art. 4023 del Código Civil: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátense de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor” (derogado)

expusiéramos en el Capítulo 3, que mediante el art. 10 de la Ley se dispuso que la responsabilidad contractual del Estado se regía por lo dispuesto en las normas específicas, y ante la ausencia de regulación se aplicaba la Ley 26.944 en forma supletoria, por lo que habrá que ver la posición jurisprudencial que se tomará al respecto.

6.3.3. Derecho transitorio

Como hemos visto, si bien mediante el art. 7° se amplía el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual de dos a tres años, este incremento no se aplica a las prescripciones en curso. Así lo dispone el art. 2537 del Código Civil y Comercial vigente que dice: *“Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas leyes, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”*. Es decir que los plazos de prescripción que se encontraren en curso al momento de la entrada en vigencia de la Ley 26.944 para interponer acciones por responsabilidad extracontractual del estado serán bienales ya que se rigen por la ley anterior; pero en todos los casos de responsabilidad contractual del Estado la solución es diferente ya que se ha establecido un plazo menor de prescripción. Así, por ejemplo, en el caso que ya hayan transcurrido cuatro (4) años, como la ley anterior requiere un mayor tiempo -en el caso diez años- que el que fija la nueva ley -tres años-, debe aplicarse el plazo trienal, pero con la salvedad de que dicho plazo se cuenta completo desde la entrada en vigencia de la ley. Es decir, que el damnificado cuenta con tres (3) años más -contados a partir de la entrada en vigencia la ley-, lo que sumado a los cuatro (4) años que ya transcurrieron, tiene en total siete (7) años para interponer la acción. Ahora bien, en caso de que el plazo de la ley anterior finalice antes que el nuevo plazo fijado por la ley nueva, se mantiene el de la ley anterior; es decir que tomando como ejemplo que el tiempo transcurrido del ejemplo anterior, en lugar de cuatro (4) años hubiesen sido ocho (8) años, no puede aplicarse a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley tres años más ya que se

superarían los diez años establecidos en la ley anterior; en este caso, la acción prescribe una vez cumplidos los diez años (López Herrera, 2014).

6.3.4. Cómputo del plazo de prescripción

En el art. 7 se prevé dos posibilidades de *dies a quo*: a) desde la verificación del daño; b) desde que la acción de daños esté expedita. Así, el legislador ha seguido la jurisprudencia del Alto Tribunal que tiene dicho que el punto de partida del curso de la prescripción debe ubicarse en el momento a partir del cual la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer (fallo 320:2352 ⁸⁶, entre otros), por cuanto la prescripción liberatoria es inseparable de la acción, nace con ella y empieza a correr desde el momento en que ésta surge (fallo 195:26 ⁸⁷, entre otros). Es decir que, como regla general, el plazo comienza a computarse desde el momento en que sucede el hecho que origina la responsabilidad, salvo que el daño aparezca después o no pueda ser apreciado hasta el cese de la conducta ilícita continuada, situación que generará que el lapso prescriptivo comience a computarse desde que la acción pudo ser ejercida (fallos 320:1352, entre otros) (Perrino, 2015).

6.4. Responsabilidad de los funcionarios y agente públicos en el ejercicio de sus funciones

El art. 9 de la ley establece 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”*.

Así, podemos observar que se reproduce -con algunas modificaciones- lo anteriormente dispuesto por el art. 1112 ⁸⁸ del Código Civil derogado.

⁸⁶ “Constructora Barcalá S.A. c/ Banco Central de la República Argentina s/ ordinario”. CSJN, 5/07/1997

⁸⁷ “Dir. Gral. Imp. a los Réditos c/ Frigorífico Armour de La Plata S.A.”. CSJN, 1943

⁸⁸ Art. 1112 del Código Civil derogado: “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

En la norma en cuestión se utilizan los términos “*funcionarios*” y “*agentes públicos*” sin hacer distinción por lo que se entiende que comprende a todos los sujetos que prestan funciones para el Estado, tanto del poder ejecutivo como legislativo, judicial y de los órganos extra-poderes, ya sea de modo permanente o transitorio, remunerado o gratuitamente. Más allá de ello, cabe recordar que en relación a los legisladores y a los jueces existen impedimentos jurídicos que habrá que sortear a los fines de responsabilizarlos patrimonialmente por los actos realizados en ejercicio de sus funciones (Perrino, 2015).

Asimismo, el art. 9 establece que dichos funcionarios o agentes públicos serán responsables de los daños que causen por su “*actividad o inactividad*” en el “*ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo*”; es decir por aquellas acciones u omisiones antijurídicas que realicen con motivo o en el ejercicio aparente de su función, excluyéndose aquellas que no son realizadas en el desempeño o ejercicio del cargo. A su vez, dicha responsabilidad es subjetiva ya que debe haber actuado con culpa o dolo -factor de atribución-, a diferencia de la responsabilidad del Estado que es objetiva (Rosatti, H.; Zingaretti, G., 2014). En consecuencia, los funcionarios o agentes públicos no serán responsables por los daños que deriven del ejercicio de sus funciones de manera legítima, pudiendo condenarse al Estado por dichos daños en caso de verificarse los requisitos del art. 4° de la ley (Perrino, 2015).

En cuanto al plazo de prescripción de tres (3) años de la pretensión resarcitoria en contra de los funcionarios y agentes públicos, más allá de lo expresado en el punto 6.2. y sucesivos, cabe destacar que aquí nada se dice en cuanto al momento en que comienza a correr el plazo de prescripción, generando un interrogante. A nuestro entender, nos parecería razonable que se aplicara los principios dispuesto en los arts. 7 y 8 de la ley (López Herrera, 2014).

están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”

6.5. Acción de repetición del Estado Nacional en contra de los funcionarios y agentes públicos

El último párrafo del art. 9 prevé que el Estado pueda ejercer la acción de repetición en contra del funcionario o agente público que haya causado el daño por medio de una conducta antijurídica durante el desempeño de sus funciones, lo que parte del principio general del derecho: el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiera satisfecho (Hutchinson, 2014).

De ello se desprende que el damnificado puede demandar en forma conjunta al Estado Nacional y al funcionario o agente público por los daños sufridos; o hacerlo de manera autónoma. Así, el Estado Nacional en caso de haber sido condenado en un juicio del cual no formó parte el funcionario o agente público, podrá promover la acción de regreso una vez que haya quedado firme la sentencia que estableció la indemnización (Perrino, 2015).

La acción de repetición prescribe a los tres (3) años, contados a partir del momento en que quede firme la sentencia que estableció la indemnización. Ello ha generado críticas de la doctrina que considera que debió contarse el plazo a partir de la fecha de pago al damnificado de la indemnización, momento en que recién se habilita la acción de repetición (López Herrera, 2014).

6.6 Conclusiones

Muchos interrogantes se cierran en torno al art. 7 de la ley que determina el plazo de la prescripción de las acciones en contra del Estado Nacional, comenzando por la técnica legislativa utilizada que omite el término expresamente y ha tenido que ser interpretado de dicha manera en relación con lo dispuesto en el art. 9. Asimismo y más importante aún, se cuestiona la competencia para legislar sobre esta materia, ya que apartándose de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha dicho que su regulación le corresponde al Congreso de la Nación en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, le reconoce competencia local a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a regular sobre la misma en virtud de la invitación del art. 11 a adherir a la presente ley o dictar su propia reglamentación. Por otra parte, atento la prohibición de aplicar

las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación de manera directa o subsidiaria (art. 1º), advertimos una gran laguna normativa –tanto en este como en otros aspectos- ya que la ley nada dice sobre las causales de interrupción o de suspensión del curso de la prescripción, así como tampoco aclara en el art. 9º a partir de qué momento comienza a correr el plazo para la pretensión resarcitoria contra los funcionarios y agentes públicos. Por otra parte, nos resulta llamativo que mediante el art. 9º se regule sobre la responsabilidad civil de los funcionarios y agentes públicos, no tendiendo ello justificativo dentro de una ley local de derecho administrativo. Una vez más y llegando al final del análisis de la ley, advertimos con gran pesar –más allá de cualquier opinión personal sobre cada tema planteado- las deficiencias en que se ha incurrido en su dictado, cuya ponderación final realizaremos a continuación.

- CONCLUSIONES FINALES

Realizar este Trabajo Final de Graduación no fue fácil. En primer lugar, porque al vivir en sociedad, todos los días nos encontramos sometidos a distintas políticas de Estado que -aunque tomadas en pos de un bien común- no dejan de ser decisiones de cada gobierno de turno. Así, por lo menos por nuestra parte, esperamos que sean respetados nuestros derechos amparados por la Constitución Nacional, y en caso de que los mismos sean vulnerados, poder contar con las herramientas necesarias para alcanzar una reparación plena del perjuicio sufrido. Todos formamos parte de este Estado y en consecuencia de alguna u otra manera nos beneficiamos y padecemos sus aciertos y desaciertos.

En segundo lugar, porque a medida que fuimos avanzando en el desarrollo del presente Trabajo Final de Graduación pudimos advertir -con gran pesar- que el dictado de esta ley fue una oportunidad perdida, ya que más allá de que consideramos que debió haber sido regulada la responsabilidad del Estado por el derecho común, por cuanto compartimos la idea de que la misma no es una materia exclusiva del derecho público ni del derecho privado ya que el principio *alterum non laedere* es común a todas las disciplinas jurídicas, nos encontramos -tanto en su redacción como en su contenido- ante una serie de interrogantes que a la larga terminarán sujetos a interpretación de los jueces quienes serán los que precisaran en definitiva su alcance y contenido, algo que no creemos deba ser la finalidad de ninguna ley.

El error más grande a nuestro entender fue lo dispuesto en el art. 1° en cuanto prohíbe de manera categórica que son inaplicables las disposiciones del Código Civil de manera directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado, cuando el art. 1764 del Código Civil vigente establece que serán inaplicables de manera directa o subsidiaria sólo las disposiciones de dicho Título; ya que dentro del código de fondo se encuentran definidos los principios generales del derecho, y con su exclusión se ha generado una laguna normativa que deberá integrarse por analogía, debiendo recurrir por medio de un análisis interpretativo a la misma legislación que se pretendió excluir, lo que genera un doble esfuerzo que se pudo haber evitado con una correcta técnica legislativa. Por otra parte, en la Ley 26.944 no se encuentran contempladas diversas situaciones; por ejemplo, se ha omitido fijar el alcance de la reparación de los perjuicios ocasionados por actividad o inactividad ilícita, no se ha

legislado sobre la responsabilidad por los hechos de las cosas de propiedad del Estado o que se encuentren bajo su guarda y por las actividades riesgosas que desarrolla, no se ha definido cuando comienza a correr el plazo de prescripción de la pretensión resarcitoria contra los funcionarios y agentes públicos, así tampoco establece un procedimiento para el cumplimiento de las sentencias de condena en contra del Estado.

Por otro lado, y con una visión más positiva, hay que reconocer que en líneas generales se ha receptado en varios aspectos importantes la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, podemos mencionar que: se ha otorgado carácter objetivo y directo a la responsabilidad del Estado (fallo "Vadel"); se ha establecido que el daño cuya reparación se pretende debe ser cierto y no eventual e hipotético pudiendo ser el mismo actual o futuro; se han receptado como factores de atribución, en el caso de actividades o inactividades ilegítimas la "falta de servicio" (fallo "Ferrocarril Oeste") y en el caso de omisiones legítimas, un "sacrificio especial que el afectado no está obligado a soportar" (fallo "Columbia", "Malma Trading", "Manzi",) el cual debe estar configurado por la afectación de un derecho adquirido (fallo "Revestek"); se ha seguido la teoría de la causalidad adecuada en cuanto al vínculo que debe existir entre el daño sufrido y la actividad o inactividad llevada a cabo por el Estado; se ha mantenido la postura de que la prueba del daño pesa sobre quien lo invoca; se ha seguido la postura que el estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los daños ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuye o encomienda un cometido estatal cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (fallos "Colavita", "Ferreyra", "Bianchi", "Ledesma") sin que ello sea óbice para descartar la responsabilidad del Estado cuando exista una omisión del ejercicio de las funciones de control que se encuentren a su cargo en cuyo caso habrá que analizar la procedencia de los recaudos dispuestos en el art. 3 encuadrados en una falta de servicio, así como también cuando el prestador del servicio cumple órdenes o cláusulas impuestas por el Estado o sus entes reguladores; que los daños por actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización; y también se ha dado la opción de ejercer la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad del acto administrativo o la de inconstitucionalidad, o bien deducirla una vez finalizado el proceso que le sirve de fundamento. Todas cuestiones que han sido tomadas de la jurisprudencia, las cuales han sido receptadas pacíficamente.

Desde otro costado, la ley ha definido otros parámetros más estrictos y se ha apartado de los lineamientos dados pretorianamente. Así: para la procedencia de la reparación del daño ocasionado por inactividad ilícita del Estado, requiere para que proceda la reparación, que dicha omisión haya sido de deberes normativos expresos y determinados, cuando la CSJN tenía dicho en varios precedentes, en base a una postura más casuista, como en el fallo "Mosca" o "Carballo de Pochat" por citar algunos, que en caso de omisión de mandatos jurídicos indeterminados la evaluación debía ser más estricta en virtud de que no cualquier incumplimiento de un deber genérico podía acarrear responsabilidad del Estado, sin descartar que pudiera ser objeto de reparación. También exige que el daño por actividad legítima deba ser además de cierto, actual, desconociendo de esta manera los efectos que pudiere producir con dicha omisión en el futuro, afectando la integralidad de la reparación; también se excluye el derecho a la indemnización del lucro cesante y define plazos de prescripción cuando la Corte ha dicho reiteradamente que su regulación le corresponde al Congreso de la Nación en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. En estos aspectos la ley ha tomado su propio camino, por lo que no cabe más que esperar cual será la posición que adopte la jurisprudencia en base a estos aspectos cuestionados, en cada caso concreto.

Más allá de todo lo expuesto a lo largo de este Trabajo Final de Graduación y de las cuestiones controvertidas que se han presentado, consideramos que se produjo un gran avance al haberse dictado una ley que regule específicamente sobre la responsabilidad del Estado, por más que no haya alcanzado las expectativas que todos teníamos por ser algo largamente anhelado y que a criterio de muchos pareciera no haberse tomado con la seriedad debida. Pero al respecto, cabe recordar que la ley 26.944, como toda ley, no es inmutable, sino que su contenido puede ser modificado a posteriori en caso de que se evidencien incompatibilidades con los derechos fundamentales amparados por nuestra Constitución Nacional. Asimismo, las provincias argentinas que todavía no han adherido a la presente ley, podrán tener la oportunidad de dictar su propia reglamentación, así como la ciudad Autónoma de Buenos Aires, con las modificaciones que consideren apropiadas, teniendo en cuenta todos los aspectos aquí desarrollados. Por otra parte, también contamos con el remedio judicial para revertir aquellos abusos que pudieran surgir de la aplicación práctica de la ley, siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como última interprete de la Constitución Nación, la que tendrá la última palabra en cada caso

concreto, a los fines de asegurar la reparación plena de los derechos conculcados en caso de así corresponder.

- BIBLIOGRAFIA

Aberastury, P. (2014). La nueva Ley de Responsabilidad del Estado. *Revista Anales de Legilacion Argentina. Año LXXIV N° 25*, 18-33.

Altamira Gigena, J. (1973). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea.

Avalos, E.; Buteler, A.; Massimino, L. (2016). *Derecho Administrativo I*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2da Edición Actualizada.

Buteler, A. (2016). Responsabilidad del Estado. ¿derecho público o privado? *La Ley*, AR/DOC/1653/2016.

Cámara de Diputados de la Nación, .. (22 de Noviembre de 2013). *Sesiones Ordinarias*. Obtenido de <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2704.pdf>

Canda, F. (2015). Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión. En *Responsabilidad del Estado* (págs. 127-160). Buenos Aires: Infojus.

Canosa, A. (2008). La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos de transporte. En A. VV, *Jornadas Nacionales sobre contratos administrativos* (pág. 822). Buenos Aires: RAP.

Cayuso, S. (2009). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*. Buenos Aires: La Ley.

Chubut, H. L. (10 de Agosto de 2015). Obtenido de <http://www.legischubut2.gov.ar/digesto/lxl/l-560.html>

Cilurzo, M. (2014). El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima. En H. (. Rosatti, A. Bianchi, M. R. Cilurzo, E. Falcón, J. Galdós, J. Gonzalez Morras, . . . J. Saenz, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico* (págs. 141-166). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Colautti, C. (1995). *Responsabilidad del Estado. Problemas Constitucionales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Comadira, J. (2015). La responsabilidad del Estado por omisión lícita y la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944. *Rap (437)*, 193-208.

Comisión Bicameral, .. (21 de Agosto de 2012). *Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*. Obtenido de <http://ccygn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-21-08.html>

Domingo, H.; Moscariello, R. (2015). La provincia de Santa Fe no puede adherir sin cortapisa a la ley nacional de responsabilidad del Estado. *La Ley*, AR/DOC/1227/2015.

- Fernandez, S. (2015). Aportes jurisprudenciales a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado. En *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (págs. 81-95). Buenos Aires: Infojus.
- Galdós, J.; Blanco G. (2014). La sanción pecuniaria disuasiva en la Ley 26944 de responsabilidad del Estado. En H. (. Rosatti, A. Bianchi, M. R. Cilurzo, E. Falcón, J. Galdós, J. Gonzalez Moras, . . . J. Saenz, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico* (págs. 323-393). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Gonzales Pérez, J. (2012). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Navarra: 6° Edición, Aranzadi.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 8*. Buenos Aires: F.D.A.
- Hutchinson, T. (2014). La responsabilidad de los funcionarios públicos. En H. (. Rosatti, A. Bianchi, M. R. Cilurzo, E. Falcón, G. J., J. González Moras, . . . J. Sáenz, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico* (págs. 277-322). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Infoleg. (23 de febrero de 2011). *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación*. Obtenido de Infoleg:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/179643/norma.htm>
- La guía de Derecho*. (26 de mayo de 2009). Obtenido de
<http://derecho.laguia2000.com/derecho-administrativo/la-responsabilidad-del-estado>
- Lagarde, F. (2015). La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales. En *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.944* (págs. 20-21). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Lamoglia, C. (2015). Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: su regulación en la Ley N° 26.944. *Rap (437)*, 113-140.
- López Herrera, E. (2014). La prescripción liberatoria en la reciente ley de responsabilidad del Estado. *La Ley, AR/DOC/2679/2014*.
- Lorenzetti, R.; Highton de Nolasco E.; Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Lorenzetti, R.; Lima Marques, C. (2005). *Contratos de servicios a los consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Mairal, H. (2014). La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo código civil y comercial. *El Derecho 260-641*.
- Mertehikian, E. (2014). La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6° de la Ley 26.944). En H. (. Rosatti, A. Bianchi, M. Cilurzo, E. Falcón, J. Galdós, J. Gonzalez Moras, . . . J. Saenz,

- Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico* (págs. 167-193). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Parellada, C. (2014). Prescripción del reclamo de daños contra el Estado y funcionarios públicos. *La ley*, AR/DOC/4089/2014.
- Perrino, P. (2014). La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944. *La Ley*, AR/DOC/4032/2014.
- Perrino, P. (2015). *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Pizarro, R. D. (2013). *Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Tomo 1. Caracterización General*. Buenos Aires: Astrea.
- Pizarro, R. D. (2016). *Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Tomo 2. 2° edición actualizada y ampliada*. Buenos Aires: Astrea.
- Rosatti, H. (director); Bianchi, A.; Cilirzo, M.; Falcon, E.; Galdos, J.; Gonzalez Moras, J.; Hutchinson, T.; Mertehikian, E.; Mosset Iturraspe, J.; Parellada, C.; Perrino, E.; Saenz, J. (2014). *Ley 26944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rosatti, H.; Zingaretti, G. (2014). Analisis Exegético de la Ley 26.944. En H. (. Rosatti, A. Bianchi, M. Cilirzo, E. Falcon, J. Galdos, J. Gonzalez Moras, . . . J. Saenz, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Analisis crítico y exegetico* (págs. 497-635). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Saenz, J. (2007). La responsabilidad contractual en el derecho público argentino. En U. d. Derecho, *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* (págs. 67-118). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- SAIJ. (16 de Octubre de 2014). *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/ley-responsabilidad-estado-adhesion-provincia-ley-responsabilidad-estado-adhesion-provincia-nv9781-2014-10-16/123456789-0abcd18-79ti-lpssedadevon>
- SAIJ. (14 de Septiembre de 2015). *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/7179-local-santiago-estero-responsabilidad-estado-adhesion-ley-nacional-26944-lpg0007179-2015-09-14/123456789-0abc-defg-971-7000gvorpyel>
- Sammartino, P. (2015). Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente. En *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (págs. 173-230). Buenos Aires: Infojus.
- Silva Tamayo, G. (2015). El resarcimiento en los supuestos de responsabilidad extracontractual lícita del Estado. Su alcance en la Ley 26.944. En *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (págs. 231-254). Buenos Aires: Infojus.
- Trigo Represas, F. (2014). Responsabilidad por daños causados por la actividad lícita del Estado. *La Ley*, AR/DOC/2863/2014.

- Urrutigoity, J. (2015). Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado y sus agentes. En J. Mosset Iturraspe, & R. Lorenzetti, *Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad del Estado I. 2014-3* (pág. 190). Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Uslenghi, A. (2015). La responsabilidad del Estado por omisión. *Rap (437)*, 169-192.
- Veramendi, E. (2016). Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado. *La Ley. Año LXXX N° 109*, 1-8.
- Zalazar, A. (2015). Los factores de atribución en la Ley de Responsabilidad del Estado. En *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (págs. 161-172). Buenos Aires: Infojus.

- ANEXO I

RESPONSABILIDAD ESTATAL

Ley 26.944

Sancionada: Julio 2 de 2014

Promulgada de Hecho: agosto 7 de 2014

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 12. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DOS DIAS DEL MES DE JULIO DEL AÑO DOS MIL CATORCE.

— REGISTRADA BAJO EL N° 26.944 —

JULIAN A. DOMINGUEZ. — Juan H. Estrada. — Lucas Chedrese. — Gerardo Zamora.

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

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

AUTOR-TESISTA: FERRER DEHEZA MAQUEDA, VERONICA

DNI 26.286.774

TITULO: ANALISIS DEL REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A PARTIR DE LA SANCION DE LA LEY N° 26.944

CORREO ELECTRONICO: veroferrer2@gmail.com

UNIDAD ACADEMICA: UNIVERSIDAD SIGLO 21 - CAMPUS

DATOS DE EDICION: Córdoba, septiembre de 2016.

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

Texto completo de la Tesis (Marcar SI)/NO)

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

Lugar y fecha: Córdoba, 19 de septiembre de 2016.-

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado