



Trabajo Final de Graduación.

Responsabilidad civil del Estado. Análisis crítico de la nueva regulación.

Alumno: Gustavo Martínez Azar.

Carrera: Abogacía

Año 2016

Índice.

Resumen Ejecutivo.....	Pág. 04
Introducción.....	Pág. 05
Capítulo I. La función resarcitoria de la responsabilidad Civil.....	Pág. 09
1. Introducción.....	Pág. 09
2. Función resarcitoria. Fundamentos.....	Pág. 10
3. El principio “ <i>alterum non laedere</i> ”.....	Pág. 14
4. La indemnización civil y su aplicación a los daños causados por el Estado.....	Pág. 16
4.1. La responsabilidad civil y los presupuestos de responsabilidad.....	Pág. 18
4.1.1. El daño.....	Pág. 19
4.1.2. La antijuridicidad.....	Pág. 20
4.1.3. Nexo causal.....	Pág. 20
4.1.4. Factor de atribución.....	Pág. 21
4.1.4.1. Factores subjetivos.....	Pág. 21
5. Conclusiones Parciales.....	Pág. 23
Unidad II: La responsabilidad civil del Estado antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.....	Pág. 24
1. Introducción.....	Pág. 24
2. Primera etapa: El Estado no puede ser demandado ni es responsable por los daños ocasionados en virtud de su accionar.....	Pág. 24
3. Segunda etapa: El Estado puede ser demandado si el “Congreso lo permite”.	Pág. 26
4. Tercera etapa: El Estado responde indirectamente por los daños causados con fundamento en el art. 1113 del Código Civil.....	Pág. 29
5. Cuarta etapa: El Estado responde directamente por los daños causados con fundamento en el art. 1112 del Código Civil.....	Pág. 31
5.1. Caso concreto y análisis de la naturaleza de la actividad.....	Pág. 33
5.2. Los medios empleados por el Estado.....	Pág. 35
5.3. Análisis del lazo que une a la víctima con el Estado.....	Pág. 37

5.4. Grado de previsibilidad del daño.....	Pág. 38
6. Conclusiones Parciales.....	Pág. 39
Capítulo III. Análisis jurídico de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.....	Pág. 41
1. Introducción.....	Pág. 41
2. La regulación en el anteproyecto de reforma.....	Pág. 41
3. La versión final del Código Civil y Comercial de la Nación.....	Pág. 43
3.1.1. Análisis crítico de la ley 26.944. El debate en torno a la reparación plena e integral del daño.....	Pág. 46
3.1.2. La responsabilidad de los concesionarios.....	Pág. 49
3.1.3. El Estado no responde por la sanción pecuniaria disuasiva.....	Pág. 52
4. Conclusiones parciales.....	Pág. 55
Conclusiones Finales.....	Pág. 57
Bibliografía.....	Pág. 61

Resumen Ejecutivo:

Se estima que las nuevas normas del Código Civil y Comercial de la Nación no superarían el control de constitucionalidad pues, al delegar en las provincias la resolución de cuestiones que tienen que ver con la función resarcitoria, se están delegando facultades propias del Congreso. Se vulnera también el principio de igualdad plasmado en el art. 16 de la Carta Magna. Pero sobre todo se viola el principio general de no dañar ya que paralelamente se sancionó una ley específica que pretende excluir ciertos rubros de indemnización atentando así los derechos fundamentales de la víctima del daño.

Abstrac:

It is estimated that the new rules of the Civil and Commercial Code of the Nation would not exceed the control of constitutionality, because delegating the powers of the Congress to delegate in the provinces the resolution of issues that have to do with the resarcitoria function. The principle of equality embodied in art. 16 of the Magna Carta. But above all, the general principle of non-damage is violated, since a specific law was also enacted, which purports to exclude certain types of compensation, thereby infringing the fundamental rights of the victim.

Introducción.

Reparar es dar cuenta de los actos. Con fundamento en la ética y la justicia, quien causa injustificadamente un daño debe repararlo. Se intenta, a través del resarcimiento, el restablecimiento al estado anterior del perjuicio.

Nuestro sistema materializó estos principios en la función resarcitoria del Derecho de Daños, convirtiendo a esta en el eje central de la responsabilidad civil. Si bien actualmente, a raíz de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), la función resarcitoria no es la única (existe también la preventiva por ejemplo) sigue considerándose como la función central.

Quien causa un daño debe repararlo integralmente conforme al art. 1738 del CCyCN. En efecto

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

Entonces, sabiendo cómo deben ser reparados los daños (integralmente) y sabiendo que la función resarcitoria pretende el restablecimiento al estado anterior del daño, la cuestión que pretendemos dilucidar a lo largo de este trabajo es si la aplicación de la función resarcitoria depende de la calidad del sujeto activo que causó el daño.

En otras palabras, el nuevo código -explicándolo de una manera muy simple- establece que si el daño fue causado por una persona física o jurídica de carácter privado, ésta debe reparar ese daño integralmente conforme al anteriormente citado art. 1738. Ahora bien, si el daño fue causado por una persona de carácter público (el Estado en cualquiera de sus formas), la reparación -según la normativa actual- no será integral sino que hay rubros que se excluyen, por ejemplo el lucro cesante.

En efecto, el nuevo Código no se aplica a la responsabilidad civil del Estado por imperio del art. 1765. Contrario *sensu*, se aplica una ley especial que regula la responsabilidad estatal: la Ley 26.944. Esta ley contempla y regula la manera en que serán reparados los daños que cause el Estado a los terceros.

Desde ya adelantamos y reiteramos que dicha ley no regula una reparación plena e integral, más bien la reparación vislumbra ciertos daños resarcibles y otros no.

El objetivo de nuestro trabajo es analizar y determinar si -según la interpretación de la doctrina- los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación y las disposiciones de la Ley 26.944 son constitucionales.

El desarrollo del tema, a nivel jurídico, es trascendental en virtud de que, a raíz de la entrada en vigencia del nuevo Código se modificaron los parámetros que había fijado la Corte Suprema de Justicia (Caso Vadell) respecto a la responsabilidad civil del Estado por falta de servicio.

Lo que había establecido la jurisprudencia en relación a la responsabilidad civil del Estado -y que era pacíficamente aceptado por la doctrina- era que "...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido..."¹. De lo contrario responde civilmente por los daños que su actividad provoque.

Si bien es cierto que hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, esta teoría (la de la responsabilidad extracontractual del Estado) tenía base y génesis jurisprudencial, también es cierto que los fundamentos esgrimidos para fundar la responsabilidad del Estado eran coherentes y adecuados según varios autores (Casagne, 2014). Nada obstaría que se sigan aplicando porque el fundamento de la reparación que citaba la Corte era de carácter constitucional fundado en el principio *alterum non laedere*.

Analizaremos desde el punto de vista filosófico y argumental si existe fundamento válido para excluir al Estado de resarcir ciertos rubros solo por el hecho de que el causante del daño sea el Estado.

Por su parte, establecer el tipo de investigación implica fundamentalmente decidir qué se pretende lograr con el fenómeno a estudiar: explorarlo, describirlo, determinar las relaciones o explicarlo.

En el trabajo de investigación se utilizará el tipo de estudio llamado descriptivo. Según la doctrina "este tipo de estudio busca únicamente describir situaciones o acontecimientos; básicamente no está interesado en comprobar explicaciones, ni en probar determinadas hipótesis, ni en hacer predicciones" (Tamayo, 1999 p.44).

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1938) "Ferrocaril Oeste c. Provincia de Buenos Aires" 3 de octubre de 1938.

En relación al planteo del problema, el objetivo básicamente consiste analizar jurídicamente las normas incorporadas al nuevo Código Civil y Comercial referidas a la responsabilidad civil del Estado. Lograr este objetivo solo es factible utilizando este método y no otro.

Por su parte, respecto a la estrategia metodológica, en este caso, se considera que el tipo cualitativo es la estrategia metodológica adecuada en virtud de que “tiende a ser de orden explicativo, utiliza preferentemente información cualitativa, descriptiva y no cuantificativa” (Van Dalen y Meyer, 1944- p.55).

En efecto, no haremos cálculos matemáticos, ni diagramas estadísticos, no se utilizará ningún tipo de extracción de datos del tipo de encuestas o entrevistas. Sino que se utilizará la doctrina y jurisprudencia evaluada para responder objetivamente a nuestra pregunta de investigación.

El análisis del estudio abarcará décadas de construcción doctrinaria jurisprudencial. Teniendo en cuenta que nuestros jueces pacíficamente adoptaron como fundamento de la responsabilidad extracontractual directa del Estado, los argumentos del fallo “Vadell”, será relevante hacer un estudio exhaustivo de este caso y sus precedentes.

También deberemos analizar los últimos archivos, libros y documentos elaborados en torno a nuestra temática específica, ya que la sanción del Código Civil y Comercial entró en vigencia hace muy poco tiempo: en el año 2015.

El trabajo de investigación abarcará por lo tanto, la doctrina, la normativa y la jurisprudencia de dos etapas importantísimas de nuestra democracia: La etapa previa y la etapa posterior a la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Solo del análisis profundo de ambas, podremos responder a nuestro interrogante central.

Esta tesis estará dividida en tres ejes fundamentales. El primero de ellos tratará de la función resarcitoria, los fundamentos del deber de reparar, y los aspectos centrales de la responsabilidad civil.

El segundo eje tratará específicamente de la historia de la responsabilidad estatal en nuestro país. Analizaremos los antecedentes jurisprudenciales más resonantes en relación a la temática. Este capítulo será de gran importancia porque se establecerá la lógica aplicada por la Corte Suprema a lo largo de las décadas para determinar la responsabilidad civil del Estado.

Finalmente trataremos -en el tercer eje- la nueva regulación tanto del Código Civil y Comercial, como así también de la nueva ley 26.944. El objetivo es cuestionar dicha regulación y analizarla profundamente.

Con el análisis profundo de estos tres puntos fundamentales, estaremos en condiciones de arribar a las conclusiones que permitan responder la pregunta de investigación efectuada al iniciar nuestro trabajo.

Capítulo I.

La función resarcitoria de la responsabilidad Civil.

1. Introducción.

En virtud de que el objetivo central de este trabajo consiste básicamente en el análisis de constitucionalidad de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que eximen de responsabilidad civil al Estado, cabe -en primer lugar- en este capítulo, desarrollar todos los fundamentos jurídicos, filosóficos y sociales que instauraron las bases de la responsabilidad civil en general y en particular respecto al Estado.

En efecto, el análisis de las funciones del derecho de daños constituye el eje central de esta unidad, más precisamente la función resarcitoria. Ello porque existen normas en el nuevo Código que establecen -para explicarlo de un modo simple y sencillo- que el Estado no responde civilmente (vale decir, no se aplican las normas civiles) por los daños que ocasione a terceros en el ejercicio de sus funciones.

La cuestión será determinar si la “obligación de no dañar” o la obligación de reparar los daños causados injustamente, puede depender de la calidad de persona que causa el daño (persona jurídica de carácter público) aunque el hecho dañoso presente todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

Y la inquietud surge básicamente porque el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -según cierta parte de la doctrina que trataremos a lo largo del trabajo- “discrimina” a los obligados a resarcir integralmente los daños causados conforme el sujeto dañador. En efecto, si quien causa un daño es una persona humana o jurídica de carácter privado, a ésta se le aplica el nuevo Código con todo rigor. De esta manera el resarcimiento de los perjuicios deberá hacerse de manera plena e integral.

Pero si la persona que causó el mismo daño, en idénticas circunstancias, reviste la calidad de persona jurídica de carácter público (Estado) a ésta no se le aplica el nuevo Código sino que se le aplica una ley especial que limita de alguna manera los rubros indemnizables.

Es decir, el Estado por el solo hecho de ser Estado no debería reparar integralmente los daños que causó extracontractualmente o por “falta de servicio”.

En virtud de la pequeña introducción establecida, se considera como punto de partida que es sumamente relevante desarrollar los fundamentos de la función resarcitoria. También es importante establecer si la función reparatoria excede el marco

del Código Civil, vale decir si tiene génesis o carácter constitucional, porque de ser así podríamos llegar a conclusiones tales como la inconstitucionalidad de las normas que en profundidad analizaremos a lo largo de esta obra.

2. Función resarcitoria. Fundamentos.

Toda conducta humana se materializa en actos que ineludiblemente provocan la modificación del mundo en el que vivimos. De una u otra manera, los individuos que nos organizamos en comunidad, interactuamos el uno con el otro alterando el entorno propio y también el entorno de los demás.

Y dicha alteración del entorno, dicha modificación constante del mundo en el que vivimos, puede ser propicia al interés colectivo o por el contrario puede ser desfavorable, vale decir puede causar daños injustos.

He aquí que cuando el accionar humano provoca daños en otras personas el sistema jurídico se presenta como barrera a dicha situación.

Esto, que se asemeja a una introducción de un libro de sociología, es el punto clave para comprender la función resarcitoria de la responsabilidad civil (también llamada reparatoria) la que ha sido desde siempre el eje del Derecho de daños, entendida como la consecuencia jurídica del daño injusto (Monjo, 2015).

“Reparar” es una obligación que tiene el responsable de un daño injustamente causado (Pizarro y Vallespinos, 1999). Siendo una obligación, vale destacar que la reparación de los daños injustamente causados no constituye una opción. En palabras de Bustamante Alsina (1997 p. 71) reparar significa “dar cada uno cuenta de sus actos”.

Se debe reparar en virtud del principio universal de justicia, el que conlleva a restablecer el estado anterior al daño causado injustamente. Entonces la función reparatoria tiene fundamento en la justicia.

Fue Santo Tomas de Aquino quien le dedicó gran parte de su vida al desarrollo de la teoría de la justicia, y se considera importante hacer alusión -al menos sintéticamente- a esta doctrina, porque se estima que existe -en muchos casos- una mala interpretación por parte del legislador actual de estas teorías fundamentales, al momento de sancionar leyes que eximen a determinadas personas (en este caso al Estado) del deber de reparación conforme las reglas civiles.

En su obra “*Suma Teológica*” realizada en el siglo XIII, Santo Tomás de Aquino define a la justicia como “el hábito por el cual el hombre le da a cada uno lo que le es

propio mediante una voluntad constante y perpetua”². En efecto, el concepto tiene relación con la búsqueda del bien común, “es dar a cada uno lo suyo” como se mencionaba más arriba.

A nivel jurídico esta doctrina se vincula con lo que comúnmente se conoce como “tener derecho a...”. Vale decir, dar a cada persona lo que naturalmente le corresponde. Lograr concretar el principio de justicia configura, según las teorías mencionadas, una conducta correcta porque la justicia se direcciona hacia el bien de otros.

En otras palabras, si a una persona le vulneran injustamente un bien (material o inmaterial) que le es propio (la dignidad, su salud, su propiedad, su moral), en honor al bien común, lo justo es retrotraer esa situación al estado anterior al daño.

Ahora bien, Aristóteles primero y luego el filósofo recientemente mencionado, distinguían dos clases de justicia: por un lado la justicia distributiva y por el otro la justicia conmutativa.

Aristóteles, en su obra “*Ética Nicomaquéa*” reconoció a la justicia distributiva como el hecho de “dar a cada uno lo que le corresponde; es decir, en proporción a su contribución a la sociedad, sus necesidades y sus méritos personales”, y se refiere a “honor, salud y bienes materiales”. Esta ha marcado el significado de Justicia social hasta nuestros días.

La justicia distributiva se analiza desde la interacción del individuo y el Estado y en relación a los daños. Puntualmente en la actualidad se entiende de la siguiente manera: en virtud del bien común y en pos de favorecer al conjunto de la población, algunas personas deben soportar ciertos daños como sucede con los daños morales que soporta la persona a quien le fue expropiada su vivienda.

Es decir, todos los valores (los sociales, la libertad, los ingresos y riqueza, y las bases del respeto) deben distribuirse igualmente a toda la sociedad salvo que una distribución desigual sea favorable para todos (Rawls, 1993) como sí sucede en materia de expropiación o con los daños que pueda padecer aquella persona fotografiada en un acto en razón de un interés cultural o científico.

La justicia distributiva ha sido uno de los principales argumentos de la Comisión reformadora, para justificar que al Estado -por ser el Estado- no se le deben aplicar las normas civiles en relación a los daños causados injustamente por actividad

² Aquino Tomas (1476) “Suma Teológica” Extraído de <http://hjjg.com.ar/sumat/index.html>.

extracontractual. Por ejemplo, por los daños que padece una persona por la intervención de máquinas viales en desperfecto, autovías en mal estado susceptibles de provocar accidentes, error en la información que emite un Registro Público, etc.

Suele entenderse que las personas -en el derecho público- a costa del bien común, el que favorece al conjunto de la población, deben soportar ciertos daños. Así existe una justicia distributiva en el ámbito público que se distingue de la justicia conmutativa del derecho privado.

En el caso “Jacaranda” en el que una radio pretendía la indemnización por la revocación de su licencia, se sostuvo que, como la indemnización se regía por las reglas de la justicia distributiva (propia y exclusiva del derecho público), no correspondía indemnizar el lucro cesante. "La diferencia básica entre la regulación del derecho privado y la del derecho público estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican"³.

En efecto, según la Corte, “el derecho privado regula las relaciones entre los particulares fundamentalmente sobre la base de la conmutatividad, el derecho público regula las relaciones entre el todo (la comunidad representada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente, o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución”⁴.

Casagne (2015) critica esta postura y manifiesta que se trata de una tesis errónea, pasible de objeciones constitucionales, en tanto conculca los derechos individuales cuyo goce y ejercicio garantiza nuestra Constitución, transformando un sistema que debe regirse por la justicia conmutativa en otro basado en el modelo distributivo.

Ello porque no es lo mismo la relación jurídica dada en ciertas ocasiones por actividad estatal legítima (como en una expropiación, o los daños que deben soportar las personas cuando el Estado construye una autopista -como la pérdida de tiempo por ejemplo-) que lo que sucede en presencia de un daño injusto.

³ Corte Suprema de la Nación (2005) “El Jacarandá S.A. v. Estado” Voto en disidencia Dra. Highton de Nolasco.

⁴ Corte Suprema de la Nación (2005) “El Jacarandá S.A. v. Estado” Voto en disidencia Dra. Highton de Nolasco.

Entonces existe una indemnización por actividad legítima del Estado en la que si rige la justicia distributiva, mas no sucede en los casos en que hay falta de servicio o actividad ilegítima del Estado en los que corresponde una reparación integral porque el supuesto daño ocasionado no beneficia a nadie ni debe ser soportado por nadie.

Por la razón expuesta se considera relevante el desarrollo de esta doctrina al menos de manera escueta. De todas maneras se profundizará en relación a este tema más adelante a lo largo de la investigación.

Es necesario aludir también a una doctrina íntimamente vinculada a la justicia distributiva: La teoría del utilitarismo. Esta es una teoría ética que pregona tres principios fundamentales y valiosos: el primero establece que se debe actuar conforme a lo que resulta intrínsecamente valioso para los individuos, el segundo establece que el mejor estado de las cosas es aquel en el que la suma de lo que resulta valioso es lo más alta posible, y el tercero establece que lo que debemos hacer es aquello que consigue el mejor estado de cosas conforme a esto.

De este modo, la moralidad de cualquier acción o ley viene definida por su utilidad para los seres humanos en conjunto⁵. Por lo tanto, existen ciertos daños que requieren mayor grado de tolerancia.

En definitiva la teoría utilitaria establece que en ciertos casos, solo se puede satisfacer el bienestar individual cuando se obtenga como resultado la suma total del más alto bienestar agregado.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto en relación a la justicia distributiva, teniendo en cuenta la doctrina del utilitarismo y teniendo en cuenta lo mencionado respecto a los fundamentos del legislador para eximir de aplicación de normas civiles a ciertos daños causados por el Estado cabe cuestionarse: ¿cualquier tipo de daño debe ser soportado por las personas en razón de la justicia distributiva? Pues se estima que no. La respuesta estará ligada al bien común que ha producido dicho daño. Justamente el tema central de este trabajo consiste en analizar los fundamentos que tuvo el legislador para sancionar las normas que sancionó.

Por otra parte, en relación a la justicia conmutativa o correctiva, cabe destacar que ésta restaura la igualdad perdida, dañada o violada, a través de una retribución o reparación regulada por un contrato.

⁵ <https://es.wikipedia.org/wiki/Utilitarismo>.

En efecto, rige en las relaciones entre las personas y “depende de la igualdad básica de las partes de un acuerdo. La habilidad de intercambiar libre y abiertamente es un factor importante entre en la distribución justa de los bienes de la sociedad.”

La justicia conmutativa tiene en cuenta la interacción de los hombre libres, sin importar el rol que un ser humano tiene en la sociedad, ni su poder, ni su riqueza. Si “A” daña a “B”, “B” tiene derecho a reclamar a “A”. La finalidad del derecho es la justa compensación y disuasión. Es el tipo de justicia aplicada por el juez al restablecer el orden jurídico alterado. Es la justicia que debe estar presente en la sentencia condenatoria.

Como corolario, se remarca entonces que fue la filosofía la que plasmó los fundamentos jurídicos de la función reparatoria. En efecto, el derecho, como expresa la doctrina, es una herramienta indispensable para que la convivencia sea posible (López Herrera, 2006).

3. El principio “*alterum non laedere*”.

Además de los fundamentos desarrollados *supra*, existe un principio general que proviene del Derecho romano denominado “*alterum non laedere*” el que -según López Herrera (2006)- constituye la noción misma del sistema jurídico y se traduce en un principio general del derecho que implica la prohibición de dañar al otro.

Este principio es de carácter general y constitucional. En efecto establece el art. 19 de la C.N. que

“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”.

Sagüés (2007) relaciona a este principio con el derecho que tiene toda persona a la reparación. El autor, cuando alude a la reparación, se refiere a “un principio constitucional” (Sagüés, 2007-p.785).

El art. 28 de la C.N. por su parte, establece que “los principios... no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. En efecto, si no pueden ser alterados por las leyes, tampoco pueden ser alterados por las normas de jerarquía inferior.

La discusión en torno al principio de no dañar giraba en relación a si este solo está reservado al ámbito de la responsabilidad civil o si por el contrario es una regla aplicable a todo tipo de daño, vale decir si es un principio general.

Se estima que el “*alterum non laedere*” es un principio general aplicable a los daños injustamente causados. En efecto, se aplica en el ámbito de las relaciones de trabajo (accidentes laborales) en relación a los actos jurídicos y también en relación a los daños causados por extracontractualmente por el Estado.

Así lo entiende la doctrina. El Estado es un sujeto de derecho, por ende es susceptible de derechos y obligaciones y aun cuando el Estado sea de carácter público, siempre se sustentará en la Carta Magna, y por ende, debe responder por las consecuencias dañosas de sus actos legítimos o ilegítimos (Junyent Bas, 2014).

Si bien la Constitución carece de una disposición expresa en relación a la responsabilidad estatal, la reparación de todo daño injusto se perfila como un "derecho inferido" del art. 19 de la Constitución Nacional. El Estado, en efecto, no está exento de cumplimentar con las inferencias constitucionales ya que un "Estado de derecho" implica la subordinación del Estado al derecho, sobre todo al constitucional. De no subordinarse el Estado al derecho estaríamos en presencia de autoritarismo (Sagüés, 2007).

De hecho, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece en su art. 63 -en concordancia con lo que pregonan el principio “*alterum non laedere*”- que

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

En conclusión, cuando se causa un daño injusto éste debe ser reparado por medio de una indemnización si no es posible retornar naturalmente a la víctima al estado anterior al daño. Así lo entiende la doctrina al remarcar que la reparación debe ser integral basándose en que todo daño debe ser resarcido, procurando retornar al estado que tenía esa persona antes de que el daño hubiese existido. (Schick, 2014).

El nuevo Código Civil establece que sus reglas no se aplican en relación al Estado. Consecuentemente se ha creado una ley nacional a los efectos de regular cómo se indemnizan los daños causados por el Estado. Casualmente surge del

análisis de la ley que existen rubros -como el lucro cesante- que quedan eximidos de reparación.

El análisis de esta temática es objeto de capítulos posteriores, sin embargo cabe hacer una breve mención respecto a este punto en virtud de que, como bien se mencionó la indemnización debe ser integral, vale decir si el Estado causó un daño injusto a una persona, y ésta pierde ganancias a raíz del daño, el lucro cesante debe de ser incluido como rubro en una eventual demanda de daños por imperio del principio constitucional “*alterum non laedere*”.

4. La indemnización civil y su aplicación a los daños causados por el Estado.

En el derecho civil, la función resarcitoria, ha sido considerada la más importante (Diez Picazo, 1971) a pesar de que existan otras funciones en la actualidad como la preventiva por ejemplo.

Se ha establecido que la función resarcitoria se lleva a cabo, o se materializa, mediante una indemnización la cual -según el Código Civil y Comercial de la Nación- debe ser plena e integral y tiene como presupuesto (entre otros) la existencia de un daño.

Casagne (2013) citando a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, utiliza el término justa indemnización el que implica que la indemnización -en las relaciones regidas por la justicia conmutativa-, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, ya sea producto de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, tanto legítima como ilegítima, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño para remediar la desigualdad.

El art. 1716 del CCCN prevé -en relación al deber de reparar- que “la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado...”.

Como surge de la norma, se deben reparar los daños padecidos por la víctima, más allá de la causa que le da origen a los mismos, siempre que no estén justificados por una causa o siempre que no exista un eximente de responsabilidad civil.

La indemnización en efecto contempla -si corresponde y se prueba que el daño existe- a

“la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus

afecciones espirituales, legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (Art. 1738 CCCN).

Como bien se manifestó más arriba -por imperio del principio general de carácter constitucional *alterum non laedere*- esta función no es exclusiva del Derecho Civil sino que es una función general, aplicable a todo tipo de daño injustamente causado.

Ahora bien, respecto a la aplicación de este cuerpo normativo a la responsabilidad estatal, la doctrina tradicionalmente estuvo dividida entre aquellos autores que aceptan tal aplicación (concepción privatista) y entre aquellos autores que la rechazan (concepción publicista o administrativista).

El Dr. Bielsa (1933) por ejemplo, ha pregonado el rechazo de la aplicación de normas civiles a la responsabilidad estatal porque entiende que debe existir una ley formal que expresamente establezca la manera en que deben ser indemnizados los daños ocasionados por el Estado (tal y como existe en la actualidad). El autor desecha la analogía como fuente para responsabilizar al Estado.

Ha manifestado el doctrinario, que no existe fundamento jurídico si no existe una norma que imponga la responsabilidad del Estado. Este tipo de responsabilidad no puede generarse por extensión interpretativa a partir de principios de gran amplitud (Bielsa, 1933).

Ahora bien teniendo en cuenta la fecha de publicación de la obra del doctor Bielsa, se puede comprender su postura ya que ochenta años atrás, inclusive la Corte Suprema entendía la responsabilidad estatal de otra manera.

De esta manera, en el caso “Seste” (más de cien años atrás) la Corte estableció que el Estado no debe responder civilmente por su actividad porque el Poder Ejecutivo es “jefe supremo de la Nación” y “responsable político de la administración general del país”; consecuentemente no puede ser sometido por particulares, sin su consentimiento, a responder por las obligaciones que surjan de sus actos (que gozan de la garantía de la buena fe, y se rigen por reglas especiales) ante el Poder Judicial que no tiene potestad para hacerle cumplir sus resoluciones⁶.

Vale destacar que en el caso referenciado los demandantes habían pertenecido a la legión militar de la provincia de Buenos Aires durante la guerra que ésta mantuvo con

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1984) “*Seste y Seguich c. Gobierno Nacional*” 29 de setiembre de 1864.

la provincia de Paraná. Concluida la guerra, los actores continuaron retenidos en el servicio militar por dos años más, por lo que solicitaron una indemnización por el mayor tiempo de servicio prestado a la nación, el cual excedía al fijado en el contrato que los vinculaba con aquella.

En relación a la postura del Dr. Bielsa, existe otra postura intermedia que considera que la aplicación del Código Civil en relación a los daños provocados por el Estado requiere la necesaria armonización con las particularidades propias del derecho público al que pertenecen las relaciones entre el Estado y los particulares.

Como argumento principal, aquellos que adhieren a esta postura establecen que el Código Civil regula las relaciones de derecho privado, y no de derecho público, las cuales por imperio de nuestra Constitución Nacional están reservadas a las Provincias (Cassagne, 2009; Gordillo, 2009).

Se considera correcta esta aseveración pero se disiente en un aspecto: cuando estamos en presencia de un daño provocado por actividad del Estado (falta de servicio) vale decir, un daño que surge de una relación extracontractual, no se vislumbra una relación de derecho público.

Se estima fundamentalmente que la calidad del sujeto pasivo causante del daño no es determinante para caracterizar a una relación jurídica como relación de derecho público. De todas maneras profundizaremos más adelante respecto a esta cuestión.

Sin perjuicio de lo antedicho, cabe hacer alusión a una postura contraria a la anteriormente mencionada. Ésta postula que la aplicación de las normas civiles a las consecuencias dañosas que surjan del accionar del Estado, es necesaria (Ibarlucía, 2014). Ello porque el Código Civil no solo regula solo relaciones de derecho privado, sino que muchos de sus artículos resultan aplicables al ámbito del derecho público.

Kemelmajer de Carlucci (1985) por su parte establece que debe aceptarse la aplicación del Código Civil a la responsabilidad del Estado. Sin embargo debe atenderse a las particularidades propias de la responsabilidad estatal, reconociéndose los puntos de encuentro que originen principios comunes a ambos tipos de responsabilidad, y aquellos ámbitos en donde la responsabilidad del Estado adquiera particularidades propias que se alejen o particularicen los mismos.

4.1. La responsabilidad civil y los presupuestos de responsabilidad.

Se ha hecho alusión a los fundamentos jurídicos y filosóficos respecto al porqué se debe reparar. Se ha hecho alusión también -a nivel general- a las cuestiones

doctrinarias en relación a la aplicación del derecho civil y más precisamente a las reglas de la responsabilidad civil en relación a los daños causados por el Estado.

Más allá de los antecedentes en relación a la aplicación o no de las normas civiles, lo cierto es que la jurisprudencia sí ha aplicado los presupuestos de responsabilidad a los daños ocasionados por el Estado y de allí la discusión actual, en tanto era pacíficamente aceptado que en ciertas ocasiones y bajo determinadas condiciones se aplicara el Código Civil a los daños causados por el Estado.

En relación a la responsabilidad civil ésta puede ser definida, como la obligación de resarcir el daño provocado por la conducta antijurídica, objetiva o subjetivamente imputable y causalmente atribuible del responsable (Alterini, Ameal y López Cabana, 1996).

Del concepto, surgen los presupuestos que deben estar presentes a los fines de determinar la responsabilidad de una persona y el nacimiento de la obligación de resarcir.

4.1.1. El daño.

Puede definirse como aquella consecuencia perjudicial que resulta de la lesión a la persona o bienes ajenos (Pizarro y Vallespinos, 1999; Zavala de González, 1999).

En el ámbito específico de la responsabilidad estatal, la doctrina -como así también la jurisprudencia- es coincidente -en primer lugar- en que es condición que el daño se encuentre individualizado, por ende éste no debe afectar por igual a todos los administrados (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

En tal sentido la jurisprudencia⁷, falló en contra del actor (el dueño de un campo) quien pretendía una indemnización por los perjuicios que alegó haber padecido a raíz de la expropiación de su terreno. El argumento del demandante para solicitar la pretensión versaba en torno a la restricción de sus facultades de disposición de su dominio sobre el dicho capo.

En relación a los fundamentos de la sentencia estableció la Cámara que los supuestos daños derivados de una expropiación, son los mismos que puede sufrir todo habitante de la Nación. En efecto afecta a todos por igual.

En virtud de lo manifestado entendió la Cámara que en el caso no existió un daño indemnizable, en tanto todos los habitantes de la Nación están sujetos a que su

⁷ CCiv y Com Mercedes. Sala II. (2013) “*Brizzi, Ubaldo y ot. c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios*” 6 de junio de 2013.

propiedad sea objeto de una expropiación, de manera tal que no puede alegarse un daño en relación a una restricción que afecta a todos por igual.

Asimismo se exige -además del primer requisito referenciado- que el daño sea apreciable en dinero, sea que se trate de un daño patrimonial o moral (Abbas, 2012; Cassagne, 2002).

Esta condición no excluye la posibilidad de responsabilizar al Estado por los perjuicios que superen el límite normal de inconvenientes.

4.1.2. La antijuridicidad.

Establece la doctrina que la antijuridicidad es la contrariedad de la conducta del sujeto con el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. En efecto, si una conducta se encuentra permitida vale decir, justificada por una norma del ordenamiento, ésta no será antijurídica (Mosset Iturraspe, 1998, Orgaz, 1980; Zavala de González, 1999).

En relación a los actos lícitos del Estado, existe una excepción que se traduce en que la antijuridicidad no resulta exigible a los fines de dar lugar a la responsabilidad civil (Marienhoff, 1993).

4.1.3. Nexo causal.

El nexo causal es, según Bustamante Alsina (1993), la vinculación material que debe existir entre la conducta del sujeto y el daño.

Para que el Estado deba responder civilmente, la doctrina establece la necesidad de la adecuada causalidad entre el daño y la actividad estatal como condición ineludible de la responsabilidad estatal (Cassagne, 2002).

Para eximirse de responsabilidad el Estado deberá demostrar que en el hecho dañoso se presentaron ciertos eximentes, como por ejemplo el caso fortuito, el hecho de la víctima, o el hecho de un tercero por el cual no se debe responder.

En efecto, el nuevo Código en su artículo 1731⁸ regula como factor interruptivo del nexo causal al hecho de un tercero por el cual el sindicado como responsable no esté obligado a responder, exigiendo este último para que concurra la eximente que en el hecho del tercero estén presentes las características del caso fortuito.

⁸ Art. 1731 CCCom. Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación de Santiago del Estero,⁹ confirmó por ejemplo, el rechazo de la indemnización del daño moral demandado al gobierno de la provincia de Santiago del Estero, por los padres de quien falleció a causa de un disparo que le propiciare personal policial de la provincia, al protagonizar un robo luego de huir de una seccional en la que se encontraba detenido.

En dicho precedente el tribunal consideró que el nexo causal fue interrumpido por el hecho del hijo de los actores, al protagonizar el robo que motivó el disparo que le causó la muerte y valerse de sus propios medios para darse a la fuga, rompiendo el candado del lugar en el que se encontraba detenido.

Ahora bien, en relación al hecho de un tercero, la jurisprudencia ha establecido que podrá eximirse de responsabilidad al Estado en la medida que el hecho posea las características de imprevisible o inevitable. En efecto decidió la Jurisprudencia que “no puede considerarse al arrojamiento de un elemento contundente hacia un tren como un acontecimiento imprevisible o inevitable, dada la frecuencia con la que ello ocurre lo cual exige que la prestación de dicho servicio público, a los fines de garantizar la seguridad que el mismo debe proporcionar a los pasajeros, refuerce las medidas tendientes a asegurar que dichos actos no ocasionen daños”¹⁰.

En conclusión, en relación al hecho de la víctima como en el de un tercero, la doctrina exige para que concurra la eximente que dichos hechos tengan aptitud causal adecuada sobre el resultado dañoso y que no sean imputables al sindicado como responsable al que eximen de responsabilidad total o parcialmente (Pizarro y Vallespinos, 1999).

4.1.4. Factor de atribución.

Son aquellos motivos en virtud de los cuales los perjuicios sufridos por un sujeto, son desplazados resarcitoriamente a otro (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil los factores subjetivos de atribución son la culpa y el dolo.

⁹ CCivyCom.Sgo.Estero.1aNom. (2013) “*Cejuela, Ernesto Ignacio y otra c. Superior Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero y/o resp. s/ daños y perjuicios*” 14 de agosto de 2013.

¹⁰ Cam.Apel.Cont.Admvo.SanMartín (2013) “*P. M. c. Fisco de la Pcia. de Bs. As. s/ Daños y perjuicios*” 26 de marzo de 2013.

La culpa se define como la omisión de la diligencia necesaria que el tipo de obligación y demás circunstancias de persona, tiempo y lugar impongan al sujeto (Artículo 1724)¹¹.

El Código Civil y Comercial vigente, en su artículo 1721¹², coloca a la culpa como el factor de atribución residual. Establece la norma referenciada que “la atribución de un daño al responsable, puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Además de la omisión de la conducta debida, la culpa supone la ausencia de la intención del sujeto de causar el daño. De existir esta intención, el sujeto habrá obrado con dolo. El nuevo Código dispone que éste se vislumbre -no solo cuando exista la intención de dañar- sino también cuando el sujeto haya procedido con “...manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

La presencia de dolo o culpa en el accionar de un funcionario es importante a los fines de juzgar la responsabilidad por daños, en ciertos tipos de responsabilidad (indirecta) de hecho, la jurisprudencia en ciertos casos, solo admite la existencia de responsabilidad estatal, si se prueba en el caso la existencia de dolo o culpa.

Por ejemplo, a los fines de juzgar la responsabilidad del Estado por la actuación de los órganos del poder judicial, la Corte Suprema en un precedente estableció que es necesario que éste último haya obrado dolosamente. Expresamente expuso la Corte que “es requisito imprescindible el dolo en la prestación del servicio de justicia”¹³.

Ahora bien, existen casos, en que la responsabilidad es directa y objetiva. En efecto es indiferente la presencia del factor de atribución con fundamento en el riesgo creado. Así, la jurisprudencia¹⁴ responsabilizó al gobierno de la ciudad de Buenos Aires

¹¹ Art. 1724 CCCom. Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

¹² Art. 1721 CCCom Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

¹³ CSJN. (1999) “*Mallmann, Arturo Julio y otro v. Estado Nacional /Ministerio del Interior s/ proceso de conocimiento*” 26 de octubre de 1999.

¹⁴ Cam. Apel.Cont.Admvo.Trio.CABA.SalaII. “*Potaves, Ana Amalia c. GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)*” 3 de marzo de 2015.

por los daños sufridos por una mujer que -al caminar por la vía pública, sobre una vereda en mal estado- se fracturó un tobillo al resbalarse debido al agua que, por una canilla ubicada en la misma vía pública, caía sobre dicha vereda.

En efecto el mantenimiento correspondía a la demandada, si bien la vereda no es una cosa en si misma riesgosa, su peligrosidad a los fines de fundar la responsabilidad objetiva de su dueño o guardián, puede surgir de su mal estado. De este modo la Cámara responsabilizó al Estado en su carácter de dueño o guardián de la vereda, cuyo correcto mantenimiento le incumbe a los fines de evitar que se transforme en una cosa que genere riesgo de daño a quienes transitan por ella.

5. Conclusiones Parciales:

Comprender y analizar los fundamentos sociológicos y filosóficos que le dan sustento a una decisión estatal, en nuestro caso a la sanción de determinadas leyes, es una tarea sumamente relevante que no debería ser omitida por el legislador al momento de sancionar leyes.

Analizar un hecho dañoso implica poner el foco en la víctima del daño y no en el sujeto activo que lo provoco. Por ello la doctrina es insistente en considerar el principio general y de carácter constitucional conocido como *alterum non laedere*.

En efecto quien causa un daño injusto, luego de examinar si se han verificado ciertos presupuestos de responsabilidad, debe repararlo.

La reparación debe ser integral, plena y justa pues una persona no tiene por qué cargar con las cosas de un hecho en el que ha prevalecido la injusticia. Lo que intenta el sistema es que “las cosas” vuelvan a su estado anterior, lo cual es muy difícil he aquí el fundamento de la indemnización.

Determinar que el Estado -por el solo hecho de ser Estado- no debe reparar ante los daños injustamente causados por sus dependientes o por las cosas de las que es dueño y guardián es a priori una determinación injusta e inequitativa, salvo que dicho daño sea en pos de un beneficio social perceptible.

Capítulo II:

La responsabilidad civil del Estado antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

1. Introducción.

A lo largo de esta unidad serán analizados críticamente los fundamentos de la doctrina judicial que han constituido el camino que concluyó en la aplicación lisa y llana del Código Civil en los casos de daños provocados por la actividad extracontractual del Estado.

Se hace alusión a la doctrina judicial, en virtud de que fue la jurisprudencia la que estableció la aplicación de dicho cuerpo normativo a las relaciones jurídicas analizadas en esta investigación.

En efecto, se puede vislumbrar en nuestra historia cuatro etapas bien definidas. La primera etapa se caracterizó por la irresponsabilidad estatal, vale decir el Estado no era responsable por los daños que los particulares padecieran en ocasión de su accionar. La segunda etapa admitió de alguna manera la responsabilidad civil del Estado y la consecuente obligación de reparar los daños causados pero siempre y cuando el Congreso lo aceptara. La tercera y cuarta etapa fue caracterizada por la determinación de que el Estado -en los casos en que corresponda- debe responder indirectamente en ciertos casos y directamente en otros, por los daños causados a terceros por su accionar por imperio de las normas civiles.

Es importante analizar los fundamentos de la Corte y de tribunales inferiores que marcaron las etapas referenciadas en virtud de que -teniendo en cuenta los cambios de interpretación y aplicación de la ley que marcaron la historia- se podrá comprender la confusión actual en torno a los argumentos que brindó oportunamente la Comisión reformadora al sancionar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y excluir su aplicación a la responsabilidad del Estado.

2. Primera etapa: El Estado no puede ser demandado ni es responsable por los daños ocasionados en virtud de su accionar.

El fundamento utilizado en aquella etapa en la que el Estado no era responsable por los daños que causaba, tenía que ver con la soberanía de este. En efecto, el Estado no tiene la posibilidad de causar daños.

Esta etapa pertenece prácticamente a la antigüedad. De hecho, en Atenas por ejemplo, el Estado tenía la disponibilidad de los bienes de los gobernados, y se consideraba como una manifestación de la divinidad (Barraza, 2000).

Trigo Represas y López Mesa, (2004) establecen que esta etapa estuvo presente en muchas naciones y lo materializan con un excelente ejemplo. En efecto, instituye la doctrina, que si un ciudadano sufría un perjuicio a causa del accionar del Estado, dicho daño debía ser soportado por aquél ciudadano quien no tenía reclamo ni contra el dependiente estatal de cuya actuación resultó el perjuicio, ni contra el Estado mismo. Este régimen de irresponsabilidad rigió ininterrumpidamente hasta fines del siglo XIX.

Puntualmente, en la República Argentina, la Corte, en el año 1864 en el famoso caso “Seste y Seguich”¹⁵ determinó la irresponsabilidad del Estado argumentando principalmente la soberanía del Poder Ejecutivo dentro su facultad de administrar el país, con independencia de los otros poderes, en función del artículo 86 inciso 1 de la Constitución Nacional (actual artículo 99 inciso 1, luego de la reforma constitucional de 1994) en cuanto establece que el Poder Ejecutivo Nacional es “jefe supremo de la nación” y “responsable político de la administración general del país”.

Básicamente los demandantes (militares) pretendían una indemnización de la Nación por los daños padecidos como consecuencia de la retención que tuvieron por dos años más una vez finalizado el contrato que los vinculaba con esta. En efecto, una vez concluida la guerra contra el Paraná, la legión militar de la provincia de Buenos Aires “retuvo” al Sr. Seste y al Sr. Seguich, a pesar de que el plazo establecido de servicio plasmado en el contrato que los vinculaba con la Nación, ya había concluido.

Sin embargo, la Corte les negó a los actores el derecho al cobro de la indemnización a la que se hizo referencia. Ello porque el Poder Ejecutivo no puede ser sometido por particulares, sin su consentimiento, a responder por las obligaciones que surjan de sus actos (que gozan de la garantía de la buena fe, y se rigen por reglas especiales) ante el Poder Judicial que no tiene potestad para hacerle cumplir sus resoluciones.

Otro aspecto a destacar -sumamente llamativo- de aquella época, es la interpretación que efectuó la Corte en este caso en relación al artículo 100 de la Constitución Nacional, el que establece que “corresponde a la Corte Suprema... el

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1984) “*Seste y Seguich c. Gobierno Nacional*”.

conocimiento y decisión de todas las causas...en que la Nación sea parte”. Lo que la Corte interpretó es que el artículo 100, solo permitía que la Nación intervenga en un juicio cuando este fuere iniciado por ella.

Ahora bien la Corte no debe intervenir (conforme a la interpretación que ella misma hace) -en virtud de la soberanía del Poder Ejecutivo- en las causas en las que Estado sea el legitimado sustancial pasivo, vale decir demandado.

Teniendo en cuenta este antecedente -en el que ha prevalecido la irresponsabilidad estatal frente a los daños provocados a los particulares- es posible entender las posturas actuales que oportunamente analizaremos.

Sí, cabe destacar, que en este fallo no se alude a si corresponde o no la aplicación del Código Civil en cuestiones de Derecho Público. De hecho lo que se establece es concretamente la imposibilidad de demandar al Estado. El fundamento solo tiene que ver con una interpretación de las normas constitucionales.

Sin embargo, se vislumbró una etapa posterior en la que esta realidad cambió a medida que el Estado fue interviniendo en todas las cuestiones relevantes a nivel social y a medida que las obras públicas se incrementaban paralelamente al avance tecnológico, cuestión que incrementó su dañosidad y la potencialidad de los daños que el Estado podía provocar con su intervención (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

3. Segunda etapa: El Estado puede ser demandado si el “Congreso lo permite”.

El artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional establece que el Congreso tiene la facultad de arreglar la deuda pública. Pues la Corte, interpretando que las indemnizaciones que el Estado debe pagar constituyen deuda pública, fijó como condición de tipo procesal -a los fines de legitimar pasivamente al Estado- que sea el Congreso, a través del dictado de una ley específica en cada caso concreto, el que autorice la demanda en contra del Estado. Es lo que se denomina *venia legislativa*.

En efecto, un año después del fallo Seste analizado *supra*, la Corte en una nueva oportunidad, estableció que los acreedores de la Nación pueden hacer valer sus derechos recurriendo al Congreso donde hallaran la misma protección que en los Tribunales de la

Nación en virtud de que éste está “embestido de imparcialidad, ilustración y justicia” (consid. 3)¹⁶.

Sin embargo la sentencia no establecía de qué manera y bajo qué parámetros el Congreso debía intervenir en las demandas contra el Estado, vale decir ¿debían las demandas contra el Estado interponerse ante el Congreso? O ¿Debía el Congreso admitir la legitimación, habilitando la vía judicial?

La cuestión se resolvió empíricamente. En efecto, el Congreso fue sancionando leyes que implicaban, según la doctrina, que dicho Poder se colocara en papel de juzgador, resolviendo directamente el reclamo. Por ejemplo, se sancionaron leyes que otorgaban indemnizaciones a los militares que participaron en la guerra.

Ahora bien, según Gordillo (2010) dicha situación implicó concretamente que el Congreso Nacional se saturara de reclamos tornando imposible dar una pronta respuesta a la multiplicidad de pretensiones, además de ejercer tareas propias de los jueces. En virtud de ello, respondiendo a la realidad, el Congreso encontró una solución: solo se limitaba a prestar su conformidad a dichos reclamos para que luego puedan ser resueltos por el Poder Judicial.

Empero, en el año 1874, se sancionó la ley 675, la que autorizó a determinadas personas a “...que hagan valer ante la Justicia Nacional el reclamo promovido...” Dicha venia, fue aceptada por la Corte que resolvió el citado reclamo¹⁷. De este modo, fue el Congreso el que dio inicio al sistema de venias legislativas para que el Poder Judicial resolviera las demandas contra la nación (Gordillo, 2010).

Pero la ley referenciada no se caracterizaba por ser suficiente y completa conforme lo establece la doctrina, y es por ello que en el año 1900, se sancionó la ley 3952, cuyo artículo 1¹⁸ creó, para las demandas contra la Nación, el requisito del reclamo administrativo previo (sustituyendo el de la venia legislativa) (Muñoz, 1999).

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1865) “Gómez, José Cándido c/la Nación” 1 de junio de 1865.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1880) “Aguirre Carranza y Cía c/ la nación” 25 de noviembre de 1880.

¹⁸ Art. 1 ley 3952. Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el P.E. y su denegación por parte de éste.

Finalmente la venia legislativa, y la situación de incertidumbre, en relación a cómo debería intervenir el Congreso frente a determinadas situaciones, finalizó en el año 1932 tras sancionarse la ley 11634¹⁹ que eliminó la exigencia de la venia legislativa para los supuestos en los que el Estado actuara como sujeto de derecho público, y sustituyéndolo por el reclamo administrativo previo aplicable también a los supuestos de actuación estatal como persona de derecho privado.

Ahora bien, Argentina tenía una ley en ese entonces que admitía la demandabilidad del Estado, pero carecía de una legislación que regulara la responsabilidad del Estado y sus alcances. Vale decir, si un sujeto padecía un daño por la intervención de una máquina estatal o por error de una entidad pública tenía la posibilidad de demandar al Estado, pero al momento de fundar su demanda, se tornaba dificultoso debido a la falta de jurisprudencia y legislación que regule los parámetros de la responsabilidad.

Inclusive el artículo 43²⁰ del Código de Vélez en ese momento vigente, establecía que “no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones...civiles por indemnización de daños...”. De esta manera la Corte rechazó la restitución de las sumas abonadas en concepto de multa y la indemnización de daños y perjuicios en cierta oportunidad, con fundamento en la imposibilidad de iniciar acciones de daños y perjuicios contra la persona jurídica Estado²¹.

En conclusión en esta “segunda etapa” de nuestra historia, la característica prevalente fue justamente la contradicción. Muchos años se trabajó desde el Poder Judicial y desde el Legislativo en miras a establecer un estándar aplicable a los casos en los que el Estado haya causado un daño injusto.

¹⁹ Art. 1 ley 11634. Modificase el art. 1 de la ley n° 3952 en la siguiente forma: Los tribunales federales y los jueces, letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el P. E. y su denegación por parte de éste.

²⁰ Art. 43 CC (Modificado por ley 17711) 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.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1886) “Escalada, Carlos María e/Municipalidad de la Capital Federal s/devolución de multa e indemnización de daños y perjuicios” 23 de enero de 1886.

Se estima que siempre prevalece en el espíritu del hombre el valor de la justicia. El sentido común, expresado en extensos debates doctrinarios, nos dice que nadie tiene porqué cargar con las costas de un daño injustamente padecido aun si ese daño es provocado por el Estado en cualquiera de sus manifestaciones, a menos que el daño que tengo que padecer sea en pos de un beneficio general.

4. Tercera etapa: El Estado responde indirectamente por los daños causados con fundamento en el art. 1113 del Código Civil.

La Corte Suprema, a pesar de lo establecido en el art. 43 del Código Civil analizado más arriba, dio un giro doctrinario y determinó que el Estado sí debe resarcir los daños causados.

La Corte, para responsabilizar civilmente al Estado como persona jurídica de carácter público, tuvo especial consideración a los artículos 1109 y 1113 del Código Civil de Vélez. Este giro jurisprudencial se dio en la década del 30' y se mantuvo con ciertas adiciones hasta la entrada en vigencia del nuevo Código el que modificó el criterio conformado con décadas de interpretación judicial y doctrinaria.

Retomando el análisis, establecía el art. 1109 del Código de Vélez que “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”. Por su parte el art. 1113 del Código Civil decía que “que 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”.

El contenido de ambas normas fue el fundamento que utilizó la Corte en el año 1933, en el caso “Devoto”²². La doctrina considera que el caso Devoto fue el primer precedente en el que nuestro máximo Tribunal resolvió la responsabilidad estatal con fundamento en normas del Código Civil (Cassagne, 2000).

La Corte consideró que el incendio provocado por empleados de la Nación, mientras trabajaban en la reparación de una línea telegráfica de propiedad nacional, fue producto de la culpa o imprudencia de dichos dependientes, al utilizar el brasero sin las necesarias precauciones, sobre una superficie de pasto seco.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación (1933) “*Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación*” 22 de setiembre de 1933.

En virtud de que el daño fue ocasionado por dependientes del Estado mientras se encontraban ejecutando trabajos para este, la Corte extendió la responsabilidad al Estado con fundamento en el artículo 1113 del Código Civil.

En conclusión en el caso “Devoto” la Corte aceptó la responsabilidad indirecta del Estado, empero no hizo alusión al art. 43 del Código Civil.

Sin embargo en el año 1938 la Corte volvió a pronunciarse en relación a la responsabilidad estatal pero en esta oportunidad los fundamentos poseen profundidad y elocuencia. Hacemos alusión a la causa “Ferrocarril Oeste”²³.

La importancia del caso “Ferrocarril Oeste” tiene que ver con varios aspectos. En efecto, la Corte estableció porqué ha excluido la aplicación del art. 43 del Código Civil. Al respecto dijo que éste no resulta aplicable al caso, porque el daño resultó de la actuación de la provincia de Buenos Aires en la que ésta no obra como sujeto de derecho privado ni aun como persona jurídica, sino como entidad de derecho público.

El actor había demandado a la provincia de Buenos Aires, por los daños y perjuicios que le ocasionó un error cometido por el Registro de Propiedad Inmueble, cuando informó que el terreno que luego adquirió, no tenía gravámenes y que era de propiedad del vendedor. Sin embargo, y luego de comprado el terreno, éste fue reivindicado por un tercero.

En relación a las relaciones de derecho público que se entablan entre el Estado y los particulares, la Corte dispuso que el resarcimiento de los daños tiene sus fundamentos en razones de justicia y equidad.

Y por último, la Corte comenzó a sentar las bases de la teoría de falta de servicio remarcando que "...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan por el incumplimiento o su irregular ejecución”.

El caso “Ferrocarril Oeste” fue clave para iniciar un camino hacia la responsabilidad estatal con fundamento en el Código Civil. Pero hasta ese momento la responsabilidad era de tipo indirecta con fundamento en el 1113 del Código Civil de

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1938) “*Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires*”³ de octubre de 1938.

Vélez. Esto significa -según Trigo Represas y López Mesa (2004)- que debe existir en el caso: relación de dependencia del principal con el autor material del daño, que el daño sea imputable al dependiente y por último, que exista relación causal adecuada entre la función del dependiente y el daño causado. Además quien invocara la culpa del dependiente debería de probarla, cuestión que es bastante difícil en ciertos casos.

Hacia la década del 80' la Corte se pronunció nuevamente respecto a la responsabilidad del Estado, pero finalmente determinó que ésta es de tipo directa lo que implica que el dañado no debe probar la culpa del causante del daño.

Sin embargo el hecho de que la Corte haya calificado en ciertos fallos a la responsabilidad del Estado como directa, no significa que haya abandonado su posición caracterizada por la aplicación del art. 1113 determinando que la responsabilidad del Estado en ciertos casos es indirecta.

En efecto en el año 1994 la Corte responsabilizó a la provincia de Buenos Aires, con fundamento el artículo 1113 del Código Civil por los daños causados por un policía con su arma amén de que se encontraba fuera de servicio, alegando que "...basta que la función desempeñada haya dado la ocasión para cometer el acto dañoso para que surja la responsabilidad del principal, pues es obvio que el accidente no se habría producido de no haberse suministrado al agente de policía el arma".²⁴

Pero como bien se manifestó *ut supra* el Estado, conforme la decisión de nuestro Máximo Tribunal, puede ser responsable directo de los daños con fundamento en el Código Civil. Lo analizaremos a continuación.

5. Cuarta etapa: El Estado responde directamente por los daños causados con fundamento en el art. 1112 del Código Civil.

La Corte Suprema de Justicia en el año 1984, estableció por primera vez en nuestra historia la responsabilidad directa del Estado de tipo objetiva en la causa "Vadell"²⁵.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994) "*Furnier, Patricia M. c. Provincia de Buenos Aires*" 27 de setiembre de 1994.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1984) "*Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires*" 18 de diciembre de 1984.

En efecto, no se aplicó en el caso el artículo 1113 del Código Civil sino el 1112²⁶ de Código de Vélez, el que -según el Máximo Tribunal- constituye el sustento para fundar la responsabilidad directa del Estado, ya que las irregularidades de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones deben considerarse propias del Estado.

En la causa “Vadell” el Estado directamente debió responder por los daños ocasionados por el error que cometió el Registro de la Propiedad, cuando registró un inmueble a nombre de un titular que no correspondía ya que dicho error implicó un cumplimiento defectuoso de las funciones estatales. Siendo la responsabilidad directa, el damnificado ya no tenía la obligación de probar la culpa del Estado, vale decir la negligencia, impericia o imprudencia.

El Estado es responsable directamente cuando exista “falta de servicio” cuyo fundamento es la falta de vigilancia del Estado en la correcta organización del servicio público, de forma tal de evitar perjuicios (Casagne, Kemelmajer de Carlucci y Parellada, 1986).

La doctrina es pacífica en aceptar que es el actor el que corre con la carga probar que el servicio funcionó mal o tardíamente. La carga de la prueba corresponde al actor como contrapartida de las ventajas que para este importa poder obtener una responsabilidad estatal de tipo objetiva (que no requiere la acreditación de la culpa) y directa (Andrada, 2010; Cassagne, 2000; Kemelmajer de Carlucci y Parellada, 1986).

Ahora bien el Estado -en sus diversas formas (Poder Judicial, Poder Ejecutivo y Legislativo, entes autárquicos, etc.)- presta servicios permanentemente a la comunidad. De hecho el Estado está al servicio de la comunidad. Los hospitales públicos sirven a la comunidad, la policía lo hace, los Registros Públicos, los Ministerios, los tribunales, las bibliotecas públicas...en fin son incontables las dependencias que sirven a la comunidad, razón por la cual es menester determinar si existe cierto estándar aplicable a los casos en que el miembro de la comunidad se sienta dañado.

De hecho la jurisprudencia ha establecido las condiciones que deben presentarse a los fines de responsabilizar directamente al Estado. En primer lugar, se debe apreciar

²⁶ Artículo 1112 del Código Civil: Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.

en concreto si el servicio se prestó inadecuadamente. En segundo lugar, se tendrá en cuenta la naturaleza del servicio, pues no es lo mismo juzgar el servicio prestado por la policía en cumplimiento a la obligación de seguridad, que juzgar el servicio prestado por un tribunal. En tercer lugar, los jueces tendrán en cuenta los medios de los que dispone el Estado para brindar el servicio y el lazo que une a la víctima con el Estado. Finalmente es importante determinar el grado de previsibilidad del daño, ya que no es lo mismo juzgar la responsabilidad del Estado en virtud del daño padecido por la persona que llegó al hospital público herido de bala que juzgar la responsabilidad del Estado en virtud de la muerte de un paciente ocurrida por falta de control de los galenos. Por una cuestión de orden y prolijidad lo desarrollaremos a continuación en apartados separados.

5.1. Caso concreto y análisis de la naturaleza de la actividad.

Según la Corte Suprema de Justicia la falta de servicio debe ser apreciada en el caso concreto, y a los fines de responsabilizar al Estado se debe tener especial consideración la naturaleza de la actividad que haya provocado el daño.

“La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”²⁷.

Evaluar el caso en concreto teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, opera como valla también a los fines de evitar una catarata de demandas ante la causación de mínimos daños, en efecto no existe una responsabilidad genérica por falta de servicio por ende es impensable un Estado que asegure la inexistencia de daños.

Lo primero que habrá de tenerse en cuenta según la Corte es si correspondía o no al Estado la prestación del servicio cuya supuesta deficiente prestación ocasionó el daño, y cuál es la extensión hasta la que puede exigirse la prestación del mismo.

La Corte Suprema estableció que se debe diferenciar en el caso, si la falta de servicio implica una acción o una omisión. Si un sujeto determinado padeció un daño por omisión habrá de evaluarse si se trata de omisiones a una exigencia legal expresa, o bien a objetivos indeterminados fijados de forma general por la ley.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1998) “Zacarias, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros” 28 de abril de 1998. Considerando 6.

Gordillo (2009) establece que el art. 1112 del CC es la fuente de atribución de responsabilidad por omisión al funcionario público, y que la obligación que este debe cumplir, no es la de llevar a cabo un hecho específico y exigido por una norma sino que está compuesta por los hechos que, sin estar forzosamente expresos, son necesarios para el correcto desempeño de la función asignada.

En efecto, la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una “obligación de cumplir el hecho omitido” (art. 1074 del C.C.)²⁸, sino a una “regular ejecución de las obligaciones legales” (art. 1112 del C.C.), lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado por una norma jurídica.

Señala el autor, que en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo caso se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada (Gordillo, 2009).

Por ejemplo, en la causa “Mosca”²⁹ la Corte estableció que el servicio de seguridad brindado por la policía es un objetivo indeterminado. En estos casos no se le puede exigir al Estado una garantía absoluta contra todo daño ya que es insostenible en la práctica, no solo por los costos, sino también por las restricciones a la libertad que ello implicaría.

Es por ello que negó la responsabilidad del Estado en virtud de los daños que padeció el Sr. Mosca en las inmediaciones del lugar donde se llevaba a cabo un partido de fútbol, cuando sufrió lesiones en un ojo a causa de objeto que fue lanzado. En la causa se comprobó que la policía estaba prestando su servicio adecuadamente...de hecho fue la policía quien asistió al damnificado.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, determinó que el Estado Nacional no es

²⁸ Art. 1.074 CC. “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1998) “*Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*” 6 de marzo de 2007.

responsable ante el suicidio de un interno en un establecimiento carcelario, al no advertirse la configuración de falta de servicio alguna, pues de las constancias de la causa mal puede colegirse que las tareas de vigilancia, custodia y asistencia médico-psicológica fueran llevadas de manera irregular durante el escaso tiempo que estuvo recluido, siendo que diferentes agentes cumplieron con su deber de verificar la situación del pabellón y de los presos y, asimismo, en resguardo de su integridad física, lo alojaron en un pabellón destinado a quienes demostraban “regular adaptación a las normas y reglamentos carcelarios”. En efecto el accionar de los dependientes estatales se calificó como diligente³⁰.

En conclusión, no todo daño padecido en virtud de una relación extracontractual con el Estado será objeto de indemnización ya que es imposible garantizar -frente a ciertos deberes estatales- “inmunidad de daños”. Habrá que -en primer lugar- evaluarse el caso concreto y la naturaleza del servicio.

5.2. Los medios empleados por el Estado.

En segundo lugar -además de la naturaleza del servicio estatal- se tendrá en cuenta en el caso, el uso de medios razonables. La pregunta que habrá de hacerse el juez es entonces: ¿Utilizó el Estado todos los medios que estaban a su alcance a los fines de evitar el daño?

En la causa “Mosca”³¹, en la que no se responsabilizó al Estado, la Corte consideró que se había probado que la policía de la provincia de Buenos Aires, había destinado efectivos no solo dentro sino también fuera del establecimiento deportivo, en donde se hicieron recorridas constantes, complementándose con la presencia de policías adicionales como la guardia de infantería.

Sin embargo, en otras ocasiones -por no acreditarse este requisito- el Estado sí debió responder civilmente por falta de servicio. Así, en una causa en la que una persona demandó al Estado provincial persiguiendo el resarcimiento de los daños que dijo haber sufrido como consecuencia de la falta de verificación del estado civil de los contrayentes con carácter previo a la celebración de su matrimonio, luego declarado

³⁰Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV(2013) “H., M. A. y otro c. E.N. - Servicio Penitenciario Federal s/ daños y perjuicios”.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1998) “*Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*” 6 de marzo de 2007.

nulo por impedimento de ligamen, el Tribunal responsabilizó al Estado por dichos daños

“en virtud de la falta de verificación del estado civil de la persona con la cual contrajo matrimonio, en efecto el Registro de las Personas brindó de modo deficiente el servicio público de registración que le compete debido a que la falta de informatización, sistematización y correlación de los asientos registrales, lo que le al impidió al oficial público conocer la aptitud nupcial de los contrayentes y ejercer adecuadamente el control de legalidad que le competía”³².

En otra oportunidad, se responsabilizó a un municipio demandado por los daños sufridos por la esposa e hijas de una persona que se ahogó en un balneario municipal. En esta causa en particular se tuvo en consideración el accionar del municipio en tanto éste no tomó todos los recaudos para evitar el daño. En efecto, no había guardavidas en la fecha del accidente ya que estaban ejerciendo su derecho a huelga. Sin perjuicio de ello, el municipio no realizó las acciones necesarias encaminadas a alertar a los usuarios sobre la suspensión del operativo de seguridad (guardavidas) ni adoptó ninguna otra medida tendiente a resguardar la seguridad de los bañistas.

El único medio que adoptó el Estado a los fines de evitar perjuicios fueron los carteles indicativos de “peligro y precaución”, lo que demostró un desentendimiento del deber de cuidado y vigilancia que hace a la seguridad pública de los asistentes al lugar³³.

En síntesis, el Estado según la jurisprudencia debe adoptar una actitud activa a los fines de evitar los daños y perjuicios. Se considera que en la mayoría de los casos el actor corre con la carga de probar que el demandado no adoptó todos los medios que estuviesen a su alcance.

Empero la carga de la prueba que el actor tiene, no constituye una regla que no admite excepciones. Como bien se desarrolló más arriba, el juez tendrá especial consideración en el caso concreto y también considerará la naturaleza del servicio público deficientemente prestado.

Así, estableció la jurisprudencia, en un caso en el que se pretendía la reparación por los daños padecidos en la vivienda de los actores a raíz de las inundaciones ocurridas en la Ciudad de Buenos Aires por fuertes lluvias, que

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación (1998) “*Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*”.

³³ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén (2012) “*Montiel, Norma Cecilia c. Municipalidad de Neuquén s/acción procesal administrativa*”.

“si bien incumbe al actor probar la falta de servicio, resulta excesivo instar a los accionantes a que demuestren cuál habría sido el resultado de contar con un sistema de drenaje de mayor volumen y exigirle que precise cuáles habrían sido las obras hídricas que el estado estaba obligado a realizar para prevenir el daño, ya que semejante exigencia probatoria importa negar toda posibilidad de reparación”³⁴.

En virtud de ello, sí se responsabilizó al Estado pues se acreditó la insuficiencia de la infraestructura existente en aquel momento para enfrentar las consecuencias derivadas de precipitaciones habituales que, si bien pudieron ser intensas, lejos estaban de ser imprevisibles y la existencia de infraestructura obsoleta puso de manifiesto una deficiente actividad estatal en lo concerniente a la planificación hídrica de la Ciudad.

Este caso pone de manifiesto la importancia del estándar jurídico que venimos analizando.

5.3. Análisis del lazo que une a la víctima con el Estado.

La tercera cuestión a apreciarse en el caso concreto, es “...el lazo que une a la víctima con la prestación del servicio”. Este elemento está íntimamente vinculado con el primer requisito analizado en el punto 5.1 de la presente investigación.

Precisamente estableció la Corte que “no puede exigirse al Estado la misma prestación en el supuesto del servicio de seguridad dispuesto genéricamente por la ley, del que correspondería exigírsele en caso de que se hubiere contratado expresamente al Estado para que proporcione dicho servicio”³⁵. En virtud de ello y teniendo en cuenta los hechos en esta causa, el máximo tribunal decidió no responsabilizar al Estado por la actuación policial, ya que consideró que en ese caso, la fuerza había actuado diligentemente y había utilizado todos los medios disponibles a los fines de cumplimentar con sus deberes.

Sin embargo, la jurisprudencia siguiendo el precedente y la doctrina judicial citada más arriba, sí responsabilizó al Estado Nacional en otra oportunidad (junto al policía codemandado) por la muerte de una mujer víctima de violencia doméstica que fue asesinada por su esposo al momento de retirar pertenencias del hogar conyugal acompañada por dicho agente policial en cumplimiento de una orden judicial. El

³⁴Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III (2015) “S., S. y otros c. GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1998) “*Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*”.

Tribunal estableció que en ese caso se estaba examinando el cumplimiento del deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general propio de la Fuerza (como si sucedió en la causa anteriormente descripta) sino del deber de seguridad personal cumplido de modo irregular, ya que el policía fue directamente contratado a los fines de proteger a la víctima³⁶.

En síntesis, analizar la naturaleza del servicio estatal es una tarea que el juez efectúa -en base a los elementos particulares del caso- conjuntamente con el análisis del lazo que una a la víctima y el servicio prestado inadecuadamente.

5.4. Grado de previsibilidad del daño.

El último elemento que exige la Corte que se evalúe en el caso concreto es "...el grado de previsibilidad del daño".

En la causa "Mosca", la Corte estableció expresamente que: "...nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (Artículo 901 del Código Civil)³⁷ y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad".

Siguiendo esta línea, el Máximo Tribunal de la provincia del Chaco responsabilizó al Estado provincial por los daños sufridos por la actora a raíz del suicidio de su hijo mientras se encontraba internado en una institución de salud mental, porque se acreditó que existió una prestación irregular del servicio, ya que el diagnóstico de peligrosidad del paciente tornaba previsible el hecho del daño para sí como para un tercero, lo que exigía un deber de vigilancia y custodia para evitar que se autolesionara³⁸.

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L (2015) "Kalemberg, Héctor Ramón c. Ministerio del Interior y otros s/ daños y perjuicios – resp. Prof. médicos y aux.

³⁷ Art 901 CC (Derogado por ley 26994) Art. 901. Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

³⁸ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral (2015) "F., M. G. c. Hospital "4 de Junio" y/o Ministerio de Salud de la Prov. del Chaco y/o Picech, Alexis Rodrigo y/u otros s/ daños y perjuicios".

6. Conclusiones Parciales.

El principio general de no dañar tiene génesis constitucional como bien lo establecimos en la primera unidad de la presente obra. En efecto, quien causa un daño injusto tiene la obligación de repararlo si se acreditan ciertos presupuestos de la responsabilidad civil.

Sin embargo, históricamente, en relación a los daños provocados por el Estado mientras presta un servicio, la cuestión no es “tan sencilla” ya que -amen de estar presentes los presupuestos de responsabilidad civil en un caso concreto- muchas veces los damnificados corrían con las costas del daño injustamente causado solo por el hecho de que el dañador se tratase de una persona jurídica de carácter público.

Es ingente la cantidad de argumentos vislumbrados por la jurisprudencia nacional para intentar fundamentar las decisiones en torno a la adjudicación de responsabilidad estatal con fundamento en el Código Civil, pues en nuestro país no existía una ley específica que regulara la cuestión -hasta ahora-.

Tradicionalmente se sostuvo la irresponsabilidad del Estado con fundamento en su soberanía. Asimismo, y en razón de que nuestra Constitución Nacional establece como facultad del Congreso la de arreglar la deuda pública, la Corte estableció la exigencia de la venia legislativa de dicho órgano a los fines de legitimar pasivamente al Estado. Además, en relación a la aplicación puntual del Código Civil, regía plenamente el artículo 43 del Código Civil de Vélez, el que impedía las acciones de daños y perjuicios contra las personas jurídicas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho moderno tiene como foco de atención al ser humano y no tanto al patrimonio (como sí lo era en la época de Vélez) es dable aseverar que -por razones de equidad y sobre todo de justicia- el criterio de la Corte también fue evolucionando en miras a la responsabilidad estatal, haciendo uso para ello de normas del Código Civil.

En efecto, el más elemental sentido común se niega a aceptar que los seres humanos debemos tolerar y cargar con las costas de los daños de diversa índole, cuando el Estado cumplió incorrectamente determinada función, por ejemplo en virtud de que no arregló una vereda cuando le correspondía, o cuando un Registro Público brindó información errónea por lo que determinada persona perdió su casa. Por ejemplo, por no ejecutar las obras necesarias a los fines de evitar inundaciones con lo cual un familia

padece de ellas y pierde todo lo que tiene. O por ejemplo, no es justo aceptar la pérdida de un ser amado en virtud de la falta de atención adecuada en un hospital público.

De esta manera la Corte construyó un camino haciendo honor a la sana crítica racional y haciendo honor a la finalidad que fundamenta su existencia: la aplicación e interpretación de las leyes. Así, en los últimos cuarenta años, se aprecia el esfuerzo doctrinario desarrollado por nuestro Máximo Tribunal.

Primeramente con fundamento en los artículos 1109 y 1113, para luego dar paso al artículo 1112 como fundamento de una responsabilidad estatal de tipo directa y objetiva con base en la falta de servicio, circunstancia que la doctrina entiende que existe cuando el servicio estatal no funcionó o lo hizo incorrectamente o en forma tardía, circunstancia que eventualmente debe ser probada por quien la invoca.

Para determinar la responsabilidad extracontractual objetiva y directa del Estado, la Corte dispuso que debe considerarse en el caso concreto "...la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño".

Capítulo III.

Análisis jurídico de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

1. Introducción.

Hasta aquí hemos llegado a dos grandes conclusiones que engloban todos los aspectos analizados en esta investigación. La primera, es que el principio *alterum non laedere* es un principio general cuyo sustento excede el Código Civil, en efecto este principio es de carácter constitucional aplicable a todo tipo de relaciones jurídicas.

La segunda conclusión, es que fue la doctrina judicial la que, sin hacer alusión al principio general referenciado en el párrafo anterior, determinó finalmente que el Estado debe responder civilmente por los daños causados a particulares si se dan ciertas condiciones. Dicha reparación debe ser plena e integral.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación omite tener en consideración a estos dos puntos a los que hemos aludido. Primeramente porque determina que dicho cuerpo no se aplica a los daños que surjan como consecuencia del accionar del Estado. En segundo lugar porque paralelamente se sancionó una ley específica que regula la responsabilidad estatal. Esta ley a nuestro entender limita la responsabilidad excluyendo ciertos rubros que vulnerarían el principio "*alterum non laedere*".

En esta unidad básicamente luego de un vasto análisis de las nuevas normas determinaremos si estas se adecuan a los preceptos constitucionales o no.

2. La regulación en el anteproyecto de reforma.

En el año 2011 -por decreto del Poder Ejecutivo (191/2011)- se constituyó la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Dicha tarea estuvo presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la vicepresidenta de la Corte la Dra. Elena Highton de Nolasco y por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci.

Una vez finalizado el anteproyecto de reforma, éste debía ser revisado y aprobado por otra Comisión: una revisora. Dicha comisión, una vez remitido el anteproyecto, decidió modificar varios aspectos del proyecto. Uno de los aspectos modificados radicalmente fue la normativa relativa a la responsabilidad estatal.

En efecto, amén de que la Comisión -receptando el estándar jurídico elaborado por la Corte desarrollado en la unidad anterior- propuso los lineamientos del sistema de responsabilidad estatal, finalmente éstos fueron desechados.

Establecía el art. 1764 del anteproyecto que a los fines de responsabilizar al Estado objetivamente y directamente por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones vale decir por actos ilícitos, “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”.

Como fue desarrollado a lo largo de esta obra, fue la Corte luego de un largo camino la que determinó el estándar reflejado en la norma. De esta manera la Comisión fundamentó la norma aludiendo, que fue la Corte la que ha utilizado este criterio el que no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes públicos, sino que se aplica a la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. En efecto, el ejercicio irregular es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular.

En relación a la responsabilidad personal del funcionario público, expresó la Comisión que el funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

En relación a los actos lícitos del Estado que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas, el art. 1766 rezaba que este responde objetivamente pero “la responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente...” salvo que esté afectada la continuación de una actividad, en dicho caso la indemnización incluiría “la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

Ahora bien como bien se mencionó más arriba, estas normas -que eran consecuentes con nuestra historia y con el trabajo desarrollado durante décadas por nuestro máximo Tribunal- fueron eliminadas. El Poder Ejecutivo Nacional, en el Proyecto que remitió a consideración del Poder Legislativo, modificó estas disposiciones. En su lugar se decidió incorporar normas que excluyeran directamente la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación a las consecuencias dañosas emergentes de los actos lícitos e ilícitos del Estado.

Dicha exclusión trajo como consecuencia que la doctrina inmediatamente abriera el debate en relación a este tema. De esta manera encontraremos autores que tachan de inconstitucional a las normas que analizaremos a continuación, y otros que establecen que la nueva regulación es pertinente y adecuada a los parámetros establecidos en la Carta Magna.

Al finalizar este trabajo determinaremos nuestra posición al respecto. A continuación analizaremos la regulación actual.

3. La versión final del Código Civil y Comercial de la Nación.

Establece el art. 1764 CCCN que las “disposiciones del Capítulo 1 de este Título” (refiriéndose a la responsabilidad civil en general) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Por su parte el art. 1765 en relación a la responsabilidad estatal, establece que ésta “se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

En su análisis a las nuevas normas referenciadas, el Dr. Bueres (2014) establece que -en virtud de la nueva regulación- se excluye un tema propio del Código Civil ya que se “saca la vista de la víctima o damnificado” siendo que hasta ahora se decidían los casos de responsabilidad contra la Administración en base al Código Civil y a la Ley del Consumidor.

El hecho, que la norma establezca que la responsabilidad estatal se rija por el derecho administrativo local implica -según Bueres (2014)- que cada provincia e incluso cada municipalidad tienen la posibilidad de regular su propia responsabilidad patrimonial, ya que ni siquiera se aplica subsidiariamente el Código Civil y Comercial de la Nación sino los “principios del derecho administrativo”.

Recordemos que por imperio constitucional, solo el Congreso de la Nación tiene la facultad de dictar el Códigos Civil (Art. 75 inc.12)³⁹, asimismo por mandato del art. 126 “las provincias no pueden...dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado...”.

³⁹ Art. 75 inc 12 CN: Corresponde al Congreso Dictar el Códigos Civil, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Se considera que la regulación de cuestiones tales como la manera en que serán resarcidos los daños emergentes de una relación jurídica, es contenido de derecho común. En virtud de ello, dejarlo en manos de cada provincia, implica la posibilidad de que existan formas contradictorias de resolución de conflictos. En muchas ocasiones en -el caso puntual a resolver- pueden estar involucradas partes cuyos domicilios legales pertenezcan a diferentes provincias, en dicha situación ¿Qué ley local se aplicaría?

Estimamos que dicha situación vulneraría el art. 16⁴⁰ de la C.N. en tanto reza que “todos sus habitantes son iguales ante la ley...” y que “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas” en virtud de que dos ciudadanos nativos, por el hecho de tener domicilios en provincias distintas, podrían tener formas totalmente diferentes de resarcir las consecuencias de un daño producido por hechos muy similares.

Por otra parte, en concordancia con los arts. 1764 y 1765, el art. 1766 establece que

“los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

La norma concuerda con el art. 1112 del Código de Vélez. Sin embargo la nueva disposición en su última parte, implanta que dichos hechos u omisiones “se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”. Según la doctrina, se trata de una posición regresiva al excluir también la responsabilidad de los funcionarios públicos del derecho privado (Rivera, 2014).

Sin perjuicio de que se ha pretendido dotar al régimen de responsabilidad del Estado de autonomía en el ámbito del derecho administrativo, entiende la doctrina que la limitación establecida en los artículos ya citados, que impide la aplicación directa o subsidiaria del nuevo ordenamiento civil, no veda la aplicación analógica del derecho común cuando ello sea necesario (Casagne, 2014).

Por otra parte, se sancionó, el 2 de julio de 2014, la Ley 26.944 que regula la responsabilidad estatal en general (aplicable para el Estado Nacional) y que dispone en

⁴⁰Artículo 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.

su art. 1 que “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Bielsa (1937) manifestaba que debía existir una ley formal que expresamente establezca la responsabilidad del Estado. Ahora bien, este pensamiento fue esgrimido en la época en donde el Estado no era siquiera susceptible de ser demandado, y en una época en la que regía plenamente el art. 43 del Código de Vélez.

Sin embargo, uno de los fundamentos de la sanción de esta nueva ley, radica en otorgar dicha generalidad a la manera de establecer la responsabilidad del Estado. Pero, como bien se manifestó, la ley 26.944 solo rige respecto de los daños causados por el Estado nacional, mas no respecto a los daños provocados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. El art. 11⁴¹ invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a sus términos para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

Son muy pocas las provincias que ya han adherido a la ley 26.944 (Santa Cruz, Santiago del Estero, Chubut y Chaco). El resto del país tiene un dilema en tanto existen constituciones provinciales (que conforme a la supremacía constitucional poseen más jerarquía que las leyes provinciales) que establecen que en los casos de responsabilidad estatal es de aplicación el derecho común.

Por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Catamarca establece que la “provincia responde subsidiariamente por el daño civil ocasionado por sus empleados y funcionarios en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado” (Art. 48).

Por su parte la Constitución de la Provincia de Santa Fe, en su artículo 18 establece que "la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen... Tal responsabilidad se rige por las normas del Derecho común...".

Pretender que el sistema de responsabilidad del Estado se rija por el derecho local implica por un lado un poder legislativo provincial regulando cuestiones de derecho civil. Así -establece la doctrina- que la regulación del crédito de indemnización que tienen las víctimas que son dañadas por el Estado, es materia del Código Civil,

⁴¹ Art. 11 Ley 26944: 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.

porque es derecho de fondo. En efecto, lo que el Código Civil y Comercial estaría permitiendo, es que existan miles de reglas sobre responsabilidad del Estado, tantas maneras de responder como municipios haya en el país (Medina, 2014).

Por otro lado, como ya se ha dicho, también implica la posibilidad de contradicción entre el sistema imperante de responsabilidad de provincias vecinas. En virtud de que -tal como lo establece la doctrina- como la ley “invita” a las provincias, éstas cuentan con las siguientes opciones: 1) adherir a la ley; 2) establecer su propio régimen de responsabilidad; 3) o no legislar y continuar con las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y tribunales locales (Perrino, 2016).

Por todo lo expuesto hasta aquí se considera que los nuevos artículos del Código Civil, y el art. 1 de la Ley 26.944 no pasarían el control de constitucionalidad en tanto delega en el derecho local provincial, la solución de una cuestión que solo le compete al Congreso de la Nación, ya que estamos convencidos de que la responsabilidad del Estado ante los daños causados por prestar sus servicios de manera irregular, es tema de derecho civil y no administrativo.

Los códigos locales pueden regular cuestiones de expropiación o el estatuto del empleado público, mas no vulnerar un principio general de carácter constitucional como el principio de no dañar (*alterum non laedere*) desarrollado en el capítulo uno. Consideramos que se vulnera este principio cuando se excluyen rubros -como el lucro cesante- solo por el hecho de que el dañador sea el Estado, ya que en caso de que lo hubiese sido una persona humana, esta última si lo debería resarcirlo.

Justamente, además de lo dicho hasta aquí, la nueva ley (que invita al país a adherirse a ella) excluye rubros como lo analizaremos a continuación.

3.1. Análisis crítico de la ley 26.944. El debate en torno a la reparación plena e integral del daño.

Sin dudas la implementación de esta ley ha sido uno de los temas más controvertidos del proceso que implicó la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Recordemos lo que expresamos más arriba. La Comisión reformadora en el anteproyecto de reforma, había propuesto -en relación a nuestra temática- una regulación coherente con la doctrina judicial de la Corte, pero al remitir dicha versión de Código, el Poder Ejecutivo modificó las normas que, a nuestro entender, eran adecuadas, coherentes a nuestro sistema y justas.

En relación a lo antedicho, Lorenzetti (2014) dijo que los aspectos más controvertidos fueron los introducidos por el Poder Ejecutivo, que no fueron compartidos por la Comisión, y que se transformaron en la principal materia discutida en el trámite parlamentario.

La ley 26.944 en el art. 1⁴², reza que la ley regula 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".

Es objetiva conforme la doctrina porque se apoya en la existencia de una actividad estatal irregular, que acarrea una responsabilidad directa (y no refleja, a causa de la conducta del agente-dependiente) y es directa porque está ajena a la consideración del dolo o negligencia del funcionario (Botassi, 2006).

Esta ley establece cuáles son los presupuestos que deben presentarse en el caso concreto a los fines de adjudicar responsabilidad por actividad o inactividad ilegítima. Dice su artículo segundo que los requisitos son: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero. De igual manera está redactado el art. 4°, inciso "a" al regular la responsabilidad estatal por actividad legítima. Dice la doctrina que los fines de esta norma es excluir el daño moral o extrapatrimonial (Mattietto, 2016).

En relación a la prueba, habíamos determinado en el segundo capítulo, que la jurisprudencia flexibilizó este requisito. En efecto si bien incumbe al actor probar la falta de servicio, resulta excesivo instar a probar que el servicio en funcionó mal en determinadas ocasiones, "ya que semejante exigencia probatoria importaría negar toda posibilidad de reparación"⁴³.

El segundo requisito que impone la ley es la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.

El tercero, es la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue. Asimismo el inciso "c" del art. 3

⁴² Artículo 1°: Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

⁴³Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III (2015) "S., S. y otros c. GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)".

diferencia la causalidad adecuada, en la configuración de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima, de la causalidad "directa, inmediata y exclusiva" (o sea, causalidad necesaria), en la apreciación de la responsabilidad estatal por acción u omisión legítima (art. 4º, inc. c). De esta manera, la ley evita las expresiones "ilícito" y "lícito", y prefiere colocar la distinción en términos de legitimidad de la actuación o inacción estatal, un criterio más amplio.

El cuarto requisito que debe verificarse, es la falta de servicio. La ley misma lo define como aquella "consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado" sin embargo aclara que "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

De esta manera, obsérvese, que la ley 26.944 sigue los lineamientos establecidos por la Corte en la causa "Vadell" a los que nos remitimos. Vale decir, habrá de analizarse en el caso concreto si la falta de servicio surge del incumplimiento de una norma o de la omisión de un deber genérico.

Por otra parte la ley determina cuales son los eximentes de responsabilidad del Estado. En relación a ellos nombra al caso fortuito o la fuerza mayor (a menos que el Estado expresamente haya asumido por ley las consecuencias dañosas de éstos) y el hecho de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

En conclusión la ley sigue los lineamientos generales del Código Civil y Comercial de la Nación en relación a los presupuestos de responsabilidad y en relación a los eximentes de responsabilidad, pero no lo hace en relación al resarcimiento. En efecto según el nuevo Código la indemnización comprende.

"la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales, legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida" (Art. 1738 CCCN).

Por su parte la ley 26.944 excluye ciertos rubros, que sí contempla el Código Civil y Comercial de la Nación. De esta manera -siguiendo a Mattietto (2016)- la ley parece ser restrictiva, a veces demasiado, en relación a la tutela de la víctima de un daño. Por ejemplo, se excluye el lucro cesante en la reparación de los daños causados por actividad estatal entendida como legítima. En ese campo, la indemnización se limita a la parte de los daños emergentes y comprende solo 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" (art. 5).

De la discusión legislativa, no surgen los fundamentos tenidos en cuenta para justificar dicha norma, aunque la exclusión del lucro cesante tuvo el apoyo jurisprudencial como fue establecido en la unidad uno de esta tesis.

Casagne (2015) -más allá de los fundamentos de la jurisprudencia en torno a la justicia distributiva y conmutativa- establece que existe confusión en la doctrina al interpretar el fundamento de la exclusión del lucro cesante, más bien de la reparación integral y plena de los daños en el derecho público.

Suele entenderse que las personas- en el derecho público- a costa del bien común, el que favorece al conjunto de la población, deben soportar ciertos daños. Así existe una justicia distributiva en el ámbito público que se distingue de la justicia conmutativa del derecho privado como lo expresábamos en el primer capítulo.

La doctrina critica esta postura y manifiesta que se trata de una tesis errónea, pasible de objeciones constitucionales, en tanto vulnera derechos individuales cuyo goce y ejercicio garantiza nuestra Constitución, en virtud de que se transforma un sistema que debe regirse por la justicia conmutativa, en otro basado en el modelo distributivo. Es decir, el autor explica en su tesis, que hay una confusión que se ha extendido por no estudiar los orígenes y la filosofía del derecho (Casagne, 2015).

Consecuentemente, esta ley y este aspecto de la norma, pone en situación de desventaja a la víctima de un daño. Así lo establece Perrino (2016) quien pone de manifiesto que la ley 26.944 acota irrazonablemente el alcance de la responsabilidad estatal y contrarían los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que exige colocar a la víctima en las mismas condiciones en que habría estado de no haber sido injustamente dañada.

3.2. El Estado no responde por los daños producidos por los concesionarios.

Establece el art. 6⁴⁴ de la ley 26.944 que ni aun subsidiariamente, el Estado es responsable por los perjuicios que ocasionen los concesionarios o contratistas de los

⁴⁴Art. 6 Ley 26944: "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

servicios públicos “a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

Otra norma que sin lugar a duda ha dado lugar a debate parlamentario. Sin perjuicio de ello su implementación seguramente, a nuestro entender, traerá dos consecuencias: La primera es el planteamiento de la excepción de falta de legitimación por parte del Estado en los casos en que el particular pretenda extenderle responsabilidad; la segunda la inconstitucionalidad de la norma.

La jurisprudencia ya se ha expedido en casos en que está comprometida la responsabilidad concurrente entre Estado y concesionario de servicios públicos. Así, se extendió la responsabilidad al Estado Nacional conjuntamente a la empresa ferroviaria demandada por los daños sufridos por una persona que cayó de una formación que circulaba con las puertas abiertas y sin personal de vigilancia⁴⁵.

El argumento central de la Cámara, se centra en dos cuestiones. La primera tiene que ver con la obligación de seguridad que le cabe como transportador a la empresa ferroviaria, la cual implica arbitrar los medios para que el pasajero llegue sano y salvo a destino.

La segunda tiene que ver con los argumentos esgrimidos para extenderle la responsabilidad al Estado. En efecto la jurisprudencia sostuvo que

“La cláusula por la cual el Estado Nacional garantiza indemnidad a la concesionaria del servicio ferroviario de pasajeros es inoponible a la víctima, toda vez que aquella rige las relaciones internas entre ellos en el marco del contrato administrativo”.

Así, el Estado responde porque el accidente no ocurrió con un objeto ferroviario dado en concesión, sino en virtud de un acuerdo por el cual se entregó solo la tenencia al operador, sin desconocer en ningún momento la titularidad dominical por parte de aquel, de lo que se deduce que debe responder en los términos del art. 1113 del Código de Vélez, vale decir indirectamente como dueño y guardia.

El nuevo art. 1757 del Código Civil y Comercial está redactado aun de manera más precisa en relación a la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades

o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I (2015) “B., A. M. D. c. UGOFE S.A. y otros s/ daños y perjuicios”.

riesgosas. Reza la norma que

“Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Si bien el mismo cuerpo normativo establece que el Código Civil y Comercial es inaplicable a la responsabilidad estatal, consideramos que dicha regulación entraría en conflicto con el artículo citado *supra*, ya que el Estado es una persona jurídica que posee un patrimonio. Si las cosas de las que el Estado es titular causan un daño, no encontramos impedimento para que la norma se aplique.

Asimismo el art. 6 de la Ley 26.944 conforme lo establece la doctrina es incompleto ya que, sólo hace alusión a la concesión de los servicios públicos, sin mencionar a la concesión de obra pública, contrato de fuste y con aptitud para generar consecuencias dañosas, como en forma frecuente se advierte en los ámbitos de concesiones viales (Guzmán, 2016).

Puntualmente, existe desde hace años, intenso debate en relación a la responsabilidad civil por los daños sufridos por quienes transitan por rutas concesionadas. Los daños padecidos por los particulares pueden originarse -por ejemplo- en virtud de la aparición de un animal suelto, en virtud de un objeto tirado o la rotura de la carpeta asfáltica.

En nuestro país, el Estado Nacional por decreto y por ley (Ley de Concesiones de Obras Públicas con cobro de tarifas o peaje N° 17.520/67), resolvió delegar a empresas privadas (concesionarias) la gestión de la construcción, conservación o mantenimiento de carreteras, quedando legitimadas dichas empresas a cobrar una tarifa a los usuarios del sistema, en concepto de peaje.

En relación a los riesgos, estos son trasladados desde el Estado a las empresas concesionarias. Dicha delegación se encuentra asentada en la mayoría de los contratos de concesión. Sin embargo, la doctrina -a la cual adherimos- establece que el Estado continúa siendo el encargado de la seguridad de las personas y de los bienes, siendo ésta una función constitucional esencial, ya que no puede ser reemplazada en este aspecto por los particulares, pues es un atributo de la creación de los estados nacionales (Calvo

Costa, 2013).

Su calidad de garante de la seguridad de los usuarios surge por una doble vía: a) por un lado, por su calidad de dueño, ya que el corredor vial es un bien del dominio público, en este caso se aplicaría entonces el art. 1757 citado más arriba, y, b) por otro lado, en su calidad de controlador de las empresas a quienes se les otorgó la concesión (Guersi, 2011).

En base a lo antedicho, habrá de evaluarse primeramente las consecuencias dañosas de la víctima, y luego la injerencia que tiene el Estado como garante de la seguridad del pueblo. Por ultimo habrá de tenerse en cuenta el contenido del contrato de concesión, en efecto este es un acto jurídico que regula la relación entre el Estado y la empresa concesionaria.

3.3. El Estado no responde por la sanción pecuniaria disuasiva.

La ley 26.944 expresamente establece en su art. 1⁴⁶ que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”, entendiéndose a esta sanción, como un sinónimo de daño punitivo.

Según López Herrera (2008, P.17) los daños punitivos son sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal

“usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental”.

Algunas veces la indemnización por daño punitivo es llamada “indemnización ejemplar” ya que son un ejemplo para el demandado, por dicha razón, este rubro no es un daño en sí mismo, sino que es un adicional que el causante del daño paga a la víctima, por haber sido su conducta agravada.

La primera regulación de la figura fue en la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 reforma del año 2008) en el art. 52 bis⁴⁷ se sancionó en el 2008 en la Ley

⁴⁶ Artículo 1°: Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

⁴⁷ Art. 52 bis Ley 24.240: 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,

de Defensa del Consumidor. Establece la norma, vigente actualmente, que

“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...”.

Es decir, mediante esta figura se faculta al juez a aplicar, a pedido de parte y con fines disuasivos, a aplicar una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

La jurisprudencia de nuestro país, en las relaciones de consumo, ha aplicado este rubro en números casos. Por ejemplo, debido a que una empresa de telefonía, actuó con desinterés frente a los reclamos de un cliente (por cobro indebido), se la condenó al pago de daño punitivo, en efecto el accionar del demandado denotó “falta de colaboración a los fines de solucionar el conflicto”⁴⁸.

Otro ejemplo de aplicación de daño punitivo se dio en Córdoba. Así se condenó a Quilmes a pagar una indemnización en concepto de daño punitivo (superior a \$2.000.000) a favor de un cliente que encontró en su interior de una botella un envoltorio de gel íntimo. El fundamento de la Cámara fue que la empresa actuó con negligencia grave, “produciendo un riesgo para la salud de los consumidores”⁴⁹.

En el proyecto de reforma, el nuevo Código Civil y Comercial receptaba la inclusión de la sanción pecuniaria disuasiva entendiéndose a esta como bien dijimos como un sinónimo de daño punitivo.

El art. Art.1714 establecía que

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 artículo 47, inciso b) de esta ley.

⁴⁸ Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (2015) “Raspanti, Sebastián c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario - otros - recurso de apelación”.

⁴⁹ Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, (2011), “Teijeiro Luis Mariano c. Cervecería y Maltaría Quilmes S.A.I.C.A. y G.”.

“El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Al igual que las normas de responsabilidad del Estado, este artículo fue desestimado. Conforme lo expresa la doctrina, no obstante la necesidad de regular adecuadamente esta función punitiva, tal vez la decisión final de no incorporarla al nuevo Código Civil fue la mejor en virtud de que la regulación de dicha figura debe ser con la debida cautela y estudio de la temática (Otaola, 2014).

La Comisión reformadora en los fundamentos a la exclusión de la norma citada, dijo que, la experiencia en nuestro país, no ha alcanzado un acuerdo generalizado respecto a su aplicación; y tal vez la norma proyectada hubiera generado más problemas de los que intentaba solucionar.

Se considera que esto no es así, en efecto es generalizada la jurisprudencia que ha aplicado el daño punitivo a las conductas agravadas de aquellos que prestan un servicio, y que se caracterizan por el total desinterés en el usuario en cuanto a la protección y a la seguridad de su persona.

Se estima que siempre la regulación de una figura como la que se viene tratando es mejor que la desregulación. Sin perjuicio de ello, en la Ley de Defensa del Consumidor la figura sigue vigente. El Estado actúa como prestador de servicios más allá de que sea una persona jurídica de carácter público, por ende ante la contradicción existente entre lo que regula la ley 26.944 (que expresamente desestima este rubro respecto a la responsabilidad estatal) y la ley 24.240 (que lo prevé en el art. 52 bis) luego de un análisis profundo del caso concreto y los aspectos que analizamos en el capítulo dos (naturaleza de la actividad, previsibilidad del daño, etc.) un juez a pedido de parte lo podría incluir en la sentencia.

Es que más allá de los conflictos normativos, el principio de justicia que íntimamente tenemos incorporado en lo más profundo del ser, siempre prevalece.

4. Conclusiones Parciales.

En primer lugar, se estima que la regulación planteada en el proyecto de reforma era la correcta. Pero ello no se concretó por que el Poder Legislativo hizo varios cambios en el excelente trabajo que habían desarrollado los más reconocidos doctrinarios de nuestro país.

Sin duda el aspecto más controvertido de la nueva versión, son las normas que excluyen de aplicación al Código Civil y Comercial en relación a la responsabilidad estatal, y en su lugar remiten a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local.

En la medida que cierta norma locales restrinja injustificadamente rubros de indemnización que vulneren las características que deben prevalecer en ésta -vale decir que atenten a la indemnización justa, plena e integral- dicha norma local debería ser declarada inconstitucional.

Una norma es inconstitucional si vulnera principios o disposiciones procedentes de la Constitución Argentina o los Tratados que poseen jerarquía constitucional. En efecto, la Constitución es la máxima ley dentro de un Estado; ella se limita a dar las bases, disponiendo que sea función del órgano legislativo permanente, expedir las normas necesarias para su efectividad, en tanto, es función del órgano ejecutivo reglamentar tales normas para que aquellos principios tengan vida y eficacia (Ibañez Frocham, 1966). Pero las normas y reglamentos dictados, nunca deben ser contrarios a las bases que emanan de la Carta Magna.

Desde ya la Ley 26.944 que pretende regular la responsabilidad estatal nacional, e invita a las provincias a adherirse a ella, es inconstitucional en virtud de que, sin fundamento lógico restringe la responsabilidad estatal en varios aspectos.

Primero excluye la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva. Segundo limita la responsabilidad del Estado en virtud de los daños injustos que los terceros padezcan por el accionar de los concesionarios. Tercero, el Estado en ciertos casos ya analizados no responde por lucro cesante.

Además de que la nueva regulación atenta a la doctrina de la Corte Suprema desarrollada durante años, (cuestión no vinculante en relación al control de constitucionalidad) lo cierto es que también vulnera el principio de no dañar, y este principio es de carácter constitucional conforme ya lo hemos analizado.

Justamente esa es la razón por la que, las normas analizadas a lo largo de esta unidad, a nuestro entender no superarían el test de constitucionalidad. De todas maneras habrá que aguardar -por la inminencia de las normas- a que la Corte se expida.

Conclusión.

Al comenzar esta investigación, fue menester el planteamiento de un objetivo general. Pues, el mismo consistía en el analizar y determinar si -según la interpretación de la doctrina- los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación y las disposiciones de la Ley 26.944 son constitucionales.

Para llegar al objetivo planteado, primeramente se analizaron los fundamentos de la responsabilidad civil, y sobre todo de la función resarcitoria; en efecto precisamente es este el sistema que se excluye a la responsabilidad estatal.

Empero no solo fueron analizados los fundamentos de la responsabilidad civil, sino que se desarrolló otro principio que a nuestro entender es más relevante a los fines de fundamentar esta tesis: el “*alterum non laedere*”.

Sucede que reparar es dar cuenta de los actos. Con fundamento en la ética y la justicia, quien causa injustificadamente un daño debe repararlo. Se intenta, a través del resarcimiento, el restablecimiento al estado anterior del perjuicio.

Pero lo más importante y precisamente lo que no fue tenido en cuenta por el legislador al modificar las normas asentadas en el anteproyecto, es que el principio general de no dañar tiene génesis constitucional.

Analizar un hecho dañoso implica poner el foco en la víctima del daño y no en el sujeto activo que lo provocó. Por esta razón, quien causa un daño injusto (sea este el Estado, una persona humana, inclusive un incapaz), luego de examinar si se han verificado ciertos presupuestos de responsabilidad, debe repararlo.

En efecto, la reparación debe ser integral, plena y justa pues una persona no tiene por qué cargar con las cosas de un hecho en el que ha prevalecido la injusticia. Lo que intenta el sistema es que “las cosas” vuelvan a su estado anterior, lo cual es muy difícil: he aquí el fundamento de la indemnización.

Si bien históricamente, en relación a los daños provocados por el Estado mientras presta un servicio la cuestión de la reparación fue un tema escabroso, ya que a pesar de estar presentes los presupuestos de responsabilidad civil en un caso concreto muchas veces los damnificados corrían con las costas del daño injustamente causado solo por el hecho de que el dañador se tratase de una persona jurídica de carácter público.

Es ingente la cantidad de argumentos vislumbrados por la jurisprudencia nacional para intentar fundamentar las decisiones en torno a la adjudicación de responsabilidad estatal con fundamento en el Código Civil, pues en nuestro país no existía una ley específica que regulara la cuestión -hasta ahora-.

Tradicionalmente se sostuvo la irresponsabilidad del Estado con fundamento en su soberanía. Asimismo, y en razón de que nuestra Constitución Nacional establece como facultad del Congreso la de arreglar la deuda pública, la Corte estableció la exigencia de la venia legislativa de dicho órgano a los fines de legitimar pasivamente al Estado. Además, en relación a la aplicación puntual del Código Civil, regía plenamente el artículo 43 del Código Civil de Vélez, el que impedía las acciones de daños y perjuicios contra las personas jurídicas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho moderno tiene como foco de atención al ser humano y no tanto al patrimonio (como sí lo era en la época de Vélez) es dable aseverar que -por razones de equidad y sobre todo de justicia- el criterio de la Corte también fue evolucionando en miras a la responsabilidad estatal, haciendo uso para ello de normas del Código Civil.

En efecto, el más elemental sentido común se niega a aceptar que los seres humanos debemos tolerar y cargar con las costas de los daños de diversa índole, cuando el Estado cumplió incorrectamente determinada función, por ejemplo en virtud de que no arregló una vereda cuando le correspondía, o cuando un Registro Público brindó información errónea por lo que determinada persona perdió su casa. Por ejemplo, por no ejecutar las obras necesarias a los fines de evitar inundaciones con lo cual una familia padece de ellas y pierde todo lo que tiene. O por ejemplo, no es justo aceptar la pérdida de un ser amado en virtud de la falta de atención adecuada en un hospital público.

De esta manera la Corte construyó un camino haciendo honor a la sana crítica racional y haciendo honor a la finalidad que fundamenta su existencia: la aplicación e interpretación de las leyes. Así, en los últimos cuarenta años, se aprecia el esfuerzo doctrinario desarrollado por nuestro Máximo Tribunal.

Primeramente con fundamento en los artículos 1109 y 1113, para luego dar paso al artículo 1112 como fundamento de una responsabilidad estatal de tipo directa y objetiva con base en la falta de servicio, circunstancia que la doctrina entiende que existe cuando el servicio estatal no funcionó o lo hizo incorrectamente o en forma

tardía, circunstancia que eventualmente debe ser probada por quien la invoca.

Para determinar la responsabilidad extracontractual objetiva y directa del Estado, la Corte dispuso que debe considerarse en el caso concreto "...la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño".

Al momento de plasmar toda esta construcción doctrinaria jurisprudencial en una norma (ya que nuestro sistema carecía de una que de fundamento a la responsabilidad del Estado) la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación incluyó -en el cuerpo normativo- al art. 1764. Dicho artículo receptaba concretamente la teoría de la falta de servicio.

Establecía el art. 1764 del anteproyecto que "a los fines de responsabilizar al Estado objetivamente y directamente por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones" -vale decir por actos ilícitos- "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".

Se estima que la regulación planteada en el proyecto de reforma era la correcta. Pero ello no se concretó por que el Poder Legislativo hizo varios cambios en el excelente trabajo que habían desarrollado los más reconocidos doctrinarios de nuestro país.

Sin duda el aspecto más controvertido de la nueva versión, son las normas que excluyen de aplicación al Código Civil y Comercial en relación a la responsabilidad estatal, y en su lugar remiten a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local.

En la medida que cierta norma local restrinja injustificadamente rubros de indemnización que vulneren las características que deben prevalecer en ésta -vale decir que atenten a la indemnización justa, plena e integral- dicha norma local debería ser declarada inconstitucional por vulnerar el "alterum non laedere" y delegar poderes y facultades a las provincias que son propios de la Nación.

Una norma es inconstitucional, en efecto, si vulnera principios o disposiciones procedentes de la Constitución Argentina o los Tratados que poseen jerarquía constitucional. La Constitución es la máxima ley dentro de un Estado; ella se limita a dar las bases, disponiendo que sea función del órgano legislativo permanente, expedir

las normas necesarias para su efectividad, en tanto, es función del órgano ejecutivo reglamentar tales normas para que aquellos principios tengan vida y eficacia. Pero las normas y reglamentos dictados, nunca deben ser contrarios a las bases que emanan de la Carta Magna.

En respuesta al objetivo central de nuestro trabajo, diremos desde ya que las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto remite la solución de los daños causados por el Estado al derecho administrativo local, y las disposiciones de la Ley 26.944 que pretende regular la responsabilidad estatal nacional, e invita a las provincias a adherirse a ella, son inconstitucionales en virtud de que, sin fundamento lógico restringe la responsabilidad estatal en varios aspectos.

Primero la Ley 26.944, excluye la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva. Segundo limita la responsabilidad del Estado en virtud de los daños injustos que los terceros padezcan por el accionar de los concesionarios. Tercero, el Estado en ciertos casos ya analizados no responde por lucro cesante.

Además de que la nueva regulación atenta a la doctrina de la Corte Suprema desarrollada durante años, (cuestión no vinculante en relación al control de constitucionalidad) lo cierto es que fundamentalmente vulnera el principio de no dañar, y este principio es de carácter constitucional conforme ya lo hemos analizado.

Justamente esa es la razón por las que, las normas analizadas a lo largo de esta unidad, a nuestro entender no superarían el test de constitucionalidad. De todas maneras habrá que aguardar -por la inminencia de las normas- a que la Corte se expida.

Bibliografía.

- ALTERINI, A. AMEAL, O.- LOPEZ CABANA, R. (1995) *Derecho de las obligaciones. Civiles y Comerciales*. 4°ed. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- ABBAS, A. (2012) “*Responsabilidad del Estado por el accionar de sus dependientes*” L.L.NOA 2012 (mayo), 367.
- ALFERILLO, P. (2012). “*Responsabilidad del Estado por daño producido con motivo de la ejecución de la actividad delegada*”. Buenos Aires: La Ley.
- BADENI, G. (2006).“*Tratado de Derecho Constitucional. Garantías constitucionales*”, t. II, (2da ed.). Buenos Aires: Editorial La Ley.
- BARRAZA, J. (2000). *Actualidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado*. Buenos Aires:La Ley.
- BIELSA, R. (1960). *La función pública: caracteres jurídicos y políticos: la moralidad administrativa*. Buenos Aires: Depalma.
- BUSTAMANTE ALSINA A. (1992). *Teoría general de la responsabilidad civil* (7°ed) Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- BUERES A. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, comparado y anotado*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CALVO COSTA, Carlos A. (2013). *La nueva responsabilidad civil en el Proyecto de Código: un paso hacia adelante y un interrogante* Buenos Aires: La Ley.
- CASIELLO, J. (2013). *Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, en el Proyecto de Código*. Buenos Aires: La Ley.
- CASSAGNE, J. (2012).*Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*. Buenos Aires: La Ley.
- CASSAGNE, J. (1998).*Derecho Administrativo*. t. I, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CASSAGNE, J. “*Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*”. L.L. 2000-D, 1219.
- DE CUPIS, A. (1970) *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch.
- EKMEKDJIAN, Miguel A. (1994). *Tratado de Derecho Constitucional*. t. II. Buenos Aires. Editorial Depalma.

- GARCIA MARTINEZ, R. (1986) *"La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho"* L.L. 1986-B, 110.
- GHERSI, Carlos A. WEINGARTEN, Celia (dirs.) (2011) *"Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del Consumidor"* (Tomo I) Buenos Aires, Ed. La Ley.
- GOLDBERG, Isidro H. (1984). "La relación de causalidad en la responsabilidad civil, 1° ed". Buenos Aires. Astrea.
- GORDILLO, A (2009) *Tratado de Derecho Administrativo*. T.I. Buenos Aires: F.D.A.
- ITURBIDE, Gabriela A. (2013) Breve análisis sobre los alcances de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código. Buenos Aires: La Ley.
- Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, T. II, cap. XIX, pp. 13/15).
- GUSMAN, Alfredo Silverio (2015) *Daños causados por los concesionarios ¿Puede el estado eximirse de responsabilidad?* Buenos Aires: La Ley.
- IVANEGA, M. (2015). *Las incertidumbres de la ley 26.944: apuntes sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos* Buenos Aires: La Ley.
- JUNYENT BAS, F. (2014). *Nuevo régimen de responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: La Ley.
- MARIENHOFF, M. "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita." L.L. 1993-E, 912.
- MATTIETTO, L. (2013). "Reflexiones sobre la ley de responsabilidad del Estado". Buenos Aires: La Ley.
- PERRINO, Pablo E. (2015). *Panorama de las reformas efectuadas al régimen de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos* Buenos Aires: La Ley.
- PIZARRRO D. (1993). *Daños punitivos*. En "Derecho de daños. Segunda Parte". Buenos Aires: La Rocca.
- OTAOLA, María Agustina (2015) *El régimen de Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la "sanción pecuniaria disuasiva"* Buenos Aires: La Ley.
- RIVERA J. MEDINA G. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires.
- ROSA ALVES, Esteban J. (2002) *"La responsabilidad de los agentes públicos "*

Revista Régimen de la Administración Pública - RAP Nro. 281, Buenos Aires, febrero 2002.

- SCIALPI, Diana, (2004) Empleo público. Revista *Mores Maiorum*, Pontificia Buenos Aires. Universidad Católica Argentina.
- TRIGO REPRESAS, Félix A, LOPEZ MESA, Marcelo J. (2004) "*Tratado de la Responsabilidad Civil*", t. IV, Buenos Aires: La Ley.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Responsabilidad por daños, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 239.
- TRIGO REPRESAS, F. LOPEZ MESA, M. (2004) *.Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. (Tomo II)* Buenos Aires: Ed. La Ley.
- ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1999). *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños (T.4)* Buenos Aires: Hammurabi.

10.1) Jurisprudencia.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1864) "*Seste y Seguich c. Gobierno Nacional*" 29 de setiembre de 1864.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1865) "*Gómez, José Cándido c/la Nación*" 1 de junio de 1865.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1902) "*Sociedad protectora de animales c/Gobierno Nacional*" 4 de noviembre 1902.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1919) "*Diego Lezica Alvear y Sra. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios*" 18 de setiembre de 1919.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1933) "*Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación*" 22 de setiembre de 1933.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1938) "*Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires*" 3 de octubre de 1938.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1984) "*Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires*" 18 de diciembre de 1984.

10.2) Legislación.

- Constitución de la Nación argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 3.952 del 27 de setiembre de 1900. Demandas contra la nación.
- Ley 11.634 del 28 de setiembre de 1932. Demandas contra la nación.

Modificación.

- Ley 26.994 del 8 de octubre de 2014. Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Gustavo Martínez Azar
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32.415.037
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Responsabilidad civil del Estado. Análisis crítico de la nueva regulación.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	gustyma@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de</i>	

<p><i>tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i></p>	
--	--

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 <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

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: San Fernando del Valle de Catamarca, lunes 27 de Marzo del año 2017

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

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