



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

ABOGACIA

***“La nueva ley de Responsabilidad del Estado
N° 26.944 y sus vacíos legales”***

Héctor Manuel Peralta

Legajo: VABG20807

2017

Resumen

La imputación de responsabilidad estatal por el daño producido en el ejercicio de su actividad, o por un obrar ilícito, se ha ido modificando con el paso de los años. En los inicios de la República, se desconocía cualquier tipo de responsabilidad. Sin embargo, con el tiempo, esta concepción fue cambiando y así se llegó a determinar que el Estado es responsable objetivamente por los daños causados en ejercicio de su actividad legítima o ilegítima. Hasta la sanción en el año 2014 de la ley 26.944, fue la CSJN la que hizo una construcción dogmática sobre la responsabilidad estatal: de sus funcionarios, por falta de servicio, en su carácter de guardián, entre otras situaciones. Se aplicaban las normas del Código de Vélez para interpretar ciertos casos. Por otro lado, el Código Civil y Comercial prohíbe expresamente la aplicación directa o subsidiaria de sus normas, a la responsabilidad del Estado.

Palabras claves: responsabilidad estatal-responsabilidad objetiva-daños-actividad legítima-actividad ilegítima.

Abstract

The imputation of state responsibility for the damage produced in the exercise of its activity, or for an unlawful act, has been modified over the years. In the beginnings of the Republic, any type of responsibility was unknown. However, over time, this conception was changed and it was thus determined that the State is objectively responsible for damages caused in the exercise of its legitimate or illegitimate activity. Until the sanction in 2014 of Law 26.944, it was the CSJN that made a dogmatic construction on state responsibility: of its officials, for lack of service, as a guardian, among other situations. The norms of the Velez Code were applied to interpret certain cases. On the other hand, the Civil and Commercial Code expressly prohibits the direct or subsidiary application of its rules, to the responsibility of the State.

Keywords: State's responsibility- Objective responsibility- damages- legal activity-illegal activity

Indice

Resumen.....	2
Abstract.....	2
Introducción.....	4
Capítulo Primero: <i>La Responsabilidad Civil</i>	
1.1. Introducción.....	8
1.2. La responsabilidad civil y el daño.....	11
1.3. Presupuestos de responsabilidad civil.....	16
1.3.1. Antijuricidad.....	16
1.3.2. Factor de Atribución.....	18
1.3.3. Nexo Causal.....	21
1.4. Conclusiones Parciales.....	22
Capítulo Segundo: <i>La responsabilidad del Estado hasta la sanción de la Ley 26.944</i>	
2.1. Introducción.....	24
2.2. Los fundamentos de la responsabilidad y la primera etapa.....	25
2.3. Etapas posteriores.....	27
2.4. El Código Civil y Comercial de la Nación.....	32
2.5. Conclusiones previas.....	37
Capítulo Tercero: <i>La Ley 26.944</i>	
3.1. Introducción.....	40
3.2. Análisis de la Norma.....	42
3.3. Las atribuciones provinciales y el vacío legal.....	46
3.4. Conclusiones Parciales.....	52
Conclusiones Finales.....	54
Bibliografía.....	58

Introducción

La figura de la responsabilidad del Estado ha sido debatida desde los albores de la República. El sistema jurídico de una sociedad responde a los paradigmas y estándares de un tiempo determinado. Bajo los preceptos del iluminismo francés, los Estados modernos del Siglo XIX, consideraban que la actividad del estado no era pasible de ser condenada por los daños que produjera a los ciudadanos.

La idea del Estado irresponsable imperó en la construcción jurídica de la época, por lo que Argentina no fue ajena al tema. Así el derecho positivo, durante muchos años no contempló la posibilidad de que el Estado tuviese algún tipo de responsabilidad por los daños en su actuación legítima o ilegítima.

Afortunadamente y bajo otras concepciones filosóficas, con el paso de los años, los doctrinarios y estudiosos del derecho, comprendieron que el Estado debía someterse a la ley, de la misma manera que los hacían los particulares.

Las demandas por daños contra el Estado carecieron de una legislación específica. Fue la Corte Suprema de la Nación quien, en los albores del Siglo XX, interpretó que el Estado era responsable por los daños ejercidos por su actividad irregular.

Bajo la interpretación de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de las cargas públicas y por el artículo 19 del principio de reserva, el Máximo Tribunal entendió que el concepto genérico de no dañar a otro o también conocido como “Alterum non Laedere” era de aplicación práctica, tanto a los particulares como también al Estado.

De esta manera durante muchos años, en nuestro país no existió una legislación específica sobre la responsabilidad estatal. Fue la CSJN quien efectuó una construcción dogmática sobre los principios de responsabilidad del Estado. En el principio sólo se consideró la obligación de indemnizar por una actividad ilícita, o por factores de imputación subjetivos, ya sea dolo o culpa.

Así la jurisprudencia fue avanzando, hasta que determinó que la responsabilidad es objetiva y en consecuencia procede la indemnización. Por falta de normas concretas, se aplicaron durante muchos años, los artículos del Código de Vélez, en relación a

responsabilidad por los dependientes, actividad riesgosa, deber de cuidado, entre otros conceptos.

Si bien hay una clara distinción entre el derecho privado y las normas del derecho administrativo, la interpretación analógica del Código Civil derogado, fue la solución encontrada por los operadores judiciales para argumentar la responsabilidad estatal.

Bajo esta teoría, se logró condenar al estado por daños producidos en el ejercicio de su actividad tanto legítima, como ilegítima.

Con esta situación interpretativa, se llega así hasta la sanción del Código Civil y Comercial. Se establece expresamente la prohibición en forma directa o subsidiaria, de sus normas a la actividad del Estado.

Asimismo, se sanciona en el año 2014 la ley 26.944 que reglamenta por primera vez el daño producido por la actividad del Estado ya sea en su obrar legítimo o ilegítimo.

La norma, siguiendo los lineamientos de la CSJN, pone en práctica las potestades provinciales estipuladas en la Constitución. Invita a las provincias a adherirse a la norma y a dictar sus propias legislaciones, referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Asimismo, ha dejado de legislar algunos aspectos y la recepción provincial no ha sido uniforme ya que muy pocas provincias han dictado sus normas. En consecuencia, se plantea un vacío legal por la prohibición de aplicar las normas del Código Civil y Comercial.

Por lo tanto, serán los magistrados, los responsables de resolver tales lagunas legislativas, interpretando las normas de acuerdo a los principios constitucionales.

Así este trabajo tiene como objetivo principal analizar la ley 26.944 de responsabilidad del Estado e identificar qué vacíos legales presenta.

También son objetivos: describir cuáles fueron las diferentes posturas de la CSJN ante la falta de legislación; indagar sobre los conceptos de responsabilidad civil estipulados en el CCyC; y analizar lo normado en el nuevo Código sobre responsabilidad del Estado.

En el aspecto metodológico se usa un método descriptivo ya que se presenta como eje de análisis la figura de la responsabilidad estatal, su evolución y sus características actuales. También exploratorio, porque se pretende indagar qué vacíos legales presenta el sistema actual desde la sanción de la ley 26.944. La estrategia metodológica aplicada es la cualitativa ya que se adapta a este tipo de estudio. Además, como técnica de recolección de datos, se utiliza la observación de documentos.

El Trabajo está dividido en tres capítulos. En el primero se aborda el concepto de responsabilidad civil, requisitos y presupuestos, así como su tratamiento en el CCyC.

El segundo capítulo trata sobre la responsabilidad del Estado, su evolución conceptual y las distintas posturas de la CSJN y la inclusión de la figura en el CCyC.

En la tercera parte se aborda el análisis específico de la ley 26.944, sus presupuestos y vacíos legislativos.

Finalmente, las conclusiones en las que se pretende dar una opinión argumentada de la temática tratada.

CAPITULO PRIMERO

“La Responsabilidad Civil”

1.1.Introducción

El derecho de daños comprende un amplio espectro de temas entre los que se trata el concepto de responsabilidad civil. Históricamente, surgió como necesidad de dar respuesta o resarcimiento al incumplimiento de una obligación. Es decir, con una función reparadora exclusivamente. El agente dañador, dados diferentes presupuestos, debía indemnizar al perjudicado, a los efectos de resarcir el daño causado.

Con el paso de los años, la noción del derecho de daños se fue ampliando, para considerarlo también en su faz preventiva y punitiva. La primera concepción implica que tendrá que preverse la posible producción de un daño y así tomar las medidas necesarias para evitarlo. Mientras que la segunda, como su nombre lo indica, significa la aplicación de una sanción a quien cometió el daño.

Se introduce el concepto de responsabilidad civil a los efectos de abordar el objetivo de esta investigación, sobre la responsabilidad del Estado ante la causación de un daño. Ante la injerencia del derecho privado en el derecho administrativo, resulta de gran relevancia en esta primera parte, efectuar un análisis sobre los aspectos básicos de la responsabilidad civil.

En el análisis a realizar en este capítulo, el agente dañador es una persona humana o jurídica, pero no estatal. Tradicionalmente, el derecho civil no fue ámbito de aplicación en el derecho público, salvo algunas excepciones, como la responsabilidad de los funcionarios establecida en el art. 1112 del derogado Código Civil.

Para remitirnos a los orígenes, la noción de responsabilidad civil ha variado notablemente con el devenir de los siglos y se ha caracterizado por no tener homogeneidad en sus conceptos y principios. Desde los comienzos para los hebreos la violación de la ley era esencialmente un pecado y configuraba a su vez un crimen y un acto de responsabilidad civil. Esta violación exige un castigo de una gravedad ponderando sobre todo la dignidad del pecador (Mosset Iturraspe, 2004).

Para el Derecho Romano, puntualiza Mosset Iturraspe (2004), la venganza fue el atisbo de esta institución, caracterizada por la conocida ley de Talión como una herramienta válida para hacer justicia. En dicho periodo, no resultaba clara la distinción entre delito civil y delito penal. En este sentido, en la medida que se lograba un acuerdo con la víctima por el resarcimiento y la consecuente composición de intereses, se reparaba el perjuicio para el ofendido o agraviado.

Sobre esta materia se nutría de la casuística, se señalaban hipótesis del delito y de cuasidelitos sin definir lineamientos generales. De este modo el victimario necesariamente debía responder a la víctima. Según afirma el autor citado, no se encuentran en el derecho romano distinción alguna entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Sin embargo, esta diferencia carecía de importancia a la hora de abordar el régimen sancionatorio. Vale destacar que el periodo romano se extendió por mil años, (desde 500 años a.C. hasta 500 años d.C.). Pero es recién cuando el derecho se vuelca a un aspecto más laico, separado de las creencias religiosas, es cuando se produce la distinción entre castigo e indemnización. La “culpa” aparece a los albores del derecho romano. Es con el código de Napoleón, cuando ésta adquiere una trascendencia ya a modo de pilar en el sistema de responsabilidad.

Por su parte, Alterini (1999) señala que el Código Civil Francés o Código de Napoleón, como la mayoría de los códigos de Europa y América Latina del siglo XIX se basó únicamente en la responsabilidad cimentada a partir exclusivamente de la culpa. No hay responsabilidad sin culpa. Bajo esta concepción, se respondía por el daño causado a otro cuando había actuado con dolo o culpa. A contracara, las consecuencias dañosas de sucesos provocados de forma inculpable eran soportadas por la víctima. De esta forma la responsabilidad civil se limitó exclusivamente a un contenido sancionatorio, sin la función resarcitoria que hoy se le conoce.

Sin embargo, se empieza a gestar a partir de la revolución industrial, el avance tecnológico de la sociedad y las modernas formas de vida llevaron a variar la noción tradicional. Con la tecnificación de las empresas, la aparición del automóvil entre otros factores, empujaron a las corrientes iusfilosóficas imperantes a crear legislaciones tendientes a proteger a la víctima. De este modo el sistema de responsabilidad basado en la culpa empieza a tener fisuras que dan paso a la idea de tutelar a la víctima

independientemente de la culpa, en lo que finalizó llamándose responsabilidad objetiva (Lorenzetti, 2002).

El Código de Vélez, en materia de responsabilidad, asumió esta cosmovisión originaria y fue pensado desde esta perspectiva histórica. Sin embargo, no resultó ajeno al influjo de los tiempos. De este modo la ley 17.711, recogió todo el bagaje jurisprudencial que venía empujando a los tribunales a resolver en un sentido más justo.

Ha quedado demostrado en la historia que el fenómeno de la responsabilidad Civil es dinámico y para encontrar más y mejores soluciones al influjo de los nuevos tiempos, ha tenido que recurrir a diferentes factores de atribución desconocidos en la antigüedad, como el riesgo creado, la garantía, la equidad etc.

El giro humanista en la última mitad del siglo XX, señala Lorenzetti (2002), está enfocado en la persona humana, más allá del patrimonio, que originariamente era objeto de protección. Esto ha dado lugar a que la tutela se traslade ya no sólo a su integridad física, espiritual, vida en relación etc., sino también comenzó a proteger aspectos de la personalidad como la belleza estética, la intimidad, el daño psíquico.

Sin perjuicio, el sistema actual nos conduce al surgimiento del derecho estatutario de la Responsabilidad Civil, integrado entre otros dispositivos, por la ley de Riesgos del Trabajo, el Código de Minería, los daños nucleares, los referidos a actos de discriminación, también los daños producidos en espectáculos deportivos y los daños sufridos por detenidos durante el proceso militar (Pizarro y Vallespinos, 1999).

En este contexto jurídico se sanciona el Código Civil y Comercial que recepta, en su gran mayoría, los conceptos del Código de Vélez y todo el bagaje de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales de ese cuerpo normativo.

Así nos remitimos a los Fundamentos del Anteproyecto (2011), que “presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia que consiste en dos tipos de articulaciones: a) se regulan diferentes tipos de derechos: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva; b) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria”.

La parte pertinente a responsabilidad civil está legislada en el Título V Capítulo I, que va desde los art. 1708 a 1779 inclusive.

Por ello, se trata en esta parte, lo que se denomina responsabilidad civil y sus presupuestos esenciales, teniendo en cuenta, la implicancia que significa la unificación en el CCyC de la responsabilidad contractual y extracontractual. Por lo que es importante mencionar que no es la fuente lo que hace que la responsabilidad sea extracontractual u obligacional, sino el carácter de obligación preexistente y específica.

1.2.La responsabilidad civil y el daño

La responsabilidad civil es definida, por Pizarro y Vallespinos (1999), como “la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro, en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico”. La doctrina, dicen los autores, utiliza la denominación derecho de daños como sinónimo de responsabilidad civil, como obligación de reparar el daño y en la que se ha violado el deber general de no dañar (*neminem laedere*); pero, no se limita a la reparación, sino que el derecho de daños posee una mayor amplitud, incorporando también la prevención y la punición; esta última, como pleno desmantelamiento de los efectos del ilícito dañoso.

Lorenzetti (2015), propone en sustituir la denominación responsabilidad civil por responsabilidad por daños, como derivación de la expresión derecho de daños, reconocida por la doctrina extranjera; sólo procura diferenciarla de la responsabilidad penal y en la que la denominación más amplia de responsabilidad por daños es abarcativa de sus funciones preventiva y sancionatoria.

En cuanto a la definición de daño, el CCyC describe en su art. 1737 que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

El daño, explica Lorenzetti (2015), consiste en la lesión de un derecho subjetivo o de un interés lícito, legítimo o simple pero que no sea repudiado por el conjunto del ordenamiento jurídico; el objeto de la lesión puede ser la persona, el patrimonio o un derecho colectivo. La referencia a la persona no supone asignarle emancipación resarcitoria adicional al daño binario patrimonial o extrapatrimonial porque la

consecuencia indemnizable será siempre una u otra, o ambas concurrente o disyuntivamente.

El concepto actual, es el criterio adoptado por la CSJN “el daño consiste en la lesión a un interés simple, merecedor de tutela, que priva al sujeto de la facultad de su actuar lícito, es decir, no reprobado por el Derecho.”¹

Afirma Zannoni (2005) que no es exigible que el interés tenga categoría de derecho subjetivo ya que se protege al interés lícito, aunque no surja de norma legal o convencional, pero a condición de que sea un interés lícito, cierto y de magnitud o relevancia. Se trata de los intereses simples (por no gozar de un reconocimiento legal específico) siempre y cuando no sean en sí ilegítimos.

La reparación del daño causado surge por incumplimiento de una obligación o por violación del deber de no dañar.

Así nos encontramos frente al análisis de la denominada función resarcitoria. Explican Pizarro y Vallespinos (1999) que los fundamentos del daño, son los siguientes:

- a) **Neminem Laedere:** este viejo principio tiene orígenes en el derecho romano. Es una regla explícita y universal e implica una presunción iuris tantum de que todo daño causado es antijurídico, salvo que exista una causa de justificación. Este principio fue reconocido por la jurisprudencia de la CSJN en causas como “Santa Coloma², Gunther³ y Aquino⁴”. Así uno de los aspectos a destacar, afirman Herrera, Caramelo y Picasso (2014) que el respeto a los derechos constitucionales contemplados en la redacción del nuevo Código, fenómeno conocido como constitucionalización del derecho privado, genera que la incorporación del principio Alterum non Laedere (no dañar a otro) como un norte a seguirse en la aplicación de la responsabilidad civil. La violación del deber de no dañar a otro,

¹CSJN “Pensa, A. s/Tristán, F. s/ordinario”. (2002). Recuperado el 15/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar> AR/DOC/79733/2002.

² CSJN “Santa Coloma c/Ferrocarriles Argentinos” (1986). La Ley 1987, B-783.

³ CSJN “Gunther, F. c/Estado Nacional” (1986). La Ley 1986, D-1862.

⁴ CSJN “Aquino, I. c/Cargos Servicios Industriales” (2004) La Ley 2004-A, 254.

por el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme a las disposiciones del CCyC (art. 1716 CCyC).

- b) **Principio de reserva:** explica Alterini (1999) que este precepto se refiere a que no existe deber ni transgresión sin norma que lo imponga. Este principio surge del art. 19 de la CN. En materia de responsabilidad civil rige la atipicidad del ilícito, con lo cual la regla es que todo daño se reputa antijurídico, salvo que medie causa de justificación.
- c) **Principio de prevención:** como su nombre lo indica, está directamente relacionado con la función preventiva del derecho de daños. El concepto incorpora la idea de que todo sujeto tiene el deber de tomar las medidas adecuadas a fin de evitar daños no justificados. Además deberá disminuir la gravedad y magnitud de un daño ya causado. Con la sanción del nuevo Código, este principio se establece como un deber concreto, el deber de prevención. Esa tarea preventiva, sostiene Lorenzetti (2015) se descompone en tres aspectos: evitar causar un daño no justificado; adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud; y, no agravar el daño ya producido.
- d) **Principio de reparación plena:** implica la razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. Es difícil que la recomposición sea posible y se logre colocar las cosas en el estado en que se encontraban antes del evento dañoso; es una limitación propia del derecho. Pizarro y Vallespinos (1999), expresan que una cosa es determinar la existencia del daño y hasta dónde se extiende la obligación resarcitoria y otra, diferente, es medir ese daño, con miras a traducirlo en una indemnización. Se trata de dos operaciones distintas, a las que se ha asociado frecuentemente este principio de la reparación plena o integral. Una vez determinado el daño resarcible, el principio de reparación plena o integral es utilizado a fin de lograr la razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. La CSJN, interpretando la Constitución Nacional, entendió en numerosos precedentes que el alcance de la reparación debe ser de alcance integral, debiendo consecuentemente colocar al damnificado en las mismas condiciones que habría de estado de no haberse producido el hecho dañoso. El principio de reparación plena e integral es uno de los grandes pilares sobre los que se asienta el derecho moderno de daños, en la búsqueda de una justa y plena reparación del daño causado.

“El principio de que la reparación debe ser integral, tiene el preciso alcance que surge de su enunciado en el sentido de que todo el daño causado debe ser resarcido.”⁵

De forma categórica el tribunal destacó la estrecha vinculación existente entre el deber de no dañar y el derecho a una reparación integral, con una particularidad: a ambos se les reconoció su jerarquía suprema. Ello significa que la reparación indemnizatoria debe ser integral para ser ajustada a la satisfacción del derecho constitucional. Esta doctrina extraída de los pronunciamientos judiciales se vio reforzada en el año 1994 con los instrumentos internacionales de jerarquía suprema, en particular el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, y en caso de serlo tiene derecho a una indemnización justa". Así, quien sufra un menoscabo injustamente causado deberá recibir una compensación económica que lo coloque en la misma situación que se encontraba de no haber ocurrido el daño identificado. (Cao y Gamarra, 2016)

De esta manera, se intenta que la víctima sea resarcida en forma plena o integral y, a la vez, asegurar al resarcimiento que no asumirá una obligación mayor al daño que ha causado. Cuatro son las reglas que se debe respetar, de acuerdo a lo descripto por Mosset Iturraspe (2004):

- a) El daño debe ser fijado al momento de la decisión. Ya que en ciertas situaciones al momento de sentenciar el daño es mayor o menor.
- b) La indemnización no debe ser inferior al perjuicio.
- c) La apreciación debe ser formulada en concreto.
- d) La reparación no debe ser superior al daño sufrido.

El derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido ha sido desarrollado por la CSJN, en distintos sucesivos fallos, como un derecho de raigambre constitucional con fundamento en el principio de no dañar del art. 19 CN. En referencia a ello, en el caso “Aquino”, el Máximo Tribunal determinó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que indemnizar es eximir de todo daño y

⁵CSJN “Aquino, I c/Cargos Servicios Industriales” (2004) La Ley 2004-A, 254.

perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida (Zannoni, 2005).

Está orientada a restablecer, en la mejor medida posible, el equilibrio destruido por el daño, colocando a la víctima en una situación próxima a la anterior. Este principio, refieren Pizarro y Vallespinos (1999), impone al juez hacer una estimación en el caso concreto, lo más exacta posible de cada tipo de perjuicios alcanzando de tal modo una aproximación rigurosa, jurídica, que permita la indemnización a acordar.

Por tal motivo, al daño que se hace referencia en forma permanente es aquel que es pasible de resarcimiento o daño resarcible.

Este principio lo receipta el CCyC en su art. 1740 que establece que la reparación del daño debe ser plena. Esto significa que consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.

Mientras que los perjuicios que deben ser resarcidos están descriptos en el art. 1738, por lo que la indemnización deberá comprender:

- La pérdida o disminución de patrimonio de la víctima.
- El lucro cesante en el beneficio económico esperado según la probabilidad objetiva de su obtención, como así la pérdida de chances.

Además, en una redacción superadora a la legislación anterior, se incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, también de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y también aquellas que resulten de la interferencia en su proyecto de vida.

Por lo que se puede resumir, que la nueva legislación contempla en general lo dispuesto en el Código de Vélez, las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales. Asimismo, contempla los principios de derechos humanos contenidos en la Constitución Nacional.

1.3.Presupuestos de la responsabilidad civil

La doctrina, en forma pacífica, afirma Alterini (1999) determina que para que exista la responsabilidad civil deben presentarse cuatro elementos o requisitos:

- La existencia de un daño cierto.
- Antijuridicidad.
- Factor de Atribución.
- Nexo causal.

El primer punto ya fue analizado en el acápite anterior por lo que se indaga sobre el resto de los presupuestos.

1.3.1. Antijuridicidad

Tal concepto está incluido en el art. 1717 del CCyC. Considera así que cualquier conducta que cause daño, ya sea por acción u omisión es antijurídica, en la medida en que no esté justificada.

Explica Lorenzetti (2015) es antijurídica cualquier acción u omisión que causa daño, con lo que para que se configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro. Es decir que, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida.

Sin embargo, para Rivera y Medina (2014) cabe hacer excepción a este principio en el caso de la responsabilidad contractual, dado que allí el daño resaltarán necesariamente del incumplimiento de una obligación preexistente, que precisa la conducta que el deudor estaba obligado a ejecutar. Esta diferencia está expresamente reconocida en el Código, pues los artículos 1716 y 1749 distinguen la violación del deber general de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación, como las dos grandes fuentes del deber de reparar.

También es preciso decir que el Código maneja, dos conceptos de ilicitud. Hay un concepto amplio, que se contenta con la simple transgresión de la ley, y que aparece insinuado en el artículo 258 (definición del simple acto lícito), y uno más estricto,

específicamente relacionado con la responsabilidad civil, que se refiere al hecho dañoso. Así un acto violatorio de la ley en sentido genérico puede ser el exceso de velocidad, pero no causa daño concreto, pero además para generar responsabilidad civil además debe violar el deber general de no dañar o provocar un daño como consecuencia del incumplimiento de una obligación (Calvo Costa, 2017).

La antijuricidad se trata de un concepto puramente objetivo, porque no es necesario tener presente la voluntariedad del sujeto; y es independiente de la culpabilidad. Comprende no sólo lo prohibido expresamente por la ley, sino también conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico, incluso lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público, pues se trata de principios y valores tutelados por el ordenamiento jurídico. La antijuricidad material (superadora de la antijuricidad formal) fue receptada en los art. 1717 a 1720 CCyC y se refiere al daño causado por una acción no justificada. La antijuricidad extracontractual es atípica y deriva de la vulneración de ese deber general de conducta (de acción y de omisión).⁶

La regulación normativa actual sobre la antijuricidad prevista en el CCyC, que receptó la doctrina y jurisprudencia anterior elaborada sobre el tema, constituye una insoslayable herramienta de interpretación del sistema del Código Civil derogado, no sólo por la compatibilidad entre ambos regímenes de responsabilidad civil en general, el anterior y el actual, sino también porque este parámetro constituye una derivación de la aplicación inmediata del nuevo Código, conforme el art. 7 que establece que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (López Mesa, 2015).

Por otro lado, las causas de justificación que eximen la antijuridicidad, están enunciadas en el art. 1718 y son: a- la legítima defensa, b- el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho.

Para que proceda el eximente de legítima defensa ya sea propia o de terceros, deberá ser por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, no provocada e ilícita. En caso del tercero que no fue agresor ilegítimo y

⁶ C.N.Apel. Civ. y Com., Sala II, “Espil M. c/Apilar SA s/Daños y Perjuicios” (2016). Recuperado el 07/06/17 de <http://www.laleyonline.com.ar> AR/DOC/35022/2016

sufriera daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa, tendrá derecho a obtener una reparación plena.

Con el propósito de evitar un mal actual o inminente, amenazante al agente o a un tercero, si el peligro, no se originara en un hecho suyo; el hecho se halla justificado solamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. El damnificado tendrá derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

En cuanto a la antijuridicidad y la asunción de riesgos, tal postura quedó aclarada en el art. 1719, prescribiendo que la exposición voluntaria por parte de la víctima al peligro, no justifica el hecho dañoso, ni tampoco es eximente de responsabilidad, a excepción que por las circunstancias, se pueda calificar como un hecho del damnificado que interrumpe en forma total o parcial el nexo causal.

Otro punto introducido en la legislación como causa de justificación de la antijuridicidad es el consentimiento del damnificado. Cuando este consentimiento es libre e informado se libera de responsabilidad por daños derivados de la lesión de bienes disponibles, siempre que no sea una cláusula abusiva. Para ejemplificar, el médico no tiene responsabilidad cuando al paciente se le informó- y éste consintió- sobre todos los riesgos y consecuencias de un tratamiento o práctica y; el profesional, actuando dentro de su deber, no se obtuvieron los resultados esperados. Por ser una obligación de medios y no de resultados.

Así, se puede concluir que la antijuridicidad objetiva es un presupuesto necesario para la responsabilidad civil, originada por una conducta activa u omisiva, o el incumplimiento de una obligación (que cause daño), salvo que medie alguna causa de justificación.

1.3.2. Factor de Atribución

Continuando la misma línea de análisis que efectúa la normativa, el art. 1721 establece que los factores de atribución de responsabilidad pueden ser objetivos o subjetivos. Ante la falta de normativa, el factor será la culpa.

Así, explica Lorenzetti (2015) que la incorporación de la culpa como factor residual de atribución, aunque con el alcance limitado que se señaló, importa asignarle el

carácter de norma de cierre y de sustento último de una responsabilidad en el Derecho Privado patrimonial. La culpa será un factor subjetivo relevante que, integrado adecuadamente con los factores objetivos, conformarán un sistema coherente y armónico que confiere basamento —jurídico y axiológico— al deber de responder.

Asimismo, los factores objetivos están normados en el art. 1722 que reza que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente, es irrelevante a los efectos de atribución de responsabilidad. Así el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto que exista una disposición legal en contrario.

También opera la responsabilidad objetiva en los casos de que, por circunstancias de la obligación o por convenio de las partes, surge que el deudor debe cumplir con un resultado determinado.

Por otro lado, sostiene López Mesa (2015) que la responsabilidad es objetiva cuando la culpa no es necesaria para atribuir responsabilidad; más aún la culpa del agente es indiferente, y se prescinde de ella, por lo que la obligación de reparar se efectúa con abstracción de la imputación subjetiva. También se señala como rasgo que caracteriza a la responsabilidad objetiva la forma como opera la eximente: el sindicado como responsable se exonera si acredita la causa ajena, o sea la ruptura total o parcial del nexo causal. En la responsabilidad subjetiva el sindicado como responsable se exime si prueba que fue diligente (falta de culpa).

En relación a los factores subjetivos, los mismos son el dolo y la culpa. El art. 1724 define tanto el dolo como la culpa. Lorenzetti (2015) afirma que se sigue con la línea del art. 512 del Código derogado, en una redacción según Borda (1994) casi insuperable y de gran elogio por parte de toda la doctrina argentina.

Así la definición dada: “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”.

López Mesa (2015) afirma que las cuatro directivas básicas previstas para ponderar la culpa son las circunstancias: de la obligación, de las personas, del lugar y del tiempo.

Las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo causal. En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.

En una crítica a la poca valoración de la culpa, López Mesa (2016) advierte que en el Código Civil y Comercial se observa cierta indiferencia hacia la apreciación de la conducta, lo cual muy posiblemente tenga que ver con la decidida toma de posición del legislador en contra de la responsabilidad subjetiva, al compás de su clara opción a favor de la responsabilidad objetiva, particularmente de la responsabilidad por riesgo.

El magistrado será el encargado de valorar la conducta del agente dañador, teniendo en cuenta que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias que genere.

Resumiendo, se toma la opinión de Vázquez Ferreyra (2016) sobre los factores de atribución en el CCyC. El autor sostiene que no queda duda es que la culpa ya no es el único factor de atribución. A su lado aparecen otros como el riesgo creado, la garantía, la equidad, etc. No hay otros factores subjetivos fuera de la culpa y el dolo. Por su parte los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto. Estos nuevos factores objetivos tienen en común que prescinden del análisis valorativo de la conducta del agente que causa un daño y, por tanto, les resulta indiferente la voluntariedad y la culpabilidad. En estos casos el fundamento de la reparación está en una causa externa, distinta del juicio valorativo que merezca la conducta dañosa. Así, por ejemplo, el haber desarrollado una actividad riesgosa.

1.3.3. Nexo Causal

El último presupuesto requerido para que proceda la responsabilidad es el nexo de causalidad. En el Código derogado estaba previsto en los artículos 902 y 909. La legislación actual mantiene el mismo que la anterior.

Por el art. 1726 son reparables aquellas consecuencias dañosas que tienen relación con el hecho originador del daño.

Las consecuencias reparables son las inmediatas y mediatas previsibles. Además define el art. 1727 las consecuencias inmediatas como “aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”. Mientras que las consecuencias mediatas “son las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales”.

Algunos ejemplos jurisprudenciales, podemos citar que: el Estado no es responsable por los daños sufridos por un peatón como consecuencia de su caída en la vía pública, pues si bien resulta acreditado que la actora sufrió uno de los daños alegados – en el caso, la quebradura de su hombro derecho– no existen elementos de prueba suficiente que acrediten que ellos se hayan ocasionado por el mal estado de conservación de la vereda a efectos de atribuir la responsabilidad del hecho dañoso al demandado.⁷

Otro ejemplo es la decisión del Máximo Tribunal de la Provincia de Entre Ríos que determinó:

La sentencia que condenó al propietario del rodado siniestrado en forma concurrente con la concesionaria vial por el fallecimiento del tercero transportado como consecuencia de la colisión del vehículo con un equino suelto en la ruta es arbitraria, pues el nexo de causalidad resultó quebrantado por la atribución de responsabilidad a la codemandada concesionaria vial, como consecuencia de la falta al deber de seguridad que pesaba en cabeza

⁷ C. Apel. Cont. Administr., Sala III, CABA “West M.O. c/GCABA s/daños y perjuicios. (2016) Recuperado el 20/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar> AR/JUR/7358/2016.

de ésta en virtud de las obligaciones legales propias del desarrollo de su actividad, y por quien en el caso el titular del rodado no debía responder.⁸

1.4. Conclusiones Parciales

En esta parte introductoria se indagó sobre conceptos de responsabilidad civil. Se analizó la responsabilidad civil, su definición y presupuestos; en base a ello, uno de los objetivos propuestos se ha podido lograr, donde se efectuó un análisis sintético del tema, a efectos de poder comprender la responsabilidad del Estado, ya que no es propósito de este trabajo efectuar una investigación sobre el derecho de daños prescripto por la legislación civil, sino poder avanzar sobre nuestro objetivo principal, que es el análisis de la Ley N°26.944, donde se tratará de identificar los vacíos legales.

Con respecto a este primer capítulo, podemos destacar que la sanción del CCyC implica la consolidación de los conceptos sobre el derecho de daños y la responsabilidad civil normados en el Código derogado, y construidos por la doctrina y jurisprudencia.

El legislador continúa con la denominación de responsabilidad civil, a pesar de que la doctrina mayoritaria se expresa sobre la idea de hablar de derecho de daños. Pero en consonancia con tal evolución, la nueva codificación, en forma acertada, incluye en la normativa las tres funciones del derecho de daños: la preventiva, la resarcitoria y la punitiva.

En relación a los requisitos para la procedencia de la responsabilidad civil, la antijuridicidad, el daño causado, el nexo causal y los factores de atribución son los presupuestos exigidos para que proceda la reparación integral. Al respecto merece mencionarse que entre las modificaciones introducidas, la de mayor relevancia es la atribución objetiva de responsabilidad, dejando a la culpa en un lugar residual.

⁸TSJ Entre Ríos, Sala II, “Marsilli, F. c/Caminos del Uruguay S.A.” (2016). Recuperado el 20/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar> AR/JUR/83135/2016.

CAPITULO SEGUNDO

“La Responsabilidad del Estado hasta la sanción de la Ley 26.944”

2.1. Introducción

El tema de la responsabilidad del Estado ha originado intensos debates doctrinarios durante muchos años. La actividad estatal, cualquiera sea su nivel de análisis está regida por el derecho público y son los administrativistas los que han establecido ciertos y determinados parámetros para la imputación de responsabilidad argumentando que el derecho civil no puede tener injerencia en las actividades y potestades estatales.

Sin embargo esta eterna discusión entre los defensores del derecho público y el privado, se transforma en una cuestión teórica cuando es la Constitución el eje normativo de todo orden jurídico. Esta unicidad de derechos y garantías no puede dividirse entre personas públicas o privadas. El cumplimiento de la Carta Magna es el requisito esencial para el funcionamiento de toda sociedad.

El fundamento de la responsabilidad está dado por el art. 19 de la CN, prescribiendo que las acciones privadas de los hombres que no ofendan la moral ni el orden público, sólo están reservadas a Dios y exentas de la autoridad judicial, además ningún habitante está obligado hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por principio constitucional de no dañar a otro, quien genera un hecho provocador del daño deberá repararlo. A pesar de que el sistema de responsabilidad está legislado por el derecho privado, el cuestionamiento a efectuar es cuál es la responsabilidad de los poderes públicos cuando afectan o dañan a un ciudadano o a sus bienes, sea en ejercicio de una función legítima o una actividad ilícita.

Históricamente, fueron las normas del derecho civil las que sustentaron la base para imputarles algún tipo de responsabilidad a las personas públicas. De este modo, los privatistas efectuaron el análisis de la responsabilidad del Estado en la teoría general de la responsabilidad civil. El fundamento dado era que las normas que integraban el Código Civil de Vélez permitían resolver los conflictos que se suscitaban cuando el Estado resulta demandado. Los autores publicistas entendieron, en cambio, que los casos de responsabilidad estatal debían solucionarse mediante la aplicación de la normativa administrativa.

Explica Eliades (2013), que no hay que confundir ni otorgar un enfoque iusprivatista a la responsabilidad del Estado, puesto que sus elementos constitutivos, características y criterios de resolución, en fin, su naturaleza misma, son propios del Derecho Público. En el ámbito nacional, producto de la casi total carencia histórica de normas referidas a la responsabilidad del Estado, fue la evolución jurisprudencial la que hizo posible abandonar la antigua concepción francesa de la irresponsabilidad total del Estado, a favor de su plena responsabilidad. En este cambio progresivo, adquieren importancia central los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia.

Por lo tanto, resulta esencial analizar cómo fue la evolución de imputación de la responsabilidad estatal hasta la sanción del CCyC y la ley 26.944 a efectos de entender el impacto de la sanción de la citada norma.

2.2. Los Fundamentos de la responsabilidad y la primera etapa

El texto del art. 19 de la CN que contiene el principio genérico de no dañar, corresponde a la redacción original de los constituyentes de 1953.

Sin embargo, la hermenéutica del derecho varía según las características de una sociedad en un tiempo y lugar determinado.

Durante muchos años, y ante la falta de legislación específica, fue la CSJN la que determinó los alcances de la responsabilidad estatal.

En los albores de la Nación, bajo el paradigma francés de un Estado absoluto y soberano, el principio de no dañar sólo era aplicable a los particulares. La Argentina no era ajena a la concepción filosófica imperante aún en los Estados modernos, formados bajo el iluminismo francés, en las que el Estado no respondía por los daños que pudiera provocar. Se habla de un periodo de irresponsabilidad estatal (Badeni, 2006).

Así, tomamos las palabras de Cassagne (2014) quien sostiene que el fundamento jurídico filosófico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella. Esos principios generales del derecho natural (vgr. "Alterum non Laedere") existen por si mismos sin necesidad de reconocimiento positivo.

Es aplicable a todo el orden jurídico, teniendo mayor relevancia en ramas no codificadas, porque el derecho privado tiene sus normas específicas al respecto.

Marienhoff (1990), fue quien desarrolló el argumento de la responsabilidad estatal, sosteniendo que los fundamentos no son otros que los principios de un Estado de Derecho. Estos postulados tienen como objetivo garantizar la seguridad jurídica. Su fundamento está dado por el art. 16 la igualdad de las cargas públicas, art. 17 inviolabilidad de la propiedad por causa de utilidad pública.

La obligación de reparar, se fundamenta en la justicia, ya que cuando se produce un daño a cualquier habitante, por alguna actividad estatal.

La retribución o compensación se rige, en principio, por las reglas de la justicia conmutativa (en proporción a la cosa) aun cuando puede haber también aplicación de los criterios de justicia legal (que impongan el deber de soportar una carga o daño en tanto ello sea razonable y no implique un sacrificio especial) o de justicia distributiva (que retribuyan a las personas los daños según criterios de mérito o de circunstancias especiales). En el derecho público, los desequilibrios que provoca el accionar del Estado se compensan o indemnizan cuando no pesa sobre el particular la obligación de soportar el daño (Galli Basualdo, 2006).

En definitiva, sostiene Marienhoff (1990), la base y fundamento de la responsabilidad estatal está dado por la igualdad de las cargas públicas.

A pesar de estos fundamentos dados por los doctrinarios, lo cierto es que hasta el año 1933 rigió el principio de irresponsabilidad estatal.

Afirma Marienhoff (1990), que la responsabilidad del Estado no era admitida por considerarse que éste no podía ser demandado por actos de imperio sin su consentimiento.

El rechazo a la responsabilidad estatal lo argumenta la CSJN⁹ en el fallo Gómez en 1865. Postura ratificada en el fallo Núñez en 1872¹⁰.

⁹CSJN “Gómez s/daños y perjuicios” Fallos 1:24 (1865). Recuperado el 12/06/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

¹⁰ CSJN “Núñez” (1872). Fallos 2: 256 Recuperado el 12/06/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

En sucesivos fallos el Máximo Tribunal rechazó la responsabilidad del Estado.

A pesar, explica Cassagne (2014), de que en esta etapa hay una lenta evolución al diferenciarse los actos de gestión y de imperio a partir de la ley 3952, al admitirse la demanda contra la Nación, por actos de gestión. De esta manera quedó reconocida la responsabilidad estatal por incumplimiento de las obligaciones convencionales y actos de gestión de su patrimonio. En estos casos la responsabilidad pesaba únicamente sobre agentes y funcionarios, pero no sobre el Estado.¹¹

2.3. Etapas posteriores

Con esta postura llegamos hasta el año 1933. Con dos fallos que marcaron un cambio fundamental en la postura del Máximo Tribunal. Tanto en los fallos “Devoto”¹² y sobre todo “Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires”¹³ se admite la responsabilidad estatal por los daños ocasionados de un hecho ilícito. En el primer caso el hecho fue por un incendio producido por los empleados públicos.

En el segundo, el hecho fue por un informe registral de dominio falso. Es la primera vez que se introduce la idea de falta de servicio con el concepto de servicio público irregular. En estos casos se aplicaba la responsabilidad prevista en el Código Civil derogado, art. 1113, primer párrafo-responsabilidad por el hecho del dependiente y 1109.

Se puede decir que en esta etapa, el factor de atribución de responsabilidad era subjetivo.

De este modo Cassagne (2014), afirma que en esos tiempos la misma CSJN elaboró, en principio, una regla de irresponsabilidad que cedía ante determinadas circunstancias. Por ejemplo, la existencia de un perjuicio especial. Así, el fallo “Gratry”, citado por el autor, rechazaba la responsabilidad del Estado cuando se trataba de daños producidos por su obrar lícito. Si bien en otras oportunidades, ya había fundado la

¹¹ CSJN “Sáenz”. (1912). Fallos 124:22. Recuperado el 15/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

¹²CSJN “Tomas Devoto y Cía”. (1933). Fallos 169:111. Recuperado el 15/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

¹³CSJN “Ferrocarriles del Oeste c/Provincia de Buenos Aires” (1938). Fallos 182:5. Recuperado el 15/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

procedencia de la responsabilidad estatal, sobre la base de postulados de equidad y justicia, tales precedentes no autorizarían la generalización del principio, para comprender situaciones distintas a la que en ellos se contemplaba específicamente.

Explica Eliades (2013), que los argumentos dados por la CSJN en esos momentos eran que, en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 Código Civil derogado). Si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida. Así en el segundo fallo mencionado, haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata, siendo así de aplicación al caso los arts. 1112 y 1113 del Código Civil derogado.

De este modo, llegamos hasta el año 1984, en que la Corte cambia su postura, reconociendo el factor de atribución objetivo. El fallo en cuestión introduce importantes innovaciones en materia de responsabilidad estatal. Entre los puntos que merecen destacarse, se menciona:

- a- La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.
- b- La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil (derogado) que establecía un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que

no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil (derogado).¹⁴

Esta tendencia del Máximo Tribunal se manifiesta en los años siguientes. Se sentenció que la realización de las obras requeridas para el cumplimiento de las funciones administrativas, si bien es ciertamente lícita, no exime de responsabilidad al Estado cuando con aquellas obras se priva a un tercero de su propiedad o se lesiona ésta en sus atributos esenciales. Para que proceda la indemnización de los daños ocasionados en el cumplimiento de las funciones administrativas es imprescindible la concurrencia de dos presupuestos: que medie una privación o lesión al derecho de propiedad y que aquélla sea consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado.¹⁵

La tendencia jurisprudencial cambia en el año 2006. Deja en claro en el Fallo “Barreto”¹⁶ que, si bien el caso no se refería a atribuciones legisferantes, sino a un tema de competencia jurisdiccional (concepto de causa civil a los efectos de la competencia originaria de la Corte), el Alto Tribunal postuló allí que la responsabilidad del Estado es una cuestión del derecho público y por ende constituye materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo, circunstancia que determina que la misma sea "de resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional".

Agregó que no obsta a esa conclusión "la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias de derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo".

Así va dejando de lado la tradicional postura de aplicación del derecho común a temas de responsabilidad estatal.

En cuanto a los tribunales provinciales, se pueden citar diversos fallos.

¹⁴CSJN “Vadell, J. c/Provincia de Buenos Aires s/Indemnización” (1984). Fallos 306:2030. Recuperado el 18/06/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

¹⁵CSJN. “Galanti, C., c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (1987). Fallos 266:325. Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

¹⁶CSJN “Barreto, A c/Pcia de Bs As. s/Daños y Perjuicios” (2006). Fallos 329:759. Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

En primer lugar, la decisión del Máximo Tribunal santafecino, en relación a la responsabilidad estatal por actos lícitos, y los factores de atribución. Así sostuvo la necesidad de anulación del decisorio de la Cámara, en tanto desde el plano constitucional ostenta carencia de fundamentación al conceder la reparación pretendida por la actora sin justificar el cumplimiento de las condiciones que la doctrina y jurisprudencia consideran necesarias para que se configure la responsabilidad por acto lícito del Estado, fundamentalmente la ausencia de un deber jurídico de soportar un daño y del sacrificio especial, aspectos que -en las particulares circunstancias de la causa- surgían acreditados en atención al análisis de la razonabilidad y proporcionalidad requeridos (como condición de legitimidad en sentido amplio) en el obrar de la Administración, lo que en el sub iudice ha puesto en juego el principio de inocencia alterando (irrazonablemente) el equilibrio que existe entre los intereses públicos tutelados por el Estado y los individuales del sujeto al servicio de éste, ocasionando una restricción desproporcionada o desmedida de los derechos que la misma legislación acuerda a los agentes (carrera, sueldo, entre otros).¹⁷

En segundo lugar, el ejemplo es de un tribunal cordobés que determinó que debe admitirse la demanda interpuesta por una mujer contra la municipalidad de Córdoba a fin de que se extienda la responsabilidad al municipio por los daños y perjuicios que sufrió al caer de un colectivo, pues la responsabilidad del ente estatal titular de un servicio público, es objetiva, habida cuenta que es "proveedor" en los términos del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor y por ende claramente situado en el polo pasivo de la relación de consumo, aunque preste el servicio valiéndose de la colaboración de un particular contratado a tal fin.¹⁸

En tercer lugar, la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, se admitió la demanda por responsabilidad del Estado Provincial por el homicidio del hijo de la actora perpetrado por quien se encontraba prófugo de su detención al no haber retornado de su salida transitoria. Consideró que al comenzar a regir el 01-08.2015 el CCyC, y que el artículo 7° de ese cuerpo a partir de su entrada en vigencia, expresa que la aplicación del nuevo régimen a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, la irretroactividad de las leyes-salvo supuestos inaplicables a esta

¹⁷ CSJ Santa Fe "Elías N. c/Provincia de Santa Fe s/Recurso de Inconstitucionalidad" (2015). Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

¹⁸ C.Civ. Com. Cba, 3°Nom. "Olivera C. c/Municipalidad de Córdoba" (2014). La Ley 2014, E-1125.

especie-, y que la retroactividad de la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. La constitución (de una situación o relación jurídica) se rige por la ley vigente en ese momento, pero puede regir para los tramos de desarrollo, pero considera que no hay retroactividad porque se aplica a actos no acaecidos bajo la vigencia de la ley anterior. Con respecto a los efectos y consecuencias del acto, si los mismos ya han sucedido y se encuentran agotados, la nueva ley es inoperante, a menos que se disponga expresamente y que ello no afecte derechos constitucionales.¹⁹

El cuarto lugar, la misma autoridad referida, siguiendo la misma línea jurisprudencial, resuelve que el régimen legal de la responsabilidad, en cuanto la cuestión de fondo, relativa a la responsabilidad, debe resolverse por la normativa vigente al momento de ocurrencia del evento dañoso por aplicación de la noción del consumo jurídico, establecida en la regla general de vigencia de la ley en el tiempo del artículo 7° CCyC.²⁰

En el quinto lugar, es el ejemplo del fallo de la Cámara en lo Civil y Comercial de la provincia de Jujuy, donde la Procuradora Fiscal deduce excepción de incompetencia en razón de la materia, solicitando que el Tribunal se inhiba de seguir actuando en el proceso. Refiere que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 1764/75) desplazó la competencia de la Cámara Civil y Comercial hacia el Tribunal Contencioso Administrativo. Entiende que las reglas que gobiernan la responsabilidad del Estado pertenecen al Derecho Administrativo. La Cámara consideró que no es aplicable el artículo 1765 toda vez que la provincia de Jujuy todavía no adhirió a la Ley 26.944 que regula específicamente la responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos y al ser ésta una materia no delegada por las provincias, la norma deviene inaplicable. El hecho dañoso ocurrió en el interior de un establecimiento educacional, por lo tanto, no se está en presencia de una cuestión de carácter administrativa (para que emerja la competencia contencioso-administrativa, las pretensiones de los particulares deben fundarse en el Derecho Administrativo, lo que

¹⁹STJ Entre Ríos “F.B.A. c/Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos s/Ordinario” (2015). Recuperado el 4/8/17 de <http://www.infojudicial.com.ar>.

²⁰ STJ Entre Ríos “Giordano Gabriela Fabiana y Otros c/la Provincia de Entre Ríos s/Ordinario” (2017). Recuperado el 7/8/17 de <http://jurisprudencia.jusentrieros.gov.ar>.

trasunta el conflicto jurídico en ocasión de una relación entre administración y administrados) el conflicto no está centrado en una controversia sobre normas administrativas, el actor no persigue aquí la revisión y revocación de la decisión administrativa alguna. Tampoco pretende hacer cesar los efectos de actos lesivos provenientes de autoridad pública, ni la ejecución de una sentencia dictada por el STJ en virtud de competencia originaria y en un juicio contencioso-administrativo, ni mucho menos aquellas cuestiones comprendidas en la ley provincial 5607, sino simplemente la aplicación de normas civiles que establece responsabilidad objetiva y directa del Estado Provincial. La Cámara considera, que el artículo 1765 vulnera el principio constitucional de igualdad y no hay razones jurídicas atendibles para que el dañado reciba un tratamiento legal distinto, es absurdo suponer que el accidente ocurrido en el interior de una escuela pública sea una “falta de servicio administrativa”. El nuevo Código Civil y Comercial no modifica las distribuciones de competencia entre los distintos órganos jurisdiccionales. Mal podrá hacerlo tratándose de materia que las provincias no han delegado a la Nación, y que por el contrario conservan para si por el expreso mandato constitucional (artículo 121, 122, 123, 5 y concordantes de la CN).²¹

Por lo expresado en este acápite, estamos en condiciones de afirmar que la imputación de la responsabilidad estatal, ya sea por actos ilícitos, por responsabilidad del dependiente, falta de servicio, o por otros presupuestos, es el resultado de una construcción jurisprudencial.

La elaboración de tal jurisprudencia, fuente directa del derecho, es el resultado de una ardua y compleja tarea que se lleva a cabo por más de ciento cincuenta años, desde los albores de la Nación, hasta la sanción del Código Civil y Comercial.

2.4. El Código Civil y Comercial de la Nación

La ley 26.994 aprobó en el año 2014 el nuevo Código Civil y Comercial. Las normas relativas a la responsabilidad estatal están prescriptas en el Título V, Capítulo I, Sección 9°, en los supuestos especiales de responsabilidad, artículos 1764 al 1766.

²¹C.Civ. Com. Jujuy, Sala II, “Arias, Rodrigo; Torres, Débora c/Estado Provincial” (2016). Recuperado el 9/8/17 de <http://public.diariojudicial.com/>.

Para comprender la redacción legislativa, es preciso analizar los Fundamentos dados por el codificador en el Anteproyecto (2011). Así se argumenta que el Estado responde por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones. No es necesario que el autor sea identificado, siendo así un presupuesto de responsabilidad objetiva.

Explican los miembros de la Comisión redactora, que el criterio utilizado es el que definió la CSJN. De este modo el Máximo Tribunal consideró que el ejercicio irregular es una violación de las obligaciones frente a un servicio regular. Esto constituye un análisis en concreto, debiendo tener en cuenta: la naturaleza de la actividad, los medios que dispone el servicio y los lazos o vínculos entre la víctima con el servicio y la previsibilidad del daño.

Por lo cual, aclaran los redactores, no se trata de un análisis o juicio de valoración sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio, fundamento de la responsabilidad objetiva y no subjetiva.

Continuando con los Fundamentos del Anteproyecto (2011) se sostiene que el funcionario- o empleado público- tiene responsabilidad por los daños causados a los particulares por conductas (acciones u omisiones) que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

Hasta acá la responsabilidad por conductas irregulares, en relación al daño provocado por una actividad lícita, el Anteproyecto establece que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas.

Aclaran los redactores que tal responsabilidad únicamente comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Así el CCyC, establece en su art. 1764 que son inaplicables las normas referidas a la responsabilidad civil a la responsabilidad estatal. La inaplicabilidad de manera directa o subsidiaria.

Asimismo, el art. 1765 prescribe que la responsabilidad del Estado se rige por las normas de derecho administrativo, ya sea nacional o local, según corresponda.

Luego de la consagración pretoriana de la responsabilidad del Estado en los precedentes “Deboto” y “Ferrocarril Oeste”, se discutió arduamente si el deber de resarcir el daño ocasionado por el accionar de la administración debía regirse por las normas comunes del derecho privado o si, por el contrario, resultaban aplicables en la materia los principios del derecho administrativo. Hay autores, que han considerado que la última postura, tiene caracteres particulares que la tornan autónoma, por ejemplo la idea de “falta de servicio”, que es radicalmente extraño al derecho civil, siendo esta postura la que terminó primando en la sanción del CCyC (Lorenzetti, 2015).

La remisión que hace el Código Civil y Comercial al derecho administrativo en el art. 1765 plantea la obligación de las provincias de dictar normas que regulen la materia y de adecuar sus sistemas procesales a esta nueva lógica impuesta por el legislador. Así cada provincia debe decidir si las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado van a seguir siendo atendidas por los jueces civiles o serán atribuidas al fuero contencioso administrativo (Buteler, 2016).

Finalmente, el art. 1766 reza: “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”.

A pesar de esta redacción, sostienen Herrera, Caramelo y Picasso (2014) que en el texto originario del Anteproyecto de Reforma, la responsabilidad del Estado y del funcionario público se encontraba regulada en los arts. 1764 y 1765. En efecto, el primero de los artículos mencionados regulaba la responsabilidad objetiva del Estado, quien debía responder objetivamente por los daños causados en el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar al autor. A su vez, el art. 1765 regía sobre la responsabilidad del funcionario público, y el art. 1766 culminaba estipulando las reglas aplicables a la responsabilidad lícita de la administración, para los casos en que su accionar genere un desigual reparto de las cargas públicas.

Así, sostiene Pizarro (2016), bajo la premisa de que el asunto debía estar contemplado en la regulación civil la Comisión que redactó el Anteproyecto incluyó la materia en su articulado. Se dispuso que la responsabilidad del Estado es objetiva y que resulta procedente cuando se cause un daño en el ejercicio irregular de sus funciones sin que sea necesario identificar a su autor. A tales efectos estableció que 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.

También, continúa Pizarro (2016), se contempló la responsabilidad del Estado por actividad lícita en aquellos casos en que se sacrifiquen intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. En tales supuestos, según el Anteproyecto, únicamente resulta admisible la indemnización del lucro cesante, salvo que sea afectada la continuación de una actividad, en cuyo caso deben indemnizarse la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Sin embargo el Poder Ejecutivo efectuó diversas modificaciones al proyecto original, quedando el texto aprobado, con otro contenido.

Más allá de la redacción legislativa, resulta necesario efectuar dos aclaraciones en cuanto a la aplicación del Código en esta materia. En primer lugar, 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. En segundo término, resulta de aplicación a la administración pública el régimen tuitivo del consumidor, en consiguiente, en aquellos casos en que exista una relación de consumo entre el particular y el Estado (conforme a lo dispuesto por los arts. 1° y 2° de la ley 24.240 y 1092 CCyC), el art. 42 de la Constitución Nacional, como así también las disposiciones expresas que, en materia de este tipo de acciones, contiene el estatuto del consumidor (Cassagne, 2013).

Y en tercer lugar, respecto a la eventual responsabilidad colectiva del Estado, resultan aplicables las pautas señaladas por la CSJN en el precedente “Halabi”²², de conformidad con la cual, ante la falta de una normativa especial que regule las acciones

²²CSJN, 24-2-2009, “Halabi, Ernesto c/PEN”, L.L.2009-B-157.

de clase, el artículo 43 CN es operativo, y es obligación de los jueces darles eficacia (Lorenzetti, 2015).

La responsabilidad estatal se rige por una ley especial, N°26.944, objetivo principal de análisis en este trabajo, que será tratada en el próximo capítulo.

Según la opinión de Buteler (2016), en la actualidad, el Código Civil y Comercial deviene aplicable a los supuestos de responsabilidad del Estado habida cuenta de que allí se encuentran previstas, en el sistema jurídico argentino, las normas del derecho común. Así, por ejemplo, para determinar cuándo se interrumpe o suspende el plazo de prescripción debe acudirse a dicho cuerpo normativo.

En cuanto a la inaplicabilidad de las normas de derecho común al ámbito de responsabilidad estatal, los doctrinarios no son pacíficos al respecto.

Sobre tal aspecto, se ha pronunciado en forma reiterada, Bielsa (2003) al manifestar su desacuerdo con la aplicación analógica del Código Civil al ámbito del derecho público.

Cassagne (2013), en cambio, ha admitido la utilización de dicho recurso interpretativo en materia de responsabilidad estatal.

Manifiesta Herrera (2016), que el argumento de entender que la materia Responsabilidad del Estado encuadra dentro de las previsiones de los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional. Por el sólo hecho de no estar expresamente previsto en tanto sería un capítulo del Derecho administrativo, dentro de la enunciación del art. 75 inc. 12, parece un argumento extremadamente formal. Pues cuestiones como el derecho Informático o el derecho del consumidor, por el solo hecho de no encontrarse en la mencionada enunciación pasarían, por ejemplo, a ser regulados por el Derecho local, lo cual es un tanto contradictorio.

Es de destacar la opinión de Perrino (2015) quien advierte que la aplicación del derecho privado en el ámbito de la responsabilidad del Estado es de manera subsidiaria y no analógica, pues cabe acudir a las disposiciones del sistema civil cuando la cuestión no está regulada por el régimen administrativo.

Para concluir, compartimos la opinión de Ghersi (2014) quien sostiene que existe una paulatina desaparición de la distinción entre el derecho público y privado, imponiéndose una visión unitaria del derecho. Las dificultades para encontrar los límites entre ambas áreas jurídicas viene impuesta, asimismo, por la impronta de los derechos fundamentales que ponen como centro de escena a la persona humana y su dignidad, provocando la revaloración de los principios generales del derecho y la fuerza normativa de la Constitución. En virtud de ello, se dirá con gran precisión que el derecho público y privado son ordenamientos jurídicos que presentan una relación de marcada complementariedad.

2.5. Conclusiones Parciales

Puede observarse claramente que, hasta la sanción del CCyC, en nuestro país no existió una legislación específica sobre la responsabilidad del Estado. La ausencia de normas específicas en la materia, habilitó a los tribunales locales y sobre todo a la CSJN a resolver las demandas contra el Estado Nacional o provinciales, con la interpretación argumental de la Constitución Nacional y el Código de Vélez.

Se pudo constatar, que en diferentes etapas la hermenéutica del Derecho varía según el tiempo, la que ha evolucionado e involucionado hasta la actualidad. En relación a ello, se ha podido lograr otro de los objetivos específicos propuestos, que era el de describir diferentes posturas jurisprudenciales ante la falta de legislación; como así también se pudo analizar lo normado en el CCyC, sobre responsabilidad estatal.

Así durante más de cien años, el Máximo Tribunal argentino, creó una jurisprudencia que fue, de a poco, imputando de responsabilidad al Estado cuando violaba el principio constitucional genérico de no dañar.

Fue ampliando el margen de imputación desde la actividad ilícita hasta la responsabilidad objetiva. Categóricamente la CSJN tuvo un papel fundamental en la historia jurídica de este instituto y logró, mediante sus construcciones argumentales, ponerle un límite al daño generado por la actividad estatal. Así no había distinción si el daño lo ocasionaba una persona pública o privada, la obligación de resarcir era la misma.

Sin embargo, la modificación del texto original del Anteproyecto, por parte del Poder Ejecutivo, parece volver atrás y encontrarnos nuevamente en los albores del tema. Deja en claro la inaplicabilidad absoluta de la legislación civil a la responsabilidad generada por el Estado.

De esta manera, en el capítulo siguiente se analiza la ley que determina la responsabilidad estatal y los posibles vacíos legales que pueden presentarse en el nuevo ordenamiento jurídico.

A nuestro criterio es incongruente la prohibición taxativa establecida en el Código sobre la inaplicabilidad de sus normas al derecho administrativo.

Gran parte de la reforma de las normas civiles que concluyeron en el nuevo Código, se debe al denominado proceso de constitucionalización del derecho privado. Sin embargo se prohíbe la aplicación, directa o subsidiaria, de ellas en el derecho público. Tal decisión constituye una contradicción para tener en cuenta.

CAPITULO TERCERO

“La Ley 26.944”

3.1. Introducción

En el capítulo anterior se describió brevemente los diferentes momentos históricos por los que atravesó la imputación de responsabilidad estatal. Desde la irresponsabilidad total hasta la imputación objetiva de responsabilidad.

Para poder comprender las disposiciones de esta nueva ley y el por qué remite a las provincias a dictar sus propias normas, es necesario indagar un poco más en los argumentos que tomaron los legisladores y que fue dado por el fallo de la CSJN “Barreto”²³ que fue mencionado en el capítulo anterior. Este fallo es el antecedente jurisprudencial en el que se sanciona la ley 26.944.

En esta causa del año 2006, el actor solicita a la Provincia de Buenos Aires una indemnización porque su hija murió en medio de un tiroteo entre policías y un delincuente. La demanda es incoada directamente ante la CSJN por entender que era competencia originaria de ésta, en base a la Ley 48, y con el argumento del resarcimiento en el art. 1112 del Código derogado.

La demanda es rechazada porque entiende que la causa no es competencia originaria de la Corte, entendiendo que en este caso lo que se encuentran en juego normas de derecho público local.

Antes de este fallo, explica Thomas (2016), la Corte distinguía entre aquellos casos en que la responsabilidad surgía de los hechos u omisiones de los órganos provinciales, en los casos en que esa responsabilidad surgía de un acto emanado de los poderes públicos locales. Basaba esta diferencia de criterio en el hecho que no era una causa civil aquella que a pesar de demandarse resarcimiento, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, la misma tenga como objeto el examen y revisión de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en que estas procedieron.

Según la Corte estas facultades son propias de los Estados provinciales en función de lo establecido en el art. 104 y siguientes de la Constitución Nacional.

²³CSJN “Barreto, A c/Pcia de Bs As. s/Daños y Perjuicios” (2006). Fallos 329:759. Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

De esta manera, de la interpretación del fallo surge sin dudas que la CSJN entiende como causa civil únicamente cuando hay en discusión normas de derecho privado. Para el resto de las causas, es competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de las provincias.

Explica O'Donnell (2014) que los argumentos esgrimidos por el legislador para la sanción de la ley de referencia, es que la Responsabilidad del Estado es una cuestión que concierne al Derecho Público, en consecuencia:

- La división histórica del Derecho, en Público y Privado, con expresa recepción en nuestro sistema normativo, doctrinario y jurisprudencial, se funda en evidentes notas distintivas que poseen ambas ramas del Derecho, así como en la conveniencia de establecer con claridad los principios, opuestos, que rigen las relaciones entre los particulares, por un lado, y las relaciones en las que interviene el Estado, por el otro, a fin de orientar un funcionamiento coordinado y de cooperación entre ambas ramas.
- En un sistema de gobierno representativo, republicano y federal, el Derecho Público adquiere singular importancia. Las autonomías provinciales implican el reconocimiento del carácter local del Derecho Público.
- La adecuación del accionar del Estado al ordenamiento jurídico incluye el deber de responder por los daños que ocasiona. En consecuencia, a la Responsabilidad del Estado le resultan aplicables los principios y reglas especiales de Derecho Público.

Así Thomas (2016) expresa que el fundamento de la normativa sobre Responsabilidad del Estado se rige por los principios y reglas del Derecho Administrativo porque:

- El sistema normativo de un Estado se encuentra influido por la ideología política imperante, por las necesidades sociales y el orden ganado de acuerdo a las legitimidades históricas que cada sociedad concreta define y el Derecho Administrativo no está exento a esta realidad.
- El Derecho Administrativo es una ciencia autónoma ya que recurre directamente a los principios establecidos en la Constitución Nacional, norma jurídica, que goza de supremacía y que posee eficacia directa.

3.2. Análisis de la norma

La ley es sancionada en julio del 2014. En cuanto al ámbito de aplicación puede decirse, que es de alcance federal y también provincial según la competencia y la materia.

Este ámbito de aplicación está circunscripto al Estado de la Nación como persona jurídica de derecho público, por tratarse de un poder no delegado de las provincias a la Nación y en razón del carácter local del derecho administrativo (Artículos 1, 5, 75 inc. 12, 116 y 121 de la CN)²⁴.

Para su aplicación a los estados provinciales, en su artículo 11, invita a las provincias y a CABA a adherirse al régimen de regulación estatal, con el propósito de unificar todo el plexo jurídico argentino en la regulación de la responsabilidad estatal.

Cassagne (2014) manifiesta al respecto, sobre esta dualidad de normas, provinciales y nacional, que el legislador eligió un camino semejante al derecho norteamericano donde proliferan diversos ordenamientos básicos y leyes especiales. Este sistema presenta una gran complejidad sustantiva y procesal y adaptarlo a nuestro país podría alterar el principio de unidad de la legislación que consagra el art. 75 inc. 12 de la CN, bajo la premisa que también hay normas de derecho público que constituyen derecho común. Por ejemplo, las prescripciones del derecho civil referidas a la condición jurídica de personas públicas y al dominio público.

En consecuencia, explica Negri (2014) que el ámbito de aplicación subjetivo está dado por:

- El Estado Nacional, organismos estatales nacionales, entidades autárquicas y descentralizadas nacionales
- Agentes y funcionarios nacionales.

²⁴CSJN “Barreto, A c/ Pcia de Bs As. s/Daños y Perjuicios” (2006). Fallos 329:759. Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.

Quedan excluidos como legitimados pasivos, los estados provinciales, CABA, los municipios, ya que se necesita adhesión a la ley. También quedan expresamente excluidos (art. 6) los concesionarios o contratistas de servicios públicos a cuales se les encargue o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

Al respecto, Perrino (2014) entiende que si el Estado está en su calidad de concedente, no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por aquellos sujetos genéricamente denominados colaboradores externos de la Administración, tales como los contratistas y los prestadores de servicios públicos, cualquiera sea el título habilitante que ostenten.

Aclara el autor que ello no debe significar que el Estado, nunca deba responder por los daños derivados de la prestación de servicios públicos ocasionados por concesionarios o contratistas, pues deberá hacerlo respecto de aquellos perjuicios que ocasione el prestador al acatar, en forma ineludible, órdenes o cláusulas por él impuestas. Ello más allá de la responsabilidad que le puede corresponder a los entes reguladores de servicios por el irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico les confía.

Es por ello que entiende el autor que el texto del artículo 6º debería ser más específico, de acuerdo a lo precedentemente citado.

Siguiendo con el análisis, en concordancia con el CCyC determina en su artículo primero que no son aplicables las normas del derecho civil ni en forma directa ni tampoco subsidiaria.

Tampoco es aplicable la función preventiva de daños, al establecer que la sanción pecuniaria disuasiva no es aplicable al Estado, ni a sus agentes y funcionarios.

En relación a la eximición de responsabilidad, el Estado no responde en las siguientes circunstancias: a-Por los daños que deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, a excepción de que sean asumidos específicamente mediante ley especial; b-Cuando el daño es ocasionado por la víctima o un tercero por quien el Estado no tiene que responder.

Los art. 4 y 5 establecen respectivamente los requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal por actividad (inactividad) ilegítima y legítima. En el primer caso, los presupuestos son:

- Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.
- Daño cierto, mensurable en dinero y acreditado por quien lo invoca.
- La existencia de una relación de causalidad adecuada entre el hecho y la reparación que se persigue.
- Falta de servicio que consiste en un actuar, u omisión, irregular del Estado. En esta circunstancia, la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo expreso y determinado.

Para la actividad legítima, los presupuestos son:

- Daño cierto y actual, mensurable en dinero y debidamente acreditado.
- Imputabilidad material a un órgano estatal.
- Relación causal inmediata, exclusiva y directa.
- Ausencia de deber jurídico de soportar el daño.
- Sacrificio especial en la persona dañada, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

En referencia a la imputación material directa a un órgano, Thomas (2016) sostiene que el daño debe ser atribuible al Estado porque el menoscabo haya sido causado por un órgano del Estado o por el riesgo o vicio de cosas riesgosas de las que es dueño o guardián. Como las acciones u omisiones de la Administración Pública que causan daños a terceros emanan por lo general de personas físicas (los agentes públicos), resulta necesario que esa persona física esté integrada en la organización administrativa y que actúe en ejercicio o con ocasión de sus funciones públicas.

Se trata, pues, de una imputación de primer grado, indispensable en el derecho administrativo (una especie de "autoría") que se traduce en verificar si la conducta del autor material del daño puede entenderse que es de la Administración o en si del hecho que dio lugar al daño debe responder la Administración. A ello, luego le sigue otra de segundo grado que conduce a examinar si el resultado dañoso es atribuible a la acción u

omisión del Estado, lo cual no sitúa en el campo de la relación de causalidad (Thomas, 2016).

Para los funcionarios y agentes nacionales en el ejercicio regular de sus funciones, la imputación de responsabilidad procede sólo en caso de dolo o culpa.

De esta manera, Negri (2014), explica las diferencias entre responsabilidad legítima e ilegítima que prescribe la ley. Estas diferencias no se agotan en los requisitos que deberán observarse para que el Estado deba responder, además se distinguen las indemnizaciones.

En la actividad ilegítima, la reparación es plena o integral. Mientras que en la legítima, la reparación es limitada, y se caracteriza porque tiene los siguientes límites:

- Excluye expresamente la indemnización del lucro cesante.
- Los daños por la actividad judicial legítima del Estado "no generan derecho a indemnización" (art. 5º, párr. 3º).

Además, el daño emergente comprende: 1. el valor objetivo del bien, y 2. los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad estatal, sin que puedan tomarse en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Nada se dice en cuanto a los demás daños (por ejemplo: los daños a la persona; daño moral, etc.). Pareciera que al no haberse excluido en forma expresa —como en el caso del lucro cesante— resulta procedente su reparación, aunque en el supuesto de la responsabilidad estatal por actividad lícita los mismos serían admitidos de forma excepcional (Vázquez Ferreyra, 2016).

La jurisprudencia era muy restrictiva en reconocer más allá del lucro cesante en materia de indemnización por actividad legítima, por ejemplo las expropiaciones. Con la sanción de la ley queda excluida totalmente la reparación integral por algún daño provocado en ejercicio de la actividad legítima, rigiendo la reparación íntegra únicamente para los casos de obrar ilegítimo (O'Donnell, 2014).

Dicha diferencia, en cuanto al alcance de la indemnización por actividad legítima, la doctrina ha esgrimido diferencias. Gran parte de la doctrina civilista, como Ghersi

(2015) impugna los conceptos vertidos en la 26.944, afirmando que se aleja de la posición de la mayoría de la Corte que había dicho que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación, y no hay, en principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas.

Por el contrario, la posición de autores como Buteler (2014), resaltan las claras diferencias entre el Derecho Administrativo del Privado. En el primero de ellos, ámbito donde se regula la responsabilidad del Estado, priman las notas de representación y defensa del interés general, las facultades de exorbitancia en cabeza del Estado y los valores propios de la justicia distributiva.

En cambio en el Derecho Civil, como bien lo observó Vélez Sarsfield en los artículos y notas del decimonónico Código, se regulan las relaciones entre sujetos de derecho en un pie de igualdad formal, condicionados por los valores de la justicia conmutativa (Pravato, 2015).

3.3. Las atribuciones provinciales y el vacío legal

En concordancia con los artículos 1764 y 1765 del CCyC, la normativa en cuestión, en su artículo 11 invita a las provincias y a CABA a adherirse a la misma, a los efectos de regular la responsabilidad estatal en los ámbitos locales.

Los argumentos de darle mayor potestades a las provincias ya fueron esgrimidos oportunamente.

La norma cursa a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones debe llevar, como alternativa más acorde a los principios federales que cobija nuestra Constitución Nacional, a que cada jurisdicción ejercite atribuciones legislativas propias. Además, que regule consecuentemente su responsabilidad estatal en forma integral, en lugar de adherir sin matices a la norma federal, máxime si ésta es limitada e incompleta. Se trata de ejercer el federalismo y no sólo de reclamarlo, de legislar con creatividad, justicia y solvencia técnica en lugar de acatar a secas el sistema federal o peor aún, de copiarlo sin disimulo (Cícero, 2017).

Las preguntas a resolver, plantean autores como Justo (2016), es a qué se refiere la norma con respecto a la reserva a las provincias de la regulación local de la responsabilidad estatal. Así contesta el autor, que caen bajo la regulación provincial toda aquellas situaciones que se ven influenciadas y modificadas específicamente por la naturaleza de la personalidad de quien actúa -o deja de hacerlo- en la relación que termina provocando un daño. En otras palabras, en las que se produce un perjuicio por el accionar lícito del Estado provincial o municipal o por su omisión de un deber implícito en el ordenamiento jurídico provincial en su carácter de gestor del bien común. También cuando media una obligación de soportar un daño o una carga en igualdad general o con los otros miembros de un sector de la sociedad.

La provincia, argumenta Sabsay (2014) tiene la facultad reservada, es decir, el derecho, siempre en los parámetros y con los límites de la responsabilidad custodiada por vía del recurso extraordinario federal, a determinar en su propio ámbito:

a) El alcance de su responsabilidad por su accionar lícito; esto es, tiene la posibilidad de establecer legítimamente los estándares de obligación de soportar daños generales y cargas públicas a sus habitantes, dentro de los límites generales que impone el marco de las garantías constitucionales.

b) El alcance de la distribución de los costos provocados por su accionar lícito en el desarrollo de su política social en la generalidad de su población en la medida en que tiene la facultad de determinar cuál es la "medida de los recursos disponibles" en su comunidad para hacer realidad la progresividad de los derechos establecida en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y para determinar el nivel de eficacia de los derechos fundamentales que "permitan los recursos públicos y los de la comunidad" al que se refiere el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, e incorporados a la CN en el art. 75 inc. 22.

c) El contenido, la medida y el alcance de los deberes implícitos omitidos por el accionar del Estado cuando genera responsabilidad por omisión; determinación que sólo es posible en función de una relación razonable entre realidades, riesgos regionales, geográficos y recursos disponibles, que permita fundar la exigencia base de la responsabilidad.

d) El supuesto debido y el alcance de las reparaciones frente a daños ocasionados por los bienes públicos como desborde de ríos, derrumbes en las montañas, y demás situaciones que pueden tener únicamente una respuesta jurídica ponderada en función de la realidad local y donde no es admisible la aplicación de otras reglas ajenas al ámbito de las consideraciones de derecho estrictamente públicas.

En los ámbitos que se señalan, sin pretender que su relación fuera taxativa ni limitativa, nos encontramos con niveles que difieren mucho de una provincia a otra. En nuestro país las diferencias socio económico culturales son de una gran amplitud. La brecha entre las más aventajadas y las más postergadas es abismal. Ello habilita a que cada una pueda establecer niveles distintos en la medida en que en cada una se hacen en mayor o en menor medida exigibles los estándares previstos por las Convenciones internacionales incorporadas por nuestra Constitución (Justo, 2016)-

Otros puntos a tener en cuenta es que al año 2016, explican Tansi y Fossaceca (2016), sólo CABA, Chubut, Mendoza, La Pampa, Santiago del Estero y Santa Cruz, han sancionado sus normas adhiriéndose a legislación nacional. De tal modo, es de preguntarse, qué norma ha de aplicarse en los tribunales del resto de las provincias por daños provocados por los estados provinciales. Dicen los autores ¿la ley 26.944, de qué manera puede aplicarse si la provincia no está adherida?, la prohibición de aplicación directa o subsidiaria del CCYC, no excluye que en ciertos y determinados casos proceda una interpretación analógica, de acuerdo a los autores, posición a la que adherimos.

Así los aspectos que quedan sin legislar, de uno u otro modo, esos vacíos legales, o diferencias de definición de criterios, por ejemplo cuándo se está en presencia de un servicio irregular, o la fijación de responsabilidad objetiva para funcionarios provinciales, entre otros generará en el operador judicial una dificultad interpretativa si la norma provincial restringe, limita, extiende o modifica conceptos establecidos en la ley nacional.

En este aspecto, la norma nacional, sólo regula aquellos contenidos expresamente disciplinados por ella (la responsabilidad por falta de servicio y por el obrar lícito fundado en el sacrificio especial), y no otros supuestos de responsabilidad estatal. En consecuencia, deja librado a las legislaturas provinciales la reglamentación de otros tipos de responsabilidad en los que pueda incurrir el estado provincial. Acá la diferencia interpretativa entre una provincia y la otra puede ser de gran significación.

Es decir, regula especialmente la responsabilidad en el ámbito del derecho público, constituyendo básicamente "una ley de responsabilidad administrativa del Estado". Vale decir que regula un tramo o segmento significativo de la responsabilidad estatal, pero no toda la responsabilidad del Estado (Andrada, 2017)-

Continúa Andrada (2017) en su crítica, que es una regulación parcial de la responsabilidad estatal, en diversos sentidos. Sólo regla en sustancia la responsabilidad extracontractual del Estado, no la contractual. En un diverso pero afín orden de ideas, el art. 10 excluye la responsabilidad en el caso del Estado empleador y, por otro lado, se ha señalado que la responsabilidad ambiental se encuentra escindida del régimen de la norma. De tal forma que la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho privado no puede relativizarse o minimizarse a poco se repare en el objetivo dato estadístico que da cuenta de una enorme cantidad de supuestos de hecho en los que el estado responde, especialmente, en su calidad de dueño o guardián.

Así, Galdós, (2014) se refiere a el "régimen microsistémico de responsabilidad disminuida del Estado (ley 26.944)". Concluye que la norma en cuestión no es de aplicación a los casos de daños derivados de la intervención de cosas del dominio público o privado del Estado el que constituye un supuesto de hecho no previsto en la norma especial. Considera este autor que a estos casos cabe aplicar la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la doctrina de la Corte Suprema de la Nación y doctrina y jurisprudencia consolidada con el rango de precedente.

Hay que considerar de esta manera que gran parte de las demandas contra el Estado es por su calidad de dueño o guardián de las cosas.

La falta de regulación en varios aspectos, para Mattiello (2016), opinión a la que adherimos totalmente, se debió a que la dimensión político-económica tuvo un peso significativo, trayendo como resultado un perfil estatista, que necesitará supeditarse a la prueba indispensable de la constitucionalidad, mientras que lo característico de una concepción ortodoxa de la antigua supremacía del interés público, no siempre está abierta a la relación de proporcionalidad que debe existir entre la actuación del Estado y los sacrificios impuestos a los ciudadanos.

Al momento de redacción de este trabajo, la adhesión de las provincias a la ley 26.944, y el dictado de sus legislaciones de responsabilidad patrimonial estatal es sólo una buena intención teórica de aplicación del federalismo impuesto en nuestra Constitución.

En tal sentido expresa Buteler (2014) que con la nueva realidad que impone la remisión de la responsabilidad del Estado a los estados locales deberá estarse a lo que sus constituciones y leyes prevean siempre y cuando se cumplan dos premisas. La primera, que en caso de vacío deberá acudir a la regulación del Código Civil y Comercial, de manera supletoria por ser este último un Código de derecho común. La segunda, que esas regulaciones locales no pasen por alto los principios constitucionales sobre la reparación que establece la Carta Magna.

El problema concreto se plantea, como se expresó oportunamente, sobre qué legislación aplicarán los tribunales administrativos provinciales ante situaciones expresamente no contempladas. Se crea así una disparidad en la tutela efectiva de los derechos del administrado, la hermenéutica legislativa dependerá de la provincia en que se produzca el hecho dañoso, de acuerdo a lo que estime el tribunal respectivo. En definitiva volvemos a los inicios de la República en que las cuestiones serán dirimidas por la CSJN.

Ante la indudable falta de tratamiento de ciertos aspectos de la responsabilidad estatal, incluso la inexistencia de leyes provinciales que reglen los daños generados por el obrar de los estados provinciales, la doctrina en su mayoría sostiene que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 2 del CCyC excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno (Sáenz, 2014).

Se recuerda que el art. 2 establece que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo con todo el ordenamiento”.

De ahí, continúa Sáenz (2014), que no resulte forzado interpretar que cuando el Código establece la inaplicabilidad de sus normas a la responsabilidad del Estado se refiere a la responsabilidad del sujeto público, en el ámbito del derecho público. Y que no veda la aplicación directa de sus normas a los supuestos comprendidos en los otros capítulos de la responsabilidad estatal, especialmente, a los casos del estado responsable en su carácter de dueño o guardián. Con todo, y si subsistiese el reproche a esta interpretación, consistente en el dato literal, cabe otra posibilidad interpretativa que, en sus efectos o consecuencias prácticas, no conduciría a resultados diversos de los que se extraerían de la posible aplicación directa de las normas del Código Civil y Comercial.

El estudio de la ley 26.944 ha demostrado que se ha erigido un microsistema para reglar la responsabilidad del Estado Nacional. Intenta ser autosuficiente; sin embargo, no lo logra de manera acabada. Muchas veces deberá recurrirse al Código Civil y Comercial de manera analógica. La conveniencia de la técnica empleada dista de ser pacífica. Indudablemente, amerita un nuevo replanteo de la situación. (Tansi y Fossaceca, 2016)

En otra posición, Justo (2016) argumenta que esa analogía debe fundarse en principios de derecho público. Ello así, debido a que la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados.

Además, O'Donnell (2014), argumenta que la indemnización tiene que ser dominada científicamente en el ámbito del derecho administrativo. Las construcciones y las analogías civilísticas no son convenientes.

De esta manera, los operadores judiciales, para la resolución de un caso concreto, y ante el vacío legal existente, tendrán que recurrir a lo dispuesto en la ley nacional 26.944, la jurisprudencia de la CSJN, al CCyC por analogía y a los principios generales del derecho.

Una solución acertada, que estimamos conveniente, es la propuesta de Junyent Bas (2014) quien sostiene que la ley nacional, en idénticos términos que la ley 25.675, referida a la protección del ambiente, debería contener los presupuestos mínimos que regulen los daños producidos por la actividad estatal, legítima e ilegítima. En base a esta

normativa de presupuestos mínimos, las provincias dictarán sus propias leyes, respetando como base lo dispuesto en la ley nacional.

En síntesis, consideramos propicia la última opción planteada que es la sanción de una normativa nacional con presupuestos mínimos. Esto permitirá a las provincias dictar leyes complementarias, pero dentro de un esquema homogéneo y uniforme de imputación de responsabilidad. Se evitará así soluciones totalmente contrarias entre una provincia y otra, argumentando la defensa del federalismo legislativo.

3.4. Conclusiones Parciales

La ley 26.944 es la culminación de la construcción legislativa efectuada por la CSJN durante muchos años. El CCyC remite a las normas administrativas cuando el Estado sea el causante de daños. Se establece la responsabilidad objetiva.

En un primer aspecto, consideramos propicia la iniciativa legislativa, ya que es la primera norma en el derecho argentino que reglamenta los alcances de la responsabilidad estatal. Pero en un segundo aspecto, el legislador dejó varios puntos sin reglamentar que quedarán sujetos a la interpretación judicial del caso concreto.

Otro punto de gran relevancia a considerar es que a tres años de la sanción de la misma, las provincias no han dictado ni se han adherido al régimen de la ley 26.944. ¿Cuál es la legislación aplicable a los daños provocados por el estado provincial y los estados municipales, en aquellas provincias carentes de normativa?

La lentitud de los estados provinciales en la sanción de normas, deja una laguna legal que será la CSJN la encargada de dirimir las cuestiones planteadas. En virtud a lo antes expuesto, se ha podido lograr el objetivo principal de esta investigación, que fue el análisis de la ley 26.944 y se identificó los vacíos legales que ha presentado desde su vigencia.

Conclusiones Finales

En esta investigación se abordó, primeramente, la responsabilidad civil estipulada en el nuevo Código, con el fin de obtener una base conceptual. En relación a ello, se ha podido lograr uno de los objetivos específicos propuestos, que era indagar sobre conceptos de responsabilidad civil estipulados en el CCyC, lo que sirvió de base doctrinaria y legislativa para poder ingresar al estudio de nuestro objetivo principal que fue la responsabilidad del Estado.

Luego, se ha tratado la figura de la responsabilidad estatal y la obligación de resarcir cuando un hecho provocado por el Estado genera daños.

La evolución histórica de la figura tiene estrecha relación con la concepción que se tuvo del Estado. Se partió de un concepto de irresponsabilidad estatal, hasta llegar a condenarlo por responsabilidad objetiva, cuando produzca un daño por su actividad legítima o ilegítima.

Desde la sanción de nuestra Carta Magna, el sistema jurídico argentino no tuvo una ley que reglamentara en forma específica la responsabilidad estatal. En este punto, merece destacar la impecable labor que realizó la CSJN, quien desde el inicio del sistema republicano a la fecha, fue quien construyó las bases jurídicas de esta figura.

Las distintas demandas contra el Estado permitieron concluir que el mismo tiene la misma obligación de cumplir el principio constitucional de no dañar. No hay privilegios entre personas públicas y privadas. Quien daña debe reparar.

Sin embargo, no ha sido pacífica la utilización del derecho civil para argumentar la condena al Estado en ciertos aspectos, como la concepción de la responsabilidad del dependiente, por el riesgo de la cosa o por el deber de seguridad.

La doctrina administrativista siempre rechazó la recurrencia al derecho común para ciertos y determinados hechos dañosos. El derecho administrativo se encuentra bajo la órbita del derecho público, por lo que resultan inaplicables las normas privadas, para los defensores de esta postura.

En cambio, para los civilistas, resultan plenamente aplicables las normas del derecho privado, debido al principio de reparación plena o integral es funcional a cualquier clase de sujeto activo, el estado o un particular.

En la descripción y el análisis de las diferentes posturas de la CSJN ante la falta de legislación, se logró cumplir otro objetivo específico propuesto.

Bajo estos lineamientos, la sanción del CCyC expresa rotundamente la negativa de aplicar en forma directa o subsidiaria las leyes comunes al ámbito del Estado.

La postura que terminó primando en la sanción del Código, fue la de los administrativistas, porque argumentan que este tipo de responsabilidad tiene carácter particulares que la tornaría autónoma, tales como la idea de “falta de servicio”.

En el estudio de lo normado en el nuevo Código sobre responsabilidad del Estado, en sus artículos 1764, 1765 y 1766, se ha podido lograr otro de los objetivos específicos propuesto. Previamente, se analizó el anteproyecto y el cambio que se produjo.

En forma complementaria, y siguiendo la postura de la CSJN en que resalta el federalismo legislativo, se sanciona en el año 2014 la ley de responsabilidad del Estado.

Sin duda, constituye un gran avance porque es la primera norma que tiene el plexo jurídico argentino en relación a la figura analizada.

Asimismo, consideramos que el texto, tal cual está redactado, deja más dudas que certezas sobre la responsabilidad estatal. Hay aspectos en que no fueron tenidos en cuenta, como se aclaró oportunamente. Para no caer en repeticiones a lo ya planteado, nos preguntamos, qué normas serán las aplicables en las provincias que carezcan de legislación-la mayoría- o cuándo se trate de responsabilidad por una cosa riesgosa o por un deber de seguridad o algún hecho no legislado.

Las restituciones, compensaciones o indemnizaciones no son privativo del derecho privado. Por esa razón, mi postura, es concordante con los dichos de la CSJN en el caso “Barreto”, que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver se invoque eventualmente disposiciones contenidas en el CC, pues todos los principios jurídicos-entre los que se encuentra el de responsabilidad y el de resarcimiento de daños ocasionados-que contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado.

Comparto el criterio de la jurisprudencia de la CSJN, en el caso señalado anteriormente, que refiere que ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo. En este orden de ideas, y ante la prohibición de aplicar las normas civiles a hechos dañosos no reglamentados, podríamos estar perfectamente ante una norma de carácter inconstitucional, es probable que se realicen planteos de inconstitucionalidad de los artículos 1764, 1765 y 1766 CCyC, ante el vacío normativo de las provincias.

Creo acertado el criterio de Galdós (2014), en que la responsabilidad del Estado en su carácter de dueño o guardián cabe aplicar, en primer lugar, la CN y los Tratados Internacionales (incorporados en el año 1994, artículo 75 inc. 22), de cuyos textos se extrae la tutela del derecho de propiedad, el principio de reparación plena y el principio de igualdad entre otros. También la responsabilidad del Estado, debe dar cuantas del sujeto público en el ámbito de la ley de defensa de los consumidores y usuarios, según lo prescribe la ley N°24.240, concordante con el artículo 42 de la CN.

Sabemos que una norma no puede acotar la responsabilidad cuando hay principios filosóficos y los principios generales del derecho, junto con la Constitución Nacional que claramente coinciden en determinar que el estado es responsable en forma objetiva por su actividad.

En otro orden, la buena intención del legislador en reafirmar el sistema federal e invitar a las provincias a adherirse a la norma nacional, y también a dictar sus propias leyes, es un punto que en la realidad no ha podido materializarse.

Se perdió una oportunidad histórica, de convocar a todas las provincias para que en forma conjunta y total se dictara una ley a las que las mismas adhirieran en forma instantánea y así evitar vacíos legales.

El trabajo coordinado de todas las jurisdicciones para reglamentar normas locales acordes con la normativa nacional, con núcleos comunes de responsabilidad y definiciones homogéneas de conceptos, es un tema pendiente de resolver.

Una de la propuesta que considero oportuna, es la efectuada por algunos autores, quienes sostienen que debió dictarse una norma de presupuestos mínimos y las provincias complementarla, como sucede en materia ambiental.

La crítica que se efectúa en ningún momento implica un rechazo al federalismo. Por el contrario, celebramos la actitud del legislador, de poner en cabeza de las legislaturas provinciales la responsabilidad de sancionar sus propias normas referidas a la obligación de reparar por un hecho dañoso del estado provincial, sus empleados y funcionarios. Facultad otorgada por la Constitución.

Lo que se trató de exponer es el desorden legislativo y la falta de homogeneidad que existirá entre una provincia y otra, ya que no se establecieron las pautas mínimas ni tampoco se propició un diálogo interjurisdiccional para trabajar en forma mancomunada en un tema de tal envergadura.

Por esa razón, se cumplió de manera satisfactoria el objetivo principal de este trabajo investigativo, que era el de analizar la Ley 26.944, de responsabilidad del Estado, y pudimos identificar los vacíos legales que presenta y que no pocos problemas ha acarreado, y lo seguirá haciendo, al sistema judicial actual.

A tres años de la sanción de la norma muy pocas jurisdicciones dictaron sus leyes provinciales, lo que ratifica lo expuesto en este punto.

Así serán los magistrados, los encargados de resolver las lagunas legislativas sobre el derecho a aplicar y su interpretación. Por eso considero, que inexorablemente se deberán tomar las normas del CCyC en forma subsidiaria para la resolución de un caso concreto, en que un Estado provincial cause un daño y no exista ni legislación local, ni tampoco esté reglamentado el hecho dañoso, según el precedente del caso “Barreto”.

Para concluir, volvemos al inicio de la investigación, y dado el estado actual de la legislación, será la CSJN la encargada nuevamente de efectuar una construcción dogmática sobre la responsabilidad estatal, sus presupuestos, aplicabilidad o inaplicabilidad. En definitiva...todo cambia para que nada cambie...

Bibliografía

Legislación

- Constitución Nacional
- Código Civil derogado
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Ley 26.944

Doctrina

- Alterini, A. (1999). *La Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Andrada, A. (2017). “El acotado alcance de LRE 26.944”. Recuperado el 30/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/348/2017>.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Borda, G. (1994). *Tratado de las Obligaciones*. (7ª Ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Buteler, A. (2016). “Responsabilidad del Estado. ¿Derecho público o privado? La Ley 2016-B,836.
- Calvo Costa, C. (2017). “La responsabilidad civil ante el daño causado en estado de necesidad” *Diario La Ley* 8/5/17,1.
- Cao, C., Gamarra, G. (2016). “El carácter integral como componente inescindible del derecho constitucional a la reparación en el CCyC.”. Recuperado el 6/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3109/2016>.
- Casagne, J.C. (2013). “La responsabilidad del Estado en el Proyecto de CCyC” La Ley 2013, D-1350.
- Cassagne, J.C. (2014). “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado”. La Ley 2014, C-885.
- Cícero, N. (2017). “Regímenes Provinciales de Responsabilidad del Estado. ¿Florece el Federalismo?” Recuperado el 20/7/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1752/2017>.
- Eliades, A. (2013). “La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas” Recuperado el 14/6/17 de <http://www.infojus.gov.ar/Id/IdSAIJ/DACF130084>.

- Galdós, J. (2014). *La Responsabilidad del Estado y la Ley 26.944*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Galli Basualdo, M. (2006). *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ghersi, C. (2015). “La inconstitucionalidad de la Ley 26.944” Recuperado el 18/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/9854/2015>.
- Fundamentos del Anteproyecto CCyC (2011). www.senado.gov.ar.
- Herrera, C. (2016). “¿Quién es el legislador en materia de responsabilidad del Estado?”. Recuperado el 17/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3778/2016>.
- Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Junyent Bas, F. (2014). “Nuevo Régimen de responsabilidad del Estado” Recuperado el 1/7/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/324/2014>.
- Justo, J. (2016). “La Ley de responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional. La Ley 2016-F, 924.
- López Mesa, M. (2015). *Manual de las Obligaciones. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Astrea.
- López Mesa, M. (2016). “La apreciación de la conducta de los profesionales”. La Ley 2016,D-1147.
- Lorenzetti, R. (2002). *Teoría de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. (1°Ed.) Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Marienhoff, M. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo*. (4°Ed. act.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mattieto, L. (2015). “Algunas reflexiones sobre la ley de responsabilidad del Estado”. La Ley 2016-A, 808
- Mosset Iturraspe, J. (2004) *Responsabilidad por Daños Tomo I Parte General*. (3°Ed. Act.) Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Negri, N. (2014). “Ley de responsabilidad del estado. Una aproximación sistemática a la nueva normativa”. Recuperado el 20/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3120/2014>.

- O'Donnell, A. (2014). "La nueva ley de responsabilidad del Estado". Recuperado el 12/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar> AR/JUR/2893/2014
- Perrino, P. (2014). *La responsabilidad contractual del Estado*. La Ley 2014-C, 2428.
- Perrino, P. (2015). *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Pizarro, D. (2016). *Responsabilidad del Estado y del empleado público*". Buenos Aires: Astrea.
- Pizarro, R. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones del Derecho Privado-Obligaciones. TIII*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pravato, L. (2015). "Responsabilidad del Estado y daño moral". La Ley 2015-D, 164.
- Rivera, C., Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: La Ley.
- Sabsay, D. (2014). *La responsabilidad del Estado y la ley 26.944*. Buenos Aires: Astrea.
- Sáenz, J. (2014). *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Tansi, S. y Fossaceca, C. (2016). "Análisis crítico de la Ley 26.944". Recuperado el 10/7/17 de <http://www.laleyonline.com.ar> AR/DOC/2482/2016.
- Thomas, G. (2016). *Responsabilidad del Estado*. Rosario: Nova Tesis.
- Vázquez Ferreyra, R. (2016). "Los factores de atribución de responsabilidad en el CCyC. La Ley 2016,C-2038.
- Zannoni, E. (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. (3°Ed. Act.). Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

- CSJN "Pensa, A. s/Tristán, F. s/ordinario". (2002). Recuperado el 15/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar> AR/DOC/79733/2002.
- CSJN "Santa Coloma c/Ferrocarriles Argentinos" (1986). La Ley 1987, B-783.
- CSJN "Gunther, F. c/Estado Nacional" (1986). La Ley 1986, D-1862.
- CSJN " Aquino, I. c/Cargos Servicios Eficientes" (2004) La Ley 2004-A, 254.

- C.N.Apel. Civ. y Com., Sala II, “Espil M. c/Apilar SA s/Daños y Perjuicios” (2016). Recuperado el 07/06/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/35022/2016>.
- C. Apel. Cont. Administr., Sala III, CABA “West M.O. c/GCABA s/daños y perjuicios. (2016) Recuperado el 20/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/7358/2016>.
- TSJ Entre Ríos, Sala II, “Marsilli, F. c/Caminos del Uruguay S.A.” (2016). Recuperado el 20/6/17 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/JUR/83135/2016>.
- CSJN “Gómez s/daños y perjuicios” (1865). Fallos 1: 24. Recuperado el 12/06/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.
- CSJN “Nuñez” (1872). Fallos 2:256 Recuperado el 12/06/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.
- CSJN “Sáenz”. (1912). Fallos 124:22. Recuperado el 15/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.
- CSJN “Tomas Devoto y Cía”. (1933). Fallos 169:111. Recuperado el 15/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.
- CSJN “Ferrocariles del Oeste c/Provincia de Buenos Aires” (1938). Fallos 182:56. Recuperado el 15/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.
- CSJN “Vadell, J. c/Provincia de Buenos Aires s/Indemnización”. Fallos 306:2030 (1984). Recuperado el 18/06/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.
- CSJN. “Galanti, C., c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. Fallos 266:325 (1987). Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.
- CSJ Santa Fe “Elías N. c/Provincia de Santa Fe s/Recurso de Inconstitucionalidad” (2015). Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>
- C.Civ. Com. Cba, 3ºNom. “Olivera C. c/Municipalidad de Córdoba” (2014). La Ley 2014, E-1125.
- CSJN “Barreto, A c/Pcia de Bs As. s/Daños y Perjuicios” (2006). Fallos 329:759. Recuperado el 18/6/17 de <http://www.csjn.gov.ar>.