

TRABAJO FINAL DE GRADO



La nueva Ley de Responsabilidad del Estado – N° 26.944

Un análisis sobre el cambio legislativo y sus
implicancias en torno a la responsabilidad del Estado y
Funcionarios Públicos

Lucía Fernández

2017

INDICE

RESUMEN	4
ABSTRACT	4
INTRODUCCION	6
<u>CAPITULO I: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS</u>	
<u>FUNCIONARIOS PUBLICOS</u>	12
1. INTRODUCCIÓN	12
2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS	13
3. EL ESTADO COMO PERSONA JURIDICA RESPONSABLE	16
4. UNA CUESTIÓN DE COMPETENCIA REGULADORA: RESPONSABILIDAD CIVIL O ADMINISTRATIVA	18
5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ..	19
5.1.1 Principio de Alterum non laedere.....	21
5.1.2 Principio de Legalidad	22
6. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS	23
7. CONCLUSION	26
<u>CAPITULO II: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO</u>	29
1. INTRODUCCION	29
2. RESPONSABILIDAD CIVIL	30
2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO	30
3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	32
4. EXIMENTES.	40
5. INDEMNIZACION	40
6. RESPONSABILIDAD EN EL CODIGO DE VELEZ SANSFIELD	42
6.1 Antigua regulación en materia de Responsabilidad del Estado.....	43
6.2 Fundamento de la incorporación en el antiguo código.....	45
7. LA REGULACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.	46
7.1 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1764,1765 Y 1766 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.	47
8. CONCLUSIÓN	48
<u>CAPITULO III: LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – N° 26.944.....</u>	51
1. INTRODUCCION	51
2. LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	52

3.	ANALISIS DE LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	54
3.1	RESPONSABILIDAD DIRECTA.....	54
3.2	RESPONSABILIDAD OBJETIVA	56
4.	RESPONSABILIDAD PRINCIPAL	58
5.	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	59
6.	RELACION DE CAUSALIDAD	63
7.	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	65
8.	PRESCRIPCIÓN.....	65
9.	EL CASO DE LAS PROVINCIAS	65
10.	CONCLUSION	68
<u>CAPITULO IV: LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS</u>70		
1.	INTRODUCCION	71
2.	CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO	72
3.	RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS.....	74
4.	INMUNIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. FUNDAMENTOS	75
5.	RESPONSABILIDAD Y FACTOR DE ATRIBUCION.	78
6.	LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO.....	81
7.	LA IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR SANCIONES PECUNIARIAS. EL CASO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS	85
8.	JURISPRUDENCIA	89
9.	CONCLUSIÓN	98
CONSIDERACIONES FINALES		100
BIBLIOGRAFIA.....		104

RESUMEN

El presente trabajo final de grado tiene como objetivo analizar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos que, en ejercicio de sus funciones, causen un daño a los ciudadanos. Todo ello, en consecuencia y en el marco de la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación, el que establece que la materia no va a regularse por el derecho privado sino por las normas de derecho administrativo, gracias al dictado de la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (Ley Nacional N° 26.944). Con este fin, indagaremos cómo el cambio normativo impacta en la responsabilidad del Estado como persona jurídica y de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones al momento de causar un daño a los ciudadanos. Para responder dicha pregunta, en primer lugar, se analizarán los conceptos básicos de la responsabilidad y el fundamento de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios. En segundo lugar, analizaremos la normativa civil anterior a la modificación normativa para luego, en tercer lugar, indagar el alcance de los artículos de la Ley 26.944, buscando establecer su sentido e identificar si la nueva ley permite una satisfactoria recomposición a la víctima de los daños causados. En cuarto lugar, se hará hincapié en la responsabilidad de los funcionarios públicos, teniendo como principal punto de análisis el establecimiento de un factor de atribución subjetivo, formulando una crítica a dicha concepción de la responsabilidad de los agentes de gobierno estableciendo que, independientemente de si la materia es regulada por el derecho civil o por el derecho administrativo, el problema principal se encontraría a la hora de probar la responsabilidad del funcionario por parte del damnificado.

Palabras claves: responsabilidad, Estado, funcionarios públicos, administrativo, civil, factor de atribución.

ABSTRACT

The present research aims to analyze the responsibility of the State and public officials who, in the exercise of their functions, cause harm to citizens. All this, consequently and within the framework of the amendment of the Civil and Commercial Code of the Nation, which establishes that the subject is not going to be regulated by the private law but by the rules of administrative law, thanks to the dictation of the new Law of State Responsibility (National Law No. 26.944). To this end, we will investigate how the normative change impacts on the responsibility of the State as a legal person and of public officials in the exercise of their functions at the time of causing harm to the citizens. To answer this question, first, we will analyze the basic concepts of responsibility and the basis of the responsibility of the State and officials. Secondly, we will analyze the civil legislation prior to the normative amendment and then, thirdly, investigate the scope of the articles of Law 26944, seeking to establish their meaning and investigate if the new law allows a satisfactory recomposition to the victim of the damage caused. Fourthly, the emphasis will be placed on the responsibility of public officials, whose main point of analysis is the

establishment of a subjective attribution factor, based on guilt or fraud, formulating a critique of this conception of the responsibility of the agents of government stating that, regardless of whether the matter is regulated by civil law or administrative law, the main problem would lie in proving the responsibility of the official on the part of the victim.

Key words: responsibility, State, civil servants, administrative, civil, attribution factor.

INTRODUCCION

En el presente trabajo de investigación realizaremos un análisis sobre la responsabilidad del Estado por los daños que causa a las personas en el despliegue de su ejercicio del poder. Recientemente, ha sido sancionada la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (Ley 26.944), abriendo a discusiones doctrinarias que tratan de indagar sobre los aspectos relevantes de la nueva normativa y su impacto en la realidad jurídica del país.

En lo que hace a la presente tesis, abordaremos la responsabilidad del Estado por los daños que causa a los ciudadanos, por actos lícitos o ilícitos, voluntarios o no, buscando revisar los fundamentos que responsabilicen al Estado ante los ciudadanos afectados por su accionar. En este sentido, repasaremos la evolución histórica desde la aplicación de la normativa general civil, regulación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la sanción de la nueva ley específica en la materia.

Ahora bien, advertimos que, cuando de responsabilidad del Estado referimos, debemos examinar las dos categorías de personas que involucrarían el accionar estatal: primero, el Estado como persona jurídica que puede ser responsable por los daños causados; y, segundo, los funcionarios públicos en su calidad de persona física, que en ejercicio de sus funciones pueden ser responsable por el daño causado a los ciudadanos.

Aunque vamos a dar trato diferenciado a cada una de las personas a las que hemos referido, consideramos que, si pretendemos hacer un análisis jurídico sobre la responsabilidad estatal, es necesario indagar sobre la existencia de principios constitucionales como fundamento de la responsabilidad del Estado, en un aspecto general.

En este sentido, la hipótesis que guía el presente trabajo de investigación será la de analizar la nueva Ley de Responsabilidad del Estado, partiendo por reconocer el cambio sustantivo en la materia. Se pretenderá dilucidar el alcance y sentido de la responsabilidad del Estado, entendido tanto la responsabilidad como Ente gubernamental (en su calidad de persona jurídica), así como los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones causen un daño.

Derivado de ello, como objetivo general se tratará de evaluar el cambio normativo sufrido en la materia y analizar su impacto en la realidad jurídica.

Para ello, los objetivos específicos serán: a) reparar sobre el fundamento de la responsabilidad Estatal, b) analizar la responsabilidad civil del Estado, c) presentar la evolución histórica de la responsabilidad estatal, d) analizar la nueva Ley de Responsabilidad del Estado, e) examinar los alcances de la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, f) contrastar y presentar fallos de los tribunales argentinos en la materia.

La pregunta que guiará la presente investigación será: ¿Cómo el cambio normativo impacta en la responsabilidad del Estado como persona jurídica y de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones al momento de causar un daño a los ciudadanos? Para responder a dicha pregunta y para lograr cumplir los objetivos planteados, debemos reparar sobre ciertas cuestiones metodológicas. Así, la hora de realizar un trabajo de investigación es necesario determinar el tipo de estudio que se aplicará en su desarrollo. Esta elección dependerá en primer lugar del grado de conocimiento que se tenga sobre el problema objeto de investigación y en segundo lugar del alcance que pretendemos darle al mismo (Sampieri, 2006).

El tipo de estudio que utilizaremos en la realización el presente será el método Explicativo, planteando discusiones doctrinarias y normativas, ordenando y sistematizando la crítica a la luz de la nueva normativa en torno a la responsabilidad del Estado.

Como consecuencia de la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación y por consiguiente la creación del nuevo artículo 1765, se excluyó la responsabilidad patrimonial del Estado de la aplicación del Código Civil y Comercial y se estableció que se regularía por las normas y principios del Derecho Administrativo.

Teniendo en cuenta que al incorporar en las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield al actuar irregular del Estado lo que se buscó fue equiparar al Estado con las personas privadas por considerar que no era pasible de una regulación muy distinta. A partir del cambio normativo trazado, la responsabilidad del Estado por su actividad comenzará a regirse por el derecho administrativo, lo que se plantea como interrogante es si se pretende lograr la impunidad del Estado en perjuicio de los particulares.

La finalidad del TFG será plantear la necesidad y la conveniencia, o no, de la nueva legislación en torno a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos.

Para la realización del mencionado análisis, comenzaremos estudiando qué se entiende específicamente por responsabilidad del Estado.

En un segundo momento, abordaremos el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y de los principios constitucionales en los que se basa (igualdad ante la ley, principio *alterum non ledere* o de no dañar a otro, principio de reparación integral, etc.)

Luego, nos detendremos a analizar responsabilidad civil, en donde se analizarán los artículos referentes a la responsabilidad patrimonial del estado (artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación) y se explicará detalladamente la naturaleza de la responsabilidad que en ellos se describe. Realizaremos una breve descripción de la antigua regulación del Código y los fundamentos que llevaron a Vélez Sarsfield a incorporar la responsabilidad del Estado en sus articulados. Por su parte, también se realizará una descripción del nuevo artículo modificado y el alcance de dicha modificación.

Una vez logrado y presentado el análisis anterior, realizaremos un estudio de la Ley de Responsabilidad del Estado (Ley 26944); su ámbito de aplicación, la naturaleza que le otorga a la responsabilidad del Estado, en qué casos procede la reparación y los requisitos para ello, los casos en los que se eximen al Estado de responder. Desde esta óptica, se analizará la extensión de la reparación que contempla la ley.

Así las cosas, en el primer capítulo, se abordará una conceptualización sobre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Por su parte, parece necesario presentar los fundamentos de la responsabilidad Estatal introduciendo a la noción de Estado de Derecho, que será eje transversal al presente trabajo investigativo.

Una vez reconocida la justificación de la responsabilidad Estatal, podemos proceder a indagar cómo debe responder. En este sentido, es fundamental mostrar ciertas tendencias y problemas a la hora de adjudicar responsabilidad tanto al Ente como a los funcionarios públicos en su calidad de persona física.

En el segundo capítulo, se indicarán los lineamientos básicos de la responsabilidad civil a sabiendas que, hasta el último cambio normativo, era ésta la ley que regulaba la materia. A su vez, será necesario conceptualizar cuestiones como daño, causalidad, factor de atribución, conceptos que emergen de la materia civil y que aplicaremos luego a la hora de examinar la nueva Ley de Responsabilidad del Estado.

Al final de este capítulo se mostrará una evolución histórica de la interpretación y aplicación de los artículos del Código Civil, mostrando la problemática en torno a la seguridad jurídica que se ocasionaba a raíz de la falta de un criterio único al momento de solucionar problemáticas como la planteada.

En el capítulo tercero, se analizará detenidamente la normativa de la nueva ley, presentando cada uno de los artículos y la discusión doctrinaria alrededor de cada uno. En este momento del trabajo, nos focalizaremos en la responsabilidad del Estado como persona jurídica. Así, por ejemplo, se legisla la responsabilidad objetiva y directa del Estado, lo que en primera instancia aparenta ser acertado, pero debemos realizar ciertas consideraciones al efecto.

En el capítulo cuarto, nos proponemos analizar el rol del funcionario público e interpretar el alcance de su responsabilidad por causar un daño en el ejercicio de sus funciones. Luego de presentar las discusiones al momento de definir el concepto de funcionario público, analizaremos las instancias en donde el ejercicio de sus funciones puede generar un daño y cuáles son las razones que sustentarían asumir que el funcionario debe responder.

Será necesario analizar el artículo 9 de la ley 26944, en lo que establece que la inactividad o actividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones generan la obligación de responder por los daños causados. Pero, existen ciertas dificultades que logran que en la práctica sean los Estados (como persona jurídica en sede administrativa) quienes respondan y no los funcionarios públicos. Una de aquellas vallas son las inmunidades con las que están dotados ciertos funcionarios de jerarquía. Lo que podríamos considerar una segunda valla a la hora de atribuir responsabilidad es el problema del factor de atribución. Ello, por cuanto, tal como se desprende del análisis del artículo 9 de la nombrada ley, así como también lo sostenido por cierta parte de la doctrina, el factor de

atribución requerido es el subjetivo. Esto trae cierta dificultad a la hora de probar la responsabilidad del funcionario público por un daño causado.

Por último, se presentará el análisis de cierta jurisprudencia nacional que consideramos menester dilucidar los razonamientos efectuados por nuestro Poder Judicial a la hora de resolver causas relativas a la responsabilidad del Estado y de funcionarios públicos que, en ejercicio de sus funciones, causen un daño.

CAPITULO I

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo abordaremos la responsabilidad del Estado por los daños que causa a los ciudadanos, por actos lícitos o ilícitos, voluntarios o no. Siendo que nos encontramos con el capítulo disparador, consideramos necesario indagar en la complejidad de la problemática, comenzando por reconocer que, cuando de responsabilidad del Estado referimos, debemos examinar las dos categorías de *personas* que involucrarían el accionar estatal: primero, el Estado como persona jurídica que puede ser responsable por los daños causados; y segundo, los funcionarios públicos en su calidad de persona física, que en ejercicio de sus funciones pueden ser responsable por el daño causado a los ciudadanos.

Cada una de estas personas va a requerir un trato diferenciado. Ello, ya que, en la realidad jurídica, los fundamentos de la responsabilidad son disímiles entre sí. Sin embargo, esto no obsta a reconocer que, si pretendemos hacer un análisis jurídico sobre la responsabilidad estatal, sea necesario detenerse en ambas realidades, reconociendo la existencia de principios constitucionales como fundamento de la responsabilidad del Estado en general.

A mero efecto aclaratorio, habremos de indicar que el presente trabajo versará sobre responsabilidad civil y/o administrativa. En este sentido, dejaremos de lado el análisis de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, sin dejar de reconocer que, a la hora de trabajar los principios rectores que regulan la actividad estatal, podría servir como fundamentos para un análisis desde otra normativa como, por ejemplo, la penal.

Comenzando el presente capítulo, advertiremos que el Estado de Derecho, sus fundamentos y principios fundamentales, es la razón por lo que el Estado debe responder en caso de causar un daño a sus ciudadanos. Los principios rectores en los que nos detendremos serán el principio de legalidad y el principio *alterum non ledere* (o principio de no dañar al otro), a efecto de consolidar y relacionar con los principios normativos de

nuestra Constitución Nacional, los cuales sustentan y garantían el Estado de Derecho como concepción que respetaría la libertades y derechos individuales de los ciudadanos argentinos.

Luego de analizar el sentido y alcance del Estado de Derecho, analizaremos al Estado como persona jurídica que, al ser la República Argentina un país federal, en donde las Provincias, y también los Municipios, cuentan con poderes y competencias que le son propias, debemos reconocer como persona jurídica a los Estados provinciales y municipales. De esta manera, presentaremos un análisis de por qué debemos responsabilizar a estos Estados en sus cuestiones competentes, así como también la complejidad que trae aparejada el federalismo a la hora de atribuir responsabilidad.

Por último, plantearemos la problemática de la responsabilidad de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, reconociendo el problema de las “múltiples manos” a la hora de tomar y/o ejecutar una decisión política por parte del Estado como burocracia.

El presente capítulo tiene la finalidad de introducir al análisis de la problemática abordada, buscando presentar las definiciones, doctrinas y problemas teóricos que enfrentamos al momento de desarrollar la presente.

2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Se espera que el Estado y sus funcionarios o empleados dependientes respondan por el daño que sus acciones causaron. El Estado, tanto nacional, provincial, como municipal pueden verse obligados a responder por los daños que causen, en su calidad de persona jurídica. Por su parte, también podría responsabilizarse a los funcionarios públicos que en su calidad de persona física causen un daño a los ciudadanos en ejercicio de sus funciones.

Como analizaremos en el presente trabajo de investigación, la responsabilidad del Estado como persona jurídica no cuenta con las mismas implicancias y lógicas que la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, nos veremos obligados a detallar los aspectos relevantes de cada una de las responsabilidades, comenzando en el presente capítulo a analizar la responsabilidad de los

Estados, para luego analizar la problemática de la responsabilidad de los funcionarios.

En la actualidad, tal como sostienen Tanzi y Fossaceca (2016), el Estado de Derecho basado en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, tiene como exigencia fundamental y de vital importancia contar con un sistema adecuado de Responsabilidad Estatal.¹

Tal como sostiene Lagarde (2015) el fundamento de este deber se encuentra en los principios fundamentales del Estado de Derecho. Esto significa que, lo que moldea a la responsabilidad del Estado, tanto por su accionar lícito como ilícito, es el complejo normativo conformado por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y los principios fundamentales que, a través de la legislación del Congreso Nacional o propio de cada Provincia y sus respectivos ordenamientos de derecho público, definen al Estado de Derecho.

Bajo la pretensión de definir el alcance y sentido del Estado de Derecho, los profesores Enterría y Fernández entienden que existen dos premisas con las que los ciudadanos controlan y exigen al Estado: “*que actúe, pero que obedezca la ley, y que actúe pero que pague por el perjuicio*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, citado por HERRERA 2016, pág. 357).

Entonces, de lo sostenido por los doctrinarios, podemos sostener – tal como lo indica Herrera (2016)- que el Estado debe obedecer la ley y debe abstenerse de dañar a los individuos. En caso de causar un daño, debe pagar el perjuicio. De ello, podemos desprender que, de la idea de Estado de Derecho, existen dos puntos centrales: el Principio de Legalidad (incorporado en el Art 19 de la Constitución Nacional) y el Principio *alterum non ledere* (artículo 16,17 y 18 de la Constitución Nacional).² Considerando la importancia de tales principios rectores, procederemos a definirlos y detallar su alcance en párrafos posteriores y exclusivos al efecto.

De esta manera, debemos considerar que un factor fundamental del Estado de Derecho es esa sujeción del Estado y de sus funcionarios públicos a la legalidad de sus actos. Como indica Espinoza (2014), ello implicaría la armonización de todos los intereses

¹TANZI, S. Y. - FOSSACECA (h.), C. A. (2016) “*Análisis crítico de la Ley de Responsabilidad Estatal*” RCyS2016-IX, 21. <http://www.laleyonline.com.ar>.

² HERRERA, C. A. (2016) “*¿Quién es el legislador en materia de responsabilidad del Estado?*” - LA LEY 28/12/2016- Recuperado en <http://www.laleyonline.com.ar>

en juego, y que el sistema de Responsabilidad tenga su eje fundamental en el control de la atadura y el respeto de los poderes públicos al ordenamiento jurídico para que, de esa manera, con su actuar en equilibrio con los derechos y garantías de los ciudadanos, se logre satisfacer el interés público.³

Por su parte, y tal como sostiene Gordillo (2013) el Estado de Derecho garantiza el respeto por los derechos individuales, teniendo a estos como fin último. Pero, aun cuando se fundamenta que el Estado debe necesariamente contar con un sistema de responsabilidad que se base en el interés público, no se logra definir claramente qué se entiende por este último concepto. En ocasiones, puede interpretarse como intereses puramente estatales, en otras ocasiones puede interpretarse como garantía de derechos individuales. A efectos de ser precisos en lo que consideramos interés general a efectos del presente trabajo, nos basaremos en Gordillo (2013) quien nos advierte que el interés general *“no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad”* (Pág. 407).

Consideramos, entonces, que el “interés público” debe interpretarse siempre bajo el respecto de los derechos individuales y garantizando los derechos u libertades individuales, aquellas que son consagradas constitucionalmente y no se puede por “razones de interés público” ir en contra de los derechos individuales consagrados constitucionalmente.

Por tanto, hablar de interés general como fundamento de la actuación del Estado, nos lleva a sostener que no puede este desvincularse o excusarse de responder por los daños causados bajo ninguna circunstancia, ni aun aludiendo falta de intención. En todo caso, en lo que se hace el foco, al decir de Ramos Martínez (2014) es en *“el respeto por la dignidad de la persona humana que no puede ser avasallada por el poder público, por más buenas intenciones con que se pretenda disfrazar el atropello. Vale decir, cuando la Administración descarrila su conducta hacia la ilegitimidad, inmediatamente se vulnera interés general, con lo cual amparar a quien vulnera y viola la razón última del sistema*

³ ESPINOZA MOLLA, M. R. (2014) “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos” LA LEY2014-E. Recuperado en <http://www.laleyonline.com.ar>.

protectorio, deviene absurdo. Desde esta perspectiva, se señala que la actuación de la administración no puede ser ajena al control de su conducta desde una perspectiva constitucional” (Pág. 3)⁴. Entonces, podríamos asegurar que el Estado de Derecho, en concordancia con el respeto al interés individual y por tanto interés general, establece en las sociedades modernas el respeto y la protección a la dignidad de la persona.

Sea el Derecho Administrativo o Privado el encargado de regular la Responsabilidad del Estado, este tiene la obligación como poder público y en consonancia con nuestro Estado de Derecho democrático, de resarcir el daño causado.⁵ Por el momento, nos basta haber consolidado los fundamentos de la responsabilidad del Estado en general, para luego proceder a analizar si es el derecho administrativo o, por el contrario, el civil, el más adecuado para regular la responsabilidad.

A lo que sigue, analizaremos la responsabilidad del Estado como persona jurídica cuando causa un daño a los ciudadanos, sus principios, evolución y discusión doctrinaria. Dejaremos para posterior examen la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

3. EL ESTADO COMO PERSONA JURIDICA RESPONSABLE

A lo largo del tiempo en nuestro país, la responsabilidad del Estado ha tenido base jurisprudencial, es decir, han sido los propios Tribunales quienes han interpretado y aplicado la responsabilidad del Estado por los daños causados. Ello, por carecer de una ley específica al efecto. Ello, ha generado dificultad por carecer de un régimen Jurídico claro en la materia de Responsabilidad de los poderes públicos. Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, que reemplazo al Código de Vélez, se han modificado muchos aspectos normativos. Quizás, uno de los temas con mayor relevancia, por la importancia que este representa para la vida moderna, es el de la responsabilidad del Estado.

⁴ RAMOS MARTÍNEZ, M. F. (2014) “La nueva ley de responsabilidad del Estado y el interés público” - RCyS2014-IX, 26 <http://www.laleyonline.com.ar>

⁵ RAMOS MARTÍNEZ, M. F. (2014) “La nueva ley de responsabilidad del Estado y el interés público” - RCyS2014-IX, 26. <http://www.laleyonline.com.ar>

Determinar el ámbito del derecho al que debe pertenecer el sistema de responsabilidad estatal, por su actuar en el ámbito del derecho público, significaría también delimitar que órgano estatal es el encargado de legislar en la materia.

En este sentido, tal como nos advierte Lagarde (2015) si se concluyera que pertenece al ámbito del derecho Privado, tal como lo establece el artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso Nacional el dictado del Código civil y por tanto regular la materia. Si, en cambio, la responsabilidad del Estado es parte integrante del derecho administrativo, pues corresponde entonces que los congresos y las legislaturas provinciales y municipales lo regulen por ser no materia delegada al Congreso Nacional a través de la constitución.

Ahora bien, esta discusión no se centra cuando el Estado actúa en el ámbito del derecho Privado, que el encargado de regular dicha actuación y sus consecuencias es el Código Civil y Comercial; sino que el problema es cuando actúa en el marco del Derecho Público en lo que se denomina "función administrativa". En este caso, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Córdoba en su artículo 178 segundo párrafo, establece que debe regularse por un fuero especial, y este reza: *"La actuación del Estado, los Municipios y demás personas jurídicas públicas en el ejercicio de función administrativa, quedan sometidas al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia, y sin ningún otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa"*.⁶

Sin embargo, tal como nos advierte Lagarde (2015), las Provincias y los Municipios no pueden ampararse en su competencia para regular la materia de su propia responsabilidad civil y, por ende, apartarse de normas que más allá de provenir del derecho privado, tienen un sustento constitucional. No pueden, ya que equivaldría a que se eximan de sus responsabilidades amparándose en el federalismo.

Las críticas que se han establecido no han sido principalmente sobre este punto sino con respecto a las consecuencias que ello traería: si cada provincia tiene la posibilidad de regular en la materia, equivale a que un mismo daño tenga una distinta reparación y con distinto alcance según cada regulación, y también según quien sea el que causa el daño, si

⁶JUNYENT BLAS, F. – BORRETO, M. (2014) *"nuevo régimen de responsabilidad del Estado"* Recuperado el 08/09/2017 en <http://www.laleyonline.com.ar>. – cita: AR/DOC/324/2014

es un particular o si es un funcionario público y, en este último caso, también variará la responsabilidad si es un funcionario del Estado nacional, provincial o municipal.

Por su parte, Lagarde (2015) advierte otro problema que se podría suscitar – tal como veremos en los próximos capítulos del presente trabajo-, es qué sucede mientras se encuentra en vigencia el nuevo Código hasta que las provincias dicten sus propias leyes de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, o hasta que decidan adherirse a la Ley nacional N° 26.944. La respuesta a este problema sería que, ante la falta de una norma de Derecho Administrativo provincial, seguirá aplicándose de manera analógica las normas del derecho privado, es decir, el Código Civil y Comercial; independientemente de lo establecido en artículo 1764 del Código que las disposiciones del mismo no serán aplicadas a la responsabilidad Estatal ni de manera directa ni subsidiaria. Ahora bien, esta respuesta trae serios inconvenientes: tenemos disparidad de criterios en cuanto al alcance y sentido dependiendo de la provincia que ha causado un daño al ciudadano, con su consecuente violación al principio de igualdad ante la ley, emergente de la propia Constitución.

Estas cuestiones serán analizadas en extenso en los capítulos siguientes, conformándonos por el momento en advertir las serias dificultades que ofrece el sistema de responsabilidad estatal actual.

4. UNA CUESTIÓN DE COMPETENCIA REGULADORA: RESPONSABILIDAD CIVIL O ADMINISTRATIVA

La obligación de reparar el daño injustamente causado se fundamenta en la idea de justicia propia de todo Estado democrático. Ahora bien, el tema a tratar es quién debiera ser el encargado de regular dicha temática: si el Derecho Administrativo o el Derecho Civil.

Cabe advertir que, fuera del sistema que se establezca, no debe centrarse en la protección o interés del Estado como presunto dañador, sino que el foco debe ponerse en la víctima: ciudadanos que han sido vulnerados o dañados por el quehacer del Estado. Por tanto, no debe concebirse al sistema de responsabilidad del Estado como un sistema de privilegio para el poder público.

En cambio, Ramos Martínez (2014) sostiene es que el sistema de responsabilidad del Estado se debe instaurar teniendo en cuenta los intereses del mismo y que, regular con los mismos parámetros con los que se responsabiliza a las personas jurídicas privadas, llevaría a una desprotección de la administración pública y de las arcas del Estado, traducido esto entonces como un interés general.⁷

En este sentido, el citado autor establece que *“La obligación de reparar el daño causado no resulta patrimonio propio del derecho civil, sino que, por el contrario, es un supra concepto inherente a la idea misma de justicia, propia de un Estado democrático. Por otra parte, consideramos que el emplazamiento de la responsabilidad estatal en las normas y principios del derecho privado no se justifica por una carrera de tiempo con el derecho público, sino que por el contrario, tal consideración halla sustento en el régimen igualitario de las personas públicas y privadas que emana de la previsión contenida en el art. 43 de nuestro Código”* (Pág. 2).⁸ Tal como ha sostenido, la obligación del Estado de reparar se fundamenta en la idea de justicia y, de esta manera, no se puede decir que el materia exclusiva y excluyente del Derecho Civil (por ser quien primero regulo en la materia) y sería caer en considerar a las personas jurídicas públicas y privadas como iguales, lo que llevaría a creer que merecerían una misma regulación en materia de responsabilidad.

Presentada la disyuntiva entre privilegiar o tratar de “igual” al Estado a la hora de responsabilizarla por los daños causados, nos conformaremos por el momento en reconocer las razones para soportar un sistema de responsabilidad distinto, regulado por la materia administrativa mientras reconocemos que, un sistema basado en la protección de sus intereses del Estado puede llegar a vulnerar a la víctima y su derecho de ser reparada plenamente, cuestión que analizaremos en los capítulos segundo y tercero del presente trabajo investigativo.

5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

⁷ RAMOS MARTÍNEZ, M. F. (2014) *“La nueva ley de responsabilidad del Estado y el interés público”* - RCyS2014-IX, 26. Recuperado en <http://www.laleyonline.com.ar> .

⁸ Ídem, ob. Cit 7.

Tal como lo hemos sostenido anteriormente, el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra, a decir de Juan Carlos Cassagne (2014) “(...) *relacionada de una manera u otra, con los principios del Estado de Derecho*” (pág.. 2).⁹

Por tanto, podríamos decir que la doctrina se inclina por considerar que la Responsabilidad Estatal tiene su fundamento en el Estado de Derecho, aquel complejo de principios que buscan garantizarnos el mayor grado de seguridad jurídica. En este sentido, el Estado de Derecho significa asentarse sobre la base de un Estado humanista, en el que los individuos son fines en sí mismos y, por ello, debe centrarse en el ciudadano otorgándole seguridad y respeto a sus garantías y derechos de igualdad ante la ley. Entendemos por igualdad ante la ley, principalmente el reconocimiento uniforme de todos los derechos civiles. Como se ha advertido, esta igualdad podría ver vulnerada cuando, por la actividad estatal productora de un daño que genera la obligación de reparar sea soportada de manera desigual por los habitantes de un territorio nacional.

Ahora bien, más allá del principio de igualdad ante la ley (y en consonancia con este) contamos con otros principios constitucionales que emergen de nuestro Estado de Derecho, que sirven al momento de dotar de sentido el fundamento de la responsabilidad estatal.

Tal como anuncian Alegre y Gargarella (2007), los principios constitucionales pueden ser definidos como aquellos principios generales del derecho, reconocidos en las normas constitucionales, que conforman valores supremos. Son premisas fundamentales que identifican a un determinado ordenamiento jurídico como un Estado de Derecho. Estos principios son inalterables, tal como se ordena en el artículo 28 de nuestra Constitución Nacional, donde los principios, garantías y derechos reconocidos en el mencionado cuerpo legal no podrán ser “*alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”.¹⁰

Una vez definido qué entendemos por principios de derecho, podemos pasar a analizar dos principios básicos, nombrados anteriormente, que se derivan directamente de

⁹ CASSAGNE, J. C. (2014) “El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas” LA LEY2014-C, 88. Recuperado en <http://www.laleyonline.com.ar> .

¹⁰ Artículo 28 Constitución Nacional Argentina.

los preceptos generales de Estado de Derecho, a saber: principio *alterum non laedere* y principio de legalidad. Los analizaremos en detalle.

5.1.1 Principio de *Alterum non laedere*

Nombrado primeramente por el jurista Ulpiano, el término *alterum non laedere* significa “abstenerse de realizar conductas prohibidas por las leyes”, “no hacer daño a nadie”, y/ o “*implica una alteración en el equilibrio cuando se produce una lesión a los efectos, la persona o los bienes*”.¹¹

Al analizar este principio, una definición que es muy certera es la de Ricardo de Ángel Yágüez (1989), quien sostiene que “*el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana*” (pág. 21). Entonces, este principio con verdadera aplicabilidad solo en la vida en sociedad, está ligado a la idea de reparación. Ello, ya que cuando se viola este principio de no dañar a otro, nace la obligación de volver las cosas al estado anterior, restituir la situación del damnificado al estado más parecido posible, esto es “responder”, ser “responsable”.¹²

Tal como nos dicen Azar y Ossola (2016), este principio se encuentra receptado en la Constitución Nacional en el artículo 19, donde se establece que se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El primer párrafo del mencionado artículo dice: “*las acciones privadas los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservada a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*”¹³. Es decir, lo normado en la carta magna significa que las acciones privadas de las personas no son susceptibles de regulación legal ni enjuiciamiento, en la medida que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero.

Por su parte, en el Código Civil y Comercial de la Nación lo recepta de una manera categórica, en el artículo 1716: “*Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a*

¹¹ Extraído de: universojus.com – diccionario online general. Recuperado el 11/04/2017 de <http://universojus.com/definicion/alterum-non-laedere>.

¹² LOPEZ HERRERA, E. (S.F.) “Introducción a la Responsabilidad Civil” – Recuperado en <http://www.derecho.unt.edu.ar>

¹³ Artículo 19 Constitución Nacional Argentina

otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”.

Ahora bien, este principio rige tanto para los individuos como para el propio Estado y, en su caso, los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Nadie debe dañar a otro y, en caso de que eso suceda, se genera la obligación de reparar el daño causado bajo regímenes de responsabilidad.

5.1.2 Principio de Legalidad

En cuanto al principio de legalidad, también fundamental en todo Estado democrático de Derecho, podemos decir que constituye uno de los mayores límites a los poderes públicos, en virtud del cual todo el actuar del Estado debe estar fundado y en correlación con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Este principio brinda seguridad jurídica, ya que los poderes públicos deben sujetarse y respetar la ley por sobre todas las cosas. El Estado debe actuar ejecutando la ley y conforme a ella.

Tal como sostiene Herrera (2014), la legalidad significa que todo el actuar del Estado y de sus funcionarios, deben estar fundados y justificados por una ley previa; esta es comprensiva de todo el ordenamiento jurídico.¹⁴ Como primera medida encontramos la Constitución, luego las leyes de Poder Legislativo, y todo el conjunto de normas que no necesariamente debe ser de carácter general, esto configura lo que se dio a llamar “bloque de legalidad”.

Tal como sostiene Gordillo (2013) este principio, abarca otros conceptos jurídicos, tales como el de discrecionalidad, entendiendo a esta como el actuar dentro lo que establece la ley, tomándola como guía y límite, siempre sometiendo el actuar al control judicial.

Por tanto, este principio nos lleva a sostener que, si en el marco de la libertad el Estado realiza actos u omisiones que perjudiquen al resto de la comunidad, entonces, la ley

¹⁴ HERRERA, C. A. (2016) “¿Quién es el legislador en materia de responsabilidad del Estado?” - LA LEY 28/12/2016- Recuperado en <http://www.laleyonline.com.ar>

(comprensiva de toda la normativa vigente) enunciará qué actos están prohibidos y en caso de que se realicen y causen algún perjuicio, establecerá también el sistema de reparación.¹⁵

Gordillo (2013), al hacer referencia al proceso administrativo, hace alusión a un Principio de Legalidad Objetivo, lo que se pretende es la protección no solo de los derechos de los individuos, sino también, y lo que es más importante, defender la norma jurídica objetiva, para mantener el imperio de la legalidad, dándole suma importancia al interés público.

El principal objetivo de este principio, entonces vendría a ser el control y la fiscalización del actuar del Estado y sobre todo de sus funcionarios públicos, “*suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir la que nace del antojo personal de cada funcionario*” y con ello lograr una regularización en el actuar del poder público.

En este sentido, el artículo 18 de Nuestra Constitución, reza:

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

6. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Varcellone y Fataurus advierten que, si se asume que, por razones democráticas, los representantes políticos son responsables ante sus representados, se hace necesario identificar a los individuos considerados responsables por los actos en la función pública y

¹⁵ HERRERA, C. A. (2016) “¿Quién es el legislador en materia de responsabilidad del Estado?” - LA LEY 28/12/2016- Recuperado en <http://www.laleyonline.com.ar>

sus resultados. Esto es una exigencia que deriva de la moral política que rige la vida democrática en las sociedades modernas.¹⁶

Ahora bien, para poder desarrollar la temática es necesario reconocer un problema práctico que aqueja a las burocracias modernas: el problema de las múltiples manos.

Cuando se reconoce que el Estado moderno es una burocracia en donde intervienen muchas personas a la hora de tomar o ejecutar una decisión política, estamos frente a lo que Thompson (1999) llama “el problema de las múltiples manos”. Ahora bien, el autor afirma que las formas convencionales de atribuir responsabilidad política, no responden satisfactoriamente al problema de las múltiples manos y que la *responsabilidad personal* debidamente interpretada puede imputarse a los funcionarios con más frecuencia de los modelos que suponen. Los criterios de responsabilidad personal adoptados aquí son comunes a un amplio espectro de teorías morales, con ello se considera que los individuos son responsables de un resultado cuando son su causa y no han actuado por ignorancia o compulsión. Partiendo de estos criterios se puede decir que un funcionario es más o menos responsable que otro.

Vercellone y Fatauros en cuanto al análisis que efectúa el autor Thompson, hablan de una concepción de la responsabilidad política, haciendo hincapié en el concepto de administración pública, entendiéndolo que esta posee un patrimonio propio, con una estructura que la caracteriza en la cual se fomenta un modo de trabajo y de toma de decisiones que hace difícil establecer quien puede ser responsable personalmente, es decir atribuir responsabilidad a un funcionario específico que participó en la toma de decisiones. Partiendo de la base que para atribuir responsabilidad a un sujeto se necesita una relación causal entre el hecho y el daño y una voluntariedad, en el ámbito de la administración pública no existe ni un nexo adecuado de causalidad, ni tampoco una única voluntad para producir un resultado, y por tanto, se crea el problema que denominamos “de las manos múltiples”¹⁷

¹⁶ VERCELLONE, A y FATAUROS, C (sin año), “Política, responsabilidad y función pública”. recuperado en: https://aaep.org.ar/wp-content/uploads/2013/6cong/VERCELLONE_FATAUROS.pdf

¹⁷ Idem, ob. Cita 16.

Dennis Thompson (1999) presenta dos modelos que intentan dar una respuesta, el modelo de la responsabilidad jerárquica y el de la responsabilidad colectiva, ambos sin demasiado éxito. Igualmente, el detalle de estos modelos, el trato y la crítica, serán materia del capítulo cuarto del presente trabajo. Hasta aquí, vale aclarar que la atribución de responsabilidad personal a funcionarios públicos es una discusión profunda, que remite a fundamentos políticos.

En la actualidad, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, materia reglada por el Derecho Administrativo, establece que cuando el Estado dicta un acto jurídico es posible de ser impugnado en sede administrativa a través del proceso administrativo o en sede judicial a través del derecho procesal administrativo, además de la responsabilidad patrimonial del funcionario actor del daño y del Estado a través de la indemnización del perjuicio causado.

Sin embargo, si nos planteamos el interrogante si le corresponde responder, y por tanto indemnizar, al Estado o al funcionario público, Gordillo (2013) nos dice: *“la responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse juntamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño —lo que puede hacerlo tanto uno como el otro, y generalmente lo hará el Estado—, sino también de castigar al verdadero responsable de aquél, que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales; entendemos por ello, en suma, que el problema de la responsabilidad del Estado nunca debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos”*. (Pág. 537). La autora plantea, entonces, que lo importante está en establecer una responsabilidad del funcionario que cometió el daño, aunque en la mayoría de los casos quien indemniza es el propio Estado.

Lo fundamental es nunca desconocer que la responsabilidad del Estado debe estudiarse de manera conjunta con la responsabilidad de los funcionarios, ya que desconocerla significaría otorgarle impunidad, que le permitiría seguir cometiendo los mismos daños.

Indagaremos cual es el alcance de la responsabilidad del funcionario público en el ejercicio de sus funciones por los daños cometidos al tomar y/o ejecutar decisiones, advirtiendo que en la práctica no se tilda de responsable a los funcionarios públicos y que – generalmente- las víctimas demandan exclusivamente al Estado, ya que de ese modo se aseguran el resarcimiento económico del daño y, del mismo modo, el Estado no demanda a sus agentes por los daños que estos cometen y dañan a terceros y que le genera la obligación a indemnizar.

Sin embargo, la solución a este conflicto no sería responsabilizar pura y exclusivamente al funcionario, tal como nos dice Gordillo (2013) *“no puede en modo alguno proponerse la supresión de la responsabilidad del Estado, dejando como único responsable al funcionario, pues éste será generalmente insolvente; además, existirán casos en que el funcionario, por haber actuado regularmente, no será responsable, a pesar de lo cual puede haber resultado un daño del ejercicio de su función: En tal hipótesis es necesario que el Estado sea responsabilizado”*(pág. 537).

Por tanto, y tal como sostiene Gordillo (2013), lo que debe establecerse en la responsabilidad *conjunta* del Estado y del funcionario, por tanto, se debería demandar a ambos en forma mancomunada.

Lograremos analizar en detalle estas cuestiones, pero, primero, debemos abordar los alcances de la responsabilidad civil, luego, la nueva Ley de Responsabilidad del Estado y, por último, la responsabilidad de los funcionarios públicos. Cada temática responderá a cada capítulo subsiguiente.

7. CONCLUSION

En este primer capítulo, se analizó la temática de la responsabilidad tanto del Estado como de los funcionarios públicos, teniendo en cuenta que ambas responsabilidades tienen caracteres e implicancias diferentes. Se pudo dilucidar cuál es el fundamento de esta responsabilidad, dejando en claro que tanto el Estado como sus funcionarios deben responder en virtud del Estado de Derecho y sus principios fundamentales. Éste establece que, lo que moldea la responsabilidad del Estado, tanto por su actividad legítima como ilegítima, es la ley y, por tanto, debe obedecerla y abstenerse de dañar a otros.

Luego, con el estudio del Estado como persona jurídica responsable, analizamos quién tiene la competencia para regular la materia, si el derecho civil o administrativo. Estableciendo que la reparación se asienta sobre la idea de justicia, se analizaron las diferentes posturas con respecto a quien debe legislar en la materia.

Se estudió el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado, estudiando principios básicos como el de *Alterum non Ledere* y el Principio de Legalidad.

Por último, se analizó la responsabilidad en particular del funcionario público, planteando primeramente el problema que Thompson (1999) denomina el de las “múltiples manos” y las posibles soluciones. Aunque el alcance de la responsabilidad de los funcionarios públicos será detallado en el capítulo cuarto del presente trabajo, hasta el momento se han presentado las dificultades que trae aparejada la realidad burocrática estatal en donde no está clara la delimitación del actuar entre el Ente y los propios funcionarios. En la práctica, aparentemente, es el Estado quien termina por afrontar las demandas en contra de las prácticas de los funcionarios públicos. En todo caso, Gordillo (20013) nos advierte que debemos reconocer una obligación conjunta y mancomunada entre el Estado y sus funcionarios públicos a la hora de responder por los daños que causaren a los ciudadanos.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

1. INTRODUCCION

En el presente capítulo abordaremos la temática de la Responsabilidad Civil en general y Responsabilidad del Estado, desde la óptica del Derecho Civil. Para lograr esta tarea, comenzaremos definiendo la Responsabilidad Civil y particularmente la del Estado, reconociendo los preceptos básicos de la normativa civil que debemos abordar a fin de analizar la responsabilidad civil.

A continuación, explicaremos la parte general y los puntos específicamente regulados sobre la que se asienta la responsabilidad civil. Como primera medida, se desarrollan los presupuestos de la responsabilidad sin los cuales no existiría la posibilidad de que se genere la obligación de indemnizar.

El primer presupuesto definido es el daño y sus requisitos, además de la clasificación, teniendo en cuenta la gran importancia de la clasificación en daño patrimonial y extra patrimonial. El segundo presupuesto que es la antijuridicidad, en donde se plantea el interrogante si la misma es objetiva o subjetiva. Seguidamente se tratará la relación de causalidad y sus tres modelos: la Teoría de Equivalencia de las Condiciones, Teoría de Causalidad Directa y la Teoría de la Causalidad Adecuada, esta última receptada por el Código unificado vigente en nuestro país. Con respecto al último presupuesto, se definirá el factor de atribución y se hará un análisis detallado de los factores subjetivos (dolo y culpa) y de los factores objetivos (riesgo, garantía y equidad).

En la misma línea de análisis se estudiarán los eximentes de responsabilidad, factores que al producirse obstan que nazca la obligación de responder como consecuencia de que se elimina alguno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad.

Por último, se estudiará la incorporación de la Responsabilidad del Estado en el antiguo Código de Vélez Sarsfield, se analizará la regulación con un análisis del articulado y el fundamento de su incorporación, llegando hasta nuestros días y la vigencia del nuevo

Código Civil y Comercial que ha venido a cambiar el criterio que operaba antes de la reforma.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Dentro del ámbito del Derecho Privado, el concepto de Responsabilidad Civil o Derecho de Daños es entendido como la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico. A decir de Bustamante Alsina (1982) la responsabilidad “*comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado*”.¹⁸ (Pág.73)

2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

La Responsabilidad del Estado tiene como eje central al poder público como un todo y sus funcionarios, en ejercicio o en ocasión de sus funciones, ya sea por su actuar regular o irregular. Es entendida, al decir de Cornejo (2016), como la obligación que pesa sobre el Estado de reparar los daños causados por el actuar de sus órganos; además de la propia responsabilidad que pesa sobre el funcionario público, agente productor del daño. Esta responsabilidad existirá y por tanto también, su correlativo deber de indemnizar en la medida en que alguien haya sufrido un perjuicio real susceptible de apreciación pecuniaria.

19

En cuanto a su naturaleza Jurídica, podríamos decir que, tal como sostiene Ossola y Azar (2016) la responsabilidad del Estado por los daños que cause, ya sea por su actividad como por su inactividad, es de naturaleza objetiva por lo cual se prescinde de toda idea de culpa y dolo. Además, es de naturaleza directa de tal manera que no es necesario acreditar la falta o la irregularidad en el actuar del agente, funcionario público o del tercero dependiente contratado de aquel.

¹⁸CORNEJO. B. D. (2016) “Breve reseña sobre la responsabilidad civil y sus funciones. Evolución en el tiempo” – DA CF160633 - www.saij.gob.ar

¹⁹ MANSILLA, N. P. (s.f.) “*LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial*”. Recuperado en :<http://www.derecho.unc.edu.ar>

Con respecto al carácter directo de la responsabilidad, tiene fundamento en la Teoría del Órgano, que ha sido receptada por la nueva Ley de Responsabilidad del Estado, ley 26.944, como un modo de poder justificar que el Estado responda por los daños que causen sus dependientes.

Tal como nos enseña Mansilla, esta teoría pone el foco en considerar al funcionario público como un órgano del Estado, y, por tanto, lo que este realiza en el ejercicio de sus funciones, se considera hecho directamente por la administración pública y esta es directamente responsable, ya que este actúa mediante sus órganos. Por tanto, esta teoría es receptada en la ley y se traduce de la siguiente manera, cuando el funcionario actúa, lo hace el Estado, por tanto, cuando el primero comete una falta, se considera que la comete el Estado²⁰.

De esta manera, la citada teoría, aparentemente bloquea la posibilidad de responsabilizar a los propios funcionarios públicos cuando en ejercicio de sus funciones causen un daño. Ello, ya que se le atribuye al Estado como persona jurídica lo que sus dependientes causen. Esto será una de las problemáticas a dilucidar en el presente trabajo de investigación, a efectos de promover una crítica a la ley sancionada en cuestión.

Cuando se establece que el Estado es responsable objetivamente, Mansilla (entiende que se hace referencia al tipo de factor de atribución elegido a la hora de legislar en la materia. El factor objetivo de atribución funda la responsabilidad en la existencia efectiva de un daño y que necesariamente exista una relación de causalidad, un nexo entre el daño y la acción u omisión del órgano del Estado, independientemente y con total abstracción de la idea de culpabilidad.²¹

Por su parte, y siguiendo con los dichos de la citada autora, con respecto a la Ley 26944, existen dos factores objetivos de atribución: la “falta de servicio” en el caso de un accionar ilegítimo y el supuesto de “sacrificio especial” para el supuesto de acción lícita.

²⁰MANSILLA, N. P. (s.f.) “*LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial*”. Recuperado en <http://www.derecho.unc.edu.ar>

²¹ Idem, ob. Cita 20.

Estos factores serán desarrollados oportunamente a la hora de indagar el alcance y sentido de la citada ley.

3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tal como nos indican Azar y Ossolla (2016), los presupuestos de la Responsabilidad Civil son los requisitos propios y elementos esenciales que toda acción debe reunir para poder constituirse en una causa fuente que sea idónea para generar la obligación de indemnizar, de resarcir el daño que fue injustamente causado y todas las obligaciones subsecuentes.

Estos presupuestos a su vez tienen ciertas características y condiciones, las cuales analizaremos a continuación.

3.1 En primer lugar, contamos con el presupuesto del daño. Con respecto a este carácter Azar y Ossolla (2016) establecen que como primera medida hay que hacer una distinción entre el daño y el daño resarcible. El primero, el daño como concepto amplio comprende la *“lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”* (Artículo 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación) como se puede observar el artículo comprende no solo el menoscabo a los Derechos Subjetivos, sino que el de cualquier interés jurídico que no esté expresamente reprobado por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el daño resarcible en sentido estricto que está constituido por las consecuencias que genera una lesión (*“lo que se indemniza”*).

La comisión redactora del Proyecto del Actual Código Civil y Comercial señala la distinción entre *“daño”* e *“indemnización”* entendiendo a estos dos conceptos como algo diferente. Entonces, podemos establecer que *daño-lesión* constituye el fundamento de la función preventiva y de los derechos que se generan para evitar su causación. Como complementario el *daño resarcible* presupone la existencia de una lesión y busca evitar la consumación de dicha lesión o su agravamiento en el futuro.

Tal como continúan sosteniendo los autores, existen dos categorías o especies dentro del Daño Resarcible, a saber: daño patrimonial y extramatrimonial, de los cuales

ampliarse más adelante. Ahora bien, dicho daño debe ser resarcible. Como sabemos no toda consecuencia material de una acción es resarcible, por lo tanto, el Artículo 1739 establece los requisitos; “*para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo e indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.*”.

A continuación, y guiándonos por la exposición de Ossola y Azar (2016), analizaremos cada uno de los puntos integrantes del mencionado artículo. El primer requisito que encontramos es de certeza, que asegura que el daño debe ser cierto y no meramente conjetural, debe estar clara la real existencia de un perjuicio, que sea comprobable en la realidad material. Debe existir necesariamente un perjuicio. Como segundo requisito, tenemos el de la subsistencia, esto es, que el daño no haya sido resarcido con anterioridad, es decir, que el responsable del daño no haya reparado los efectos nocivos de la acción. Será reparable el daño cuando siga existiendo un detrimento patrimonial en perjuicio de la víctima. Como tercer requisito, tenemos al de la personalidad, no se puede solicitar la indemnización de daños que no sean propios, en *su* persona, en *su* patrimonio o espíritu. Lo que conllevaría a darle legitimación únicamente al damnificado titular del derecho afectado; y en este punto hay que hacer una distinción entre damnificado *directo* e *indirecto*. En la norma establece que debe existir un perjuicio directo o indirecto (artículo 1739, Código Civil y Comercial). Cuando existe un perjuicio directo, el damnificado es quien sufre la lesión en un *bien y un interés jurídico propio* (ej.: quien padece una lesión física producto de un accidente de autos). En cambio, el daño que sufre el damnificado indirecto, es consecuencia de la lesión a un *bien jurídico ajeno* que le provoca un menoscabo en los *intereses jurídicos propios*. (ej.: el daño moral que sufre un hijo derivado de la muerte del padre).

Por su parte, tal como sostiene Lorenzetti (2015), el daño puede ser clasificado en patrimonial y extra patrimonial. En este sentido, el Artículo 1738 del Código Civil y Comercial se refiere a la *indemnización* del daño, entendida esta como la consecuencia o resultado de la lesión, y esa indemnización es patrimonial o no patrimonial; el mencionado artículo reza: “*la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias*

de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Se entiende por daño patrimonial a una disminución en lo que *se tiene* o *se debería tener* si no se hubiera producido el hecho dañoso. El detrimento se produce en los bienes u objetos que conforman el patrimonio de una persona (OSSOLA y AZAR, 2016). La manera de reparación consiste en la “*restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso*” tal como lo establece el artículo 1740 del Código Civil y Comercial.

Dentro de esta categoría se encuentran tres especies, que nos explican Ossola y Azar (2016), y que se encuentran descriptas en el mencionado artículo 1738, “*La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances*”.

Entonces, y siguiendo a los autores, la primera de ella es el daño emergente, el cual puede ser actual o futuro y consiste en la disminución en el patrimonio, pérdida económica y un empobrecimiento de la víctima; consiste en el perjuicio efectivamente sufrido. La segunda especie de daños patrimonial es el lucro cesante o “*beneficio económico esperado*”, en donde estarían englobadas las ganancias que la víctima esperaba obtener y se vieron frustradas por la lesión provocada. De esta manera, comprende la privación de un enriquecimiento patrimonial que era objetivamente esperable, aquello que razonablemente hubiera podido obtener de no haberse producido el hecho dañoso. Por último, la pérdida de chance que, si entendemos la “*chance*” como oportunidad o posibilidad de conseguir algo, entonces significaría que se pierde la posibilidad o la oportunidad de conseguir un beneficio patrimonial, a diferencia del lucro cesante que se frustra una ganancia efectiva, en este supuesto lo que se pierde es una *probabilidad*. El artículo 1739 establece que “*...La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador*”.

Por su parte, el daño extra patrimonial, comúnmente denominado daño moral, comprende todas las repercusiones no patrimoniales, todo lo anímicamente perjudicial,

establecidas en el artículo de una manera meramente enunciativa como violación a los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las lesiones que resulten de la interferencia en su proyecto de vida; de lo que se desprende que el nuevo código hace una interpretación amplia del daño moral, entendido como todas las consecuencias perjudiciales en las capacidades de querer, entender y sentir (OSSOLA y AZAR,2016).

3.2 El segundo presupuesto de la responsabilidad civil es la antijuridicidad. Entendido este como sinónimo de ilicitud, un comportamiento es antijurídico cuando es contrario al ordenamiento jurídico, cuando se vulnera los preceptos contemplados en las normas jurídicas. Este presupuesto definido por Ossola y Azar (2016), está conceptualizado dentro de los articulados del Código, el que establece en el artículo 1717 que “*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*” por tanto, se considera que actualmente el concepto de antijuridicidad existe y se respalda en el deber general de no dañar a otro incorporado en el Código en el artículo 1710, inciso “a” (“*toda persona tiene el deber, en cuanto ella dependa, de: a- evitar causar un daño no justificado*”) y mencionado en el artículo 1716, principio que tiene rango constitucional ya que se encuentra implícito en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que prohíbe las acciones que perjudiquen a terceros.

Por último, cabe aclarar que la conducta humana puede obrarse por acciones u omisiones antijurídicas, dentro de esta última categoría de acciones cabe distinguir la *comisión por omisión* y la *omisión pura*, en la primera la persona es la que crea un riesgo y luego omite neutralizarlo; es decir que se logra un resultado mediante el “no hacer”, entonces tenemos la existencia de un hecho positivo primero y uno negativo posterior; en la omisión pura lo prohibido es abstenerse de actuar.

Por su parte, podemos referirnos a la antijuridicidad objetiva y subjetiva. Hablar de antijuridicidad subjetiva llevaría a creer que una acción es antijuridicidad o ilícita solo si existe voluntariedad del agente. Los civilistas se inclinan por la postura que entiende que la antijuridicidad surge de confrontar el hecho humano con el ordenamiento jurídico, con prescindencia de la imputabilidad o no del agente, esto es, un juicio de valor netamente objetivo. Por tanto, es claro que se tomó partido por la concepción objetiva y material de la

antijuridicidad, la misma vertiente que postula recepción del principio *alterum non laedere* pero con la limitación de las causas de justificación (OSSOLA-AZAR, 2016).

3.3 El tercer presupuesto es la relación de causalidad. El artículo 1726, hace alusión a la relación de Causalidad y establece: “*Son reparables las consecuencias dañosas que tiene nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto las disposiciones legales se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”. La relación de causalidad permite atribuir un determinado resultado a un hecho que es su origen, entendida la causa como un antecedente fáctico al que se le imputa a una consecuencia.

Los modelos o sistemas de causalidad es el conjunto de procedimientos y principios con los que se define la causalidad.

El primero, Teoría de la Causalidad Adecuada.

Según lo sostenido por los autores Ossola y Azar (2016), esta teoría, está receptada en el nuevo Código unificado, en el artículo 1726, que puntualiza en el nexo adecuado de causalidad entre las consecuencias dañosas y el hecho productor del daño, es decir, entre la conducta antijurídica y el daño. Esta teoría de la causalidad adecuada, entonces, es entendida como aquello que, según un juicio de probabilidad, según el curso normal y ordinario de las cosas acostumbra a suceder, una acción (ya sea positiva o negativa- acción u omisión) se presenta como el antecedente fáctico necesario e idóneo para producir el resultado dañoso.

Los autores nos advierten que el ya mencionado juicio de probabilidad, es un juicio objetivo que comprende además la posibilidad y previsibilidad; y que se realiza en abstracto, independientemente de lo sucedido en el caso concreto, tomando en cuenta lo que regularmente ocurre. La objetividad se analiza según el juicio de un hombre promedio, se descarta la subjetividad del agente y prescindiendo de sus condiciones y calidades personales, tales como sus conocimientos, sus habilidades, sus incompetencias, etc.

El segundo modelo, Teoría de la Equivalencia de las Condiciones.

Aquí también contamos con Ossola y Azar (2016), quienes nos indican que esta teoría, de la que es postulante Stuart Mill, quien considera que una consecuencia deriva de una pluralidad de acciones y rara vez puede identificarse un solo antecedente. Esta postura considera que son condiciones que producen un resultado dañoso a la totalidad de los factores que inciden en su acaecimiento.

Cuando hablamos de esta teoría y sobre el procedimiento para saber cuándo se está en presencia de una causa, encontramos el concepto de *conditio sine qua non*, hace referencia a que cuando se suprime mentalmente una condición y entonces el resultado desaparece, estamos en presencia de la causa del daño. Por tanto, cuando hablamos de *conditio sine qua non*, hablamos de toda condición sin la cual no se habría producido el daño.

El tercer modelo, Teoría de la Causalidad Directa.

Los autores citados (2016) indican que esta teoría entiende que, de todas las condiciones necesarias, la causa se ajusta al último evento que produce el efecto, por tanto, se habla de “causa próxima”.

3.4 En cuarto lugar contamos, como presupuesto necesario el factor de atribución. Para la imputación material de un suceso y su posterior daño a una persona, se precisa además de los presupuestos antes explicados el *factor de atribución*, calificado este por Zavala de González (2015) como “razones que justifican la responsabilidad” (pág. 594). Y lo que atribuyen no es el daño, sino la obligación de repararlo, una *carga de reparación*. Regulado en el artículo 1721 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece que “la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa el factor de atribución es la culpa” y esto nos da el pie para efectuar una clasificación.

Tal como se estableció en el punto anterior los factores de atribución pueden ser subjetivos y objetivos. Tradicionalmente la atribución del deber de reparar se construyó sobre la idea de culpabilidad, esto supone la existencia de voluntariedad jurídica plena del sindicado como culpable, al tiempo de la producción del daño. Con el tiempo fueron entrando en escena nuevas formas de producir daños, lo que trajo aparejada un surgimiento

de los factores objetivos de atribución, que prescinden totalmente la idea de culpabilidad y por consiguiente de voluntariedad.

3.4.1 Los factores subjetivos se asientan en un “*juicio de reproche de la conducta, según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético*” (BUSTAMANTE ALSINA, 1992, pág. 307). Esta categoría necesita ineludiblemente y presupone la imputabilidad del agente, es decir, la existencia de discernimiento, intención y libertad. Existe una sub-clasificación de los factores subjetivos que son el dolo y la culpa. El conjunto de los factores subjetivos se encuentra regulado en el artículo 1724 del Código Civil y Comercial y este establece: “*son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.*”

El primer factor de atribución subjetivo es el dolo. Tal como lo establece el artículo 1724, última parte, el dolo se configura *por la producción de un daño de manera intencional o manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*; se define como lo opuesto a la buena fe, se encuentra en una conducta que tiene como finalidad directa la producción de un daño, la deliberada intención de afectar los intereses de un tercero; importa un total desinterés por el otro, que debe ser *manifiesto*, es decir, ostensible, a la vista y claro.

Luego encontramos el segundo factor de atribución subjetivo, que es la culpa. Este ha sido el factor de atribución por excelencia de la responsabilidad civil y está definida en el artículo 1724 como “*la omisión de diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar. Comprende la imprudencia, negligencia e impericia en el arte o profesión*”²². Este concepto comprende tanto el incumplimiento de una obligación, como la violación del deber general de no dañar a otro.

²² Artículo 1724. Código Civil y Comercial de Argentina.

El concepto de culpa se configura como la omisión de la observación de un comportamiento diligente, es decir, suprimir realizar lo que por las circunstancias se exigían, además de la ausencia de la deliberada intención de causar un daño o incumplir una obligación, con total menosprecio por el resultado lesivo (OSSOLA, AZAR – 2016).

En la última parte del párrafo extraído del artículo 1724, se enumeran las maneras en las que puede manifestarse la culpa:

- Como una *imprudencia*, esta es una conducta positiva. La conducta se realiza de una manera irreflexiva, precipitada (ej.: cuando un automovilista circula a excesiva velocidad).
- La *negligencia*, que consiste en omitir cuidados y las debidas precauciones, en no adoptar medidas que el caso requiere; no adoptar las diligencias necesarias para evitar el daño.
- Y por última, la *impericia*, que consiste en el incumplimiento o desconocimiento de las reglas propias del arte, la ciencia o la profesión, se actúa con *incapacidad técnica*.

3.4.2 Como es evidente el factor objetivo es aquel que prescinde la culpa o el dolo del agente, tal como se define en el artículo 1722: “*el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad*”.²³

A partir de esto Azar y Ossola (2016) definen el factor objetivo como aquel que “*imputa la responsabilidad a quien es titular o está emplazado en una situación jurídica característica, definida con fundamentos de justicia distributiva, compensatoria o equitativa, que es condición causal de acciones o hechos productores de daños*” (pág. 432). Al igual que la responsabilidad subjetiva, los factores objetivos de atribución son aplicables tanto a supuestos de autoría propia como por autoría ajena.

Tal como establecen los autores antes mencionados, existe una sub-clasificación de los factores objetivos, una enumeración que no es taxativa ni excluyente. Primeramente, este tipo de responsabilidad apareció asociado a la idea de riesgo de las cosas y ciertas actividades, y por el vicio de las cosas; a lo que luego se le adiciono la idea de garantía que

²³ Artículo 1722 Código Civil y Comercial de Argentina.

perfilo una situación diferente como así también la de equidad. Estos, pueden ser considerados como los factores objetivos medulares sin perjuicio de la existencia de otros, con independencia de su tipificación.

En particular podemos nombrar los siguientes factores objetivos: el riesgo, la garantía y la equidad. Todos estos factores están regulados en el propio Código Civil y Comercial de la Nación pero, por exceder el ámbito y materia del presente trabajo de investigación nos conformamos con conceptualizar en general a lo que entendemos por factor objetivo y nos remitimos para la puntualización a los preceptos del Código Civil.

4. EXIMENTES.

Los eximentes son supuestos que cuando se configuran el sindicado como responsable no debe responder, se exime de la Responsabilidad de indemnizar que sobre él pesaba. Son situaciones de carácter objetivo con los cuales se elimina alguno de los presupuestos necesarios e indispensables para que se configure el deber de reparar; operan enervando la antijuridicidad, la relación de causalidad o el factor de atribución.

A decir de Ricardo Luis Lorenzetti, (2015) en su labor como director del Código Civil Comentado, las causales de justificación son circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico otorga un “*permiso para dañar*” (Pág. 371).

Las eximentes se clasifican según el efecto que producen en, eximentes que afectan la antijuridicidad, la relación de causalidad o el factor de atribución; y cuando existe alguna de estas causales obsta en nacimiento de la obligación de indemnizar en daño.

5. INDEMNIZACION

Luego de producido un hecho dañoso, el damnificado tiene derecho a una indemnización, ésta consiste en la restitución de la situación en que se encontraba anteriormente en la medida en que sea posible, ya sea por el pago en dinero o en especie. Entonces podemos decir que indemnizar consiste en reparación del daño, y esta última es

considerada por Pizarro y Vallespinos (2014) como “*el cumplimiento de una obligación a cargo del responsable y a favor del damnificado, que tiene por objeto resarcir el daño injustamente al acreedor*” (pág. 217). Constituye entonces restablecer el equilibrio que fue alterado por el daño y cumplir con los principios de justicia y equidad.

La indemnización se encuentra definida en el artículo 1738 del Código Civil y Comercial de Nación, en donde se desarrollan aquellos tipos de daños que son indemnizables, y este establece: “*Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*”.

Por tanto, la indemnización comprende toda clase de daños, y ellos son los que van a determinar su cuantía. Indemnizar significa recomponer económicamente a la persona que ha sufrido el daño, restituyendo todas las pérdidas, tal como establece el artículo, tanto patrimonial como extra patrimonial.

Esta idea de reparación de todo el daño causado está plasmada en el Principio de Reparación Plena. Este principio, antes receptado solo por la doctrina y la jurisprudencia y hoy incorporado en el Código Civil y Comercial en su artículo 1740, tiene una gran importancia con relación al principio general de no dañar a otros y se define como un principio que garantiza una reparación justa.

Hablar de reparación *plena* equivale además de restituir la situación del damnificado al mismo estado en que se encontraba antes de la producción del hecho dañoso; un cabal resarcimiento que no puede existir nunca si el daño o perjuicio que se le causo subsisten en cualquier medida.

Este principio implica una razonable equivalencia jurídica entre el daño producido y su consecuente reparación. Y la mencionada equivalencia, nos enseñan Pizarro y Vallespinos (2014) que debe tener cuatro pilares fundamentales: a) el daño debe ser fijado al momento de adoptar la decisión, ya que al momento de sentencias el daño puede ser mayor o menos por diversas circunstancias; b) la indemnización que se fije en ningún caso debe ser inferior al perjuicio causado; c) la valoración del mencionado perjuicio debe

realizarse en el caso concreto y, d) como contrapartida la reparación tampoco puede ser en ningún caso superior al daño sufrido por la víctima

El Código Civil y Comercial de la Nación, con respecto a esta temática, en su artículo 1740, reza:

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

6. RESPONSABILIDAD EN EL CODIGO DE VELEZ SARSFIELD

En este punto trataremos las bases sobre las que se asentaba el concepto de la Responsabilidad civil y la Reparación por el daño causado en el antiguo código con la inevitable comparación con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Tal como sostiene Zavala de González (2015), la antigua concepción del derecho de daños se apoya sobre una base netamente patrimonialista, se tenía una visión *utilitaria* del ser humano, sin independencia de su patrimonio. Fue mirado como productor, como propietario, empresario o trabajador; se tenía una mirada despersonalizada, considerado más por lo que *tiene o hace*, en lugar de por lo que *es*. A diferencia de la tendencia jurídica actual que protege al hombre como persona de manera integral. Es decir, no se protege solo los bienes materiales sino también la integridad de sus derechos personalísimos.

Por tanto, podemos decir que el acento jurídico estaba puesto en la propiedad privada y hoy con un gran cambio de paradigmas la lupa esta puesta en la persona, en su protección no solo en la órbita económica, sino que también en la espiritual y social.

Otro punto importante tratado por Matilde Zavala de González (2015) en su libro “*La responsabilidad civil en el nuevo código*” es el concepto de lo injusto. Mientras antes el foco era puesto en la injusticia del *acto* que produjo el daño, hecho que debe ser ilícito y culpable y la reparación era de carácter meramente sancionador, en la visión actual considera que lo injusto es el perjuicio sufrido por la víctima. Lo que se considera, actualmente, es la injusticia del daño. Por tanto, genera que la óptica del resarcimiento este puesto no ya en el efecto sancionador sino en el efecto *reparador*, para compensar a la víctima por el perjuicio injustamente causado. Este es otro ejemplo como la mira esta puesta en el damnificado, se le deben indemnizar los efectos que provoquen el daño injusto independientemente de la antijuridicidad o no de la conducta. Así, el citado autor nos dice: “*Lo prioritario no es castigar al autor de un hecho culpable, sino proteger a la víctima de un daño inmerecido* (Pág. 43).

Por su parte, la nueva regulación ha evolucionado con respeto a la responsabilidad colectiva. No cabe hablar solo de responsabilidad individual, sino que existen supuestos donde se causan daños producto del actuar de un determinado grupo, que son fuente de responsabilidad cuando el autor del daño sea anónimo, o aun cuando teniendo conocimiento de quien fue el actor se responder por participar en actividades riesgosas para la sociedad, por tanto se les imputa responsabilidad a sus partícipes; como por ejemplo la regulación del Artículo 1762 Código Civil Y Comercial que regula la actividad peligrosa de un grupo.

Estos son algunos claros ejemplos entre otros puntos, que a nuestra consideración y con respecto al tema que estamos tratando, son los que revisten mayor relevancia.

6.1 Antigua regulación en materia de Responsabilidad del Estado.

Al hablar de la materia Responsabilidad del Estado y su evolución, tenemos que hacer un breve acercamiento al comienzo de esta línea de tiempo en la que existió un momento en el que lo que existía era la irresponsabilidad total del estado por el actuar de sus dependientes.

El artículo 43 del Código Civil de la Nación, que receptaba la teoría de la ficción, que tenía como principal exponente a Savigny, consideraba que el único que puede ser

fuente de derechos y obligaciones es el hombre y que la persona jurídica es considerada como un ente ideal y por tanto carece de voluntad, por lo que se desprende que no es susceptible de imputación. Y, al actuar los representantes o dependientes, tienen que hacerlo en base a las reglas que sus propios estatutos establecen, en el caso que el actuar de estas personas no se ajusten a ellos deberán responder personalmente por los daños causados. Por tanto, está claro como Vélez establecía la preeminencia en el factor subjetivo y por tanto le negaba la responsabilidad de las personas jurídicas por carecer estas de voluntariedad.

Otra etapa de esta evolución se produjo con la modificación de Código del año 1968, con la ley 17.711, que entre las tantas modificaciones importantes que trajo aparejada, se modificó el mencionado artículo 43, y a partir de este momento va a establecer lo siguiente:

Artículo 43: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.*

Este artículo tiene varios puntos importantes. Tal como indica Ibarlucía (2014), como primera medida podemos resaltar el de considerar a las personas jurídicas en plano de igualdad, sin distinción entre privadas y públicas. Otro punto de importancia es que deja bien claro que la persona jurídica será responsable por los hechos de quienes son sus dependientes, esto es siempre y cuando los daños que generen la obligación de resarcir sean provocados en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Por último, hacer hincapié en que este artículo equipara a las personas jurídicas con las personas físicas y, por tanto, ambas responden en iguales condiciones.²⁴

Ese esquema se mantuvo hasta 1984, año en que se dicta el fallo Vadell (que será analizado detenidamente en el capítulo cuarto). Aquí la Corte cristalizó el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en la idea de falta de servicio, noción a la que

²⁴IBARLUCÍA, E. A (2014). *“Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?”* AR/DOC/2129/2014. Recuperado en www.laleyonline.com.ar

residenció en el art. 1112 del Código Civil. Con ello se terminó de perfilar el sistema imperante hasta 2014 en todo el país: responsabilidad objetiva y directa.

Este fallo estaba fundamentado en el artículo regulado en la sección segunda: “*de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia y extinción de los derechos y obligaciones*” en su título IX “*de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*” en el artículo 1112 lo que Vélez Sarsfield denominó la “*Responsabilidad Pública*”; este artículo establece que frente a un daño causado por un acto administrativo o por una omisión, por el hecho del estado, tiene el perjudicado dos acciones posibles, contra el estado propiamente dicho y contra el funcionario actuante, lo que equivale a decir, contra el principal y el dependiente.

El mencionado artículo, que constituye una fuente mediata del actual Código Civil y Comercial 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 son comprendidos en las disposiciones de este código*”.

6.2 Fundamento de la incorporación en el antiguo código.

Al hablar del código de Vélez, no se podía hacer alusión a Responsabilidad del Estado propiamente dicha, porque tampoco se podía concebir la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos ilícitos. Sin embargo, a lo largo del tiempo tanto a nivel doctrina como en jurisprudencia se ha ido evolucionando; y teniendo en cuenta que con antelación en el antiguo Código el factor de atribución genérico de responsabilidad extracontractual era la culpa, se comenzaron a incluir supuestos de responsabilidad objetiva.

Tal como sostienen Ibarlucía (2014), existieron supuestos especiales de responsabilidad, entre ellos: la responsabilidad de los padres, los directores de colegio, los dueños de hoteles, capitanes de buques, responsabilidad del dueño del animal que causa un daño, etc. Sin dejar de considerar que en última instancia el factor de atribución también era la culpa, traducida esta como la falta de custodia y cuidado. Con esta misma ideología, Vélez entendió que el actuar irregular de un funcionario público puede causar perjuicios

terceros cuando se incumpla con sus funciones y ese cumplimiento era necesariamente culposo.²⁵

No podemos dejar de mencionar aquí lo que Vélez dijo en la nota de los artículos 33 y 34, y este expresó “*Desde que se reconocen que las mismas obligaciones que se forman entre particulares, pueden formarse entre un Estado y un particular, es forzoso admitir que los tribunales deben administrar justicia sin distinción de personas*”. A continuación, agregó “*en nuestra Republica no puede haber duda alguna en la materia.... La misma Corte de Justicia es el tribunal competente en las cuestiones civiles de una provincia con otra, o entre un estado y las personas particulares.*” Por consiguiente, el Estado y las provincias son personas jurídicas, desde que no son personas individuales, y pueden estar en juicio sobre sus bienes, o sobre sus derechos a la par de los particulares.

Este tercero debe ser una persona distinta del responsable y de la víctima; puede ser una persona física o jurídica, de carácter público o privado.

7. LA REGULACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

El código Civil y Comercial de la Nación contiene una sección que regula “supuestos especiales de responsabilidad”. En esta parte del Código se regula la responsabilidad de las personas jurídicas y, a tenor de ello, el artículo 1763, primero de dicha sección, dispone que la persona jurídica responda por “*los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio u ocasión de sus funciones*”.

A manera de introducción, se debe establecer que el instituto de las personas jurídicas tiene su espacio en la parte general del código, en el título II, Capítulo I en su primera sección y con respecto a ellas el artículo 141 las define como todos los “*entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*” y con clasificadas por el artículo 145 como personas jurídicas públicas y privadas. Y en el

²⁵IBARLUCÍA, E. A. (2014) “*Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?*” AR/DOC/2129/2014 www.laleyonline.com.ar

siguiente artículo establece que son Públicas: el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los Municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la república, entre otras. (OSSOLA y ASAR, 2016)

Y, aunque el artículo 1763 no hace diferencia con ninguna persona jurídica y parece regularlas todas por igual, en los artículos 1764, 1765 y 1766, el Estado - pese a ser una persona jurídica Pública- queda excluido de la aplicación y se regirá por sus propias reglas que estudiaremos en el siguiente capítulo (ley 26.944).

7.1 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1764,1765 Y 1766 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La actual regulación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación está dotada de los siguientes artículos.

En primero lugar, contamos con el artículo 1764, en cuanto sostiene: *“Inaplicabilidad de normas Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.”*

En segundo lugar, el artículo 1765, reza: *“Responsabilidad del Estado La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.”*

En tercer lugar, el artículo 1766, indica: *“Responsabilidad del funcionario y del empleado público Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.”*

Se establece que no se aplica de manera directa ni subsidiaria a la Responsabilidad del Estado y del funcionario público las disposiciones del nuevo Código, materia que queda excluida y por tanto será regida por las normas de derecho administrativo, con la Ley Nacional 26944 que regula la responsabilidad por los hechos lícitos e ilícitos, la que

trataremos a continuación. La materia será regulada en su totalidad por los principios del derecho administrativo y por lo tanto cada provincia podrá legislar en la materia.

8. CONCLUSIÓN

En este capítulo segundo, pretendimos dilucidar el sentido y alcance de la responsabilidad civil en cuanto a la responsabilidad del Estado como agente productor un daño. Ahora bien, para que ello haya sido posible fue necesario indagar sobre aspectos específicamente normativos y conceptuales que sirvan para dar cuenta de la temática en cuestión. Así, por ejemplo, hemos conceptualizado el daño, así como también la indemnización que emana por las consecuencias que genera una lesión. También, hemos analizado el artículo 1739 del Código Civil y Comercial, indagando los requisitos necesarios para la procedencia de la indemnización.

Por su parte, hemos conceptualizado el daño patrimonial y extra patrimonial, presentando sus características disimiles y consecuencias jurídicas. Además, hemos articulado y analizado la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico civil, reconociendo que la conducta humana cuenta con dos categorías de obrar: acciones y omisiones reconociendo las distintas consecuencias de cada una de ellas.

Luego, hemos hecho alusión a la relación de causalidad y sus teorías, reconociendo que el Código ha receptado la teoría de la causalidad adecuada en su artículo 1726, por lo que se entenderá la causalidad según el curso normal y ordinario de las cosas, en la que una acción se presenta como el antecedente fáctico necesario para producir el resultado dañoso.

Por último, focalizamos en los factores de atribución que justifican la asunción de responsabilidad por parte del causante. Como hemos visto tenemos factores subjetivos y objetivos.

Es necesario reconocer que todo lo abordado en el presente capítulo brinda una base teórica sólida para lograr problematizar sobre la responsabilidad civil del Estado. Todos los conceptos aquí abordados, aplican al momento de analizar la responsabilidad del Estado como persona jurídica o, la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones en su calidad de persona física.

Una vez lograda la sistematización de los conceptos jurídicos citados, hemos vislumbrado la evolución de la responsabilidad del Estado en el Viejo Código de Vélez hasta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Debemos reconocer que, aunque el avance legislativo en materia civil sobre la materia aquí analizada ha sido significativo – al menos desde una óptica de seguridad jurídica – hemos de recabar las implicancias del cambio legislativo operante, cuestión ésta que abordaremos en el capítulo siguiente. De todos modos, considero que repasar la historia del derecho civil argentino en torno a la materia, ha sido significativo para la comprensión del propio cambio normativo.

CAPITULO III

LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – N° 26.944

1. INTRODUCCION

En el presente capítulo analizaremos la Ley Nacional 26.944, Ley de Responsabilidad del Estado. Trataremos de establecer cuál es su verdadero alcance y posibilidades prácticas de acceder a una reparación por parte del Estado en caso de haber ocasionado un daño y – priorizar- un análisis en cuanto a los lineamientos generales y principios del Estado de Derecho.

Al estudiar la responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en esta ley, intentaremos determinar si es acertada para regular de manera íntegra la temática o si, por el contrario, lo que sucede es que se lo sitúa al Estado en una situación de privilegio.

Tal como dijimos anteriormente, se analizará el alcance de la presente ley (contenido en su primer artículo), y los caracteres de la naturaleza que esta le asigna a la responsabilidad estatal. En este punto nos detendremos en determinar por qué la ley establece la responsabilidad estatal de manera directa y objetiva, y si esta regulación no dejaría exentos de responder a los funcionarios públicos quienes, en última instancia, fueron los agentes productores del daño. Estableciendo que el Estado es *directamente* y *objetivamente* responsable, es decir, con presidencia de la idea de culpa, se dejaría al funcionario en una situación beneficiosa que le permite no ser imputado por la comisión del resultado dañoso. Se analizará, también en esta misma línea, el artículo 9, que regula la responsabilidad de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones y que alcance tiene dicha regulación, dando un puntapié para lo que terminará de desarrollarse en el capítulo cuarto de la presente tesis, dedicado exclusivamente a la figura del funcionario público.

Por su parte, se examinarán los puntos característicos y requisitos de la responsabilidad extracontractual, tanto por la actividad o inactividad ilegítima como por la actividad ilegítima, además de analizar las particularidades de la relación de causalidad en cada uno de ellas.

Se pondrá en consideración la particular situación de la responsabilidad contractual y, por último, la invitación a las provincias adherirse a la presente ley.

2. LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La nueva ley de responsabilidad del Estado, Ley Nacional N° 26.944, es la primera ley en la materia que tiene como eje fundamental regular la materia de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sancionada el 2 de julio de 2014 y promulgada el 7 de agosto de ese mismo año, el dictado de esta nueva ley permite que la materia sea regulada por principios y estándares propios del derecho público, sin dejar de lado que debe (o debería) respetar los principios y fundamentos constitucionales.

Por tanto, se parte desde la base que el Estado, como sujeto de derecho público, se sustenta en los parámetros constitucionales y, por ende, no está exento de responder por las consecuencias dañosas que en su actuar produzca. Indican Junyent Blas y Borreto (2014) que esta sumisión a la Constitución significaría que, en el ejercicio y en el cumplimiento de sus funciones, el Estado no puede desconocer el derecho. La regulación de la materia responsabilidad del Estado por el derecho público, no significa que se deba desconocer qué sistema de responsabilidad se basa en el régimen de justicia y respeto a los principios fundamentales del Estado de Derecho.²⁶

Tal como nos dice Altamira Gigena, *“Esta disposición me parece adecuada, ya que las normas del derecho privado crean entre las personas a quienes se aplican relaciones de coordinación, pues se encuentran situadas en un plano de igualdad. En cambio, las normas del derecho público crean entre las personas a quienes se aplican relaciones de subordinación, porque no son consideradas jurídicamente iguales por la ley”* (Pag.2).²⁷ Lo que no significa, bajo ningún punto, que aquella persona que se vincule con el Estado le corresponda solo obligaciones y no posea ningún derecho. En el caso que sus derechos se vean vulnerados, le competará la posibilidad de acudir a la sede administrativa y, una vez agotada esa vía, se

²⁶ JUNYENT BLAS, F. – BORRETO, M. (2014) *“nuevo régimen de responsabilidad del Estado”* – AR/DOC/324/2014. Recuperado en <http://www.laleyonline.com.ar>

²⁷ ALTAMIRA GIGENA, J. I. (S.f.) *“La nueva ley de Responsabilidad del Estado y del funcionario”*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Recuperado: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>.

habilita la instancia judicial, a través de un proceso contencioso administrativo, ante el Tribunal competente.

Al decir de Altamira Gigena, *“el Estado se relaciona con los particulares mediante normas de subordinación porque uno de sus cometidos es el de proveer al bienestar general. En otros términos, el fin del Estado es la satisfacción del bien común. En cambio, las normas que encontramos en el Código Civil han sido en general establecidas pensando en la idea de autonomía de la voluntad, igualdad de las partes, igualdad de los intereses y es por esa razón que se aplican normas de coordinación (Pág. 2).”*²⁸

A su vez, la responsabilidad del Estado regulada por el derecho público también tiene fines distintos que la regulación mediante el derecho privado. En el caso de la regulación por el derecho público, lo que se protege en la comunidad en su conjunto, tratando de lograr un equilibrio entre la satisfacción de los intereses individuales y la satisfacción del bien común. En cambio, en el derecho privado, las finalidades que se pretenden alcanzar con la regulación de la responsabilidad son protección de la víctima, el daño y su reparación²⁹.

Sobre la misma línea de pensamiento establece Cassagne (2008) que *“la responsabilidad del Estado constituye una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son, por su naturaleza y fines, totalmente opuestos a los que imperan en el derecho privado. Mientras en éste último mira fundamentalmente el interés de la víctima del daño, evolucionando cada vez más hacia una responsabilidad objetiva basada en el riesgo, el derecho público apunta al interés de la comunidad y al grado de contribución de sus miembros a las cargas y sacrificios que son necesarios para mantener el buen funcionamiento de los servicios que se prestan a los ciudadanos”*. (Pág. 2)

Entonces, podríamos asegurar que, teniendo en cuenta los fines del derecho público, los ciudadanos se enfrentan a situación donde tienen la carga de soportar daños que le pueden provocar el funcionamiento regular o normal de la administración pública o de algún órgano del Estado. Cassagne (2008) entiende que esto es así ya que el derecho

²⁸ ALTAMIRA GIGENA, J. I. (S.f.) *“La nueva ley de Responsabilidad del Estado y del funcionario”*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Recuperado: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>.

²⁹ Idem, ob. Cit. 28

administrativo, al ser el encargado de velar por los intereses de la comunidad, no mira solamente a la víctima y debe armonizar el bien común y los intereses privados.³⁰

3. ANALISIS DE LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El artículo 1 de la ley sometida a análisis, reza: “*Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas...*”. Como se indica, este artículo delimita el alcance de la misma y se desprende que la ley incorpora una Responsabilidad amplia. Ello, por cuanto, al hablar de responsabilidad por su actividad o inactividad, comprende no solo la responsabilidad que le corresponde al Estado por las acciones y los hechos que causen perjuicio, sino también por las omisiones, que comprende no solo las acciones dejadas de realizar sino también abarca aquellas actividades que se realizaron, pero se realizaron mal, de una manera ineficiente.

Tal como sostiene Balbín (2015), lo dicho nos llevaría a la conclusión que la ley comprende la Responsabilidad tanto por culpa y la negligencia, como así también el dolo de la persona que lo cometió.

Por su parte, el mismo artículo establece que “*La responsabilidad del Estado es objetiva y directa*”, conceptos que analizaremos seguidamente.

3.1 RESPOSABILIDAD DIRECTA

La naturaleza directa de la Responsabilidad del Estado proviene y tiene su fundamento en la teoría del Órgano, que ha sido tratada en el capítulo anterior al hablar de la Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en general, y ya en esa ocasión establecimos que la misma fue receptada en la Ley de Responsabilidad del Estado, para justificar su responsabilidad por los hechos que cometan sus órganos. Balbín (2015) sostiene que esta teoría indica que lo que hace un órgano debe ser considerado hecho por la propia persona jurídica. Cuando un agente comete una falta, es el Estado quien la comete y, por tanto, es el responsable *directo*.

³⁰CASSAGNE, J. C.(2008) “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del estado por la actividad de la administración” <http://www.cassagne.com.ar>

En el marco de la presente ley, tal como indica Mansilla, se considera órgano a todo funcionario o agente que actúa a nombre del Estado, y también se considera órgano a los órganos/institución como el poder ejecutivo, legislativo y judicial; y por tanto el Estado es imputable y principal responsable por los daños que estos cometan en el ejercicio de sus funciones.³¹

En este sentido, Balbín (2015) nos aporta que esta teoría establece que *“las actividades de los agentes públicos- órganos- son las conductas del propio Estado y, por tanto, aquellos expresan lisa y llanamente la voluntad estatal”*. Y continúa diciendo que *“no es necesario trasladar las conductas de las personas físicas (órganos) al Estado (persona jurídica), como si se tratase de dos centros de imputación, sino que estas se superponen y se confunden entre sí, expresando una sola y única voluntad”* (Pág. 371).

Debemos establecer que, al hablar de responsabilidad directa, no es necesario reparar si estamos frente a hechos lícitos o ilícitos. Ello, tal como anuncia Altamira Gigena, porque en ambos casos podría existir una responsabilidad directa que genere la obligación del Estado de reparar al afectado, si se dan todos los requisitos que la ley establece.³²

Ahora bien, este carácter adoptado por la ley de responsabilidad del Estado, pareciera en principio permitir que el funcionario, quien en definitiva realizó el acto o cometió la omisión que terminó por producir el daño, se excluya totalmente de responsabilidad, quedando exento totalmente por los perjuicios causados en sus actos legítimo como ilegítimo. Entonces, entraría en conflicto con la idea de que, tanto el Estado como el funcionario debieran ser responsables y, por tanto, responder en la medida que les corresponda.

Aunque esta última cuestión será abordada en extenso en cuarto capítulo del presente trabajo investigativo, no podemos dejar de mencionar el artículo 9 de la Ley

³¹MANSILLA, N. P. (s.f.) “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial”. Recuperado en www.derecho.unc.edu.ar

³²ALTAMIRA GIGENA, J.I. (S.f.) “La nueva ley de Responsabilidad del Estado y del funcionario”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Recuperado: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>.

26944, en cuanto establece que: “*La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen*”. Este artículo legisla que el funcionario debe responder en la medida que esté actuando como órgano del Estado, cumpliendo las funciones que le han sido encomendadas.

3.2 RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Cuando decimos que la Responsabilidad del Estado es objetiva, debemos reconocer que entramos en el campo de análisis del factor de atribución. Tal como sostiene Balbín (2015) por factor de atribución, debemos entender al elemento valorativo a través del cual se le puede imputar una consecuencia dañosa a quien realizó el acto productor de ese daño. Decir, entonces, que el factor de atribución es objetivo significa que lo que importa es la producción efectiva del daño, y que ese daño tiene un adecuado nexo con la acción o la omisión que lo provocó, con total independencia de si hubo dolo o culpa.

Al legislarse esta ley se estableció este factor de atribución objetivo y ello surge de la lectura del artículo 1, en el que establece concretamente que “*la responsabilidad del Estado es objetiva y directa*”. Pero, además, el artículo 2 del presente cuerpo normativo que, al establecer las eximentes, que se presentan para interrumpir el nexo causal entre la conducta del órgano Estatal y el daño, indica:

“Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;

b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.”

Ahora bien, los factores de atribución contenidos en la presente ley son dos: la falta de servicio y sacrificio especial.

En primer lugar, como indica Mansilla, cuando decimos “falta de servicio”, es el factor de atribución que se configura cuando existe una actividad o inactividad ilegítima por parte del Estado. Para que se genere la obligación, debió estar establecido en el ordenamiento jurídico un deber por parte del Estado de realizar una actividad (actuar) o de no actuar de determinada manera, y en cualquier caso el Estado no observó dicho deber. En estos casos se genera la obligación de reparar el daño causado por su actividad o inactividad ilegítima.³³

Tal como establece Balbín (2015) el fundamento de la responsabilidad por falta de servicio es “*el incumplimiento o cumplimiento irregular o defectuoso de sus obligaciones, es decir, los actos, hechos u omisiones del Estado realizadas en violación del derecho vigente*”. (Pág. 335). El autor hace la distinción entre la acción y la omisión, en cuanto a al primer establece que se va a responsabilizar al Estado cuando incumple una obligación de no hacer importa por el ordenamiento jurídico, en cambio, cuando es por omisiones “*el Estado responde por no hacer aquello que debe hacer*” (Pág. 338), es decir, no cumple con un deber legal de hacer, o lo hace irregularmente.

Este factor es una concepción propia del derecho público, que no se hallaba regulada en el Código Civil y que es distinto a los criterios de imputación allí descriptos. Tal como se estableció anteriormente, al decir de Cassagne (2008), este concepto de falta de servicio elimina por completo la necesidad de demostrar la culpa e incluso resulta totalmente innecesario establecer quién es el agente productor del daño, como así tampoco demostrar el mal funcionamiento del servicio público o un incumplimiento irregular del mismo.³⁴

En segundo lugar, en cuanto al factor “sacrificio especial”, este se va a configurar cuando una persona sufre un daño cierto y actual, el cual no estaba obligado a soportar, y lo sufre como consecuencia que se ve vulnerado el principio y derecho de igualdad ante las cargas públicas.

³³ MANSILLA, N. P. (S.F.) “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial

³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. (2008) “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del estado por la actividad de la administración” <http://www.cassagne.com.ar>

Si bien en toda persona está obligada en ciertos casos a soportar cargas públicas que, aunque podrían causar un daño no son suficientes para generar obligación de reparar, el supuesto que estamos analizando se configura cuando una persona tiene que soportar una carga pública mayor que el resto de las personas, cuando una persona se ve obligada a soportar un sacrificio extraordinario.

Tal como nos indica Mansilla, el damnificado experimenta un sacrificio que excede el deber normal de soportar las cargas públicas, independiente que los ciudadanos deben soportar en cierta medida perjuicios que el Estado en su actividad legítima cause, como consecuencia de la propia existencia del Estado y su actuar. Para que se configure el sacrificio especial esos perjuicios que cause, ese menoscabo, debe tener que ser soportado por el ciudadano de una manera desigual y desproporcionada. Por tanto, esta persona debe ser indemnizada por dos razones fundamentales, primero por la equidad y segundo por el respeto de la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas³⁵.

4. RESPONSABILIDAD PRINCIPAL

Este es otro de los caracteres de la Responsabilidad que derivan de la teoría del órgano, ya que esta establece que cuando el órgano actúa y comete un daño a través de su acción u omisión, se consideran como realizados directamente por el Estado y, por tanto, es considerado responsable principal.

Este carácter es receptado en la Ley 26.944, pero con algunas reservas, excluyendo al Estado en algunas situaciones y configurando la responsabilidad en otros posibles responsables. Entre ellos, está el supuesto en el que se traslada responsabilidad a los concesionarios o contratistas de servicios públicos que se establece en el artículo 6: *“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.”*. Otro supuesto es el que se traslada a los funcionarios, establecida en el artículo 9 de la presente ley, explicado anteriormente, en donde deja de haber una

³⁵ MANSILLA, N. P. (s.f.) “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial” www.derecho.unc.edu.ar

responsabilidad objetiva del Estado, para configurarse una responsabilidad subjetiva del funcionario público.³⁶

Con respecto al artículo 6, Araldi (2014) establece que, *“el Estado es responsable por omisión si el daño fuese causado por inobservancia de su poder de policía; y por acción cuando el daño causado sea consecuencia de una orden de obligado cumplimiento dada por la Administración o en los casos de obras y suministros cuando sea consecuencia del vicio del proyecto elaborado por la Administración, en ambos casos la conducta se encontraría encuadrada en la responsabilidad del Estado por actos ilícitos más allá de la responsabilidad concurrente con el contratista.”* (Pág. 8). A partir de ello, podemos asegurar que, independientemente que el mencionado artículo establece que el Estado no debe responder en ningún caso por los daños causados por sus concesionarios o contratistas, la autora entiende que en ciertos casos si debiera el Estado responder. Estos casos serían: en primer lugar, responderá cuando no observe su obligación de controlar; y, en segundo lugar, cuando el concesionario o contratista produzca un daño producto de ejecutar una orden emitida obligatoriamente por el Estado. En ambos casos la responsabilidad que se configura es Responsabilidad por actos ilícitos.³⁷

5. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Cuando hablamos de responsabilidad extracontractual del Estado, debemos hacer la distinción entre la responsabilidad contractual por accionar ilegítimo y responsabilidad extracontractual por acciones legítimas.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar ilegítimo, esta se configura cuando el Estado a través de sus órganos comete un daño, por la realización de una acción o una omisión que es contraria a derecho, al ordenamiento jurídico y se generó un perjuicio para terceras personas.

³⁶MANSILLA, N. P. (S.F.) “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial” www.derecho.unc.edu.ar

³⁷ARALDI, Liliana .2014. “¿el proyecto de ley de responsabilidad del Estado recoge o abandona la doctrina judicial imperante?”. MJ.DOC.6767.ARwww.microjuris.com

El artículo 3 establece que son requisitos los siguientes:

- a) *Daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero.*
- b) *Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.*
- c) *Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad y del órgano y el daño cuya reparación se persigue.*
- d) *Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.*

Como se puede observar se presentan todos los requisitos comunes de cualquier tipo de responsabilidad (daño, factor de atribución, relación de causalidad, imputabilidad.) aunque con algunas características propias, por ejemplo, comprende la acción y la omisión, situación que no podría configurarse en el actuar legítimo donde solo se configura la responsabilidad por una acción. El supuesto de una omisión, comprendido en el inciso d), esto es cuando el Estado en ejercicio de sus funciones omite realizar acciones que, de haberse realizado, se hubiera evitado la producción del perjuicio.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar legítimo, según Balbin (2015), este tipo de responsabilidad es propia del ámbito del Derecho Público porque, en el Derecho Privado, nadie es responsable por el ejercicio regular de sus derechos, tal como lo establece el artículo 1718 del Código Civil y Comercial: “*está justificado el hecho que causa un daño...en ejercicio regular de un derecho*”. La responsabilidad del Estado por actividad lícita se configura cuando, el Estado a pesar de actuar legítimamente y conforme al ordenamiento jurídico, causa un daño, y por tanto está obligado a su reparación. Solamente puede existir la obligación de reparar por parte del estado por una actividad legítima, no por omisión; y el factor de atribución es el ya explicado “sacrificio especial”, que se encuentra regulado en el inciso e) del artículo 4 de la Ley de Responsabilidad Estatal, y este se define como un factor por el cual una persona o un grupo pequeño de la población tiene que soportar perjuicios que le genera el actuar lícito del Estado de manera desigual y desproporcionada.

García de Enterría y Fernández (citado por BALBIN, 2015) sostienen que el fundamento de la responsabilidad Estatal por sus actividades lícitas es *“la protección y garantía del patrimonio de la víctima”* (Pág. 376).

Independiente de que la Antijuridicidad es un presupuesto necesario para que opere la responsabilidad, existen excepciones en donde se responde por actividades lícitas y esta es por ejemplo la responsabilidad del Estado por actividad legítima, y de esa manera lo establece el artículo 5 de la mencionada ley: *“La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional.”*

Altamira Gigena (2017) establece *“El estado puede ocasionar daños a los particulares por su actividad legítima, es decir sin culpa ni falta, ni actuación irregular que se les pueda imputar, y esta actividad la ha realizado tendiente a cumplir con su cometido: satisfacer el interés general”*. Pero establece como requisito para la procedencia de la reparación un sacrificio especial, y dice que *“hay casos en que los daños deberán ser soportados por los particulares por existir un deber jurídico a cargo sin tener derecho a ser indemnizado”* (Pág. 394), cuando no existe ese deber jurídico, cuando el daño ya no es general, sino que el particular, el Estado debe indemnizar daños y perjuicios.

Los requisitos para la configuración de este tipo de responsabilidad del encuentran regulados en el artículo 4, y este establece:

“Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;*
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;*
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”*

Altamira Gigena (2017), nos dice que respecto al inciso a) que requiere que el daño sea cierto, dice que es porque debe ser *“concreto, constatable y por eso se exige que lo pueda acreditar mediante prueba idónea por quien se dice afectado”* (Pág. 394).

Por último, con respecto a este tipo de responsabilidad, el artículo 5 establece el alcance de la indemnización, y este dice: *“La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”*.

Con respecto a este artículo Altamira Gigena (2017) sostiene que en principio la responsabilidad del Estado por actividad legítima no prospera y solamente por excepción se puede hacer lugar a ella. Textualmente, el autor indica: *“Estamos en presencia de una actividad legal de la administración y si la misma produce daños de carácter general no son indemnizables, porque son, o constituyen, limitaciones al ejercicio de los derechos individuales. Son daños necesarios que por eso solo hecho de ser habitante de una sociedad debemos soportar”* (Pág. 397). Entonces, serán indemnizables los daños que no sean consecuencias normales, o necesarios, y esto es lo que se denomina “sacrificio especial”.

Con respecto a la extensión del resarcimiento en los dos tipos de responsabilidad (actividad legítima e ilegítima), Altamira Gigena (2017) nos dice que el fin del Estado como persona jurídica de carácter público es el bien común y, por tanto, diferente al que persiguen las personas jurídicas de carácter privado., por ello se debe brindar una solución diferente al problema de la responsabilidad del Estado, que el que nos brinda el derecho civil. Así las cosas, el autor dice: *“Considero que el daño debe ser reparado en forma integral cuando el Estado ha actuado en forma ilegítima. La indemnización es parcial cuando la actividad estatal sea legítima”* (Pág. 405).

6. RELACION DE CAUSALIDAD

Este presupuesto, definido a grandes rasgos como la necesaria conexión fáctica entre el hecho productor del daño y el resultado dañoso, presenta pequeñas diferencias según analicemos la Responsabilidad por actividad legítima o por actividad ilegítima, diferencias que al mismo tiempo son muy significativas. Tal como indica Mansilla, el artículo 3 referido a la actividad o inactividad ilegítima del estado establece que debe existir “*relación de causalidad adecuada*” entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue. Por otro lado el artículo 4 que integra la responsabilidad por actividad legítima establece una relación de causalidad “*directa, inmediata y exclusiva*” entre la actividad y el daño.³⁸

Por tanto, Pizarro y Vallespinos (1999), nos dicen que, establecer una relación de causalidad significa necesariamente también atribuir la consecuencia dañosa a un determinado órgano estatal, y de esa manera también determinar cuál es la acción y la causa que produjo el resultado lesivo y la extensión que este tiene. Para ello se plantearon una serie de teorías para establecer cuál será la causa del daño, entre ellas tenemos: la última, la que se produjo primero, las más relevante o la que normalmente produce los daños.

Sin embargo, en la Ley de Responsabilidad del Estado, adopto dos teorías diferentes, según que se hable de responsabilidad Estatal por actividad o inactividad ilegítima o por su accionar legítimo. Ambas se encuentran analizadas por Mansilla; en el primero de los casos, actividad o inactividad ilegítima, regulada en el artículo 3 de la presente ley, se adoptó la teoría de la causalidad adecuada, la cual establece que la causa “*la causa del daño sería aquella que normalmente produce esas consecuencias. Atiende a lo que sucede conforme al curso normal y ordinario de las cosas*” (Pág. 12). Entonces, causa sería aquella que normalmente produce esa determinada consecuencia. De esta manera podríamos decir que este tipo de responsabilidad comprende una teoría amplia y

³⁸ MANSILLA, N. P. (s.f.) “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial” www.derecho.unc.edu.ar

elástica comprensiva de una cantidad mayor de supuestos, a diferencia de la responsabilidad por actividad legítima que trataremos a continuación.³⁹

Tal como señala Altamira Gigena (2017), en la responsabilidad por actividad ilegítima, solo se exige una relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue, a diferencia de la responsabilidad por actividad legítima en donde la interpretación es mucho más restrictiva. En este sentido, el autor indica: *“Esta diferencia en la interpretación se debe a que si el Estado ha producido un daño debido a la conducta reprochable de un agente debe necesariamente reparar ese perjuicio y con mayor razón cuando el acto que produjo el daño ha sido declarado inválido”* (Pág. 395).

En el caso de la responsabilidad por actividad legítima, regulada con sus requisitos en el artículo 4, Mansilla nos dice que se adopta la teoría de la causalidad directa, esta teoría *“no admitiría causas que acostumbren a producir determinados daños; sino que, solamente admitiría causas directas, inmediatas y exclusivas de daños. Es decir, sólo aquellas causas que directa e inmediatamente produzcan un daño determinado”*. *“Para autores como Thomas, la adopción de esta teoría para este supuesto de responsabilidad por actividad legítima, se interpretaría como una reducción del nexo causal entre el órgano estatal y el daño; lo que significaría estirar al máximo el campo de la irresponsabilidad”* (Pág. 12). Esta reducción del nexo causal tiene una estrecha vinculación con el carácter de excepción de este tipo de responsabilidad establecido en el artículo 5, antes mencionado, ya que exige para la aplicación de la responsabilidad por actividad legítima una interpretación mucho más restrictiva (Thomas, 2015, Citado por Mansilla).

Altamira Gigena (2017) establece, que *“cuando los daños son provocados por la actividad lícita el criterio de interpretación debe ser más restrictivo es por eso que el inciso c. (del capítulo 4 de la ley 26944) expresamente establece que debe ser directa e inmediata.”* (Pág. 395).

³⁹MANSILLA, N. P. (s.f.) “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial” www.derecho.unc.edu.ar

7. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La responsabilidad contractual, el Artículo 10 de la ley 26.944 establece: “*La responsabilidad contractual del estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas, en caso de ausencia de regulación se aplica esta ley en forma supletoria*”. No se realiza una regulación específica, sino que se hace una mención. La presente regulación es una norma de reenvío, lo curioso es que lo hace a normas específicas que todavía no existen y por tanto solo resta aplicar la ley de Responsabilidad del Estado de manera subsidiaria.

Por tanto, hoy, al no existir una norma específica que regule la materia, y haciendo una interpretación en conjunto de este artículo 10 con el tercer párrafo del artículo 1 de la presente ley (“*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”), llegaríamos a la conclusión que la ley 26944, regularía tanto la responsabilidad extracontractual, como contractual del Estado.

8. PRESCRIPCIÓN

El plazo de prescripción para demandar al Estado está establecido en el artículo 7 de la Ley 26.944 y nos dice: “*el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años, computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esta expedita*”.

Altamira Gigena (2017) entiende con respecto a cuándo esta expedita la acción de daños, que esta es comprensiva de aquellos casos en que no se conocía el daño, o conocido este no se podía establecer la causa, o cuando no se podían identificar a los responsables, no pudiendo imputarse al acreedor negligencia alguna; o cuando existan comportamientos del dañador que constituyan nuevas etapas del daño.

9. EL CASO DE LAS PROVINCIAS

El artículo 11 de la ley 26944, establece lo siguiente: “*Invitase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la*

regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”. Esto deriva de que el derecho Administrativo es de carácter local, como consecuencia de la organización de nuestro Estado federal, y por tanto corresponder a las provincias y a la ciudad autonomía de Buenos Aires, la regulación de su derecho público, por ser materia no delegada a la Nación.

Tal como expresamos en el primer capítulo del presente trabajo, esto trae consecuencias que generan interrogantes, como primera medida, la situación que puede darse en donde en cada provincia exista una regulación y por tanto un alcance distinto de responsabilidad y reparación. Variando incluso en un mismo territorio la situación sin quien causo el daño fue un funcionario público nacional o provincial.

En este sentido, Liliana Araldi (2014) establece: *“La cuestión no es menor y sin duda es compleja. Si la regulación de la responsabilidad el Estado es de derecho local, para el caso de que alguna provincia no adhiera o carezca de sus propias normas sobre responsabilidad del Estado, los conflictos serían dirimidos según la doctrina judicial ya sentada, sin embargo, para aquellas provincias que la regulen la solución podría ser muy diferente, con lo cual un mismo caso tendría distinto tratamiento según la jurisdicción en que se produzca, y a su vez cabría la posibilidad de que la normativa local se apartara de la consistente construcción pretoriana sobre la materia”*(Pág. 10).⁴⁰

Otro interrogante que podría plantearse es tal como establece Lagarde (2015), es que sucede desde la entrada en vigencia del nuevo código en relación a la regulación que ha de aplicarse hasta que las provincias opten por adherirse a la ley nacional de responsabilidad del Estado o dictar sus propias leyes. Entonces, cabría preguntarnos, ante la falta de normas de carácter provincial ¿se aplica de manera analógica el Código Civil y Comercial?

En este aspecto Balbín (2015) nos enseña que si bien la responsabilidad estatal se rige por las normas y principios del Derecho Público , y la ley de Responsabilidad del Estado establece que no se aplica de manera directa ni subsidiaria la las disposiciones del Código Civil; y de manera concordante lo mismo dice el nuevo Código en su artículo 1764, el autor establece que *“en caso de lagunas en el texto de la Ley de Responsabilidad y*

⁴⁰ARALDI, Liliana. 2014. “¿el proyecto de ley de responsabilidad del Estado recoge o abandona la doctrina judicial imperante? MJ.DOC.6767.AR www.microjuris.com

otras reglas complementarias (casos administrativos no previstos), es posible recurrir a otras normas de Derecho Público y, en caso de no encontrar respuesta en ese marco, entonces, cabe ir por las reglas del Derecho Privado, pero solo por vía analógica”(Pág. 332). Y define a la analogía como un reconocimiento al juez, que tenga un mayor poder discrecional en su tarea de interpretar el derecho.

Al respecto Cassagne (1998) nos dice que la analogía “*consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una determinada situación a otra que coincide con la primera*”. Y establece que no es esta una manera de interpretar el derecho, sino que es una fuente del derecho, ya que a partir de la analogía se realiza la creación de una nueva norma. Sin embargo, su opinión es que “*(...) la analogía constituye una técnica de interpretación del derecho. No es fuente porque el propio ordenamiento obliga a la utilización de esta herramienta jurídica ante la ausencia de normas positivas...Por ello, cuando por analogía se aplican algunas disposiciones del Código Civil al Derecho Administrativo, la fuente no es la analogía, sino las normas del Código Civil que resultan aplicables a través de esa técnica interpretativa*” (Pág. 176).

Por tanto, tal como indica Balbín (2015), podríamos inferir que este interrogante, no se plantea solo en el caso de que una provincia no dicte su propia ley de responsabilidad, sino también, en el caso que se provoque un daño en un ámbito no reglado por la ley nacional, como podría ser por ejemplo, el caso de que el Estado cause un daño con cosas que son de su propiedad, o por cosas que estuvieran bajo su guarda; en este caso la ley 26944 vigente, no regula en la materia y por tanto podríamos establecer que es necesario recurrir a las reglas del Derecho Civil.

Con respecto a esto el referido autor, Carlos Balbín (2015), hace una aclaración con respecto a la responsabilidad del Estado por los actos y hechos lícitos, ya que tal como establecimos anteriormente en este capítulo, esta es una materia propia del Derecho Público, ya que en el ámbito del Derecho Privado, nadie puede ser responsable por los actos cometidos en el ejercicio regular de un derecho, por lo que establece el autor que “*no es posible entonces recurrir por vía analógica al derecho civil por que en este último campo la responsabilidad por actividad lícita es inexistente*” (Pág. 446).

10. CONCLUSION

Mucho se ha discutido sobre la nueva ley 26.944, ley de responsabilidad del Estado, su alcance y consecuencia en nuestra realidad jurídica y la posibilidad que emerge de hacer responsable a los Estados por los daños que causan a los ciudadanos.

Antes de la citada ley, nos encontrábamos con la aplicación de la normativa civil y las distintas interpretaciones jurisprudenciales que se hacían al respecto, trayendo aparejado cierta dificultad con respecto al valor de la seguridad jurídica.

Con la sanción de la presente, se logra unificar un criterio logrando que dicho valor cobre sentido. Ahora bien, ello no obsta a la necesidad de revisar los estándares que le ley ha fijado, problematizando la posibilidad de que no sea adecuada desde la óptica de ciertos principios constitucionales.

La víctima de un daño merece su reparación. Cuando el Estado es el causante de dicho daño, debe de responsabilizarse de manera objetiva y directa tanto por su actividad como por su inactividad. Y, como se ha sostenido, el Estado debe ser responsable por los actos realizados directamente, es decir, no será responsable por los perjuicios ocasionados por concesionarios o contratistas. Este último supuesto ha sido discutido en el presente capítulo siendo que veda la posibilidad de reclamar al Estado por la irresponsabilidad ante una concesión de un servicio.

Por su parte, e cuanto a la responsabilidad extracontractual, hemos analizado el artículo 3 de la nombrada ley, reconociendo su alcance y sentido.

Cuando la responsabilidad estatal deriva de una actividad legítima, el artículo 5 de la mencionada ley da un criterio restrictivo para lograr atribuir responsabilidad al Estado. Como vemos, el Estado queda protegido en diversos puntos de la normativa, significando esto un retroceso en aspectos de importante relevancia, quedando excluido el código civil como normativa analógica y complementaria a la presente ley.

Por último, nos encontramos con cierto problema de regulación del derecho público cuando nos referimos a la adhesión de las provincias a la presente ley.

CAPITULO IV

LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. INTRODUCCION

En el presente capítulo nos proponemos analizar el rol del funcionario público e interpretar el alcance de su responsabilidad por causar un daño en el ejercicio de sus funciones. Comenzaremos por acercarnos a una definición de funcionario público, para luego analizar las instancias en donde el ejercicio de sus funciones puede generar un daño y cuáles son las razones que sustentarían asumir que el funcionario debe responder.

Será necesario analizar el artículo 9 de la ley 26944, en lo que establece que la inactividad o actividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones generan la obligación de responder por los daños causados. Pero, existen ciertas dificultades que logran que en la práctica sean los Estados (como persona jurídica en sede administrativa) quienes respondan y no los funcionarios públicos. Una de aquellas vallas son las inmunidades con las que están dotados ciertos funcionarios de jerarquía. A esta altura del trabajo investigativo, nos proponemos analizar el sentido político e histórico que ha tenido la institución de las inmunidades otorgadas a los funcionarios, considerando cierta crítica, y problematizando respecto a la temática aquí abordada.

Lo que podríamos considerar una segunda valla a la hora de atribuir responsabilidad es el problema del factor de atribución. Ello, por cuanto, tal como se desprende del análisis del artículo 9 de la nombrada ley así como también lo sostenido por cierta parte de la doctrina, el factor de atribución requerido es el subjetivo. Esto trae cierta dificultad a la hora de probar la responsabilidad del funcionario público por un daño causado. A efectos de analizar este punto introduciremos consideraciones realizadas por Thomson (1999).

En último lugar, analizaremos tres fallos de nuestros Tribunales Nacionales a la hora de interpretar cuestiones sobre la responsabilidad Estatal y de los funcionarios públicos. A partir de la presentación de los razonamientos judiciales, esperamos lograr mostrar las variaciones de pensamiento a lo largo del tiempo y de diversas causas, todas relacionadas al rol del funcionario público y la posibilidad de atribución de responsabilidad por los daños causados en ejercicio de sus funciones.

2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Al momento de definir funcionario público, Cassagne (2014) habla de órgano, y dice que el mismo supone la existencia de dos elementos: un elemento objetivo “*integrado por poderes o facultades, que se refieren tanto a potestades en sentido técnico como cometidos*” y un elemento subjetivo “*representado por la voluntad y capacidad necesaria de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano, cuya voluntad—emitida dentro de los límites que marca el principio de la especialidad— se imputa al órgano (en su unidad) que al expresar la voluntad del sujeto, hace posible sustentar la responsabilidad de la persona jurídica estatal*” (Pág. 208). El autor tiene una idea unitaria del órgano integrada de dos elementos, y entiende que tanto el órgano institución como el órgano físico, no tienen existencia autónoma, por tanto no se puede concebir una actuación separada. Sostiene que el órgano si bien forma parte de la persona jurídica pública estatal, no es sujeto de derecho “*lo cual no obsta para que el ordenamiento le atribuya potestades y facultades para actuar en el mundo jurídico*” (Pág. 208).

Desde esta óptica, sería imposible atribuir responsabilidad por los daños causados a los funcionarios personalmente, sino que respondería el Ente (es decir el Estado). En este sentido, vemos que desde la propia conceptualización del funcionario público se desencadenan consecuencias al momento de intentar responsabilizar por los daños que causen.

Por su parte, Kiriakidis (2003) define como empleado público a “*toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente, y concluye que los empleados públicos son servidores públicos*”.⁴¹

Por tanto, puede definirse a los funcionarios públicos como aquellas personas de las cuales el Estado en su calidad de persona jurídica, se vale para cumplir sus funciones esenciales y específicas, para la realización de los fines públicos⁴².

⁴¹ KIRIAKIDIS, J. (2003) “*Notas sobre la situación jurídica de los contratados por la administración pública en la Ley de la Función Pública*”. recuperado de: <http://investigaciondoctrinaria.blogspot.com.ar/2015/02/el-funcionario-publico.html>

⁴² Definición extraída Enciclopedia Jurídica : <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

Salgan Ruiz (2016), nos dice que la ley de Responsabilidad del Estado, cuando establece que para que se genere la responsabilidad debe existir un daño y que además ese daño debe ser imputable a un funcionario público, realiza una interpretación amplia del concepto, que alcanza cualquier modalidad de empleo público.⁴³

Ahora bien, se planea el siguiente interrogante: ¿cuándo el funcionario esta en ejercicio de sus funciones?

Con respecto a ello, Thompson (1999), nos dice que tal como nos dice la norma la responsabilidad se configura cuando el funcionario esta en ejercicio de sus funciones, y para determinar cuándo se encuentra en ejercicio de sus funciones “*no basta una mera relación de tiempo y lugar*”, y establece que pueden establecerse a través de dos criterios: el primero de ello , el criterio subjetivo “*de acuerdo con el cual habría que analizar la voluntad o la intención del agente, a fin de averiguar si éste actuó con motivo de la función, o con la finalidad de cumplir la función*”, y el segundo un criterio objetivo “*según el cual lo que hay que analizar es la reconocibilidad externa, la apariencia, los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho*”(Pag.562) . Y nos dice que el que generalmente se sigue es el objetivo; entonces, si de acuerdo a estos criterios se puede establecer que el agente realiza es una actividad propia de sus funciones entonces está actuando en “ejercicio de sus funciones”.

Marienhoff (1965) establece que “*El Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines, incluso -por cierto- las personas jurídicas que actúan en el ámbito administrativo, expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran*” (pág. 224). Por tanto, el autor sostiene que el Estado y todas las personas jurídicas que actúan en el ámbito administrativo expresan su voluntad a través de personas físicas que constituyen los que el autor denomina “*órganos personas*”, y establece que la voluntad de esas personas físicas es imputable a la persona jurídica en nombre de quien actúa. En este sentido, nos dice que “*las diversas competencias o funciones estatales, incluso, desde luego, las administrativas, están respectivamente*

⁴³ SALGAN RUIZ, L.G (2016) “*El impacto del nuevo Código Civil y Comercial en las instituciones del derecho administrativo. Segunda parte*”. MJ-DOC-9847-AR | MJD9847 Extraído de : www.microjuris.com

asignadas a determinados organismos, los cuales tienen a su cargo determinada actividad” (Pág. 224).

Esto quiere decir que, en el ámbito administrativo, las competencias y funciones del Estado son asignados a determinados organismos que son los denominados “*órganos institución*”. Ambos son los denominamos órganos de la administración pública. Pero, al momento de analizar el concepto de funcionario público debemos reconocer que, aunque sea considerado como un órgano integrante del Ente que representa, puede este último ser responsable por los daños que causa en ejercicio de sus funciones. A tales efectos, analizaremos las particularidades de este supuesto y la forma de atribuir responsabilidad a los funcionarios públicos según la nueva Ley de Responsabilidad Estatal.

3. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS

El artículo 9 de la ley 26944, establece que: “*La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen*”.

Cuando hacemos referencia al “cumplimiento irregular” de las obligaciones impuestas, Thomson (1999) nos dice que es un elemento determinante, además de la culpa del funcionario, para la aplicación de la responsabilidad y establece : “*En algunos casos, esto implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria, puesto que el irregular cumplimiento es elemento absolutamente determinante de esta responsabilidad en cuanto ejercicio de la función pública*” (Pág. 570) Es decir que un funcionario que comete una falta o produce un daño en el ejercicio de sus funciones, no es suficiente para que se genere la obligación de resarcir el daño. Entonces, es necesario, además, que esa falta sea en el ejercicio irregular de las obligaciones legales que les han sido impuestas.

En cuanto al término “obligaciones legales” que les han sido impuestas, el autor comprende que abarcan tanto las impuestas por ley, reglamentos, normas emergentes de

contratos que el servidor público pueda tener con el Estado. Establece también, y fundamentalmente, la constitución; y considera este último punto de vital importancia porque establece que: *“Así, aunque las leyes no hayan protegido algunos derechos, ellos, en cuanto están en la Constitución, constituyen igualmente obligación legal a cumplir regularmente por parte de los órganos estatales”* (Pág. 571).

Thomson (1999) nos continúa diciendo que : *“al establecer como causa generadora de responsabilidad, a los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (esto es, en cuanto órganos del Estado), por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas por el Estado al órgano, transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano (regular ejercicio de las obligaciones legales), en una relación jurídica entre el órgano y el particular (por cuanto el deber que en principio existía sólo frente al Estado existe ahora también frente a los administrados)”*(Pág. 572). Es decir, que el funcionario cumpla de manera regular las obligaciones que se le han impuesto, puede consistir para el administrado un verdadero derecho subjetivo y no un interés legítimo.

En la misma línea de pensamiento Altamira Gigena (2017) nos dice que el artículo 9 de la ley de Responsabilidad del Estado, regula la responsabilidad del funcionario y establece: *“exige que exista un incumplimiento de las obligaciones por parte del agente público y que actúe con dolo o culpa, por lo que no estamos en presencia de una responsabilidad objetiva”*.

4. INMUNIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. FUNDAMENTOS

Los gobiernos constituyen una categoría peculiar de instituciones, pero su especial condición no debe protegerlos de la imputabilidad personal atribuible a quienes no pertenecen a este tipo de organismos, es decir, los ciudadanos. Es más, según lo sostenido por autores como Thompson (1999) los funcionarios gubernamentales satisfarán patrones de responsabilidad más rigurosos, por el daño que pueden causar en el desempeño de sus funciones.

Pensamos que lo que se debe impedir es que las demandas de inmunidad obstaculicen la atribución de responsabilidad penal a los funcionarios del gobierno, o bien proporcionar una base para no atribuírsela a las instituciones gubernamentales.

Existen quienes argumentan en pro de la inmunidad de los funcionarios. Así, por ejemplo, el propio Hobbes ha sostenido que el Soberano (el Estado) nada tiene que responder a sus súbditos, siquiera cuando un menoscabo haya sido efectuado por este. En realidad, aquellas teorías explicaban el porqué del surgimiento del Estado Moderno y la necesidad imperiosa de hacer valer la soberanía, inclusive contra los propios ciudadanos.

Existen versiones más actuales del porqué de las inmunidades hacia funcionarios públicos. Tal como resume Thompson (1999), el soberano se compone de una mayoría de ciudadanos, la cual tiene privilegios propios de la función de soberano, incluyendo la inmunidad ante ciertas leyes. Los funcionarios disponen de poder discrecional cuando actúan en nombre del soberano, y permitir a otros funcionarios que entablen acciones judiciales por supuestos abusos de este poder sería permitirles imponer su propio juicio a expensas de quienes lo hacen en pro del soberano democrático. Según esta doctrina se sometería a sanción penal a organismos y funcionarios gubernamentales sólo en los casos más flagrantes de delito personal, cuando el hecho ilícito se produce fuera de la jurisdicción del cargo. La amenaza de castigos y conflictos que ello genera crean un menor cumplimiento de los deberes de su cargo y disuaden a personas meritorias para acceder a cargos públicos. Para cualquier otro tipo de conducta, se aplicarían sanciones del proceso político: medidas disciplinarias, destitución, etcétera.

Aunque sea deseable preservar algunas de las prácticas de inmunidad sobre otras bases, no es conveniente remitirse al argumento de las inmunidades del soberano (ni en su forma más democrática) por presentar muchas falencias.

En este sentido, seguir sometiendo a ciertas inmunidades debe ser considerado un privilegio que responde a necesidades y criterios antiguos, no necesariamente vigentes en la actualidad.

Tal como indican Varsellone y Fataurus, aunque el origen y la finalidad de la institución estuvieron vinculados a asegurar la independencia y el cumplimiento de sus funciones, hoy en día parece obstaculizar la posibilidad de atribuir responsabilidad a los funcionarios en caso de irregularidades en su quehacer.⁴⁴

Las inmunidades y prerrogativas deben nacer de la Constitución y que, además, deben ser de interpretación restrictiva, por la sencilla razón de que afectan el sistema republicano, que tiene como una de sus ideas fuerza la igualdad de todos los hombres. Tal como indican Varsellone y Fataurus, cuando hablamos de estas inmunidades específicas, nos referimos a las vinculadas a la responsabilidad penal de los funcionarios, que junto a las de tipo civil y administrativa integran el capítulo de las responsabilidades jurídicas de los funcionarios públicos, que deben ser juzgados por los jueces competentes.

Pero no debe olvidarse el otro gran capítulo, que es el de la responsabilidad política, que corresponde a los más altos funcionarios del Estado: gobernador, vicegobernador, ministros, miembros del Tribunal Superior de Justicia, fiscal de Estado, fiscal General y defensor del Pueblo, y que se efectiviza mediante el juicio político. Creemos que es necesitamos profundizar la vigencia de nuestro Estado constitucional y democrático de derecho y de los valores republicanos.

En este sentido, en la Constitución Provincial de Córdoba, por la reforma de 2001, se limitaron las inmunidades o privilegios legislativos individuales, ya que derogó las de arresto y las de proceso, previstas en los artículos 94 y 95 del texto anterior, y conservó sólo la de opinión, en el actual artículo 89, que modificara el anterior artículo 93.

Y, como el artículo 137 establece que el gobernador y el vicegobernador tienen las mismas inmunidades, inhabilidades e incompatibilidades que los legisladores, no puede existir duda alguna de que, como ellos, sólo tienen la inmunidad de opinión, tal como lo dice la misma norma, que la extiende a los candidatos a dichos cargos, “desde su oficialización como tales hasta la proclamación de los electos”. Y lo propio ocurre con los ministros, ya que por el artículo 145 también tienen las mismas inmunidades que los

⁴⁴ VERCELLONE, A y FATAUROS, C (sin año), “*Política, responsabilidad y función pública*”. recuperado en: https://aaep.org.ar/wp-content/uploads/2013/6cong/VERCELLONE_FATAUROS.pdf

legisladores. En cuanto a los miembros del Poder Judicial, el artículo 154 dice que gozan de la misma inmunidad de arresto que los legisladores, por lo que, aunque no fuera derogado este párrafo en la reforma de 2001, es también evidente que tampoco pueden ya gozar de este privilegio.

En consecuencia, aunque no desconocemos la existencia de jurisprudencia distinta sobre esta cuestión, somos de opinión que la reforma constitucional de 2001 fue categórica en la supresión de las inmunidades de arresto y de proceso.

5. RESPONSABILIDAD Y FACTOR DE ATRIBUCION.

Parece necesario centrarse en analizar los distintos factores de atribución y su estrecha relación con la atribución de responsabilidad. Por factor de atribución, debemos entender al *“el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona.”* (Pizarro y Vallespinos, 2014).

Aunque hemos presentado esta conceptualización en el capítulo dos de la presente tesis, intentaremos aplicar dichos conceptos a la hora de analizar la procedencia de responsabilidad de los funcionarios públicos quienes, en ejercicio de sus funciones, dañen. Podemos ahora remitirnos a la clásica clasificación que se esboza en torno a factor de atribución, a saber: subjetiva y objetiva. Tal como indican Pizarro y Vallespinos (2014), la primera, refiere a la culpa, el dolo, y el nuevo Código prevé supuestos de culpa agravada. Los segundos, siguiendo una postura prevaleciente, son el riesgo, la garantía, la equidad, el abuso del derecho y las relaciones de vecindad.

Parece oportuno citar el plexo normativo que nos brinda el artículo 1721 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *“Factores de Atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia normativa, el factor de atribución es la culpa.”*

En cuanto al factor de atribución subjetivo, partimos por remitiéndonos a lo que el nuevo Código Civil y Comercial sostiene con respecto los factores subjetivos, el artículo 1724 nos brinda su encuadre: *“Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.”*

En este sentido, y según Salgan Ruiz (2016), el factor de atribución en la responsabilidad del funcionario público es subjetivo, porque el agente obra con dolo, culpa o negligencia. El obrar del agente público, en el desempeño irregular de sus funciones es o doloso, culposo o negligente y las define de la siguiente manera: *“Se entiende por «dolo» a la producción intencional del daño con manifiesta indiferencia a los intereses ajenos”, “Se entiende por «culpa» a la omisión de la diligencia debida, según la naturaleza de la obligación según las circunstancias de tiempo, persona y lugar”* (Pág. 10). Por último, respecto a la negligencia, entiende que se encuentra comprendida dentro de la noción de culpa.

Por tanto, el autor establece que, en cuanto a la responsabilidad del funcionario público, el factor de atribución subjetivo implica una falta personal del agente, que no debe confundirse con la falta de servicio objetiva, de la responsabilidad del Estado⁴⁵.

Por su parte, en cuanto al factor de atribución de tipo objetivo, Pizarro y Vallespinos (2014) han sostenido que *“son aquellos que se caracterizan por fundar la atribución del incumplimiento obligacional y responsabilidad que emerge de hechos ilícitos stricto sensu, en parámetros objetivos de imputación, con total abstracción de la idea de culpabilidad. De allí que la denominada responsabilidad objetiva sea mucho más que una mera responsabilidad sin culpa: ella tiene un elemento positivo, axiológico, que la justifica y determina su procedencia.”* (Pág. 172).

⁴⁵ SALGAN RUIZ, L.G (2016) “El impacto del nuevo Código Civil y Comercial en las instituciones del derecho administrativo. Segunda parte”. MJ-DOC-9847-AR | MJD9847 Extraído de : www.microjuris.com

En este sentido, el nuevo Art.1722 del Código Civil y Comercial de la Nación sostiene: “Factor *objetivo*. *El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.*”⁴⁶

Es entonces como, tanto desde la definición brindada por la doctrina y por el nuevo código, se advierte que el factor de atribución objetivo es claramente diverso al subjetivo. Más allá a la obviedad que radica en las palabras, por objetivo debemos entender que no es de importancia la intención del agente.

Por su parte, Ghersi (2014) nos dice que no debemos olvidar que “*en derecho de daños se ha dejado de lado el factor subjetivo de atribución para establecer el denominado “parámetro de los estándares objetivos” en la interacción social, cultural, económica y política.*” (Pág. 2). Entonces, considera que debería aplicarse un factor de atribución objetivo, teniendo en cuenta no la culpa y dolo, sino que se debe analizar la conducta del funcionario público teniendo en cuenta “estándares jurídicos”, basados en el rol o en la función que cumplen, valorar la obligación mediante el análisis de eficiencia y eficacia, y de esa manera establecer la responsabilidad.⁴⁷

La idea de responsabilidad basada en factores objetivos prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad, se tiene en cuenta única y exclusivamente el daño producido; lo que debe tenerse en cuenta es el hecho perjudicial, hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso únicamente es el que genera responsabilidad.

Considero que debería de aplicarse el factor objetivo de atribución, para que de esa manera sea mayor la posibilidad de poder atribuir responsabilidad y que, por tanto, responda por los daños causados. Imaginemos que, en caso de proceder únicamente con un criterio de atribución subjetivo, la víctima del daño se vería obligada a probar el dolo o culpa del funcionario público, siendo esto un impedimento material y real a la hora de

⁴⁶ Artículo 1722. Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁷ GHERSI, C.A. (2014) “*Ley de Responsabilidad del Estado: los funcionarios públicos*” AR/DOC/3342/2014. www.laleyonline.com

proceder una acción de daños. A la hora de analizar la conducta del agente con la finalidad de establecer cuál es el factor de atribución, Ghersi (2014) establece que “*se trata del ejercicio de la función pública que tiene que analizarse conforme al rol (posición del funcionario o agente en el cargo y sus obligaciones legales) y la función conforme a los diagramas y alcance de sus facultades, competencias y jurisdicción*” (Pág. 2).⁴⁸

Así las cosas, reconocer detalladamente cuál es la obligación legal que tiene cada funcionario según su rol y función, y que por incumplir tal obligación se causare un daño, debiera de responder bajo un criterio de atribución de responsabilidad objetiva: “el de no cumplir con sus obligaciones legales”. En este sentido, el nexo causal entre el daño y el titular de la obligación de actuar de cierta manera según el cargo que posee sería suficiente para responsabilizar a los funcionarios públicos, al menos en acciones que tengan que ver con el daño civil. En cambio, con una legislación como la actual, se obstaculiza de manera evidente la procedencia del daño al solicitar que se atribuya responsabilidad únicamente en casos donde se pruebe el dolo o la culpa del agente estatal.

6. LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO.

Ricardo A. Muñoz (2016), entiende que el dictado de una Ley específica en la materia Responsabilidad del Estado, es muy positivo ya que contribuye a codificar los avances jurisprudenciales y, al hacerlo, se brinda mayor seguridad jurídica (una mayor credibilidad en el sistema y confianza en el Estado de Derecho).

Ahora bien, a pesar de ello, la ley presenta ciertos retrocesos, el autor considera que independientemente de que sancione una norma específica o que se le reconozca el carácter local de la materia, ello no soluciona problemas de contenido y regulación que presenta la

⁴⁸ GHERSI, C.A. (2014) “Ley de Responsabilidad del Estado: los funcionarios públicos” AR/DOC/3342/2014. www.laleyonline.com

ley. Advierte, que muchos de los apartados se escapan notoriamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁹.

En un primer momento Muñoz (2016) nos dice: “*en el supuesto de responsabilidad del Estado por omisión, tenemos para nosotros que implica un importante retroceso en la materia la exigencia de acreditar la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*” (Pág. 6), en este sentido, el autor nos advierte la dificultad probatoria que recae sobre la victima al momento de demostrar que el Estado debiera haber realizado un acto y no lo realizo.

Al Respecto nos dice Alejandro Andrada (2010) que en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se reconoció “*con amplitud que la responsabilidad del Estado procede no solo cuando se infringe un mandato establecido en una norma especial, sino también cuando se transgreden los principios que informan el ordenamiento jurídico*” (Pág. 2). Y en la misma línea de pensamiento, se estableció que el deber normativo no proviene solo de una ley en sentido formal, sino que puede provenir, por ejemplo, de la misma Constitución Nacional con el principio de no dañar a otro.⁵⁰

En el mismo sentido, Muñoz (2016) nos dice con respecto a la responsabilidad del Estado por actividad legitima, cuando en el artículo 4to de la ley 26944, se establece que existe la necesidad de demostrar la “*lesión a un derecho adquirido*”, cuando con anterioridad se había admitido la protección de un interés que fuera jurídicamente protegido. E, iguales críticas, se merece la definición de esta responsabilidad como “*excepcional*”.

Luego, el autor continúa haciendo una crítica a la extensión de la reparación, por ejemplo, la exclusión lisa y llana del lucro cesante, cuando la Corte ya ha resuelto a favor de la admisión de dicho concepto.

⁴⁹ MUÑOZ. R.A. (2016) “La responsabilidad del Estado en el marco del Nuevo Código Civil y Comercial” MJ-DOC-7575-AR | MJD7575. www.microjuris.com

⁵⁰ ANDRADA, A. D. (2010) “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, La Ley. www.laleyonline.com.ar

De la misma manera, que la supuesta improcedencia del daño moral, siendo un rubro acogido desde hace tiempo tanto por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵¹

En este sentido, Araldi (2014) nos dice que a razón de la indemnización la Ley de Responsabilidad del Estado establece como uno de sus presupuestos el daño cierto y que sea “medurable en dinero”, podríamos inferir a partir de ellos que queda excluido el daño moral. Y con respecto a ello, la autora sostiene que *“tratándose de daños patrimoniales, la indemnización es reparatoria y que el caso de los daños morales, que no son propiamente patrimoniales, la indemnización cumple una función de compensación respecto de la víctima en reemplazo del bien del que ha sido privada”* (Pág. 4). Entonces, la autora considera que el daño moral, a pesar de tener una aparte exclusión de la norma, debe ser reparado una vez que se allá probado el daño⁵².

Con respecto a los requisitos del daño incorporados en el artículo 3 (es decir, “daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y medurable en dinero”) Arias Cau (2016), hace algunas aclaraciones. La que nos interesa remarcar en esta instancia es la aclaración que efectúa sobre ya estudiada expresión “medurable en dinero” y, al momento de analizar el rubro del daño moral, nos dice: *“El daño moral no puede medirse en dinero, no existe regla de medición que a un dolor le asigne un monto monetario, lo que no obsta a que se pague en dinero a falta de otro medio de reparación”* (Pág. 7).⁵³

Muñoz (2016) hace una crítica con respecto a la eximición del Estado de responsabilidad por los perjuicios causados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos. Parecería que a priori eximir de responsabilidad en todos los casos, significaría desconocer principios constitucionales; teniendo en cuenta que en determinados supuestos *“en donde el daño, por acción u omisión, por provenir del poder concedente o del ente regulador, pudiera ser consecuencia de la conducta estatal”* (Pág. 6).⁵⁴

51 MUÑOZ. R.A. (2016) “La responsabilidad del Estado en el marco del Nuevo Código Civil y Comercial” MJ-DOC-7575-AR | MJD7575. www.microjuris.com.

52 ARALDI, L. (2014) “¿el proyecto de ley de responsabilidad del Estado recoge o abandona la doctrina judicial imperante?”. MJ.DOC.6767.AR www.microjuris.com

53 ARIAS CAU, E.J. NIETO. M.L. (2016) “La responsabilidad del Estado en la Ley 26.944 (nuevas reglas, viejos problemas” MJ-DOC-9877-AR | MJD9877 . www.microjuris.com

54 MUÑOZ.R.A. (2016) “La responsabilidad del Estado en el marco del Nuevo Código Civil y Comercial” MJ-DOC-7575-AR | MJD7575. www.microjuris.com.

Con respecto a ello Araldi (2014) entiende que el Estado independientemente de lo que la norma establece debe responder cuando se configuren dos situaciones, tema que fue tratado en el capítulo III del presente trabajo, y la autora nos dice :*“el Estado es responsable por omisión si el daño fuese causado por inobservancia de su poder de policía; y por acción cuando el daño causado sea consecuencia de una orden de obligado cumplimiento dada por la Administración o en los casos de obras y suministros cuando sea consecuencia del vicio del proyecto elaborado por la Administración, en ambos casos la conducta se encontraría encuadrada en la responsabilidad del Estado por actos ilícitos más allá de la responsabilidad concurrente con el contratista.”* (Pág. 8). Por tanto debe responder cuando el Estado no cumplió con su obligación de control o cuando el daño producido por el concesionario o contratista es producto de cumplir con una orden que emana del propio Estado⁵⁵.

Por tanto, es que Muñoz (2016) considera que la nueva regulación en la materia *“constituye un «microsistema» que procura acotar y restringir la responsabilidad del Estado y de sus agentes disminuyendo al máximo el elenco de daños resarcibles, bajo la excusa (no justificable, según mi opinión) de que la Ley 26.944 constituye un régimen especial, el que deberá ser juzgado «por reglas y estándares normativos propios del derecho público», teniendo en cuenta el interés de la víctima, pero en armonía con los intereses públicos y sobre la base de «la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad»*”(Pág. 7). Considera, entonces, que la ley de responsabilidad del Estado lo protege con las exigencias de una cantidad de condiciones puntuales que deben dar para que nazca la obligación de resarcir el daño; además de violar el principio constitucional de jueces naturales, prescripto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, creando un fuero especial al efecto. Por contraposición, el sistema en materia de daños – es decir, el Derecho Civil- tiene como eje la protección de la víctima, de los perjuicios que pueda injustamente sufrir. Por tanto, el autor considera que no debemos olvidar que el eje central de todo el sistema jurídico es la protección de la dignidad humana, y el derecho de daños la pone a la

⁵⁵ ARALDI, L. (2014) *“¿el proyecto de ley de responsabilidad del Estado recoge o abandona la doctrina judicial imperante?”*. MJ.DOC.6767.AR www.microjuris.com

víctima como núcleo, por lo que, la ley en cuestión sustanciaría una violación a estos principios.⁵⁶.

Por su parte Balbín (2015) encuentra como criticable que la ley de Responsabilidad del Estado no regule el supuesto del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa que son propiedad del Estado. Aunque entiende que, independientemente de que no esté contenida en la norma, “*el daño causado con o por las cosas (por su uso común o por su condición viciosa o riesgosa) debe ubicarse en el marco de la responsabilidad estatal por sus actividades ilícitas*” (Pág. 467), carece la ley de tal regulación. Existen motivos bastantes para considerar, en la línea del autor, que esta exclusión es injustificada y que debemos contar con la posibilidad de reclamar al estado este tipo de este tipo de responsabilidad cuando estemos frente a un uso antijurídico de la cosa, o que por su vicio o riesgo se cause un daño.

7. LA IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR SANCIONES PECUNIARIAS. EL CASO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

El artículo 1, último párrafo de la ley 26944, establece, que “*la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios...*”.

Ahora bien, por sanción pecuniaria, contamos en nuestra legislación con los daños punitivos consagrados por la nueva Ley de Defensa al consumidor, Ley 24.240, cuando regulado los daños punitivos como acción sancionatoria a favor del consumidor.

Tal como nos dice María Isabel Rúa (2009) (citado por Junyent Bas y Garzino), cuando hablamos de daños punitivos, estamos refiriendo a una figura de carácter excepcional, y su principal finalidad es sancionar a quienes obran con despreocupación causan un daño al consumidor.⁵⁷

Con respecto a los daños punitivos Pizarro (2000) nos dice que “*son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a*

⁵⁶ MUÑOZ.R.A. (2016) “La responsabilidad del Estado en el marco del Nuevo Código Civil y Comercial” MJ-DOC-7575-AR | MJD7575. www.microjuris.com.

⁵⁷ JUNYENT BAS, F. GARZINO, M.C. (2011) “*daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*”. DIARIO LA LEY. Tomo LXXV~239. <http://thomsonreuterslatam.com>

las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pág. 374) (citado por Junyent Bas y Garzino).Por su parte, Trigo Represas y Lopez Mesa (2004) comprenden que constituyen un “*plus*” de indemnización concedido a quien fue perjudicado “*que excede del que le corresponde según la naturaleza y alcance de los daños*” (Pág. 557).

Con respecto a la finalidad del presente instituto Junyent Bas y Garzino (2011) nos dicen que es de carácter sancionatorio, lo que busca es castigar determinadas conductas que lesión y que por consiguiente deben ser reprochadas por el derecho. Pero, a su vez, tiene un matiz preventivo, de esta manera se busca impactar en la sociedad para desalentarla en el futuro, se trata de una sanción punitiva y preventiva, pero “*fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares*”.⁵⁸ En este sentido, estaríamos frente a una sanción pecuniaria que posee el consumidor pero que, según el artículo primero de la ley de responsabilidad del Estado, no podría entablarse contra el Estado o sus funcionarios públicos.

Zavala de González (2011), al hablar de la responsabilidad por daños, y haciendo referencia a daños punitivos, nos dice que la prevención constituye una función insoslayable y, “*siempre es mejor que no un daño no ocurra a que un daño se indemnice bien*”, “*además el principio de reparación plena o integral representa un mito o una ilusión, porque no sobre todos los daños, todos los damnificados y todas las consecuencias*” (Pág. 1). Entendemos, entonces, que este la exigencia de “no dañar” requiere como primera medida impedir el daño injusto, al margen de la reparación de los daños ya causados, por tanto, existen infracciones que por su seriedad son pasibles de sanciones privadas contra el dañador.

La autora citada, entiende entonces, que el artículo 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, Ley 24240, partiendo de la base que el derecho de daños no debe solo

⁵⁸ JUNYENT BAS, F. GARZINO, M.C. (2011) “*daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*”. DIARIO LA LEY. Tomo LXXV~239. <http://thomsonreuterslatam.com>

satisfacer los intereses privados de la víctima, sino que, aplicar sanciones económicas de carácter disuasorio, por la causación de daños con actividades que son injustamente perjudiciales, preservando un “*derecho genérico a no ser víctima*”

La ley antes citada, en su artículo 1 y 2, define los conceptos de Consumir y Proveedor. Con respecto al primero de ellos, lo establece como el objeto de la presente ley y dice: “*La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*” (Artículo 1, Ley 24240).

Con respecto al proveedor, la ley lo define como: “*Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley*” (Artículo 2, Ley 24240). Con respecto a la lectura de este último artículo no caben dudas que el Estado, como persona jurídica pública, queda comprendido, siendo pasible de la aplicación de la presente ley. Y por otro en el artículo primero, al hablarse de “relación de consumo” y no de contrato, podemos establecer, en principio, que cualquier persona que adquiere del Estado un bien o éste le presta un servicio, se encuentra en una relación de consumo en los parámetros de la presente ley, y por tanto, en condiciones de exigir que se le aplique su articulado. A esta altura, podríamos considerar que, al no poder sancionar al Estado, estaríamos impidiendo la aplicación del artículo 52 bis y desprotegiendo a los consumidores en caso de que el proveedor que causare un daño sea el propio Estado.

El 52 bis de la ley 24240, establece los daños punitivos, y dice: “*Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se*

graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”. Por tanto, de la lectura del artículo y partiendo de la base que el Estado está comprendido en el concepto de proveedor de la presente ley, no habría ningún pretexto para que el mismo no sea pasible de aplicación de los daños punitivos

Respecto a este artículo Junyent Bas y Garzino (2011), nos dice que el primer punto para tener en cuenta es que, de la norma se desprende como único requisito y como presupuesto, que el proveedor no cumpla con las obligaciones legales que tiene con el consumidor. Por tanto lo que aquí se establece es un factor de atribución objetivo, tal como lo establece también el artículo 40 de la ley antes citada.⁵⁹

Aunque pareciera que los daños punitivos no son aplicables en caso de responsabilidad estatal de acuerdo con el artículo primero de la ley referida, en caso de que asumiéramos que podría proceder el instituto contra un funcionario público, tendríamos otro problema adicional: el del factor de atribución requerido. Como hemos visto, la nueva ley de responsabilidad sostiene que el factor de atribución requerido para responsabilizar a los funcionarios públicos es el subjetivo. Es decir, se requiere probar que el funcionario actuó con dolo o culpa, sabiendo lo problemático que sería probar estos extremos por parte de la víctima. En este sentido, y tal como se deriva de la propia ley de defensa al consumidor, el factor de atribución para que procedan los daños punitivos es objetivo. Entonces, la ley 26.944, estaría una vez más, beneficiando a los funcionarios públicos por establecer que únicamente responden en caso de dolo o culpa.

Parece, una vez más, que un criterio de atribución objetivo es el adecuado para no dejar indemnes a las víctimas del daño. Respecto a ello, Ghersi (2014) entiende que el artículo 9 configuraría una regulación arcaica y que en principio contradice el artículo 40 de

⁵⁹ JUNYENT BAS, F. GARZINO, M.C. (2011) “daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”. DIARIO LA LEY. Tomo LXXV~239. <http://thomsonreuterslatam.com>

la Ley de Defensa al Consumidor, que establece que la responsabilidad será objetiva, y que en caso de duda sobre la interpretación debe ser pro consumidor, en su artículo 3 establece: “En los casos de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. Además el autor no dice, que esta ley es de orden público y por tanto, es de aplicación prioritaria y estricta frente a un supuesto en que se debe interpretar un contrato de consumo.⁶⁰

Por tanto, Picasso (2008) (citado por Junyent Bas y Garzino. 2011), bien señala en este punto que, independientemente de cuál sea la obligación violada, haya mediado culpa o dolo del proveedor o no, si se ha causado un daño al consumidor entonces, es viable la aplicación de la sanción y, por tanto, de la Ley de Defensa al Consumidor.⁶¹

Con lo dicho, el Estado no debiera verse excluido de ser sancionado por la Ley de Defensa al consumidor o, de lo contrario, se estaría privilegiando a los Entes gubernamentales por verse abstenidos de ser sancionados con la herramienta punitiva que la propia ley otorga a los consumidores.

8. JURISPRUDENCIA

8.1. Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de / indemnización

Dictado el 18 de diciembre de 1984, por la Corte Suprema De Justicia de la Nación. Los hechos del siguiente fallo son los siguientes: En 1906 Gervasio Ábalos compro la totalidad de la chacra 164 ubicada en la ciudad de Necochea, esta estaba compuesta de numerosas manzanas. Posteriormente Ábalos enajena la manzana “F”, la parte S.O a Méndez y la parte N.E a Ayrolo. Con respecto a la manzana “E” le vende la mitad S.E. a Koblitz, quedando en su propiedad la mitad N.O de la manzana “E”.

⁶⁰ GHERSI, C.A. (2014) “Ley de Responsabilidad del Estado: los funcionarios públicos” AR/DOC/3342/2014. www.laleyonline.com

⁶¹ JUNYENT BAS, F. GARZINO, M.C. (2011) “daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”. DIARIO LA LEY. Tomo LXXV~239. <http://thomsonreuterslatam.com>

En 1914, Gervasio Ábalos transfirió a su hermano Emilio Ábalos, el remanente de la totalidad de la chacra. Al confeccionar la escritura el escribano comete ciertos errores, a saber, no considera la venta realizada a Koblitz y Ayrolo, consignó que la manzana “E” se la había enajenado a Méndez (cuando en realidad anteriormente se le había vendido la mitad de la manzana “F”) y, por tanto, la transferencia que realizó al hermano de Ábalos fue de la manzana “F” en su totalidad. Fallecido Emiliano Ábalos, sus sucesores, enajenan la manzana “F” que, pese a no ser realmente de su propiedad por haber sido enajenada en su totalidad por su hermano Gervasio, el registro adjudicó la titularidad de dominio y extendió certificado de titularidad sin restricciones ni exclusiones.

Posteriormente a ello, se produjeron nuevas y sucesivas irregularidades, hasta que en 1949 la parte actora (Vadell) vende a García Gómez la mitad N.O de la manzana “F”, adquirido anteriormente de Sily. Al ser todas las ventas efectuadas sobre antecedentes de dominio nulos, comprometen la responsabilidad de la provincia y pide que la provincia se vea obligada a resarcir en favor de García Gómez.

Al contestar la Provincia de Buenos Aires, sostiene que los errores se originan en las escrituras públicas que crearon superposición de anotaciones; niega asimismo el carácter de funcionario público del escribano y pide por tanto que se los cite. Citación que es rechazada.

La Corte se pronunció de la siguiente manera: *“Que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la Provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. ... Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”* (Pág. 3). Esto hace alusión al reconocimiento de la responsabilidad del Estado Provincial por el cumplimiento defectuoso de funciones que le corresponden, lo que se denomina responsabilidad objetiva por falta de servicio.

Por otro lado, la Corte estableció, con respecto al cuestionamiento de si el escriba público es un funcionario público, con las consecuencias legales que de ellos deriva o no. Y con respecto a ello establece: *“si bien no caber duda de que como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigs. de la ley 12.990), es evidente que no se presentan las notes características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración”* (Pág. 4 y 5). La corte entendió que es un profesional del derecho que realiza una actividad privada, pero contiene ciertos atributos que lo equiparan con la función pública, aunque sus actos están netamente vinculados al comercio jurídico privado, y en ningún caso expresan la voluntad del Estado.

Por último, con respecto a la participación de la Provincia en la producción del daño nos dice: *“esta Corte estima en un 70 % ya que la trascendencia de la conducta irregular del registro inmobiliario como causa de aquellos debe entenderse superior a la del escribano Exertier”* (Pág. 5).⁶²

El tribunal estableció, como la Corte ya se ha pronunciado en otras ocasiones, que el escribano posee un status particular entendiendo que, si bien se someten a la reglamentación de las profesiones liberales, tienen caracteres especiales desde que el Estado le otorga facultades especiales de dar fe de los actos y contratos que se celebran conforme a las leyes. En este sentido, constituye una concesión que hace el Estado y por tanto le otorga la calidad de funcionario público. Por tanto, el Estado responde de manera objetiva y directa por el cumplimiento defectuoso de las obligaciones impuestas a los funcionarios públicos.

8.2. Provincia de Córdoba c/ Aguinis Esther Susana / Ordinario. Otros. Causa de remisión

⁶² Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de / indemnización. Extraído de : www.microjuris.com

Dictado el 7 de agosto de 2008, donde resolvió la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Córdoba.

Plantea los siguientes hechos: La administración pública provincial entabla de demanda contra una funcionaria pública por el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones legales, al efectuar pagos de sumas de dinero correspondientes a la administración, a favor de terceros, por trabajos que nunca realizaron o por materiales nunca adquiridos, pues la administración entiende que el negligente control de los presupuestos presentados le provocó un daño patrimonial. Además entiende que todo funcionario o empleado a quien se le da una orden tiene, por el hecho mismo de ser competente para cumplirla, la facultad de examinar la legalidad de dicha orden, y de abstenerse de cumplirla en el caso de ilegalidad. La demandada interpone recurso de apelación, y expone en sus agravios que el Tribunal *aquo* considera que la responsabilidad es de carácter contractual, pero resuelve basándose en normas aplicables a derecho extracontractual. Por tanto la demanda establece que no solo es una contradicción a la hora de aplicar el derecho, sino que le impide solicitar la prescripción ya que la de responsabilidad extracontractual era de dos años, mientras que la contractual era de diez años.

A razón de ello, el Tribunal se expidió rechazando el recurso de apelación entablado contra el demandado, confirmándose el decisorio impugnado. El tribunal con respecto a si procede el recurso o no, nos dice: “(...) *para incurrir en responsabilidad, el funcionario público, no será suficiente cualquier hecho u omisión que cause perjuicio, sino que por propio imperativo legal es menester que ello importe el cumplimiento irregular de sus obligaciones legales. Siendo así, y como a nadie puede imputarse un daño del cual no resulta causante, con la particularidad de culpa anunciada, será necesario en esta singular especie, determinar cuál es el deber jurídico que ha violado la contadora Aguinis para incurrir en la culpa enrostrada*” (pág. 4). Y continúa: “*Los funcionarios y empleados públicos tienen en general el derecho de obrar conforme a las leyes y reglamentos que establecen las formas y límites del ejercicio de sus funciones: si obran dentro de ellos su responsabilidad estará cubierta, si por el contrario prescinden de las formas y límites allí determinados, es posible que su responsabilidad resulte comprometida*” (Pág. 4 y 5).

El razonamiento continúa: *“Así, reclamados por la administración los daños y perjuicios emanados del incumplimiento de una obligación, y enfocada la cuestión en la forma antedicha, corresponde determinar si Esther Susana Aguinis, incurrió o no en relación al evento dañoso en omisión de aquellas diligencias que exigían la naturaleza de la obligación y que correspondían a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar”*. (Pág. 6)

“Es cierto que el funcionario público posee un espacio importante de libertad de decisión, pero por eso mismo cuenta también una actividad reglada por las leyes, y allí debe obrar sabiendo que si ha cometido un error de conducta, será juzgado y sancionado por no haber obrado como un hombre prudente, honesto y respetuoso de sus semejantes debió hacerlo”...”y es precisamente en dicho contexto que la accionada desplegó una conducta negligente en los deberes inherentes a su cargo, permitiendo que se pagaran a terceros por servicios o bienes no prestados ni entregados por aquellos”. (Pág. 6)⁶³

Este fallo es de gran importancia siendo que establece que el funcionario público debe responder en la medida en que no cumpla con las obligaciones que se le han impuesto, o dentro del marco de las leyes o lo reglamentos que deben guiar su conducta.

Los funcionarios tienen deberes que guardan relación con el objeto de su empleo público, y en el caso que actúen de manera irregular, y que ese actuar cause un daño a terceros o a la propia administración entonces se genera responsabilidad civil. En este caso la demandada debe responder en función de incurrir en omisiones de diligencias que la naturaleza de la obligación exigía y que correspondían a las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

También cabe mencionar, que el tribunal ha establecido, que el funcionario a la hora de actuar en el cumplimiento de una orden que se le haya impuesto tiene la facultad, aunque no se encuentra establecida expresamente, de juzgar la legalidad de la misma y en caso de recibir una orden manifiestamente ilegal debe atenerse de cumplirla.

Y, por último, con respecto al factor atributivo de responsabilidad, si bien no se establece expresamente, en ningún momento se establece que para atribuirse responsabilidad se debe establecer el dolo o la culpa de la parte demanda. Tal como se ha

⁶³ Provincia de Córdoba c/ Aguinis Esther Susana / ordinario. Otros .otras causas de remisión. Extraído de : www.microjuris.com

sostenido en la presente tesis, con el solo hecho de incumplir con las obligaciones legales impuesta, incurre en responsabilidad, y por tanto podríamos decir que el factor de atribución es objetivo.

8.3. Pina Rolando Esteban c/ Cavallo Domingo Felipe / daños y perjuicios

Fallo dictado el 25 de abril de 2008, por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Se establecen los siguientes hechos: un particular, Dr. Rolando Esteban Pino, entabla una demanda de daños y perjuicios patrimoniales y morales, contra el ex ministro de economía, Sr. Domingo Felipe Cavallo, por los perjuicios que tuvo que soportar por la implementación de medidas económicas previas a la crisis económica del año 2001. Imputando al accionando por haber incurrido en mala praxis como funcionario público, por su accionar doloso y negligente al desempeñarse en el Ministerio de Economía. A su vez el actor, establece que la demanda es personal contra el Dr., Cavallo y no contra el Estado, ya que su intención es evitar la utilización de fondos del tesoro del Estado Nacional para hacer frente a la responsabilidad en que incurrió el demandado.

Cavallo, al contestar la demanda, consideró que no se indicaron concretamente ni los hechos imputados, ni la vinculación causal entre su supuesta actividad y la supuesta pérdida de generar ingresos que el actor invoca. La sentencia de primera instancia, sin analizar la responsabilidad en el caso, expresó que más allá de la razón o sin razón que le pudiera caber al accionante sobre el resultado de la política económica que aplicó el demandado, rechazó la acción por considerar que el actor no acreditó los daños personales que dice haber sufrido.

Con respecto a esto el Tribunal plantea ciertos puntos importantes: primero se debe establecer si es o no una cuestión justiciable, y nos dice: *“de oficio analizaré en primer lugar, si el accionar atribuido al demandado como funcionario de uno de los poderes del Estado Nacional, constituye una cuestión política no justiciable para en su caso, evaluar luego la responsabilidad civil por el hecho dañoso invocado. Me adelanto a señalar que en mi visión, se trata de un caso "justiciable". (Pág. 6)*

“En efecto participo de la idea de que especialmente luego de la reforma constitucional del año 1994 que modificó el inc. 22 del art. 75 CN, en el esquema de nuestra Ley Fundamental la regla general es que todos los actos emanados de los Poderes Ejecutivos y Legislativos son justiciables, aunque deban atenderse ciertas modalidades y excepciones” (Pág. 6)

“Pero lo que resulta prioritario resaltar es que el criterio de habilitar el control judicial de razonabilidad o constitucionalidad de tales actos constituye un mecanismo de defensa de la supremacía constitucional, para no dejar al arbitrio exclusivo de los órganos políticos el ejercicio de facultades que por más "privativas" que se reputen, jamás pueden prevalecer para dejar impune una violación a la Constitución” (Pág. 7).

“Por todo lo expuesto entiendo que la acción entablada se encuentra enmarcada en los cánones precedentes y resulta cuestión justiciable, sin perjuicio de advertir que conforme los términos en que fue contestada la demanda, el accionado implícitamente prestó conformidad para tratarla de ese modo” (Pág. 7).

En segunda punto a analizar es la pretensión del actor, esta se fundamenta en que el juez rechazo la demanda por no considerar acreditados los daños invocados, no trato algunas cuestiones planteadas, como por ejemplo los documentos que personalmente intercambiaron el demandado con el actor, cuando el primero ejercio el cargo político. Con respecto a ello el tribunal dice: *“En cuanto a la pretensión del actor, y en especial, respecto de su legitimación procesal, es del caso consignar en primer lugar, que aun cuando éste haya fundado parte de petición en el art. 43 de la Constitución Nacional, aludiendo a derechos e intereses sociales afectados, es evidente que el objeto principal de la demanda es la indemnización por lesión a sus derechos individuales -básicamente al de propiedad (art. 14, 17 Constitución Nacional), trabajo (art. 14 bis)-, y condiciones dignas de vida.”*(Pág. 8)

Luego de ello, lo que corresponde analizar es la responsabilidad del ex ministro durante su desempeño en el periodo marzo 2001/diciembre 2001. Con respecto a ello, el actor invocó directamente la responsabilidad personal del ex ministro Cavallo, atribuyéndole mala praxis e imputándole todos los efectos dañosos que invoca. El tribunal

nos dice: *“luego de la modificación en el año 1.994 de los arts. 75 inc.22 y 23 de la Constitución Nacional y de dar rango constitucional a los Tratados internacionales aprobados por el Congreso, la voluntad del constituyente y legislador no ha sido precisamente la de impedir ó evitar que funcionarios de alto rango del Estado puedan ser responsables civilmente por los daños ocasionados por su accionar ilegítimo, sino por el contrario, busca evitar situaciones de impunidad, que permitan proteger al cuerpo social y al propio Estado de funcionarios carentes de aptitud, negligentes o arbitrarios, sin perjuicio de que deba atenderse a las especiales características de la tarea, y que se deban adaptar los criterios utilizados a la naturaleza, importancia y características de la función desempeñada.”*(Pág. 8). *“Creo que es un error pensar que con los conceptos comunes de daño, relación de causalidad y criterios de atribución de responsabilidad previstas por el Código Civil, el agente estatal con mayor responsabilidad social está a salvo de responder civilmente; sólo deben adaptarse los conceptos a la naturaleza y características de la función, a la realidad del contexto en que se desempeñan, y al grado de evolución de las ideas jurídico-políticas consideradas como integrantes de un todo; de un sistema coordinado. Desde este punto de vista, lo político, lo jurídico y lo social no pueden ser ámbitos totalmente desconectados en la evaluación y ponderación de situaciones”*. (Pág. 9)⁶⁴

Por tanto, podemos decir el que el funcionario, debe responder civilmente, y en el fallo analizado se establece que es importante reconocer la responsabilidad del funcionario, para poner un freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades o quienes ejercen funciones administrativas públicas, que aquellos que generaron un daño a los administrados sufra las consecuencias del ese hecho dañoso. Tal como establece Gordillo (2013) *“hay un interés constitucional en desear que no se abandone la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es el mejor medio para impedir las prevaricaciones de los funcionarios”*.

La jurisprudencia ha considerado tradicionalmente la mala praxis profesional como integrante del campo de la responsabilidad civil por daños. Y tal como establece el

⁶⁴ Pina Rolando Esteban c/ Cavallo Domingo Felipe / daños y perjuicios. Extraído de : www.microjuris.com

Tribunal, todo profesional tiene la obligaciones de responder por las consecuencias dañosas provocadas en el ejercicio de su profesión, y que ella responsabilidad del encuentra sometida a los principios de la responsabilidad civil; como así también la responsabilidad de los funcionarios públicos que se desempeñan en las funciones del Estado y que están relacionados con los particulares por una relación jurídica que emana de la ley.

En este sentido, ha sostenido: *“Tal circunstancia importó en mi visión, carecer de un nivel adecuado de detección del riesgo de estallido social, que cabía esperar del funcionario público con las tareas específicas y delegadas como las que de hecho ejercía el accionado, y que deben visualizarse como culpa o negligencia en la evaluación de los efectos de las normas implementadas o al menos, como error de apreciación de los mismo o error de diagnóstico. En efecto, al culpa del agente como infracción no dolosa del modelo de conducta debida o esperada del funcionario se encuentra acreditada, sin que el accionado hubiera invocado ni acreditado eximentes que excluyeran totalmente su responsabilidad.”* (Pág. 20)

Sin perjuicio de ello, el Tribunal estableció que no podía acreditarse dolo por parte del demandado. Sin embargo, incurrió en culpa grave, por no poder eximirse de responsabilidad por los efectos producidos por sus acciones u omisiones.

Por otro lado, se establece que en este caso se da lo que la jurisprudencia ha dado a llamar “línea funcional”, en lo que atiende a la responsabilidad del Estado, admitiéndose que deberá responder el Estado (en este caso el funcionario público) en la medida de que el daño no sea universal, es decir, que no sea de obligatoria aceptación por todos los ciudadanos, y en este caso el tribunal entiende que existieron muy pocas personas que se pudieron haber beneficiado con las medidas económicas tomadas previo a la crisis del 2001.

Por último, debemos decir que el Tribunal decide no hacer lugar al recurso y confirmar la sentencia apelada rechazando la demanda por daños perjuicios materiales y morales, reclamados por el actor, que dice haber sufrido en sus intereses personales. El rechazo se debe a que el actor no pudo acreditar esos daños personales que alega haber sufrido, tanto en su patrimonio como en su trabajo, esta es la posición de la mayoría. Con

respecto al daño moral, el actor invoco una sola razón oportunamente y ella fue que no fueron oídas las advertencias que habría hecho llegar al funcionario. Respecto a ello, el Tribunal entiende que esta no es razón para que proceda la indemnización por daño moral.

9. CONCLUSIÓN

Cuando referimos a funcionarios públicos, nos encontramos con distintos autores que difieren en su conceptualización y, por tanto, en la atribución de responsabilidad en caso de causar un daño en el ejercicio de sus funciones. Así, por ejemplo, Cassagne (2014) sostuvo que existe una idea unitaria e inescindible entre el Estado y el funcionario público, lo que impide atribuir responsabilidad personal a los funcionarios públicos. Por su parte, otros autores como Salgan Ruiz realizan una interpretación más acorde de la realidad de la función de los empleados públicos.

Una vez comprendido el concepto de agencia en la función pública, reconociendo que el funcionario puede en el ejercicio de sus funciones causar un daño, hemos intentado delimitar cuando es que un funcionario se encuentra en ejercicio de sus funciones. De esta manera, contamos con dos tipos de criterio, uno objetivo y uno subjetivo. El primero, refiere a la voluntad o a la intención del agente, y el segundo, caracteres objetivos del hecho.

Tal como indica el artículo 9 de la Ley 26944, los funcionarios deben responder por la actividad o inactividad, incurriendo en culpa o dolo, causantes de un daño. De esta manera, fue necesario indagar y distinguir el factor de atribución necesario para atribuir responsabilidad a los funcionarios públicos. La ley establece un factor de atribución subjetivo pero ello trae ciertas dificultades al momento de probar el dolo o la culpa del agente. Es por ello, que hemos sostenido una crítica al citado artículo 9.

Por su parte, hemos efectuado un análisis a la ley de Responsabilidad del Estado, considerando que, aunque su redacción ha traído seguridad jurídica, ciertas cuestiones normadas traen algunas dudas respecto a su impacto en la posibilidad jurídica de incoar una demanda contra un funcionario público. Así, por ejemplo, en la responsabilidad del Estado por actividad legítima indica la necesidad de demostrar la lesión de un derecho adquirido y

expresamente, indica que esta responsabilidad es excepcional. Luego, hemos hecho ciertas distinciones sobre la procedencia del daño moral, reconociendo que debe el Estado reparar dicho concepto.

Por último, hemos analizado el artículo 1 último párrafo, en cuanto establece que la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el estado sus agentes y funcionarios, entendiendo esto como un privilegio, excluyendo a la aplicación de los daños punitivos por improcedentes.

CONSIDERACIONES FINALES

En el presente trabajo investigativo, se persiguió responder a la pregunta de cómo el cambio normativo impacta en la responsabilidad del Estado como persona jurídica y de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones al momento de causar un daño a los ciudadanos. Para ello, se ha analizado la problemática jurídica desde el análisis de la doctrina respecto a la normativa vigente en nuestro país.

En el primer capítulo, quedó establecido el concepto de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Partiendo de la base de reconocer la obligación de responder, el Estado en su calidad de persona jurídica de carácter público y el funcionario público como persona física. Entendiendo que ambas responsabilidades tienen características propias, se estableció el Estado de Derecho como su fundamento principal.

Aquí se planteó la discusión sobre la conveniencia o no de la regulación de la materia por parte del derecho administrativo. Con respecto a ello, quedó establecido que es positiva la inserción de la temática estudiada dentro del ámbito administrativo, ya que este sistema distinto brindaría una mayor seguridad jurídica. Dejando para los posteriores capítulos el análisis pormenorizado de la misma.

Luego, se estableció la responsabilidad del funcionario público, planteando el problema de las múltiples manos, y las soluciones que Thompson (1999) nos brinda al propósito. Podemos dilucidar en el presente capítulo que queda reconocida la responsabilidad del funcionario, entendiéndose que debe responder en forma conjunta con el Estado.

En el segundo capítulo, se trató analíticamente la responsabilidad Civil del Estado, estudiando para ello los conceptos normativos básicos de la temática estudiada. Para poder establecer una base teórica sobre la que analizar la responsabilidad del Estado y del funcionario público. Por ejemplo, se estudió los factores de atribución, tanto objetivo como subjetivo, conceptos que serán de gran importancia en los capítulos siguientes en el análisis de la regulación de la responsabilidad del Estado y del funcionario público en la ley 26.944.

También hemos analizado la evolución de la responsabilidad civil a lo largo del tiempo, estableciendo que en su mayoría una creación jurisprudencial; y estudiamos su incorporación en el antiguo Código Civil y el nuevo Código Civil y Comercia de la Nación. Con respecto a este camino, hasta llegar a la regulación actual de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, se comenzó por negar por completo la responsabilidad de la persona jurídica. Posteriormente, con la modifica al Código por la ley 17.711, se atribuyó responsabilidad a las personas jurídicas por el actuar de sus dependientes, aquellos que la dirijan o administren. Vélez fundamentó la incorporación de la responsabilidad del Estado en sus artículos por entender que las obligaciones entre particulares pueden generarse también entre el Estado y particulares, por tanto, los Tribunales debían de impartir justicia sin distinción de personas. En la actualidad, el Código Civil y Comercial de la Nación, regula la materia en los artículos 1764, 1765 y 1766, estos establecen que las disposiciones del Código no se aplicaran ni de manera directa ni subsidiaria y, por tanto, deberá regirse la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos por las normas y principios de derecho administrativo. Al efecto, se dictó la Ley nacional 26944, Ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos; estudiada en detalle en los capítulos siguientes.

En el tercer capítulo, se analizó en detalle la Ley de Responsabilidad del Estado, ley n° 26944. Se estudió su alcance y su contenido, partiendo desde el análisis de su articulado en consonancia con los principios constitucionales.

Quedó dilucidada la responsabilidad directa y objetiva del Estado. La responsabilidad directa tiene su fundamento en la teoría del órgano. La misma establece que lo que un órgano hace es considera como si fuera hecha por la propia administración, por tanto, la falta del agente supone la falta del Estado, es decir, él mismo será *directamente* responsable por los perjuicios que cause el agente en la medida que actúe como órgano del Estado. Con respecto a la responsabilidad objetiva, esta refiere al factor de atribución, lo que establece que lo que se debe tener en cuenta a la hora de imputar responsabilidad es el efectivo perjuicio causado, la efectiva producción del daño, independientemente de la idea de culpabilidad. Con respecto a ello la Ley de Responsabilidad del Estado, establece dos factores de atribución: en el caso de la responsabilidad por actividad legítima es necesario

que se configure un “sacrificio especial” que se configura cuando una persona sufre un daño que no estaba obligado a soportar. En el caso de la responsabilidad por actividad o inactividad ilegítima, el factor de atribución es la “falta de servicio” y es cuando el Estado estaba obligado por el ordenamiento jurídico a cumplir un determinado deber o no actuar de determinada manera y el Estado no observó dicho deber.

Posteriormente, en el mencionado capítulo se estudiaron los requisitos para la procedencia de su responsabilidad tanto contractual como extracontractual. Por último, se analizó la invitación a las Provincias a dictar su propia normativa o adherirse a la nacional, cuestión que trae diferencias territoriales vulnerando el principio de igualdad. Se ha sugerido que los legisladores debieran haber tomado la decisión de unificar en la materia. Ahora, y viendo que podría una Provincia nada decir al efecto, se estableció que - en caso de laguna - debería aplicarse el derecho privado de manera analógica.

En el cuarto y último capítulo, se analizó en detalle la Responsabilidad del funcionario público en el marco de la regulación por la ley 26944. Se conceptualizó que se entiende por funcionario público y el fundamento de porque debería responder.

Quedó establecido, en virtud del capítulo 9 de la ley mencionado, que el funcionario debe responder y es pasible de enjuiciamiento y posterior cumplimiento de la obligación de reparar daños y perjuicios. Sin embargo, este artículo establece que responderá en la medida que incumplan sus obligaciones legales, incurriendo en “culpa o dolo”, estableciendo como factor de atribución el subjetivo, y aquí es donde se plantea la problemática. Se acota el alcance de la reparación por parte del funcionario público, ya que al particular que ha sufrido el daño le pesa la carga probatoria, con las dificultades que trae aparejada la demostración de que el funcionario incumplió sus obligaciones legales pero incurriendo en culpa o dolo, la dificultad que significa demostrar la intencionalidad del funcionario a la hora de producir el daño, es lo que permitiría en muchos casos que se genere la irresponsabilidad por parte del funcionario.

Para finalizar el análisis de la temática, y teniendo en cuenta que la materia de responsabilidad del Estado ha tenido base y creación jurisprudencial, trataremos tres fallos que considero importantes: el primero de ellos “Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires,

provincia de / indemnización” del año 1984, en donde se responsabiliza al Estado por el cumplimiento defectuoso de las obligaciones impuestas a un funcionario público, por ser este el encargado de realizar tareas concesionadas por la administración; este fallo establece con claridad la antes mencionada responsabilidad objetiva y directa del Estado.

El segundo de los fallos analizados en el presente capítulo es “Provincia de Córdoba c/ Aguinis Esther Susana / ordinario, otros. Causa de remisión” dictado en el año 2008, en este caso la provincia de Córdoba demanda a una ex funcionaria por el irregular cumplimiento de sus funciones, al realizar pagos con dinero de la administración por trabajos nunca realizados o materiales nunca entregados. En este fallo se establece la responsabilidad del funcionario por el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones legales, haciéndola responsable, y basándose en un factor de atribución objetivo, con total independencia de la idea de culpabilidad.

Por último, el tercero de los fallos analizados es el dictado también en el 2008 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Pina Rolando Esteban c/ Cavallo Domingo Felipe / daños y perjuicios”. En este caso, un particular demanda al ex ministro de Economía por los perjuicios que dice haber sufrido con las medidas económicas tomadas previas a la crisis del 2001. En este caso el tribunal estableció que no procedía la indemnización por no poder demostrar dolo por parte del actor en cuando al demandado, y se utilizó además como fundamento la inexistencia del “sacrificio especial” anteriormente mencionado por entender que la mayoría de la población se vio afectada por las medidas económicas adoptadas.

BIBLIOGRAFIA

- ALEGRE, M Y GARGARELLA, L (2007), “*el derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”, Buenos Aires, Lexisnexis
- ALTAMIRA GIGENA, J. I. S.f. “*La nueva ley de Responsabilidad del Estado y del Funcionario*”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – recuperado:<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>.
- ALTAMIRA GIGENA, J.I. (2017) “*Lecciones de derecho administrativo*” 3ra edición. Córdoba Advocatus.
- ANDRADA, A. D. (2010) “*Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado*”, La Ley. www.laleyonline.com.ar
- ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. (1989) “*La responsabilidad civil*”. Bilbao, 2ª ed. Universidad de Deusto.
- ARALDI, Liliana .2014. “*¿el proyecto de ley de responsabilidad del Estado recoge o abandona la doctrina judicial imperante*”. MJ.DOC.6767.AR www.microjuris.com
- ARIAS CAU, E.J. NIETO. M.L. (2016) “*La responsabilidad del Estado en la Ley 26.944 (nuevas reglas, viejos problemas*” MJ-DOC-9877-AR | MJD9877 . www.microjuris.com
- AZAR, A. M. OSSOLA F.- (2016) “*Tratado de Derecho Civil y Comercial*”. Tomo III, Responsabilidad Civil. 1º edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires La Ley.
- BALBIN. C.F. (2015) “*Tratado de derecho administrativo*” Tomo IV. La Ley. Buenos Aires.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1983).” *Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, Buenos Aires Abeledo-Perrot.
- CASSAGNE, J. (1998). “*Derecho Administrativo*” tomo I. 6ta edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- CASSAGNE, J.C.. (2014) “*El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas*” LA LEY2014-C, 885 <http://www.laleyonline.com.ar>
- CORNEJO. B. D. – (2016) – “*Breve reseña sobre la responsabilidad civil y sus funciones. Evolución en el tiempo*” – DA CF160633 - www.saij.gob.a.

- ESPINOZA MOLLA, M. R. – (2014) – “*Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos*” LA LEY2014-E. <http://www.laleyonline.com.ar>
- GARCIA DE ENTERRIA, E. FERNANDEZ, T. R. S.F. “*curso de derecho administrativo*” tomo II. 1ra edición.
- GHERSI, C.A. (2014) “*Ley de Responsabilidad del Estado: los funcionarios públicos*” AR/DOC/3342/2014. www.laleyonline.com
- GORDILLO, A. (2013). “*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*” Tomo 8 “*Teoría general del derecho administrativo*”. 1ra edición Buenos Aires, FDA.
- HERRERA, C. A.- (2016) – “*¿Quién es el legislador en materia de responsabilidad del Estado?*” - LA LEY 28/12/2016- <http://www.laleyonline.com.ar>
- IBARLUCÍA, E. A (2014) “*Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?*” AR/DOC/2129/2014. <http://www.laleyonline.com.ar>
- JUNYENT BAS, F. GARZINO, M.C. (2011) “*daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*”. DIARIO LA LEY. Tomo LXXV~239. <http://thomsonreuterslatam.com>
- JUNYENT BLAS, F. – BORRETO, M. – (2014) – “*nuevo régimen de responsabilidad del Estado*” – AR/DOC/324/2014 <http://www.laleyonline.com.ar>.
- KIRIAKIDIS, J. (2003) “*Notas sobre la situación jurídica de los contratados por la administración pública en la Ley de la Función Pública*”. recuperado de: <http://investigaciondoctrinaria.blogspot.com.ar/2015/02/el-funcionario-publico.html>
- LAGARDE, F. M. (2015), “*Responsabilidad del Estado- aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley*” - “*La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales*” 1ra edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus.
- LOPEZ HERRERA, E. S.F. “*Introducción a la Responsabilidad Civil*” <http://www.derecho.unt.edu.ar>
- LORENZETTI, R. L. (2015) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*” Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.
- MANSILLA, N. P. “*LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial*” www.derecho.unc.edu.ar

- MARIENHOFF, M.S. (1965) “*Tratado de derecho administrativo*”. Abeledo Perrot. Buenos aires.
- MUÑOZ.R.A. (2016) “*La responsabilidad del Estado en el marco del Nuevo Código Civil y Comercial*” MJ-DOC-7575-AR | MJD7575. www.microjuris.com.
- PIZARRO, R. D. & VALLESPINOS, C. G. (2014).” *Compendio de derecho de daños*”. Hammurabi. Buenos Aires.
- PIZARRO, R. D., (2000). “*Daño moral*” .Hammurabi, Buenos Aires.
- RAMOS MARTÍNEZ, M. F. – (2014) - “*La nueva ley de responsabilidad del Estado y el interés público*” - RCyS2014-IX, 26. <http://www.laleyonline.com.ar>
- RUA, M.I. (2009) “*El daño punitivo en la reforma de la ley de Defensa del Consumidor, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*” Tomo 5, Córdoba.
- SALGAN RUIZ, L.G. (2016) *El impacto del nuevo Código Civil y Comercial en las instituciones del derecho administrativo. Segunda parte*”. MJ-DOC-9847-AR | MJD9847
Extraído de : www.microjuris.com
- TANZI, S Y. - FOSSACECA (h.), C. A. – (2016) – “*Análisis crítico de la Ley de Responsabilidad Estatal*” RCyS2016-IX, 21). <http://www.laleyonline.com.ar>
- THOMSON, D (1999), “*la ética política y el ejercicio de cargos públicos*”. Barcelona, Gedisa.
- TRIGO REPRESAS, F., LOPEZ MESA, M. (2004) “*Tratado de la Responsabilidad Civil*”, Tomo 1. La Ley. <http://www.laleyonline.com.ar>
- VERCELLONE, A y FATAUROS, C (sin año), “*Política, responsabilidad y función pública*”. Recuperado en https://aaeap.org.ar/wp-content/uploads/2013/6cong/VERCELLONE_FATAUROS.pdf
- ZAVALA DE GONZALEZ, M. (2011), “*Función preventiva de daños*”, LA LEY. <http://www.laleyonline.com.ar>
- ZAVALA DE GONZALEZ, M. – (2015). “*la responsabilidad civil en el nuevo código*” tomo I y II. 1ra edición. Córdoba, Alveroni ediciones.
- Pina Rolando Esteban c/ Cavallo Domingo Felipe / daños y perjuicios. Extraído de : www.microjuris.com
- Provincia de Córdoba c/ Aguinis Esther Susana / ordinario. Otros .otras causas de remisión. Extraído de : www.microjuris.com

- Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de / indemnización. Extraído de :
www.microjuris.com