



***LAS DISCUSIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA  
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS DEL ESTADO***

**CARRERA: Abogacía.**

**ALUMNO: MIRANDA, Rosa del Carmen.**

**D.N.I.N°6.714.975**

**LEGAJO N°: VABG35335.**

## RESUMEN

Uno de los principios jurídicos más importantes es, sin lugar a dudas, el *alterum non laedere* –no dañar al otro- que viene desde la Antigüedad y se entiende como la prohibición de perjudicar los derechos de terceros.

El daño tiene una relevancia particular cuando proviene del Estado, por acción u omisión en su obrar lícito o ilegítimo, puesto que aquí entran en conflicto intereses diversos. Por un lado el derecho de la víctima a ser indemnizada y por el otro los intereses de la comunidad representada por el Estado y sus funcionarios.

El problema de la responsabilidad estatal por daños y sus diferentes alternativas de solución ha recorrido un largo camino en paralelo con el desarrollo del derecho público administrativo cuyo origen no se remonta a la Edad Antigua, como es el caso del derecho civil. En consecuencia, es fácil comprender por qué en la génesis del concepto las teorías civilistas tuvieron un rol esencial en la elaboración de respuestas a la problemática, produciendo innumerables debates y discusiones que se analizan en este trabajo. La responsabilidad del Estado es un concepto en permanente construcción desde hace por lo menos doscientos años, desde la creación del Estado de Derecho a fines del siglo XVIII. A partir de allí los países en Occidente han adoptado diversas posturas y aplicado diferentes teorías ante el comportamiento irregular del Estado.

Sin embargo, el trayecto de la marcha hacia la especificidad en la regulación no difiere mucho de un país a otro. Actualmente, todos los ordenamientos revisados en la presente investigación responsabilizan –en mayor o menor medida- al Estado por daño extracontractual y muchos países lo regulan desde sus Constituciones.

Nuestro país no ha sido ajeno a estos avatares del Derecho y por lo tanto este trabajo pretende aportar a la sistematización de las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema, incluyendo como corolario la reciente legislación –nuevo Código Civil y Comercial y Ley de Responsabilidad Estatal- que lleva el problema de la responsabilidad del Estado al campo del Derecho Administrativo, tratando de resolver una controversia de vieja data.

**Palabras claves:** Derecho de daños-Responsabilidad estatal extracontractual-regulación civil-regulación administrativa-nueva legislación.-

## ABSTRACT

One of the most important legal principles is, undoubtedly, the *alterum non laedere* - not to injure other - which comes from the Ancient Age and is understood as the prohibition to harm the rights of third parties.

Damage has particular relevance when it comes from the State, either by action or omission in its licit or illegitimate acting since diverse interests come into conflict. On one side the right of the victim to be compensated and, on the other, the interest of the community represented by the State and its officials.

The problem of state responsibility for damages and its different solution alternatives has come a long way in parallel with the development of public administrative law, whose origin does not go back to the Ancient Age, as is the case of Civil Law. Consequently, it is easy to understand why in the genesis of the concept the civilist theories played an essential role in the elaboration of answers to the problem, producing countless debates and discussions that are analyzed in this work. The responsibility of the State is a concept that has been in permanent construction for at least two hundred years since the creation of the Rule of Law in the late 18th century. From then on, the countries in the West have adopted different positions and applied different theories to the irregular behavior of the State.

However, the way towards specificity in the regulation does not differ much from one country to another. Currently, in all the systems reviewed in the present investigation, the State is considered responsible — to a greater or lesser extent — for non-contractual damage and in many countries this situation is regulated by their Constitutions.

Our country has not been unrelated to these matters of law and therefore this work pretends to contribute to the systematization of different doctrinal and jurisprudential stances about the subject, including as corollary the recent legislation - Código Civil y Comercial and Ley de Responsabilidad Estatal- which takes the problem of State Responsibility to the field of Administrative Law, trying to resolve this old controversy.

**Keywords:** Damage law - Extracontractual state liability - civil regulation - administrative regulation - new legislation.-

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	Pág.7
CAPÍTULO I: ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....Pág.12	
Introducción.....	Pág.12
1. Edad Antigua: los primeros Estados.....	Pág.13
2. Edad Media: mil años con ausencia de Estado.....	Pág.13
3. Edad Moderna: resurgimiento del Estado unificado.....	Pág.14
3.1. El absolutismo monárquico.....	Pág.15
3.2. El Iluminismo del siglo XVIII.....	Pág.15
4. Edad Contemporánea: nacimiento del concepto de responsabilidad estatal.....	Pág.16
4.1. Las revoluciones atlánticas.....	Pág.16
4.2. El origen del Constitucionalismo y el Estado de Derecho.....	Pág.16
4.3. Origen del reconocimiento de la responsabilidad del Estado.....	Pág.17
4.4. Primeras teorías y doctrinas administrativistas.....	Pág.17
4.5. Teoría de la “falla del servicio”: características.....	Pág.19
4.6. Teoría objetiva de la responsabilidad: características y modalidades.....	Pág.19
Conclusiones parciales.....	Pág.20
CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO.....Pág.22	
Introducción.....	Pág.22
1. La Responsabilidad del Estado en el derecho continental europeo.....	Pág.23
1.1. Francia: competencia de la autoridad administrativa.....	Pág.23
1.2. España: responsabilidad por daño antijurídico del Estado.....	Pág.25

1.3. Italia: importancia del elemento subjetivo de la culpa.....	Pág.26
2. La Responsabilidad del Estado en el derecho anglosajón.....	Pág.27
2.1. Reino Unido: de la inimputabilidad de la Corona al <i>judicial review</i> .....	Pág.27
2.2. Estados Unidos de Norteamérica: superación del impedimento legislativo.....	Pág.28
3. La Responsabilidad del Estado en el derecho continental latinoamericano.....	Pág.29
3.1. Colombia: un precepto constitucional.....	Pág.29
3.2. Chile: otro caso de precepto constitucional.....	Pág.30
3.3. Uruguay: un tercer ejemplo de norma constitucional.....	Pág.30
3.4. Brasil: responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público en la Constitución.....	Pág.31
Conclusiones parciales.....	Pág.31

### CAPÍTULO III: SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....Pág.32

Introducción.....	Pág.32
1. Evolución de la jurisprudencia de la Corte: de la indemandabilidad del Estado a la responsabilidad directa.....	Pág.32
1.1 Primer período (1860-1933): La Corte dice que no se puede demandar al Estado.....	Pág.33
1.2 Segunda período (1933-1938): La Corte acepta la responsabilidad indirecta del Estado.....	Pág.35
1.3 Tercer período (1938-1984): La Corte admite la responsabilidad directa del Estado. Teoría del Órgano.....	Pág.38
2. Reconocimiento de la responsabilidad directa y objetiva.....	Pág.40
3. Nuevos criterios de la Corte.....	Pág.42
Conclusiones parciales.....	Pág.43

CAPÍTULO IV: DEBATES DOCTRINARIOS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	Pág.44
Introducción.....	Pág.44
1. Presupuestos de la responsabilidad estatal por actividad ilícita y por actividad legítima.....	
.....	Pág.44
2. Discrepancias acerca de la aplicación de legislación civil o administrativa.....	Pág.45
2.1. Diferentes interpretaciones de la regulación civil.....	Pág.46
2.2. Posturas civilistas y administrativistas: fundamentos.....	Pág.46
2.3. Discusiones en torno a la nueva codificación civil y primera regulación de la responsabilidad estatal.....	Pág.49
Conclusiones parciales.....	Pág.52
CAPITULO V: LEGISLACIÓN ACTUAL EN NUESTRO PAÍS.....	Pág.54
Introducción.....	Pág.54
1. Fundamentos constitucionales.....	Pág.54
2. Ley de Responsabilidad Estatal N°26.944.....	Pág.55
2.1 Inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial.....	Pág.55
2.2 Breve descripción del articulado.....	Pág.56
2.3 Fuentes jurisprudenciales de algunos artículos.....	Pág.56
3. Legislación administrativa local.....	Pág.59
Conclusiones parciales.....	Pág.60
CONCLUSIONES FINALES.....	Pág.61
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.64

## INTRODUCCIÓN

Esencialmente el principio jurídico de “no dañar a otro” ha sido la clave para la convivencia pacífica de la Humanidad y uno de los pilares que sostienen el Derecho desde tiempos inmemoriales. El Derecho de Daños presenta diferentes facetas o aristas a través de las cuales puede abordarse su estudio. Según el tipo de derecho lesionado: daños a los derechos personales, sociales, ambientales, etc. Según el autor del daño: daños provenientes de personas físicas y daños provenientes de personas jurídicas. En este último caso, hay que distinguir entre personas jurídicas privadas y públicas. El Estado, como persona jurídica pública, puede causar daño en su accionar ilegítimo, pero también en sus actuación lícita. Sin embargo, lograr que el Estado reconociera su autoría en los daños extracontractuales a particulares fue una ardua tarea llevada a cabo por juristas y doctrinarios. Desde la negación del derecho a ser indemnizado hasta el reconocimiento de la responsabilidad estatal directa y objetiva por daños. Por tanto, creemos de importancia jurídica focalizar y contextualizar ese devenir histórico en nuestro país.

¿Cuál ha sido la evolución del pensamiento jurídico argentino –doctrinario y jurisprudencial- acerca de la responsabilidad extracontractual por daños provocados por el Estado desde la sanción de la Constitución de 1853/60 hasta nuestros días? Para responder a esta pregunta y contextualizarla es menester preguntarse también: ¿Siempre se consideró que el Estado puede ser demandado por daños? ¿Cuál es el origen y la evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal? ¿De qué modo resolvieron el problema otros países, por ejemplo en Latinoamérica y en Europa?

La importancia de la temática elegida se vincula al extraordinario desarrollo que ha experimentado el derecho de daños en las últimas décadas en todo el mundo. Particularmente en nuestro país, la reciente reforma de la codificación civil en la materia –unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual- y la nueva regulación de la responsabilidad estatal en materia de daños por normas de carácter administrativo –ya no civil- hacen pertinente el presente estudio de investigación.

Esta exploración tiene por objetivo general conocer en profundidad cual ha sido la evolución del concepto de responsabilidad estatal extracontractual en nuestro país desde la

sanción de la Constitución de la República Argentina -1853/60- hasta nuestros días, tomando como referencia los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en las causas en las que el Estado Nacional, los Estados Provinciales y los Municipios fueron demandados por daños- y las fuentes doctrinarias y sus distintas posturas en la materia.

Como objetivos específicos del presente trabajo pueden señalarse: describir el origen y la evolución histórica de las teorías de la responsabilidad por daños del Estado, identificar y distinguir en el derecho comparado los diferentes abordajes de la responsabilidad estatal extracontractual. En tal sentido el estudio tiene en cuenta la legislación comparada, americana y europea, en un marco de referencia histórico que permitirá apreciar el origen y la evolución del concepto de la responsabilidad estatal hasta nuestros días.

Otro de los objetivos específicos está referido a las distintas posturas de la doctrina argentina sobre el tema, procurando distinguir la posición adoptada al respecto por civilistas y administrativistas. Asimismo, resulta pertinente poner de manifiesto el estado de la discusión en nuestro país en la actualidad, luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de responsabilidad estatal N° 26944

En cuanto al análisis de jurisprudencia también es oportuno afirmar que existen numerosos trabajos de investigación que dan cuenta de la fecunda labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno al tema, debido a la necesaria creación pretoriana por ausencia de legislación específica. En general, las investigaciones sobre el tema apuntan a revelar el criterio de la Corte en fallos emblemáticos y a buscar su reproducción en otras sentencias en una época determinada. La última mutación significativa en el criterio de la Corte acerca de la responsabilidad por daños del Estado se dió en el año 2006 con el fallo “Barreto”. Este pronunciamiento del máximo tribunal fue una verdadera innovación pues trasladó la responsabilidad del Estado desde el campo civil al ámbito del derecho administrativo local.

En tal sentido, se podría afirmar que la fuente jurisprudencial del Alto Tribunal y la doctrina administrativista han dado por resultado la nueva legislación que hoy existe en nuestro país. Desde 2014 tenemos la Ley de Responsabilidad Estatal y el nuevo Código Civil y Comercial. Ambas normas son coincidentes en establecer que la responsabilidad extracontractual del Estado por daños cometidos en su actividad –legítima o ilegítima- pertenece al campo del derecho público administrativo y no al derecho civil.

El cuarto objetivo específico es caracterizar el marco regulatorio actual de la responsabilidad estatal en nuestro ordenamiento jurídico. Resulta oportuno volver a considerar la evolución de la institución a la luz de la nueva legislación y sus implicancias. En este sentido, el presente trabajo procura armonizar datos históricos, evolución de teorías y posturas dogmáticas, sin descuidar el contexto regional y europeo. Actualmente, la ciencia del Derecho conceptualiza el daño como toda lesión patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona física o jurídica por acción u omisión de otra. Esta última contrae por ese hecho lesivo la obligación de reparar el daño por medio de una indemnización. Sucintamente, a esto se denomina responsabilidad por daños o derecho de daños, ampliamente regulado en el Código Civil, ahora nuevo Código Civil y Comercial. Ahora bien, ¿qué sucede cuando el productor del daño es el Estado?

El Estado es una persona jurídica de carácter público, con organización e intereses diferentes a los de las personas jurídicas privadas. Por lo tanto sus obligaciones y las de sus agentes deben regirse por normas del derecho público. Para lograr sus fines, el Estado lleva a cabo acciones o gestiones que pueden catalogarse de contractuales o extracontractuales. Dentro de éstas últimas se distinguen los actos legítimos o lícitos de los ilegítimos o ilícitos. Clasificación ésta que proviene de considerar si el acto tiene un marco legal o está fuera del ordenamiento. Es de gran importancia tener en cuenta los fines del Estado de Derecho tales como el bienestar general y la armonización de los intereses del conjunto de la población para entender los fundamentos de la responsabilidad estatal desde la óptica del derecho público. Todo esto en conjunción con los principios que animan nuestra Constitución los que también constituyen el basamento de la responsabilidad estatal.

El desarrollo del presente trabajo comprende tres partes fundamentales. En la primera, desarrollada en los Capítulos I y II se describe el origen y la evolución de las teorías de la responsabilidad del Estado en la historia y en el derecho comparado. A tal efecto, se toman en consideración cuatro países europeos y cinco americanos.

La segunda parte abarca los Capítulos III y IV y en ella se pone de manifiesto la diversidad de criterios y posturas acerca de la responsabilidad extracontractual del Estado por daños tanto en la jurisprudencia de la Corte como en la Doctrina. Se sigue también en esta sección la evolución del pensamiento jurídico en sus diversas expresiones.

La tercera y última parte comprende el Capítulo V donde se desarrolla el estado de la legislación actual sobre la materia luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial y de la Ley de Responsabilidad Estatal. Finalizando el trabajo con algunas reflexiones en forma de síntesis abarcativa de todos los temas analizados.

En el presente trabajo se utiliza el método descriptivo pues el objeto de la investigación es poner de relevancia las controversias doctrinarias y jurisprudenciales en nuestro país en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado por daños a particulares, cometidos en su actividad lícita o ilícita. El estudio comprende también el alcance de tales actos y su regulación por el Derecho Privado o el Derecho Público Administrativo, supuestos de su funcionamiento, requisitos para su utilización. El tema ha sido abordado por diversos autores en el análisis de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y tribunales inferiores. Desde una perspectiva amplia abarca el origen histórico del reconocimiento de la responsabilidad estatal, su evolución posterior hasta el estado actual y la regulación del instituto en otros ordenamientos jurídicos del derecho comparado.

Como estrategia metodológica se emplea la cualitativa por ser más adecuada para esta exploración ya que no hay en la misma recolección de datos numéricos, no siendo necesario realizar estadísticas ni mediciones de ningún tipo. Además, el método descriptivo-cualitativo permite presentar una descripción holística –no parcializada- del fenómeno estudiado y registrar los diferentes enfoques del mismo (Hernández Sampieri, 2006). Se trabaja solo con datos obtenidos de fuentes fidedignas (legislación, obras bibliográficas, archivos de fallos, revistas jurídicas, páginas web, etc.) que contienen distintos puntos de vista sobre la temática elegida. Se consultan:

a) Fuentes primarias: fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Código Civil derogado, nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley de responsabilidad estatal N°26944, otras leyes nacionales y provinciales.

b) Fuentes secundarias: contenido de la doctrina en bibliografía jurídica y artículos en revistas especializadas que comentan los fallos de la Corte sobre el tema o analizan la legislación aplicada. Entre las fuentes consultadas se encuentran, CASSAGNE, J.C. (2007): “Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte”. L.L. 2007-B, 1293; LOPEZ MESA, M. (1998): “La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (análisis de la jurisprudencia

francesa, española y argentina actual)”. REDA N°27 y 28. Año 10. 435 ss.; MERTEHIKIAN, E. (2006): “La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema”. (1° Ed.). Buenos Aires. El autor. JIMÉNEZ, W.G., (2013): “Origen y evolución de las Teorías sobre Responsabilidad Estatal”. Diálogos de Saberes, 38 (junio 2013), 63-78. Bogotá. Colombia.

c) Fuentes terciarias: son de uso y aplicación al presente trabajo algunas obras –nacionales y extranjeras- que desarrollan los conceptos básicos sobre el tema objeto de la investigación. De dicha selección pueden mencionarse, GORDILLO, A. (2017): “Tratado de Derecho Administrativo”. (11° Ed. Reimpresión). Buenos Aires: F.D.A.; MARIENHOFF, M.S. (2000): “Tratado de Derecho Administrativo”. (5° Ed.). Buenos Aires. Abeledo Perrot.; GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (1981): “Curso de derecho Administrativo”. Madrid. Editorial Civitas.

Se aplica la técnica de investigación bibliográfica, observación y análisis documental con el objeto de identificar datos relevantes en las diversas fuentes. Incluye también páginas de Internet.

Con relación al recorte temporal del presente trabajo, éste abarca desde la sanción de la Constitución 1853/60 hasta el presente. Respecto del nivel de análisis, la investigación comprende legislación, jurisprudencia y doctrina nacional y del derecho comparado.

## CAPÍTULO I

### ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

#### Introducción

Es menester poner de manifiesto el origen y la evolución histórica del reconocimiento de la responsabilidad estatal para poder entender cuál ha sido su desenvolvimiento y el desarrollo del pensamiento jurídico en torno a esta cuestión tan debatida en nuestro país. La mayoría de los autores interesados en la materia coinciden en afirmar que es un concepto en permanente construcción debido a la gran cantidad de actividades que el Estado realiza en las sociedades del mundo actual.

Sostiene Marienhoff (2000) que el concepto de la responsabilidad del Estado por daños ha tenido un extenso desarrollo en el tiempo. Así como en un principio la regla era la irresponsabilidad total del Estado y la excepción la responsabilidad del mismo, actualmente la ecuación se ha invertido: la regla es la responsabilidad. Sin embargo no se llegó a este concepto de modo fácil y directo, el camino fue bastante sinuoso, con marchas y contramarchas. En efecto, antes de considerar responsable por daños al Estado se indicó como responsables a los funcionarios públicos y agentes estatales que debían responder con sus propios patrimonios por las faltas cometidas en el ejercicio de la función pública. Finalmente, después de ensayar diversas teorías, se arribó a la concepción actual de la responsabilidad directa y objetiva del Estado por su actividad extracontractual, que es la que nos ocupa. Postura ésta aceptada en forma mayoritaria por doctrina y jurisprudencia.

¿Cómo se llegó a la concepción actual? ¿Qué factores hicieron posible esta evolución de la figura? Es razonable pensar que el origen histórico y teórico del Estado es uno de los factores fundamentales a tener en cuenta, en concordancia –por supuesto– con la evolución del pensamiento jurídico en relación a la autonomía del derecho administrativo. Otros factores de enorme importancia fueron, sin duda alguna, la evolución de las sociedades, la superación de los modos arbitrarios del ejercicio del poder político, el reconocimiento de los derechos humanos –

individuales, sociales, colectivos- en los últimos doscientos años y el nuevo rol del Estado con mayor injerencia en las cuestiones sociales.

### **1. Edad Antigua: los primeros Estados.**

En la Edad Antigua (3000 a C. – 476) las civilizaciones más avanzadas crearon el Estado como una forma de organización política, militar, económica y religiosa, superadora de formas de organización tribales propias de comunidades pequeñas. La unión de aldeas o pequeños asentamientos cercanos geográficamente o por afinidad cultural –por alianzas y/o guerras- fue una necesidad para enfrentar peligros y lograr así el objetivo de la supervivencia. Esta evolución de las sociedades -que duraría miles de años- dio por resultado un aumento de la población – también por el mejoramiento en la alimentación- que demandó una mayor y mejor organización. Así nacieron los primeros Estados.

Nuestra civilización occidental reconoce como origen la cultura greco romana, razón por la cual para conocer sobre el Estado y su responsabilidad, ése debe ser el punto de partida.

No se tienen datos certeros sobre Grecia y Roma en relación a la responsabilidad del Estado en la Edad Antigua (Jiménez, 2013). Aunque podría inferirse que en el siglo I con la instauración del Imperio en Roma, el poder omnímodo del Emperador convertía en imposible el hecho de imputarle responsabilidad. El Emperador romano como la máxima autoridad política, administrativa, militar y religiosa del Imperio se lo consideraba infalible en sus decisiones. No obstante, el Fisco como patrimonio oficial de Roma –producto de los impuestos que pagaban los pueblos sometidos y de los botines de guerra- se hacía responsable por daños a los particulares. Como conclusión podría afirmarse que en la Edad Antigua no existió la conciencia de la responsabilidad del Estado tal cual hoy la conocemos.

### **2. Edad Media: mil años con ausencia del Estado.**

En la Temprana Edad Media –siglos VI al IX- el desmembramiento del Imperio Romano de Occidente y el surgimiento de los reinos germánicos en sus antiguos dominios trajo como consecuencia la sustitución del derecho romano por el derecho germánico y la prevalencia del derecho privado sobre el público. Situación histórico-política que no insinúa tan siquiera la existencia de responsabilidad de los gobernantes frente a los súbditos.

Durante la Alta Edad Media –siglos X al XII- surge el feudalismo como consecuencia de la atomización del poder político. La autoridad, que siglos atrás se concentraba en la figura del emperador o rey, se observa atomizada en esta etapa de la Historia. Es decir, repartida entre los señores feudales pertenecientes a la nobleza, ricos terratenientes y dueños de ejércitos y de las poblaciones ubicadas dentro de sus territorios. Como característica relevante del feudo puede señalarse su economía de autosuficiencia y la desaparición de la moneda como instrumento de cambio. En pocas palabras, el Estado destruido y el rey uno más entre los nobles. Esta forma de gobierno tampoco indica que en esa época existiera la responsabilidad del gobernante ya que la fragmentación del poder político y su ejercicio arbitrario por los señores feudales no hacen pensar en tal alternativa. Sin embargo, bajo el Imperio Carolingio se advierte un regreso a la idea de restauración del modelo de poder político romano aunque sin la autoridad religiosa detentada por el Papa como cabeza de la Cristiandad.

En la Baja Edad Media –siglos XIII al XV- comienza la caída del feudalismo. Es que como consecuencia de las Cruzadas los señores feudales pierden gran parte de su poder. Simultáneamente la reactivación del comercio entre Europa y el Cercano Oriente produce una vuelta a la monetización y el florecimiento de ciudades mercantiles o burgos. Se advierten importantes desplazamientos poblacionales del campo a las ciudades donde nace una nueva clase social: la burguesía, dedicada al comercio y a las actividades artesanales. Es la época también del nacimiento de las Universidades, centros de estudios que buscan atesorar el saber antes monopolizado por los monasterios.

Habrá que esperar el comienzo de la Edad Moderna para ver el surgimiento de los Estados Nacionales tal cual hoy los conocemos y desde allí rastrear el inicio del reconocimiento de la responsabilidad frente a los gobernados (Jiménez, 2013).

### **3. Edad Moderna: resurgimiento del Estado unificado.**

Suele ubicarse el comienzo de la Edad Moderna alrededor del siglo XV y su duración se estima en trescientos años, hasta fines del siglo XVIII. En un periodo de más o menos cien años Europa Occidental experimentó un cambio fundamental: del pensamiento teocéntrico –propio de la Edad Media- se pasó a un pensamiento antropocéntrico que tenía como centro al hombre y no a Dios. Este nuevo enfoque humanístico provocó importantes transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales. En lo concerniente a la política cae definitivamente el

feudalismo y el poder que pierden los señores feudales pasa a manos del monarca fortaleciendo la autoridad real. Los reyes de Inglaterra, España y Francia aprovechan ese poder para construir en sus reinos los Estados Nacionales, sometiendo a la nobleza, unificando territorios, dictando leyes, organizando ejércitos y creando entre ellos nuevas relaciones mediante la naciente diplomacia. Configurándose de esta manera lo que serían los primeros Estados Modernos europeos.

### **3.1. El Absolutismo monárquico**

Creados los Estados Nacionales, la excesiva concentración del poder político en la persona del rey dió como resultado el absolutismo monárquico, en el siglo XVII. Esta forma de gobierno cuyo poder era ejercido sin ningún tipo de límites ni controles establecidos tuvo como representante más conspicuo a Luis XIV –“el Estado soy yo”- que gobernó Francia entre 1643 y 1715. Para justificar este tipo de gobierno las teorías políticas de la época fundaban la autoridad ilimitada del monarca en la idea del origen divino del poder y explicaban que por eso las decisiones del soberano se consideraban indiscutibles e irrevocables. Como corolario, en este modelo político tanto el gobernante como el Estado seguían siendo irresponsables. En Inglaterra se decía: “The king can’t do no wrong” —el Rey no puede equivocarse—.

Posteriormente, hacia fines del siglo XVII el racionalismo filosófico, en su faceta política, comenzó a cuestionar esta forma de entender el origen y el ejercicio del poder político. Fue así que la lucha contra el absolutismo comenzó en Inglaterra con las guerras que terminaron estableciendo límites a la autoridad del rey y la instauración de una monarquía parlamentaria en lugar del absolutismo.

### **3.2. El Iluminismo del siglo XVIII**

El Iluminismo del siglo XVIII –producto del racionalismo- y el Iusnaturalismo en particular, fueron sembrando nuevas ideas en el campo fértil de una clase social ávida de poder político: la burguesía. En efecto, el racionalismo filosófico del siglo XVII había producido en el ámbito de las ideas políticas el Liberalismo cuyo origen se puede situar en la obra “Segundo Tratado del Gobierno Civil” (1689) de John Locke. En el siglo siguiente pensadores y filósofos célebres como Rousseau, Montesquieu, Voltaire, entre otros, dieron forma con sus obras literarias a una corriente del pensamiento político que transformaría definitivamente las relaciones entre

gobernantes y gobernados. Las llamadas “teorías contractualistas” -desarrolladas por estos pensadores- describían el origen teórico del Estado como producto del “contrato social” ente los hombres para autogobernarse. En sus escritos se cuestionaba el origen divino del poder real, se afirmaba que la soberanía residía en el pueblo y no en el rey y que los hombres tenían derechos naturales. Los derechos a la libertad, a la igualdad, a la resistencia a la opresión, a la propiedad fueron los primeros en ser reconocidos y defendidos por la burguesía en revoluciones políticas motorizadas por el racionalismo liberal. Nacía así el mundo contemporáneo.

#### **4. Edad Contemporánea: nacimiento del concepto de responsabilidad estatal.**

##### **4.1. Las revoluciones atlánticas**

A fines del siglo XVIII se producen dos importantes movimientos políticos en América y Europa, la Revolución Independentista de las Colonias Inglesas de Norteamérica (1776) y la Revolución Francesa de 1789. Las que junto a las Revoluciones Inglesas del siglo XVII son los movimientos que derrotaron al absolutismo monárquico. Estas revoluciones reciben el calificativo de burguesas en alusión a la clase social que las lideraba. Los revolucionarios, impulsados por las nuevas ideas del liberalismo se rebelaban contra el absolutismo monárquico, tomaban el gobierno y redactaban declaraciones de derechos o cartas de cuyo contenido surgirían las primeras constituciones: EEUU (1787) y Francia (1791). Influenciadas por estos movimientos revolucionarios las colonias hispanoamericanas también comenzaron un proceso independentista que se extendió hasta las primeras décadas del siglo XIX.

##### **4.2. El origen del Constitucionalismo y el Estado de Derecho**

El Constitucionalismo clásico, o primera etapa del constitucionalismo, surge de la ideología liberal y de la corriente de la Ilustración. Las primeras constituciones que nacieron de los movimientos revolucionarios dieron origen al Estado de Derecho. Se hacía necesario suplantar la voluntad del rey por el imperio de la ley. La Constitución o Carta Magna se enarbó como la ley fundamental del Estado de cuyos principios brotarían todas las demás leyes. En estas leyes fundamentales -que ciertamente vinieron a materializar el teórico “contrato social” de los filósofos- se limitaba y controlaba la autoridad del gobernante mediante la división tripartita del poder en ejecutivo, legislativo y judicial. También se declaraban y reconocían los derechos naturales a los ciudadanos, tales como el derecho a la libertad, a la propiedad, a la libre

expresión, a la resistencia a la opresión -hoy llamados derechos humanos de primera generación- Asimismo se iban creando nuevas formas de gobierno –monarquías parlamentarias y repúblicas- en reemplazo del absolutismo. A partir de aquí el gobernante ya no podía actuar de forma arbitraria o despótica sino sujeto a la ley, en un Estado de Derecho.

Al respecto afirma Jiménez:

El final del absolutismo señala el triunfo de la ideología liberal y el comienzo del Estado de Derecho, en el cual podemos encontrar los dos grandes principios formulados más tarde por Hauriou: a) Que el Estado actúe, pero sujeto a la ley (principio de legalidad) y, b) Que el Estado actúe, pero que pague los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad). (Jiménez, 2013, pág.68).

Estas nociones surgen de la nueva concepción acerca del origen y ejercicio del poder político: el poder emana del pueblo y de éste lo recibe el gobernante que debe ejercerlo ya no de una manera arbitraria, sino sujeto a la ley.

#### **4.3. Origen del reconocimiento de la responsabilidad del Estado**

Durante el siglo XIX -ya vigente el Estado de Derecho en Europa Occidental y en América- se empieza a tomar conciencia de la responsabilidad estatal, fruto de la adopción del principio de legalidad. Contemporáneamente hicieron su irrupción en el mundo jurídico los códigos civiles producto del movimiento codificador que tuvo como modelo al Código de Napoleón –Francia 1804- contribuyendo así a la construcción del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. En gran parte de esta centuria, por falta de un derecho administrativo autónomo se aplicaron las disposiciones de estos códigos civiles para juzgar la responsabilidad del Estado frente a los particulares. Esta manera de resolver los litigios que se planteaban por daños del Estado perduró hasta mediados del siglo XX en muchos países tales como Italia, Inglaterra y varios latinoamericanos. La responsabilidad se consideraba indirecta descansando en los postulados “in eligendo” e “in vigilando”. Es decir que se responsabilizaba al Estado por la elección que hacía de sus agentes y por el control que ejercía sobre las acciones de éstos y se lo juzgaba por la regulación civil (Jiménez, 2013).

#### **4.4. Primeras teorías y doctrinas administrativistas**

Pero a fines del siglo XIX en algunos países esos principios y tesis civilistas comenzaban a mostrar su debilidad, tal vez ante el avance del Derecho Administrativo por la vía de la

jurisprudencia (Jiménez, 2013). Fue en Francia -con el famoso fallo Blanco de 1873- donde por primera vez no se reconoce la aplicación de la normativa del Código Civil en una demanda de un particular contra el Estado. Este importantísimo hito en la evolución del concepto de la responsabilidad estatal hace nacer el Derecho Administrativo y su jurisdicción propia como creación pretoriana del Consejo de Estado francés ante la necesidad de regular y sancionar la responsabilidad del Estado por su actuar ilícito en materia extracontractual (Cassagne, 2002).

En un principio los problemas tratan de resolverse distinguiendo dos tipos de acciones del Estado: los actos de “*iure gestionis*” y los actos de “*iure imperii*”. Según esta distinción, los actos de gestión eran los que realizaba el Estado en virtud del ejercicio de la administración y en tal sentido como si se tratara de una persona privada estos actos estaban sometidos a la regulación del derecho privado. En cambio, los actos de imperio eran aquellos vinculados con el poder que le confería la autoridad emanada del ordenamiento jurídico y por tanto debían caer bajo la órbita del derecho público. Esta figura jurídica denominada “doble personalidad del Estado” fue usada durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX motivando no pocas controversias en relación a su aplicación. Al respecto dice Marienhoff (2000) que el Estado no tiene una doble personalidad, sino una única personalidad de Derecho Público y una “doble capacidad” pues puede actuar en el campo del Derecho Público y en el del Derecho Privado.

A partir del fallo Blanco (Francia, 1873) comenzaron a aparecer teorías y doctrinas administrativistas que intentaban resolver los casos en los que el Estado era demandado por daños. Al respecto, dice Jiménez (2013) que el rechazo a la tesis de la doble personalidad del Estado habría impulsado el avance de otra teoría más adecuada, la “Tesis de la representación o Teoría organicista” que distinguía la calidad de funcionario público según fuese representante del pueblo o simple empleado o agente. La aplicación de esta teoría daba como resultado una responsabilidad directa del Estado en los actos de los primeros e indirecta en las acciones de los segundos. Sin embargo esta tesis sufrió el descrédito por no ser apta su aplicación en los casos en que se hacía difícil distinguir el hecho del simple agente público del hecho del representante.

Posteriormente, el auge de las teorías sociológicas, en el marco del pensamiento positivista de fines del siglo XIX, contribuyó a la construcción del concepto de “servicio público”. Doctrinarios de la Escuela de Burdeos en Francia, entre los que se encontraba León Duguit elaboraron teorías generadoras del Derecho Administrativo autónomo y desarrollaron

conceptos como los de “falla o falta de servicio” que la incipiente jurisprudencia administrativa venía aplicando en sus sentencias. Ejemplo de esto son los célebres fallos Terrier (origen del contencioso administrativo) y Therond en los albores del siglo XX, sentando el precedente de que “por naturaleza pertenecen a la jurisdicción administrativa todos los litigios relativos a la organización y funcionamiento de los servicios públicos”. (Long, Weil y Braibant, 1978, pág.53).

Paralelamente, tanto la jurisprudencia como la doctrina comienzan a distinguir dos tipos de responsabilidad por daños: “falta en el servicio” y “falta personal”. En el primer caso el funcionario sirve a su función, su culpa es leve porque la responsabilidad concierne más al servicio y la jurisdicción es la administrativa. El segundo caso se presenta cuando el funcionario se sirve de la función y la utiliza para un fin distinto al establecido. Aquí la culpa se considera intencional, compromete al funcionario y la jurisdicción que corresponde es la ordinaria. (Cassagne, 2006).

#### **4.5. Teoría de la “falla del servicio”: características**

De este modo, se fue perfilando el derecho Administrativo y su jurisdicción. En tal sentido se observa un claro intento por superar su dependencia de las teorías civilistas y ganar autonomía. Apareció entonces una nueva teoría general de la responsabilidad de la administración que se denominó “teoría de la falla del servicio” que se aplicaba en los casos en que un ente público había omitido prestar un servicio, lo había prestado en forma anómala o tardíamente perjudicando así a los ciudadanos. Esta teoría tiene como características las siguientes notas: a) es un tipo de responsabilidad directa; b) se produce con ocasión del servicio; c) el factor de imputación es especial; d) requiere demostrar la culpabilidad o negligencia de la administración; e) es relativa o limitada; f) se aplica en las obligaciones de medio, no en las de resultado; g) se le conoce también como sistema ordinario de responsabilidad o régimen de imputación subjetiva (Jiménez, 2013).

#### **4.6. Teoría objetiva de la responsabilidad: características y modalidades**

La teoría de la falla del servicio fue aplicada por el Consejo de Estado francés hasta 1918, año en que comenzó a ser reemplazada por la Teoría Objetiva de Responsabilidad Estatal. Esta es la teoría aceptada actualmente en casi todos los ordenamientos jurídicos, su aplicación

no necesita probar la culpabilidad o negligencia del ente estatal. Basta con la existencia del daño y el respectivo nexo causal. Sus particularidades son las siguientes (Jiménez, 2013):

- a) Fundada en el principio de la “igualdad de las cargas públicas”. Todos los ciudadanos están obligados a soportar cargas para el sostenimiento del Estado en igualdad de condiciones. Por eso ninguno está obligado a soportar una erogación mayor, situación dañosa que implica un obligación de resarcimiento por parte del Estado.
- b) Emplea el concepto de “daño antijurídico”. Se pone énfasis en la víctima y en el daño, dejando de lado la búsqueda de la autoría material del hecho. Ya no importa si el autor es el Estado o un funcionario o agente. Lo importante es la reparación del daño.
- c) No es necesario el elemento “culpabilidad”. Tampoco importa si hubo dolo o culpa por parte del funcionario o de la administración. Sólo basta la existencia objetiva de la lesión injusta y el nexo causal.
- d) Es aplicable en las obligaciones de resultado. Es decir en aquellas en las que -por su peligrosidad- el Estado debe extremar sus cuidados para no dañar. Incrementan el riesgo creado o su peligrosidad actividades como uso de armas de fuego, conducción de vehículos automotores, conducción de electricidad, seguridad en establecimientos carcelarios, entre otras.
- e) Es conocida también como régimen de imputación objetiva. En ella se invierte la carga de la prueba y es el Estado el que debe probar la causa extraña para eximirse de responsabilidad.

Según este mismo autor, dentro de este tipo de responsabilidad se han identificado varias modalidades entre las que se pueden mencionar las siguientes:

- ✓ Responsabilidad por riesgo creado.
- ✓ Responsabilidad por obras públicas.
- ✓ Responsabilidad por expropiación.
- ✓ Responsabilidad hacia funcionarios y agentes de la Administración.
- ✓ Responsabilidad del funcionario frente a la Administración.
- ✓ Responsabilidad compartida y la acción de repetición.

## **Conclusiones parciales**

Como se podrá apreciar, el tortuoso camino en la Historia del Derecho hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado tuvo marchas y contramarchas. Paralelamente, el nacimiento y desarrollo del Derecho Administrativo autónomo y las teorías administrativistas favorecieron la construcción del concepto y su aplicación tal cual hoy lo conocemos. Nuestro país, en particular, recibió influencias doctrinarias y jurisprudenciales de Francia, Italia y España en el proceso de construcción del concepto de la responsabilidad estatal.

## **CAPÍTULO II**

### **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **Introducción**

No se puede soslayar la importancia del derecho comparado en toda investigación de cualquier institución o modelo jurídico. Tanto es así que desde Aristóteles, pasando por Montesquieu y hasta nuestros días el estudio del derecho extranjero sirve para modernizar el propio y hacer progresar la ciencia jurídica. Es sabido que el derecho civil ha sido desde siempre la rama con mayor extensión temporal en materia comparativa, no obstante el estudio comparado del derecho público, y particularmente del derecho constitucional cobró importancia desde los orígenes mismos del constitucionalismo a fines del siglo XVIII. De la misma forma el derecho administrativo ha necesitado para su desarrollo de los estudios comparativos de instituciones propias. Estas y otras razones hacen necesario incluir en el presente trabajo un capítulo destinado a exponer, aunque sin mucha profundidad por no hacer a su esencia, el instituto de la responsabilidad del Estado en otras latitudes.

La Doctrina es conteste en resaltar la importancia del derecho comparado. Al respecto afirma Gottschau (2007, pág.33): “El conocimiento de otros sistemas jurídicos siempre ha sido materia de atracción y el estudio de su evolución ha sido un objetivo central para los que estudian la historia del derecho, pues no sólo permite confrontar la evolución de un determinado concepto jurídico en otras sociedades, sino su devenir...” Y las posibilidades de su implementación en otros sistemas. En concordancia con la autora y refiriéndose al desarrollo del concepto de la responsabilidad estatal en nuestro país, dice Perrino (2006, pág.117): “Al igual que ha ocurrido en numerosos países europeos, como Francia, Italia y Alemania, en nuestro país la formulación de nuestro sistema de responsabilidad ha sido una laboriosa conquista fruto de la jurisprudencia y de los aportes de la doctrina.” Continúa el citado autor afirmando que la falta de preceptos constitucionales en la materia, como así también la ausencia de una regulación especial como existe en España y en Estados Unidos de Norteamérica no fueron óbice para el reconocimiento de la responsabilidad estatal en nuestro país. Conviene entonces echar un vistazo

al derecho comparado para entender algo más sobre la evolución y el estado actual de la figura en estudio.

## **1. La Responsabilidad del Estado en el derecho continental europeo.**

### **1. 1. Francia: competencia de la autoridad administrativa.**

La Doctrina es unánime al afirmar que el origen del reconocimiento de la responsabilidad del Estado se ubica en Francia con el fallo “Blanco” de 1873, durante el gobierno de la Tercera República (1870-1940). Esta sentencia fue pronunciada por el Tribunal de Conflictos Francés en un caso de daño por actividad del Estado. En el caso el padre de una menor demandaba civilmente al Estado Francés por las heridas sufridas por su hija al ser atropellada por una vagoneta de la Compañía Manufacturera de Tabacos cuya administración era estatal. En dicho fallo el Tribunal hacía responsable al Estado y por primera vez se dejaba constancia que los actos y hechos de éste debían ser juzgados dentro del Derecho Administrativo y no por las normas del Código Civil. En esa oportunidad el Tribunal sentenció:

Considerando que la responsabilidad de la que incumbe al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que se emplean en el servicio público no puede regirse por los principios determinados en el código civil, para las relaciones de particular a particular.

Que esta responsabilidad no es general ni absoluta; que esta responsabilidad tiene sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

Que por tanto, en los términos de las leyes citadas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer.... (Sentencia del Tribunal de Conflictos, citada por Islas Colín, 2014).

El valor de esta sentencia del 8 de febrero de 1873 radica en que en ella se reconoce la responsabilidad del estado por daños, con reglas especiales, no general ni absoluta. Pero además, y esto es lo importante, desplaza al Código Civil en la consideración de la problemática otorgando facultad exclusiva al incipiente Derecho Administrativo. Esta construcción jurídica fue producto de la labor del Consejo de Estado Francés. Éste como órgano consultor del Jefe de Estado debía sentenciar como último juez en los casos de demandas contra la Administración. Así el Derecho Administrativo en Francia no surgió del mandato imperativo de las leyes sino de la creación pretoriana del Consejo.

El Consejo de Estado francés tuvo su origen en el Consejo del Rey, institución que desde mucho antes de la Revolución Francesa tenía como función primordial asesorar al monarca. El gobierno de la Revolución de 1789 lo transformó en Consejo de Estado con funciones puramente

administrativas. Durante la época napoleónica se le asignaron funciones judiciales desprovistas de decisiones finales que seguían en manos del Ejecutivo. Más tarde, una Ley de 1872 lo dotó de facultades judiciales plenas pudiendo dictar sentencias sin intervención del Ejecutivo. Actualmente, además de las funciones consultivas, el “Consejo de Estado es también el juez administrativo supremo: es el máximo juez de las actividades del poder ejecutivo, de las colectividades territoriales, de las autoridades independientes y de los establecimientos públicos administrativos o de los organismos que disponen de prerrogativas del poder público”. (Pág. Web del Consejo de Estado Francés).

Si el fallo Blanco fue importante para marcar el origen del reconocimiento de la responsabilidad por daños del Estado, otros fallos como Terrier (1903) y Therond (1910) fueron hitos en la evolución del concepto de servicio público y de la aplicación de la jurisdicción administrativa en los casos en que el Estado Francés era demandado por daños. (Islas Colín, 2014). En Terrier el Consejo de Estado determinó la responsabilidad de la administración por incumplimiento de contrato. En este caso el Estado había prometido premios a los cazadores de víboras, el señor Terrier reclamó el suyo recibiendo la negativa de la administración por respuesta. En Therond, se trataba de un contrato monopólico y de exclusividad consistente en la captura y traslado de perros a la perrera municipal de Montpellier y destino final de los desechos orgánicos de origen animal. Tampoco en este caso el Estado cumplió con lo pactado y al entender en el juicio el Consejo de Estado francés sentenció que el caso pertenecía a la jurisdicción administrativa en estos términos: “Todo acto realizado con un fin de interés general es de competencia de la jurisdicción administrativa; en especial, todos los contratos suscritos por la administración con tal fin son contratos administrativos”.

La doctrina sobre el contencioso administrativo -nacida de estos fallos- se convirtió en un modelo jurídico de amplia aceptación siendo adoptado por varios países latinoamericanos durante el siglo XX, convirtiendo al derecho administrativo francés en un verdadero paradigma a imitar.

El reconocimiento de la responsabilidad estatal en Francia evolucionó desde la falta personal del funcionario y la aplicación del Código Civil hasta la falta de servicio y la regulación administrativa por conducta ilícita de la Administración. Para finalizar imputando al Estado por

daños a los particulares en ejercicio de una conducta lícita –dictado de leyes- condenándolo al pago de indemnizaciones (Gottschau, 2007).

Actualmente en Francia rige la Constitución de 1958 que en los art.68-1 a 68-3 hace penalmente responsables a los funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. “ARTÍCULO 68-1. Los miembros del Gobierno serán responsables penalmente de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y tipificados como delitos en el momento en el que los cometieron. Serán juzgados por el Tribunal de Justicia de la República. El Tribunal de Justicia de la República estará vinculado por la tipificación de los delitos, así como por la determinación de las penas, tal como resulten de la ley.” Los artículos 68-2 y 68-3 se refieren a composición del Tribunal y procedimiento.

## **1.2. España: responsabilidad por daño antijurídico del Estado.**

Este país también experimentó un largo proceso de adaptación al concepto de responsabilidad estatal. Afirma García de Enterría (1981) que inicialmente la jurisprudencia fue renuente a aceptar que el Estado podía ser demandado, no obstante contar con el fundamento legal en los arts. 1902 y 1903 del Código Civil de 1889. Entre 1935 y 1957 se dictaron leyes que fueron el fundamento de la responsabilidad civil de la Administración del Estado español. (Bianchi, 1996). Actualmente la regulación de la responsabilidad estatal está en el Art.106º de la Constitución Española de 1978 que establece:

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El sistema jurídico español reconoce la responsabilidad por daño antijurídico del Estado, la tesis originaria del Derecho Español. Actualmente, la legislación española reconoce el daño directo y objetivo. Así en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del año 1992- y modificatorias- se lee: Art.139º. Principios de la responsabilidad:

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.
4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.
5. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

Como lo muestran los ejemplos citados, el ordenamiento jurídico español tiene incorporado desde hace varias décadas la regulación de la responsabilidad estatal.

### **1.3. Italia: importancia del elemento subjetivo de la culpa.**

Según algunos autores, el derecho francés tuvo gran influencia en la doctrina y jurisprudencia argentinas en la temática que nos ocupa. Para los mismos autores en segundo lugar, por la importancia de su influencia en el derecho argentino, se podría ubicar el influjo del derecho italiano.

En Italia la responsabilidad del Estado se reconoce desde la Constitución de 1948 en el artículo 28: “Los funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades públicas serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos

realizados en violación de cualesquiera derechos. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos”. Estas normas civiles a las que remite la Constitución son las contenidas en los artículos 2043 y 2049 del Código Civil italiano de 1942. Según estas normas la responsabilidad del Estado es indirecta e imputable al órgano (funcionarios y empleados) por accionar ilícito con carácter subjetivo. Actualmente, se observa una evolución del concepto hacia la responsabilidad directa y objetiva.

En igual sentido, refiriéndose al ordenamiento italiano dice Gottschau (2007, pág.61): “Al afirmarse la autonomía del derecho administrativo, la responsabilidad del Estado asumió carácter de instituto de derecho público, regulado en particular por las normas de este derecho, que son distintas de las del derecho privado; esto ha derivado en la eliminación del principio de la responsabilidad indirecta y la exclusión del requisito de la culpa.”

En síntesis, también en Italia se ha llegado al punto del reconocimiento de la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

## **2. La Responsabilidad del Estado en el derecho anglosajón.**

### **2.1. Reino Unido: de la inimputabilidad de la Corona al *judicial review*.**

Al exponer sobre la evolución histórica de la figura que nos ocupa se indicó que en el Reino Unido se decía: “The king can’t do no wrong” —el Rey no puede equivocarse—. Sentencia ésta que expresa claramente la indemandabilidad del Estado representado por la persona del Rey. Por ende la tradición del *common law* impidió durante mucho tiempo imputar responsabilidad por daños al Estado. En el ordenamiento jurídico del Reino Unido de Gran Bretaña el reconocimiento de la responsabilidad del Estado fue mucho más tardío que en Francia, tal vez por las notorias diferencias entre el derecho anglosajón y el derecho continental.

En el Reino Unido se pueden reconocer dos períodos claramente separados por un hito importantísimo: el dictado de la Ley de Procedimientos de la Corona (*Crown Proceedings Act*) de 1947. Esto es así porque a principios del siglo XX se había comenzado a reconocer la responsabilidad personal de funcionarios y agentes en el ejercicio de sus funciones imputándoles responsabilidad subjetiva por dolo o culpa. A partir de la *Crown Proceedings Act* se reconoce la responsabilidad directa de la Corona por la actuación de sus agentes en el plano del derecho privado por responsabilidad contractual. En el campo del obrar ilícito tanto el agente como la

Corona son responsables, con la excepción de los jueces. En efecto, la Corona no se hace responsable por las decisiones judiciales porque se considera que la justicia es totalmente independiente. (Bianchi, 1996).

En el plano del derecho público, no se observan progresos hasta la década de 1960. Es en esta década cuando los jueces comienzan a admitir la responsabilidad de la administración pública y para resolver los litigios planteados por particulares desarrollan el *judicial review*. Éste consistía en un procedimiento para someter a revisión judicial los actos de la administración. Solicitar este remedio judicial resultaba bastante oneroso ya que el particular afectado debía cumplir con una serie de requisitos, entre ellos solicitar permiso para apelar ante la Corte. A partir de la década de 1980, se flexibilizaron los requerimientos y desde esa época resulta más sencillo obtener la declaración de procedencia para demandar al Estado. (Gottschau, 2007).

Resumiendo, se podría afirmar que aunque tardó el reconocimiento de la responsabilidad estatal en el Reino Unido evolucionó desde la negación de la figura hasta su aceptación y regulación actual.

## **2.2. Estados Unidos de Norteamérica: superación del impedimento legislativo.**

El derecho en los EE.UU. de Norteamérica deriva del derecho anglosajón, por origen histórico del país y por “leyes de recepción” del derecho inglés. Es así que gran parte sus institutos y procedimientos jurídicos provienen de ese sistema. La responsabilidad del Estado en la nación del norte no escapa a la matriz del *common law* y tiene como fundamento los mismos principios que en el Reino Unido.

Tanto es así que desde los albores de la Independencia se sostuvo la indemandabilidad del Estado, fundada en el principio de la soberanía del mismo. Posteriormente, algunas enmiendas a la Constitución de 1787 permitieron las demandas contra funcionarios del Estado bajo ciertos requisitos y con algunas limitaciones. “Basándose en una regla del *common law* donde el rey tiene inmunidad soberana pero no sus funcionarios, los Estados Unidos han aplicado el principio permitiendo litigios contra sus funcionarios...” (Gottschau, 2007, pág.54).

En tal sentido, es posible afirmar que en los EE.UU. la recepción de la figura de la responsabilidad estatal ha sido tardía, comparada con otros países. Ello se ha debido indudablemente a un obstáculo importante e insoslayable: el impedimento para demandar al

Estado llamado “principio de inmunidad soberana”. Esto se materializaba en la exigencia de obtener el consentimiento del Congreso para poder presentar una demanda contra el Estado Federal. Nunca fue fácil obtener la venia del Congreso toda vez que la Administración era renuente a aceptar que los jueces evaluaran sus procedimientos.

Lentamente y por medio del dictado de una serie de leyes este impedimento fue desapareciendo hasta llegar a la creación de la *Federal Tort Claims Act* (Ley Federal de Reclamos al Estado) de 1946 que admite juicios contra el Estado por negligencia de sus funcionarios.

Finalmente en 1982 se dictan leyes creando Cortes ad hoc y se aprueban los procedimientos a seguir para presentar una demanda contra el Estado Federal debiendo cumplir una serie de requisitos para obtener un *judicial review*. Por ejemplo se debe probar un perjuicio o agravio por un organismo público, se admite la demanda siempre que no haya otro remedio legal y el tribunal deberá revisar arbitrariedad, discrecionalidad o cualquier otra conducta antijurídica. Como en el derecho inglés los desagravios son: *injunction, mandatory, certiorari, prohibition* y *declaratory*. (Gottschau, 2007). Estos mecanismos o herramientas judiciales permiten a los particulares agraviados por el accionar del Estado lograr la recomposición del daño sufrido.

No obstante en este país la responsabilidad del Estado está limitada a los actos de la Administración, gozando de inmunidad los jueces, los legisladores y el Ministerio Público. (Bianchi, 1996).

### **3. La Responsabilidad del Estado en el derecho continental latinoamericano.**

#### **3.1. Colombia: un precepto constitucional.**

En este país la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido históricamente creación judicial del derecho. Así la “acción de reparación directa”, competencia jurisdiccional del Consejo de Estado, fue durante mucho tiempo la herramienta para demandar a la Administración Pública. En tal sentido, desde principios del siglo XX se aplicó la doctrina francesa de la falla en el servicio. Desde 1946 el ámbito de la responsabilidad se fue ampliando, pasó de la “teoría del daño especial” (sentencia del periódico El Siglo) al “riesgo excepcional” (responsabilidad por actividades riesgosas). (Pimiento E., 2016).

Actualmente rige el Art.90° de la Constitución Política de 1991 que establece la responsabilidad por daño antijurídico del Estado. La Jurisprudencia colombiana ha precisado:

La Sala ha definido, acogiendo la doctrina y la jurisprudencia españolas, que el daño antijurídico consiste en la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la Ley o el Derecho. (Consejo de Estado, sentencia del 2 de marzo de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente María Elena Giraldo Gómez).

### **3.2. Chile: otro caso de precepto constitucional.**

En el país trasandino, el Decreto Ley 1289/76 –Organización de Municipalidades- y la Ley 18.575/86 y sus modificatorias –Bases generales de la Administración del Estado- introdujeron en el derecho positivo las instituciones francesas de “falta de servicio” y “falta de personal”. Por ejemplo el art. 4° de la Ley 18.575 establece: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.” Anteriormente la responsabilidad extracontractual del Estado fue el resultado de la labor de la jurisprudencia aplicando normas del Código Civil. Actualmente, la Constitución de 1980 en su Art.38° -2° párrafo- consagra la responsabilidad de la Administración del Estado: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

### **3.3. Uruguay: un tercer ejemplo de norma constitucional.**

Las Constituciones de 1830 y 1917 nada dicen acerca de responsabilizar al Estado uruguayo por daños. Para resolver litigios se aplicaba el art.21 del Código Civil que consideraba al Estado y a los Municipios personas jurídicas y por lo tanto responsables. La Constitución de 1934 introduce la responsabilidad directa de funcionarios y responsabilidad subsidiaria del Estado en su art.24. En la Reforma Constitucional de 1952 se acepta la responsabilidad directa del Estado y sus órganos. Y obliga a indemnizar todo daño o perjuicio causado por acción u omisión de la autoridad estatal, siempre con interpretación en un criterio objetivo. No obstante, si el funcionario obró con culpa o dolo el Estado repite contra aquél. Respecto de la responsabilidad derivada del ejercicio de la función legislativa su fundamento reposa en la inconstitucionalidad de la ley, no siendo esta una opinión mayoritaria.

### **3.4. Brasil: responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público en la Constitución.**

En la Constitución de 1988, art. 37° se lee: “6. Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros, asegurando el derecho de repetir contra el responsable en los casos de dolo o culpa.” Si bien no se refiere directamente al Estado, se entiende a éste comprendido en el conjunto de las personas jurídicas de derecho público. Por otro lado, el Código Civil del Brasil, a partir de la reforma del 2001, expresa en su art.43: "Las personas jurídicas de Derecho Público interno son civilmente responsables por los actos de sus agentes que en esa calidad cause daños a terceros, reservándose el derecho de regreso contra los causantes del daño si hubiere, por parte de éstos, culpa o dolo".

#### **Conclusiones Parciales**

En ajustada síntesis y después de averiguar cómo ha sido receptado en otros ordenamientos el instituto de la responsabilidad estatal se podría inferir que, tanto en el derecho continental como en el anglosajón, hubo un primer momento de negación. En éste último sistema el principio de la “inmunidad soberana” fue un duro obstáculo que hacía del Estado una persona jurídica prácticamente “intocable”. En tanto que en los países de tradición civilista o codificadora las primeras demandas se resolvieron aplicando normas de los códigos civiles, por ausencia de regulación pública administrativa.

Posteriormente, y ya avanzado el siglo XX, en la mayoría de los países se aplicaba la figura de la imputación subjetiva en la persona de los funcionarios y agentes, regulada en los códigos civiles en la mayoría de los casos. Sólo en época muy cercana a nosotros se advierte el triunfo de la responsabilidad objetiva del Estado y el desplazamiento del Código Civil reemplazado por el Derecho Administrativo. En todos fue un logro del trabajo tesonero de la jurisprudencia y la doctrina iuspublicista que incitó la creación de leyes y tribunales especializados para resolver los litigios contra los Estados. En muchos de ellos la responsabilidad del Estado es un precepto constitucional explícito. Llama la atención que en los países latinoamericanos estudiados la responsabilidad estatal esté presente en el contenido de las constituciones, no así en Argentina.

## CAPÍTULO III

### SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

#### Introducción

La Constitución Nacional crea la Corte Suprema en el artículo 108° y le atribuye competencias en los artículos 116° y 117°. En tanto que el artículo 14° de la Ley 48 faculta a la Corte para revisar las sentencias definitivas de los superiores tribunales de las provincias (recurso extraordinario federal). Por estas vías judiciales – y otras, como por ejemplo el recurso de casación- es que llegan a la Corte Suprema de Justicia de la Nación las causas en las que el Estado nacional, las provincias o los municipios son demandados por daños a los particulares.

También en nuestro país -como en otros ordenamientos analizados en el presente trabajo- se observa que el juzgamiento de la responsabilidad del Estado es más una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia a través de sus fallos que aplicación de regulación específica. En tal sentido, también existen similitudes con el derecho comparado en el tipo de imputación que se hace al Estado por daños. En un principio la Corte consideró inaceptable la responsabilidad del Estado, luego cambió su posición y admitió un tipo de responsabilidad indirecta y aplicación de regulación civil. Pero debieron transcurrir varias décadas para reconocer la responsabilidad directa del Estado. Finalmente, nuestro Supremo Tribunal aceptó plenamente la imputación de responsabilidad directa y objetiva al Estado por daños a particulares y ordenó la aplicación de regulación administrativa y local.

#### **1. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte: de la indemandabilidad del Estado a la responsabilidad directa.**

Dice Mertehikian (2006, p.59), refiriéndose a la doctrina de la Corte:

Su evolución encierra por momentos algunas contradicciones, oscilando entre conceptos del derecho privado y público. En el ámbito extracontractual comenzó, en principio, por consagrar un sistema de irresponsabilidad absoluta, para luego pasar a uno de responsabilidad acotada, y transcurrió por momentos de indefinición entre la responsabilidad indirecta y la directa.

En la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de la responsabilidad extracontractual del Estado se reconocen –generalmente- tres etapas, en

las cuales algunos de los fallos que señalan hitos en la construcción del concepto son los siguientes (Coronel, 2000, pág.381):

- Primera etapa: la irresponsabilidad del Estado (1860-1933).
  - Año 1864 “Vicente Seste y Antonio Seguich contra Gobierno Nacional” (Fallos 1:317)
  - Año 1865 “José Cándido Gómez contra la Nación” (Fallos 2:36)
  - Año 1872 “Anselmo Núñez contra Gobierno Nacional” (Fallos 12:227)
- Segunda etapa: el reconocimiento de la responsabilidad del Estado (1933-1938).
  - Año 1933 “Tomás Devoto y Cía. contra Gobierno Nacional” (Fallos 169:111)
  - Año 1938 “Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires” (Fallos 182:5)
- Tercera etapa: de la responsabilidad indirecta del Estado a la responsabilidad directa (1938-1984).
  - Año 1984 “Vadell, Jorge contra Provincia de Buenos Aires” (Fallos 306:2030)

A estas tres etapas se le podría agregar una cuarta –desde 1984 hasta 2014- que comprende los últimos treinta años de la jurisprudencia de la Corte en los que lentamente se fue afianzando la idea de la responsabilidad directa y objetiva del Estado. Además en todo este tiempo el Derecho Administrativo fue cobrando fuerza y ganando espacio en las sentencias del Supremo Tribunal (Mertehikian, 2006). Prueba de ello es el fallo Barreto (2006) en el que la Corte se inhibe de juzgar facultando a la jurisdicción provincial e indicando la aplicación de regulación administrativa local.

### **1.1. Primer período (1860-1933): La Corte dice que no se puede demandar al Estado.**

Este primer ciclo que se inició en 1860 coincide con el origen de la organización del Estado argentino y la conformación de los tres poderes del Gobierno Federal, aunque en rigor de verdad las primeras sentencias de la Corte datan de 1863. Los litigios que llegan a la Corte y que ésta debe resolver se habrían iniciado, en muchos casos, en la época de la Independencia y de las Guerras Civiles o tenían origen en demandas a los gobiernos provinciales, cuando aún no existía el Gobierno Federal.

En “Seste y Seguich c/Gobierno de la Nación” (Fallos, 1:317) la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de setiembre de 1864 declaró la indemandabilidad del Estado y por

ende la irresponsabilidad del mismo basándose en la jurisprudencia norteamericana que, como se dijo más arriba, tenía como pilar el “principio de la inmunidad soberana”. En el caso, dos soldados de la Guardia Nacional demandaban al Gobierno el pago de una indemnización por haber sido retenidos dos años más en el servicio militar. La Corte dijo que el Poder Ejecutivo es soberano en sus decisiones -reafirmando la división de poderes- y que el arreglo de la deuda pública es una atribución del Congreso. (Mertehikian, 2006).

El 1° de junio de 1865, en “José C. Gómez c/ la Nación” (Fallos, 2:36) la Corte aplicó el fallo Seste ratificando la indemandabilidad del Estado y reiterando que es el Congreso de la Nación el órgano facultado para arreglar la deuda pública. En la causa, José Gómez reclamaba a la provincia de Corrientes una indemnización por daños y perjuicios por expropiaciones indebidas durante el gobierno de los Virasoro. (Mertehikian, 2006).

Otro fallo de la época que ejemplifica la negativa a reconocer la responsabilidad del Estado argentino es “Anselmo Núñez c/ Gobierno Nacional” (Fallos, 12:227) de fecha 27 de agosto de 1872. En esa oportunidad la Corte no hizo lugar al recurso interpuesto por Anselmo Núñez- en representación de los herederos de Don Blas Raffuls- fundamentando su decisión en el principio de inmunidad soberana del Estado argentino que –dijo- no puede ser demandado sin su expreso consentimiento. Los damnificados solicitaban reparación del daño mediante el pago de una indemnización por la confiscación de una finca durante la guerra de la independencia, basándose en un Tratado que la Argentina había celebrado con España.

En estos tres fallos se observa claramente la postura del Supremo Tribunal basada en el principio de indemandabilidad del Estado y en la facultad exclusiva del Congreso de arreglar la deuda pública. Sin embargo algunas venias legislativas permitieron a contratistas del Estado demandarlo por daños, claro está en el campo del derecho privado contractual. En sentido contrario cuando el daño era de carácter extracontractual o público la Corte invocaba el art.43° del Código Civil para negar la responsabilidad del Estado como persona jurídica. Lo que se complementaba con el art.36° que cargaba la responsabilidad sobre los individuos que actuaban en nombre de la persona jurídica. En el caso del Estado serían responsables los funcionarios y agentes que lo integraban y actuaban en su nombre. Esta teoría llevaba directamente a la aplicación del art.1112 del citado Código.

La Ley 3952 de Demandas contra la Nación (27 de setiembre de 1900) en su art.1° habilitó en forma general –sin necesidad de venia particular- las acciones civiles contra la Nación previo reclamo ante el Poder Ejecutivo y la correspondiente denegación. Esta norma aceptó la tesis de la “doble personalidad del Estado” y la autorización general era sólo para acciones civiles –generadas por venta de tierras fiscales, devolución de importes pagados indebidamente, daños de mercaderías en galpones fiscales, expropiaciones, etc.- en tanto que las demandas de carácter público extracontractuales seguían siendo rechazadas por la Corte. “Se sostenía que los actos del Estado como persona jurídica eran los atinentes a la gestión o administración de su patrimonio privado, en tanto los demás, por exclusión, eran de derecho público”. (Sáenz, 2007, pág.76).

Entrando al siglo XX, y siempre dentro de la primera etapa señalada, la Corte emite fallos condenatorios contra la Provincia de Buenos Aires. Así, en un fallo de 1902 – Geddes Hnos. y otros contra Provincia de Buenos Aires- la Corte aceptó parcialmente la responsabilidad del estado provincial al ordenarle la devolución del importe con sus intereses que en concepto de impuestos por circulación de mercaderías los demandantes habían abonado en su momento. Casi diez años después encontramos otro ejemplo en la sentencia Rosa Melo de Cané contra Provincia de Buenos Aires (1911), donde la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley provincial que establecía un impuesto del cincuenta por ciento sobre los legados y ordena no proceder al cobro de los mismos. En 1923, en el caso “Pereyra Iraola, Martín c/Provincia de Buenos Aires” (sentencia del 22 de junio) la Corte condenó a la provincia a devolver un impuesto cobrado indebidamente -más los intereses correspondientes- por la aplicación de una ley provincial sobre impuesto especial de afirmados del camino público de La Plata a Avellaneda. En los fundamentos señala que la citada ley es contraria al artículo 17 de la Constitución Nacional. En estos fallos se percibe una evolución en la consideración de las demandas contra el Estado y se vislumbra un rumbo doctrinario distinto.

A casi veinte años de la Ley de Demandas contra el Estado, la Corte responsabilizó a la Provincia de Buenos Aires en la causa “Lezica Alvear”. En la sentencia del 18 de setiembre de 1919 condenó a la provincia demandada al pago de indemnización por daños y perjuicios causados por un incendio de un campo donde se perdieron animales y alambrados. El incendio había sido provocado por chispas originadas en el ferrocarril del puerto de La Plata. El Alto

Tribunal fundó su pronunciamiento en la Ley 2873 de Ferrocarriles Nacionales y en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, eludiendo el art.43 del Código aplicado en situaciones anteriores para sostener la indemandabilidad del Estado. (Mertehikian, 2006). Según algunos autores, este sería el precursor del famoso caso “Devoto” cuya resolución estuvo impulsada por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, pero también por la reforma de la Ley de Demandas contra la Nación.

## **1.2. Segundo período (1933-1938): La Corte acepta la responsabilidad indirecta del Estado.**

En la década del ‘30 la Corte Suprema reconoce por primera vez la responsabilidad del Estado por actos de sus dependientes, es decir “responsabilidad indirecta”. Esto fue posible gracias a la Ley 11.634, del 28 de setiembre de 1932, modificatoria de la anterior Ley de Demandas contra la Nación que establecía un cepo a la demandabilidad del Estado. El modificado artículo 1º estableció: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”. Con esta habilitación legislativa –promulgada durante el gobierno de Agustín P. Justo (1932-1938)- la Corte pudo aceptar la responsabilidad extracontractual del Estado en estos dos casos emblemáticos “Devoto” (1933) y “Ferrocarril Oeste” (1938). Atrás quedaban las actuaciones contradictorias del Supremo Tribunal triunfando la teoría de la responsabilidad estatal por la prestación de un servicio público y por los hechos de sus dependientes.

El hito fundacional de la segunda etapa en la evolución de la doctrina de la Corte sobre la responsabilidad del Estado lo constituye el caso “Tomás Devoto y Cía. S.A. contra Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios” (sentencia del 22 de setiembre de 1933). Aquí la Corte responsabilizó al Estado Nacional por los daños causados por un incendio que afectó 4.500 hectáreas en la Provincia de Entre Ríos y que se originó por acción negligente de una cuadrilla de obreros guardahilos de la Empresa Nacional de Telégrafos. En esta sentencia se habla claramente de responsabilidad del Estado y del deber de reparar el daño. En ella la Corte vuelve a aplicar la Doctrina Lezica aunque con la gran diferencia de no existir para el caso una ley como

la que regulaba la actividad de los ferrocarriles, razón por la cual sólo recurre al Código Civil en los arts. 1109 y 1113. Para el caso encuadró la actuación del Estado como persona de derecho privado ya que aquél actuaba como empresa en la explotación de un servicio, omitiendo referirse al art.1112. (Mertehikian, 2006). “Nacía así la responsabilidad *indirecta* del Estado, fundada explícitamente en los arts.1109 y 1113, CCiv. El primero por culpa o negligencia en que habían incurrido los agentes causantes del incendio, y el segundo en tanto establece la responsabilidad del principal...-el Estado- por los hechos de sus dependientes (responsabilidad *in vigilando* o *in eligiendo*).” (Sáenz, 2007, pág.79).

En 1938 ya aparece en los fundamentos de la Corte el art.1112 del Código Civil. Ello ocurre en el litigio “Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires” (sentencia del 3 de octubre de 1938). El Registro de la Propiedad Inmueble del citado Estado provincial había expedido certificados erróneos de propiedad produciendo daños patrimoniales a los demandantes. Para condenar a la provincia mencionada, la Corte aplica el art.1112 en combinación con el art. 1113 del Código Civil. (Mertehikian, 2006). La demanda se había interpuesto en 1928 contra el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia por un certificado inexacto que éste expidió en 1914. En este último año, la actora había adquirido unos terrenos en la localidad de Morón, derechos que fueron reclamados por juicio de reivindicación catorce años después. En 1938 la Corte falló contra la provincia demandada ordenando el pago de indemnización por daños y perjuicios, en razón de que no había prestado el servicio en forma regular, aplicando la teoría de la “falta o falla en el servicio”. En la sentencia afirma: “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan por el incumplimiento o su irregular ejecución”. También abandona la aplicación del art.43° al afirmar acerca del Estado: “...en el caso no obra como persona de derecho privado, o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza....la invocación al art.43°, CCiv., no es pertinente” (Fallos 182:5).

Como se advierte, en “Ferrocarril Oeste” la Corte da un golpe de timón al aplicar como fundamento normativo el art.1112 por incumplimiento de los funcionarios del Registro Civil y vuelve a usar el art.1113 por traslado de la responsabilidad individual de los empleados al Estado (responsabilidad indirecta). Se había encontrado la fórmula para responsabilizar al Estado en su

actuación pública: para su procedencia era necesario probar la culpa del agente estatal (art.1112) y sus consecuencias trasladarlas al Estado (art.1113). (Sáenz, 2007, pág.80).

Como dice Mertehikian:

Lo cierto es que las bases sentadas hasta ese momento sirvieron a la Corte para continuar admitiendo la responsabilidad pública, algunas veces con mayor amplitud que otras y, por supuesto, en concordancia con los cambios operados en la composición de la misma y en la política de sus miembros (Mertehikian, 2006, p.69).

### **1.3. Tercer período (1938-1984): La Corte admite la responsabilidad directa del Estado. Teoría del órgano.**

En esta fase de la evolución de la doctrina de la Corte sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el Supremo Tribunal sigue aplicando los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. Pero hacia la década de 1980 abandona decididamente la responsabilidad indirecta y en el caso “Vadell” (1984) aplica únicamente el art.1112 para fundar la responsabilidad directa del Estado por la falta de servicio.

“Vadell” está precedido por tres casos que la Corte señala como antecedentes del mismo. El primero de ellos es “Automotores Faillace Triangeli y Cía. S.C.A. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” (Fallos, 287:108) en cuya sentencia el Supremo Tribunal condena a la demandada por mal funcionamiento del servicio, aplicando los arts.1112 y 1113 del Código Civil. Nuevamente la Provincia de Buenos Aires debe responder por el irregular funcionamiento del Registro de la Propiedad Inmueble ya que la finca embargada por la actora ya había sido transferida, situación no informada por el ente registral.

Los otros dos casos, también contra la Provincia de Buenos Aires, tienen como protagonista al mismo sujeto: un estafador de nombre Eduardo Mario Vélez que actuaba bajo el alias de Juan Alfredo Iglesias. En “Sánchez Puppulo, Eduardo Luis y otros c/Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos” (Fallos, 288:362) se había hecho un contrato de mutuo con garantía hipotecaria mediante una escritura falsa, inscripta en el Registro de la Propiedad de la Provincia que expidió lógicamente un certificado erróneo. Aquí la Corte –en sentencia del 6 de mayo de 1974- aplicó los arts.1109, 1112 y 1113 del Código Civil. En “Gallegos Botto, María Teresa Busso de y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios” (Fallos, 290:71) la Corte en sentencia del 15 de octubre de 1974 también condena al estado provincial por

inscripción fraudulenta de otro inmueble hipotecado por Iglesias, con fundamento en los arts.1112 y 1113. En ambos casos “el hecho generador de la responsabilidad no era la maniobra dolosa, sino la inscripción del dominio que había avalado su comportamiento” (Mertehikian, 2006, pág.71).

En “Vadell, Jorge Fernando c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización” (sentencia del 18 de diciembre de 1984) el Supremo Tribunal va un paso más allá en el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita. En sus fundamentos aplica la “teoría del órgano” recurriendo solamente al art.1112 lo que da por resultado una responsabilidad directa imputada a la provincia demandada por deficiente actuación de sus funcionarios. Dice el Supremo Tribunal: “Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art.1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas.” (Cons.5°, Fallo 306:2030). La falta de servicio se produjo en este caso por una concurrencia de errores provenientes del Registro de la Propiedad y de los escribanos actuantes en la venta de terrenos en la ciudad de Necochea, en los años 1914 y 1924. Dice además la Corte que no comparte el criterio adoptado en anteriores situaciones similares por la aplicación del art.1113 – responsabilidad indirecta- ya que considera que la actuación de los agentes es la actuación del propio Estado y por lo tanto corresponde fundar la responsabilidad (directa) en el art.1112 del Código Civil.

Con esta sentencia la Corte situó la imputación definitiva de las acciones y omisiones de los agentes públicos en la persona del Estado como ente jurídico público, solución que venía siendo sugerida por doctrina iuspublicista desde tiempo atrás. La imputación directa significa que ya no hay traslado de responsabilidad entre Estado y agente estatal, sino que el agente como *órgano* del Estado *es* el Estado mismo. La “teoría del órgano” indica que los agentes y funcionarios no son representantes del Estado -como pueden ser las autoridades de una persona jurídica privada-, sino que son parte integrante de la persona jurídica pública que es el ente estatal. Aceptada mayoritariamente por la doctrina, la “teoría del órgano” conjuntamente con el art.1112 constituyeron la fórmula adoptada por nuestro Supremo Tribunal para imputar responsabilidad directa al Estado, aunque con algunas excepciones como se verá más adelante.

## 2. Reconocimiento de la responsabilidad directa y objetiva

En la década del '80 ya estaba ampliamente desarrollada en otros países la teoría de la responsabilidad directa del Estado por falta de servicio, entendida como aquella ilicitud en donde la administración pública por negligencia, falta u omisión no realiza su actividad como está obligada a hacerlo. Para su imputación no interesa la intención (culpa o dolo) del funcionario o agente, sólo importa que el servicio sea defectuoso o inexistente.

Como se expuso en el apartado anterior, a partir del caso “Vadell” (1984) la Corte optó por la aplicación del art.1112 del Código Civil y sostuvo que la responsabilidad estatal es directa en la mayoría de los casos de responsabilidad del Estado por daños en su actuar lícito e ilegítimo. En otros casos todavía se mostraba renuente a aceptar el completo abandono de la teoría de la responsabilidad indirecta y seguía aplicando el art.1113 como lo demuestran los casos “Fuerza Aérea Argentina c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos” (1994) y “Scamarcia, Mabel y otro c/Provincia de Buenos Aires” (1995).

Respecto a la objetividad o la subjetividad de la falta de servicio existe una discrepancia entre los especialistas del tema. Dice Sáenz (2007) que en tanto buena parte de la Doctrina iuspublicista es coincidente con el criterio de responsabilidad objetiva aplicado por la Corte en Vadell, otra parte sostiene que la falta de servicio no es objetiva, sino subjetiva. Entre los primeros, podemos citar a Cassagne y entre el segundo grupo a Reiriz.

Habiendo llegado al punto del reconocimiento de la responsabilidad directa del Estado en las sentencias de la Corte cabe preguntarse por la extensión de la reparación: ¿sólo daño emergente o también lucro cesante? En cuanto a la responsabilidad del Estado por actividad lícita, pueden analizarse algunas sentencias de épocas posteriores a “Vadell” para observar que dicen los magistrados sobre el límite de la reparación. Por ejemplo, en “Motor Once” la Corte en sentencia del 9 de mayo de 1989 hizo responsable a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por daños y perjuicios. En este caso la actora había obtenido de la Municipalidad un permiso para expender combustible que luego de varios años de actividad comercial le fue revocado por aplicación de una norma municipal que prohibía el expendio de combustible en la planta baja de edificios destinados a viviendas. Este hecho motivó una demanda por daños y perjuicios, incluyendo el lucro cesante. En esa oportunidad dijo un miembro de la Corte: “El principio de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originen perjuicios a particulares, se traduce en el derecho a una indemnización plena...” (Voto del Dr. Petracchi). Sin

embargo la Corte, basándose en el dictamen de la Procuradora Fiscal no consideró el lucro cesante en la indemnización por aplicación del art.10° de la Ley de Expropiaciones N°21.499. Sí reconoció la responsabilidad de la Municipalidad y además coincidió con la idea de la Procuradora acerca de que “la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a Derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos.” (Graciela Reiriz, Procuradora Fiscal de la CSJN).

En el mismo año el Alto Tribunal sentenció el 13 de junio de 1989 a favor de la demandante en la causa “Petruccelli, Fidel y otra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” en la que se reclamaba indemnización por lucro cesante en un caso de responsabilidad estatal por actividad lícita. El caso involucraba un procedimiento de expropiación desistida que causó daños al propietario del inmueble quien inició la demanda por daños y perjuicios. También aquí se reconoció la responsabilidad de la Municipalidad por su actividad lícita extracontractual, pero no la reparación plena, en concordancia con lo sentenciado en “Motor Once”.

En otros casos, el Tribunal Supremo sí aceptó la reparación plena cuando la indemnización se generaba en daños del Estado por su actividad extracontractual legítima. Sobre el particular sostiene Perrino:

Así ocurrió en numerosas causas en las que se reclamó el pago de los daños y perjuicios sufridos por propietarios de inmuebles que fueron ocupados por aguas derivadas por obras públicas llevadas a cabo para controlar inundaciones que amenazaban centros urbanos, en las cuales se dispuso que la indemnización fijada comprendía tanto el daño emergente como el lucro cesante, calculándose este último sobre la base de estimaciones de productividad (Perrino, 2009, pág.3).

Un ejemplo de aplicación de esta teoría de la Corte se encuentra en “Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires” donde el cimero tribunal cambia su criterio acerca de la reparación plena. En sentencia del 23 de noviembre de 1989 afirmó que los actos lícitos del Estado –aunque persigan el bien común- si perjudican intereses particulares se hace necesaria la correspondiente indemnización. En la causa se condenó a la provincia demandada a pagar la indemnización incluyendo el lucro cesante, cambiando así el criterio del máximo Tribunal. En el caso la parte actora se vio perjudicada por la realización de obras hidráulicas – construcción de un canal para desviar el cauce del Río Quinto- que inundaron los campos de su

propiedad haciendo inviable el uso agropecuario de los mismos. Aquí sí se reconoció la indemnización plena por responsabilidad del Estado en su accionar lícito.

A partir del año 1992 a raíz de la causa “De Gandía, Beatriz Isabel c/Provincia de Buenos Aires” la Corte comienza a aplicar el criterio de “causa civil” en distinto sentido. (Cassagne, 2006). En el caso la actora reclamaba indemnización por daño moral en razón de haber sido detenida injustamente en un Paso Internacional. Dicha detención se producía por efecto de un error del Juzgado N°2 en lo Criminal de San Marín que había omitido dar de baja en el sistema la orden de secuestro del rodado que la actora conducía. En el fallo el Alto Tribunal ordena pagar indemnización por daño moral, haciendo responsable a la Provincia de Buenos Aires. Algo totalmente nuevo en los pronunciamientos de la Corte sobre las demandas de los particulares contra el Estado por daños y perjuicios.

### **3. Nuevos criterios de la Corte**

Los nuevos criterios de la Corte en torno a la forma de resolver los litigios en contra del Estado por su accionar extracontractual se encuentran contenidos en la sentencia pronunciada en la causa “Barreto, Alberto D. y otra c/Provincia de Buenos Aires por daños y perjuicios”. En el caso se promueve demanda contra la provincia basada en el art.1112 del Código Civil por un hecho cometido por un agente policial que, en el ejercicio de sus funciones de prevención del delito, mató por error a la hija de los querellantes. En efecto, en la sentencia del 1° de marzo de 2006 el Supremo Tribunal se declara incompetente para entender en forma originaria en el juicio. A lo largo de dieciséis considerandos fundamenta su postura en la inconveniencia de seguir aplicando el criterio de “causa civil” e inclinándose a favor de la norma administrativa. También hace alusión al respeto a las autonomías provinciales. Dice la Corte que los principios jurídicos sobre responsabilidad y resarcimiento de daños “no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica” (Cons.12). Se inhibe y remite la causa al fuero local por tratarse de normativas provinciales las relativas a la formación específica de los cuerpos de policía. Puntualiza Biglieri (2014) que la remisión que hace aquí la Corte a normas del derecho administrativo no es una novedad ya que surge de los dictámenes de la Procuradora Reiriz en casos anteriores.

Refiriéndose al fallo Barreto, dice Cassagne (2007) que muy acertadamente la Corte acota el Código Civil a sus límites naturales y pone énfasis en el respeto a la facultad

constitucional que tienen las provincias de autogobernarse ejerciendo los poderes no delegados a la Nación. Uno de esos poderes consiste en el dictado de las normas administrativas para el autogobierno, como son por ejemplo las que hacen a la seguridad y la prevención del delito. Lo cual nos lleva a pensar que la jurisprudencia del Alto Tribunal está preanunciando un cambio de paradigma en la consideración de la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad lícita o ilícita. Cambio que se reflejará en el ámbito legislativo con la sanción de la Ley 26944 de Responsabilidad Estatal y con la Ley 26994 del Código Civil y Comercial.

### **Conclusiones parciales**

Esta relación de fallos da cuenta de cómo fueron mutando los criterios de nuestro Supremo Tribunal y evolucionando su postura frente a la responsabilidad extracontractual del Estado por daños en su actuar lícito o ilícito. En tal sentido, a modo de síntesis, podría afirmarse que la Corte en un principio y por aplicación del art.43 del Código Civil negó toda posibilidad de demandar al Estado por daños. Aun así, antes de la Ley 17711 (1968) –que reformó la citada norma en sentido contrario- la Corte dejó de lado este artículo que establecía la indemandabilidad de las personas jurídicas. Lentamente se fue abriendo paso el reconocimiento de la responsabilidad estatal en los criterios de la Corte. En un primer momento reconoce la responsabilidad indirecta y fundamenta sus fallos con la aplicación de los arts.1109 y 1113 del Código Civil. Después, con la única aplicación del art.1112 modifica su postura anterior inclinándose por la teoría de la responsabilidad directa por falta de servicio. Siempre aplicando normas civilistas -por analogía- en ausencia de regulación administrativa por daños del Estado. Situación que ha cambiado actualmente después de la sanción del nuevo Código civil y Comercial y de la Ley de Responsabilidad Estatal.

## CAPÍTULO IV

### DEBATES DOCTRINARIOS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

#### Introducción

En el aspecto doctrinario, el debate acerca del tema de la responsabilidad del Estado revela dos vertientes bien diferenciadas: la iusprivativista y la iusadministrativista. Es que en el origen histórico del reconocimiento de la responsabilidad estatal la Ciencia Jurídica -en nuestro país y en otros- contaba con muy pocas herramientas legales para responder a la problemática. Por tal razón, en un primer momento se recurrió a los códigos civiles -en ausencia de regulación específica de carácter administrativo- para resolver los litigios que se planteaban en torno a la responsabilidad estatal. Posteriormente, a partir del Estado de Derecho y el naciente derecho público administrativo comenzaron las controversias acerca de la regulación de la responsabilidad del Estado en materia extracontractual. La discusión se planteaba entre quienes pretendían aplicar el derecho administrativo autónomo y quienes se oponían preservando la conservación de la regulación civilista en la materia.

Por tal motivo, una primera aproximación al tema da como resultado la obtención de abundante bibliografía. Las obras reflejan la preocupación de juristas y doctrinarios por ubicar en el lugar exacto al instituto jurídico de la responsabilidad estatal. La temática está desarrollada en los tratados de derecho administrativo, en obras de literatura jurídica específica, en publicaciones periódicas y revistas especializadas, en artículos publicados en repertorios de doctrina y jurisprudencia, etc. En ellas hay unanimidad en reconocer la responsabilidad del Estado por daños en su actividad lícita o ilícita. Las discrepancias se observan en el diferente abordaje del tema: desde el Derecho Civil o desde el Derecho Administrativo.

Tanto la Doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en la procedencia de la responsabilidad extracontractual –o aquiliana- del Estado y la obligación de indemnizar al agraviado por el accionar lícito o ilícito de aquél, sin importar si existe o no culpa que le sea imputable (Marienhoff, 2000). Entran también en estas consideraciones el hecho del Estado por omisión.

#### **1. Presupuestos de la responsabilidad estatal por actividad ilícita y por actividad legítima**

Tanto sea el daño por acción u omisión, la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilegítima necesita de cuatro presupuestos para configurarse:

- a) Que el daño sea imputable materialmente a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones.
- b) Que el daño a los derechos del administrado sea resarcible.
- c) Que se trate de una falta o falla en el servicio (funcionamiento deficiente, tardío o ausente).
- d) Que exista una conexión causal entre la conducta y el daño.

Para el caso de la responsabilidad extracontractual por actividad lícita del Estado se agrega a las anteriores condiciones:

- e) Ausencia del deber de soportar -por parte del agraviado- un sacrificio mayor al exigido al resto de la comunidad.

Respecto de la clasificación de la responsabilidad del Estado por su actividad legal o por su actividad ilícita señala Marienhoff: “deben ser estudiadas en común, conjuntamente, al tratar de la responsabilidad del Estado, pues ésta existirá o no con total prescindencia de la licitud o ilicitud de la respectiva actividad o comportamiento.” (Marienhoff, 2000, Tomo IV, p.732). Tampoco importa para su reconocimiento, dice el citado autor, si el daño proviene del órgano Ejecutivo, del órgano Legislativo o del órgano Judicial, basta que exista un perjuicio que deba ser reparado. En igual sentido, no importaría si el daño material afecta un derecho subjetivo o un mero interés, tal distinción no es necesario para su resarcimiento. También es resarcible el daño moral o no patrimonial. Asimismo, se reconoce ampliamente que el Estado puede cometer un daño por omisión. En este caso sólo existirá resarcimiento si el hecho omitido implica la violación de una norma jurídica por parte del Estado.

## **2. Discrepancias acerca de la aplicación de legislación civil o administrativa**

Sobre la demandabilidad del Estado podríamos decir que existe acuerdo en la Doctrina, es decir no habría impedimento en afirmar que hay unanimidad de criterio en este punto, aunque con ciertos matices en cuanto a la extensión de la reparación. Un sector de la doctrina opina que la reparación debe ser plena, incluyendo el lucro cesante y el daño moral, en tanto que otro sector afirma que el Estado debe responder sólo por el daño emergente. Donde sí se advierten fuertes disensos es en el tema de la regulación de la responsabilidad estatal: ¿derecho privado o

derecho público? Pero antes de pasar a considerar las controversias sería oportuno recordar que la codificación civil en la materia tuvo también diferentes interpretaciones.

## **2.1. Diferentes interpretaciones de la regulación civil**

En nuestro país, desde la sanción del Código de Vélez en 1869 la responsabilidad del Estado estuvo regulada por el Artículo 1112: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular la obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título.” (TITULO IX De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos). Al que se sumaban los Artículos 1109 –responsabilidad subjetiva por daños- y el Artículo 1113 – responsabilidad objetiva e indirecta por daños- .

Sin embargo, no fue unívoca la interpretación de los citados artículos para demandar al Estado por acción u omisión. En efecto, en relación al Art. 1112 algún sector de la Doctrina entendía que dicho artículo se refería sólo a los funcionarios públicos y no al Estado. En tanto que otros se resistían a pensar que Vélez al redactar el Art. 1113 hubiese pensado en el papel del comitente para el Estado (Cassagne, 2014). Aún más, otros afirmaban que el Artículo 1112 resultaba innecesario dado que las acciones de los funcionarios podían ser alcanzadas simplemente por el Artículo 1109: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...” Dado su carácter abarcador se entendía que este artículo ya incluía a un subtipo de sujetos: los funcionarios públicos (Gordillo, 2014).

Por otra parte, no hay que soslayar que hasta la reforma del Código Civil por Ley 17711 del año 1968, el Estado no podía ser demandado por daños según el artículo 43. El citado artículo prohibía ejercitar acciones por daños contra las personas jurídicas, en tanto que por el artículo 33 el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios eran personas jurídicas.

## **2.2. Posturas civilistas y administrativistas: fundamentos**

¿Frente al daño causado por acción u omisión del Estado que regulación debe aplicarse? Para responder a esto, Marienhoff (2000) distingue entre actuación pública o privada del Estado. Al respecto dice que mientras el Estado actúe en la esfera pública su comportamiento será regido por el derecho público. Enfatiza que las normas y principios que rigen la responsabilidad

extracontractual del Estado en el campo del derecho público no son las del derecho civil “pues el Estado, por principio, es una persona de derecho *público* que actúa dentro de éste. Incluso la propia “*personalidad*” del Estado...no surge del Código Civil, sino de la Constitución Nacional.”(Marienhoff, 2000, Tomo IV, p.763). Cita como ejemplos de esa distinción dos fallos de la Corte Suprema, en el caso Devoto y Cía. (1933) –ya comentado en el presente trabajo- el Estado había actuado en el campo del derecho público y en el caso Muhlmann (1960) lo había hecho en el ámbito privado. En ambos casos había aplicado los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. En el segundo caso la correspondencia era evidente, pero en el primero la aplicación se hizo a título subsidiario. Queda claro que este autor se inclina por la regulación administrativa.

Desde una posición civilista Pizarro (2011) dice -sobre la responsabilidad del Estado- que no puede situarse exclusivamente en el derecho público toda vez que en el mismo existe una gran ausencia de regulación al respecto. Puntualiza que las normas del derecho civil que regulan la responsabilidad extracontractual son también aplicables al Estado de modo directo e integrativo. El citado jurista rechaza de plano la fundamentación a favor del derecho público basada en la distinción entre justicia conmutativa y justicia distributiva. No obstante es partidario de una convergencia de ambos derechos –obviamente sustentados en principios constitucionales- para reparar los daños del Estado.

En ataque más frontal a la posición administrativista se ubica Cuadros (2010) para quien el precedente Blanco -que procede del derecho francés- ha influido de tal modo en el derecho administrativo argentino que se llega a negar que la responsabilidad del Estado pueda ser regida por el derecho civil. Para este autor resultan pertinentes los artículos del Código Civil para responsabilizar por daños al Estado y cita fundamentos de fallos de la Corte en tal sentido. Afirma que las normas que rigen la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código rigen también para el Estado. Nótese que estas opiniones fueron vertidas antes de la reforma y unificación del Código Civil y Comercial.

En idéntico sentido, Alterini (2014) defiende la aplicación de las normas civilistas para resolver los casos en que el Estado es demandado por daños. Este autor agrega un dato interesante acerca de la introducción de normativa administrativa en el Código Civil. Se remonta al origen del Código y dice que la principal fuente inspiradora para su autor fue el código francés. Mientras que Alberdi había tomado como modelo para nuestra Constitución la de los

Estados Unidos. Es decir un producto del derecho continental y otro del derecho anglosajón. Afirma que la diferencia en el origen sería una de las posibles causas de las distintas interpretaciones normativas y las ineludibles controversias.

Desde el campo del Derecho Civil, Mosset Iturraspe (2000) cuestiona seriamente las pretensiones de un Derecho Administrativo autónomo, totalmente desvinculado del Código Civil, para regular el accionar del Estado y sus funcionarios. Dice el citado autor que se pretende instalar la idea de un tipo de responsabilidad “a medida del Estado”, concepto que llevaría a evaluar de forma diferente el daño según provenga de particulares o del Estado.

En el mismo sector del iuscivilismo López Mesa (2014) defiende la regulación de la responsabilidad estatal por normas del derecho administrativo y local. Fundamenta su postura en un fallo de la Corte, de fecha anterior a la entrada en vigencia del Código de Vélez, donde queda sentada la doctrina legal de la regulación local en asuntos que competen a las provincias. Se trata del Fallo “Resoagli, Luis c/Provincia de Corrientes” (Fallos 7: 373 a 389) por cobro de pesos, donde quedó establecido que las provincias son autónomas por derecho constitucional y pueden ejercitar las facultades no delegadas a la Nación. Como por ejemplo dictar sus propias leyes y normas sobre impuestos locales y regirse por ellas declarando “soberanía absoluta de las provincias en todo lo relativo a los poderes no delegados” y sentenciando que la Corte no es competente para conocer y resolver la demanda. El citado autor explica que las “soluciones creativas” de la Corte para resolver casos basándose en las normas del Código Civil fueron necesarias por la laguna legal en la materia y el cumplimiento del “mandato ineludible” de dictar justicia. Pero él opina que los Artículos 1112 y 1113 fueron aplicados excesivamente.

En igual sentido, aunque desde el campo iusadministrativista, Cassagne (2014) defiende la idea de que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el derecho público y por lo tanto su regulación debe ser autónoma y separada de la normativa civilista. No obstante admite que durante mucho tiempo, y por ausencia de normativa específica en la materia, la Corte aplicó por analogía el art.1112 sobre todo a partir de “Vadell”. Asimismo defiende la aplicación del Derecho Administrativo pues en su contenido se encuentra el principio de la responsabilidad objetiva y directa del Estado, con independencia de la culpa, por acción u omisión. Continúa el autor diciendo que cuando la responsabilidad surge de actividad legítima tiene como factor de

atribución el denominado “sacrificio especial” que nadie está obligado a soportar sino es por ley. Sin embargo admite que la reparación plena es discutible en este ámbito.

Perrino (2005) reflexionaba sobre un aspecto del daño que según su opinión había sido muy poco frecuentado por los administrativistas. Se trata de los daños provocados por el riesgo o vicios de las cosas de propiedad del Estado o que están bajo su guarda y también aquellas actividades públicas que entrañan peligros o riesgos para la población. Al respecto recordaba que la responsabilidad del Estado desde el caso “Vadell” (1984) es siempre directa y su regulación es local (por el art.122 de la Constitución Nacional) y nacional (por aplicación del art.75 Inc.22). Por eso desde la reforma del Código Civil del año 1968 que introduce la “teoría del riesgo creado” en el 2º párrafo, 2ª parte del art. 1113, se viene aplicando al Estado la responsabilidad por el riesgo de las cosas. Cita ejemplos de daños en los que se ha responsabilizado al Estado por el riesgo o vicio de las cosas: caída de árboles en la vía pública, mal estado de aceras, calles y rutas, caída de mampostería de monumento público, uso de armas de fuego por personal de seguridad, circulación de automotores oficiales, etc. Según este autor, no corresponde la aplicación directa de la norma civil de la “teoría del riesgo creado” al Estado como si se tratara de un particular. Fundamenta su postura en principios del derecho público constitucional y administrativo pues dice que el Estado tiene fines y fundamentos diferentes del régimen de la responsabilidad civil.

### **2.3. Discusiones en torno a la nueva codificación civil y primera regulación de la responsabilidad estatal**

Resulta pertinente resaltar que estas discusiones tenían lugar antes de la sanción del Nuevo código Civil y Comercial por Ley N°26994 de fecha 1 de octubre de 2014, cuyo Artículo 7º establecía que la entrada en vigencia del nuevo código sería el 1º de enero de 2016. Posteriormente la Ley N°27077 de fecha 19 de diciembre de 2014 modificó aquel Artículo 7º adelantando la entrada en vigencia del nuevo código para el 1º de Agosto de 2015.

Lamentablemente la nueva legislación no dio por finalizadas las discusiones. En efecto, el código unificado en su Proyecto de 2012 redactado por la Comisión de Reformas -designada por Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional- dedicaba tres artículos a la responsabilidad del Estado. En los mismos se establecía: “ARTÍCULO 1764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus

funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. En tanto que para los funcionarios públicos el texto original disponía: “ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.” Finalmente para los daños por actos lícitos del Estado decía: “ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.”

Pero este texto fue modificado cuando el Anteproyecto pasó por manos del Poder Ejecutivo antes de ser presentado al Congreso de la Nación. Y así en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1 Responsabilidad Civil, Sección 9º Supuestos especiales de responsabilidad, el Artículo 1764 modificado implanta la inaplicabilidad de las normas del Código a la responsabilidad del Estado. El Artículo 1765 establece que la responsabilidad del Estado se rige por las normas administrativas nacionales o locales y el Artículo 1766 se refiere a la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos con una terminología idéntica a la del Artículo 1112 del Código de Vélez con la diferencia que en su última parte remite a las normas y principios del derecho administrativo.

Esta modificación del Anteproyecto efectuada por el Poder Ejecutivo -sustituyendo aquellos artículos originarios por estos últimos- provocó no pocas críticas. Una de ellas apuntaba a la incertidumbre que generaba la remisión que hace el nuevo código al derecho administrativo local cuando correspondiera. Porque no todas las provincias tenían regulación administrativa sobre el particular y aquellas que contaban con dicha normativa sobre responsabilidad del Estado y sus funcionarios podrían no coincidir o ser contradictorias. Razón por la cual podría verse vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley –Art.16 C.N. – y el de reparación plena, dos pilares fundamentales del derecho de daños (Alterini, 2014).

En esta misma corriente, Pizarro (2013) ya había advertido sobre la inconstitucionalidad de los artículos modificados que niegan la aplicación del derecho de fondo a la responsabilidad del Estado y sus funcionarios. Fundamenta su postura en la desigualdad resarcitoria que podría significar la producción de un daño por un ente privado o por un ente del Estado. Para remarcar cita como ejemplo la mala praxis médica en un hospital público y en uno privado. Por otro lado es también escéptico en la regulación de la responsabilidad estatal por normativas provinciales o municipales. Sería absurdo –dice- suponer una uniformidad de todas las legislaciones locales en miras a respetar el principio constitucional de la igualdad ante la ley. Aun así, adhiere a la idea de la aplicación analógica de la nueva codificación como solución alternativa en casos de lagunas del derecho en la regulación local del derecho administrativo.

En igual sentido, Rivera y Medina (2014) al comentar el Código Civil y Comercial de la Nación afirman que es inconstitucional el tratamiento que se le da a la responsabilidad del Estado en la flamante codificación. Según los autores estaría siendo violando el Artículo 75° inc.12 de la Constitución Nacional que hace una delegación de las provincias al gobierno federal para el dictado de los códigos de fondo, pues se niega la aplicación del derecho común a la responsabilidad del Estado.

Frente a estas críticas de los civilistas, se levantaron las voces de los administrativistas quienes propiciaron y respaldaron este cambio en el proyecto legislativo. Argumentan que de todos modos la responsabilidad del estado se funda en los principios constitucionales establecidos en los Artículos 16°, 17° y 19° de la Constitución de la Nación Argentina. Por esta razón los daños causados por la actividad lícita o ilegítima del Estado no quedarían sin resarcimiento. Con idéntico fundamento resaltan que en presencia de normativas locales (provinciales o municipales) contrarias a estos principios el sistema reaccionaría naturalmente declarando la inconstitucionalidad de tales normas. Además defienden su postura mencionando que el origen jurisprudencial de tal legislación modificatoria del Anteproyecto de 2012 se encuentra en el fallo “Barreto”. Allí –como se expuso anteriormente- la Corte Suprema de Justicia de la Nación declina su competencia y ordena la aplicación del Código Contencioso Administrativo de la provincia demandada. (Cassagne, 2014). (Biglieri, 2014).

Sin embargo algunos civilistas están a favor de la nueva regulación. Precisamente, López Mesa (2014) aplaude la sanción de la Ley 26.944 pues –dice- no se aparta de los fallos de la

Corte y no es obstáculo para la aplicación de normas y principios del Código Civil ante lagunas del Derecho o por ausencia de normativa local. Además afirma que el criterio adoptado en Barreto (2006) se reiteró en fallos posteriores-como por ejemplo “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional” (15/05/2014)- hasta la sanción de la Ley que los introduce en su articulado. Admite, no obstante, que algunas normas controvertidas en la Ley son subsanables y que no le restan la importancia de constituir un texto legal específico y muy necesario. Opina que ahora es la oportunidad de los Estados Provinciales para desarrollar instrumentos legales superadores de la Ley, en virtud del art. 11° de la misma.

En sentido contrario opina el jurista administrativista Pedro Aberastury (2014) quien publica sus críticas a la Ley de Responsabilidad Estatal antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. Según este autor el contenido de la ley no proviene de la jurisprudencia de la Corte, los límites a la indemnización son inconstitucionales y no existe tutela judicial efectiva. Encuentra contradicción entre los artículos 6° y 9°, afirma que viola el principio contenido en el Art.28° de la Constitución Nacional por excesiva actividad reglamentaria en materia de reparación y alega que el artículo 1° de la citada Ley 26944 no respeta el *imperium* del juez al no permitir la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas al Estado.

### **Conclusiones parciales**

Lo expuesto hasta aquí es solo una muestra de la gran cantidad de controversias y discusiones doctrinarias que durante más de ochenta años se suscitaron en el mundo jurídico argentino por efecto de las diferentes y contrapuestas respuestas acerca de estos interrogantes: ¿la responsabilidad del Estado debe ser alcanzada por las normas del derecho público o del derecho privado? ¿la indemnización debe incluir lucro cesante? ¿También se reconoce el daño moral? En esta materia, como en otras en las que es frecuente encontrar controversias y debates doctrinarios, las opiniones están divididas y a veces resulta casi imposible llegar a acuerdos por las diversas interpretaciones que puede tener una determinada normativa.

En el derecho comparado, las Constituciones modernas atesoran en sus articulados principios sobre la responsabilidad del Estado y/o de los funcionarios. Si nuestra Constitución estableciera explícitamente principios de tal naturaleza tal vez estas preguntas tendrían respuestas inequívocas y vanas serían las discusiones. No obstante, se ha avanzado bastante en el sentido de poner fin a las controversias con la nueva legislación sobre responsabilidad estatal.

Si bien es cierto que la normativa actual es objeto de numerosas críticas esto no es impedimento para considerarla un primer paso hacia la regulación autónoma de la responsabilidad estatal. Lo que no significa que estemos frente a una legislación acabada, ella es perfectible como todas las normas que regulan las conductas en una sociedad democrática y en un estado republicano.

## CAPITULO V

### LEGISLACIÓN ACTUAL EN NUESTRO PAÍS

#### Introducción

Ante la ausencia de normativa específica el Código de Vélez fue durante mucho tiempo la única herramienta jurídica para sentenciar al Estado demandado por daños extracontractuales. Por tal razón, Comadira (2003) afirma que la aplicación por analogía de las normas del Código Civil para resolver las demandas en contra del Estado responde inequívocamente a una necesidad jurídica de raigambre histórica. Pero a medida que el Derecho Administrativo fue ampliando su campo de acción y ganando autonomía, nuevos instrumentos jurídicos y enfoques alternativos de creación pretoriana hicieron posible la regulación que hoy está vigente en nuestro país.

#### 1. Fundamentos constitucionales

Cassagne (2014) afirma que la responsabilidad del Estado descansa en el principio de justicia y sus derivados y que tales principios no necesitan del derecho positivo para ser efectivos. Son operativos y por ende aplicables aún ante la ausencia de normas sobre el particular. Por tanto el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal se encuentra en los principios contenidos en las normas constitucionales. Al atribuirle a Marienhoff esta tesis, Cassagne asevera que ha sido seguida por la mayor parte de la doctrina y que el hecho de que el Poder Ejecutivo Nacional haya modificado el Anteproyecto del Nuevo Código no significa la desaparición de la responsabilidad del Estado. Antes bien las garantías constitucionales de los derechos de los ciudadanos son un reaseguro de la existencia de reparación de los daños causados por el Estado. Como afirma Reiriz (1969, pág.18):

“repugnaría a los principios superiores de la Justicia y la equidad que el particular, perjudicado por un acto estatal, no pudiese obtener la reparación de su derecho violado por el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden público: el Estado”.

Si bien nuestra Constitución Nacional no contiene en su articulado una mención específica sobre la responsabilidad estatal ello no debe entenderse como la negación del principio de reparación ante el daño. Es más, ella consagra derechos y garantías fundamentales tales como la igualdad ante la ley (Art.16), el derecho de propiedad (Art.17) y el principio de

legalidad (Art.19) que constituyen el soporte constitucional de la responsabilidad del Estado en resguardo de los intereses de los ciudadanos. Además, los Art. 5° y 123° -entre otros- facultan a las provincias a dictar sus propias constituciones, leyes, ordenanzas y a regirse por ellas en todo lo atinente a su administración local.

En ejercicio de esa autonomía, algunas provincias contienen en sus Constituciones normas sobre la responsabilidad estatal. Como ejemplo se puede mencionar la Constitución de la Provincia de Córdoba que en el art.14 declara: “Todos los funcionarios públicos, aún el Interventor Federal, prestan juramento de cumplir esta Constitución y son responsables civil, penal, administrativa y políticamente. Al asumir y cesar en sus cargos deben efectuar declaración patrimonial conforme a la ley. El Estado es responsable por los daños que causan los hechos y actos producidos por todos sus funcionarios y agentes.” En igual sentido la Constitución de la Provincia de Santa Fe responsabiliza al Estado en su art. 18: “En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que le competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables.”

También contemplan la responsabilidad del Estado las Constituciones de las provincias de San Juan (art.43), Tierra del Fuego (art.188), La Rioja (art.49), Rio Negro (arts.55, 56 y 57), Salta (art.5), Chaco (art.76), Formosa (art.25), Misiones (art.80 y 81), Jujuy (art.10 y 11), Catamarca (arts.47 y 48) y Chubut (arts.60, 69,98).

## **2. Ley de Responsabilidad Estatal N°26944**

### **2.1. Inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial**

La tendencia jurisprudencial actual, que evalúa las conductas dañosas del Estado bajo la óptica del Derecho Administrativo, fue tomada por el Poder Ejecutivo Nacional en oportunidad de enviar al Congreso el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial. En la oportunidad, modificó el contenido de tres artículos del Anteproyecto que sobre la responsabilidad del Estado y sus funcionarios los juristas autores del mismo habían incluido. El artículo 1764 del Anteproyecto hacía responsable al Estado por daños, objetivamente sin necesidad de buscar culpables, por el ejercicio irregular de sus funciones. Este contenido fue quitado y en su lugar se

declaró la inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial en los casos de responsabilidad por daños del Estado. De este modo fueron apartadas las normas civilistas y se estableció la aplicación de regulación administrativa nacional o local, según corresponda (art.1765 y 1766).

Indudablemente, parecía que se había creado un vacío legal. Sin embargo casi simultáneamente, el mismo Poder Ejecutivo elaboró un proyecto de ley regulando la materia, el que fue enviado al Congreso de la Nación y sancionado el 2 de julio de 2014 con el número 26944. Tres meses más tarde, el Congreso sancionaba con fecha 1 de octubre de 2014 la ley N°26994 de aprobación de reformas al Código Civil y su unificación con el Código Comercial.

## **2.2. Breve descripción del articulado**

Actualmente la Ley N°26944 de Responsabilidad Estatal regula las cuestiones relativas a los daños producidos por el Estado a los bienes o derechos de las personas – por acción u omisión-, reconociendo responsabilidad extracontractual objetiva y directa. Establece que el Código Civil y Comercial no puede ser aplicado ni directa, ni subsidiariamente (art.1°) en las demandas contra el Estado. Las eximentes se encuentran en el art.2°: casos fortuitos o fuerza mayor y daños por el hecho de la víctima o de un tercero. En el art.3° se localizan los requisitos para demandar al Estado por daños derivados de actividad ilegítima y en el art.4° ídem por actividad legítima.

También se instaura el carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por actividad legítima, no admitiendo para el caso el lucro cesante ni la indemnización por daños en materia judicial (art.5°). Tampoco admite que el Estado sea imputable por daño de los concesionarios o contratistas de los servicios públicos (art.6°). Los arts.7°, 8° regulan plazos de prescripción. El art.9° disciplina la responsabilidad de funcionarios y agentes por dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, la Ley no es aplicable a la responsabilidad contractual del Estado, ni al rol de éste como empleador (art.10). Finalmente, invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de la Ley (art.11).

## **2.3. Fuentes jurisprudenciales de algunos artículos**

Sostiene Monti (2015), que la Ley 26944 contiene en su articulado muchos de los postulados elaborados por la Corte en los últimos años. Estos criterios basados en el régimen de

la responsabilidad civil adaptado a la responsabilidad estatal fueron seguidos por el Alto Tribunal en incontables ocasiones. La autora cita como ejemplo el fallo Columbia (1992) donde la Corte establece los requisitos para demandar al Estado por actividad legítima, reproducidos hoy en el art.4° de la Ley. Consecuentemente y para remarcar el nexo entre la jurisprudencia del Supremo y el contenido de la Ley dice la autora:

En este campo se advierte con claridad la diferente situación que rige la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado pues, como bien destacó la Corte en varias oportunidades, la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos; la solución solo puede deducirse de los principios del derecho público (Monti, 2015, p.6).

En la esfera de la actividad legítima del Estado, el art.5° dice que la responsabilidad es de carácter excepcional y que la indemnización no incluye el lucro cesante. Al respecto, Nielsen Enemark (2015) hace un minucioso análisis de los fallos de la Corte desde “Laplacette” e identifica tres líneas jurisprudenciales en torno al alcance de la indemnización. En la primera los casos de responsabilidad extracontractual “Laplacette”, “Los Pinos”, “Cantón”, “Motor Once” y “Petruccelli” recibieron reparación limitada sólo al daño emergente. En la segunda línea ubica casos de responsabilidad contractual con reparación integral (daño emergente y lucro cesante): “Porta”, “Pensavalle”, “Sánchez Granel” y “El Jacarandá”. En estos dos últimos con argumentación autónoma. La tercera línea argumental, en casos de responsabilidad extracontractual, la Corte aplica el criterio de la reparación integral como en “Juncalán” y “Cachau”. Llega así el autor citado a la conclusión de que no existía una uniformidad de criterio en la reparación razón por la cual la opción legislativa fue excluir el lucro cesante de la reparación por actividad lícita en la Ley 26944.

La irresponsabilidad del Estado por los servicios públicos concesionados consagrada en el art.6° de la Ley de Responsabilidad Estatal fue motivo de arduos debates parlamentarios y por ende factor generador de polémica en un amplio sector de la doctrina. En el abordaje del tema Mertehikian (2014) expone con claridad didáctica el concepto de servicio público concesionado y la obligación del Estado de controlar que dicho servicio se cumpla adecuadamente a través de los Entes Reguladores con el objeto de prevenir el daño. En tal sentido, explica este autor que en toda concesión de servicios públicos pueden diferenciarse tres vínculos distintos. El primer vínculo nace del contrato de concesión entre el Estado y el sujeto privado que llamaremos

concesionario público, regido por el Derecho Público. El segundo vínculo jurídico se establece con el concesionario y el usuario del servicio, también regido por el Derecho Público y por principios protectorios de la Constitución Nacional (art.42°) y la Ley de Defensa del Consumidor N°24240. Y el tercer vínculo lo establece en forma privada el concesionario o contratista con los terceros proveedores, subcontratistas, etc. quedando estas relaciones bajo la órbita del derecho privado.

Sostiene el autor citado que el daño ocasionado o producido por el contratista en la función encomendada no puede ser imputado al Estado. Fundamenta su apreciación en que el contratista del servicio público no es agente del Estado, sino que actúa por interés lucrativo propio en cumplimiento de un contrato de concesión regulado por leyes especiales. Comparten su opinión, dice, Gordillo, Perrino, Canosa y otros. Además, y para demostrar que el contenido del art.6° proviene de la jurisprudencia, repasa una serie de fallos de la Corte en los que el Supremo Tribunal desestima demandas contra el Estado y hace responsables a los concesionarios de servicios públicos (peajes y transporte de pasajeros) por accidentes de los usuarios. Por ejemplo en el caso “Bianchi c/ Pcia. De Buenos Aires” (fallos 329:4944) del 2006 condenó a la Empresa Camino del Atlántico S.A. concesionaria del peaje de la ruta 11 por un accidente ocurrido a pocos kilómetros de Villa Gesell. En otro caso, “Ledesma contra Metrovías” (fallos 331:819) del 22/04/2008, dijo la Corte que la responsabilidad de seguridad es objetiva fundada en el art.42° de la Constitución, que no debe responder el Estado concedente sino el concesionario. Idéntico criterio adoptó en “Uriarte” (fallos 333:203) en sentencia del 9 de marzo de 2010 sobre un accidente ferroviario en el que un pasajero después de haber sido robado fue arrojado de la formación sufriendo lesiones gravísimas.

¿Cuándo responde el Estado por daños de servicios públicos concesionados? El Estado sigue siendo responsable según el art.3° de la Ley cuando falten los controles sobre los servicios públicos concesionados. Es decir, será responsable por omisión o inactividad ilegítima o falta de servicio como establece el inc. d) del citado artículo. La respuesta está en la actividad de control desplegada por los Entes Reguladores (Mertehikian, 2014). El objetivo perseguido con la creación de estos entes es que los usuarios no se vean constreñidos a demandar al concesionario o licenciataria por daños en el incumplimiento de sus obligaciones. Ante este supuesto los Entes Reguladores de servicios públicos aplican multas resarcitorias a los concesionarios cuyo destino

son los usuarios. Su no aplicación genera responsabilidad civil de los funcionarios y del Estado. (Gordillo, 2014).

El art.9° de la ley que venimos analizando hace responsables a funcionarios y agentes del Estado por cumplir de un modo irregular la obligaciones legales impuestas. Refiriéndose a los sujetos de la acción, sostiene Gordillo (2014) que tal distinción origina dos tipos de responsabilidad directa e indirecta. Por lo cual sería deseable, dice, rechazar tal clasificación para que la responsabilidad del Estado sea siempre directa, por acción u omisión de sus empleados. Pero también enfatiza en la responsabilidad de éstos como órganos del Estado para evitar que siempre la indemnización del daño provenga de las arcas públicas. Y concluye: “La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa, en la práctica, otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños...”. (Gordillo, 2014, T.II, p.711). En tal sentido el citado artículo 9° los hace responsables de sus acciones u omisiones en el ejercicio de la función que les ha sido encomendada.

### **3. Legislación administrativa local**

En su art. 11° la Ley invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus términos. Ahora bien, para comprender el sentido del verbo “invitar” en el citado artículo habría que recurrir a la Constitución Nacional. Las provincias son autónomas por derecho constitucional (Arts. 1°, 5°, 121°, 122°, 123°, 129°) esto significa que tienen la facultad de dictar sus propias constituciones, leyes e instituciones y regirse por ellas. Por efecto de esta autonomía los hechos y actos de las provincias y los municipios se rigen por normas de derecho administrativo local. En consecuencia, el Congreso de la Nación no puede imponer a los territorios autónomos leyes por fuera del poder delegado. Esto es así porque las provincias han delegado a la Nación (Art.75° inc.12) algunas facultades legislativas que a ellas les está vedado ejercer (Art.126°) pero se han reservado dictar las normas locales de auto gobierno y administración (Art.122°).

Señala Perrino (2014) que frente a la invitación del art.11° de la Ley las provincias pueden asumir estas actitudes: a) aceptar y adherir; b) dictar una ley propia sobre responsabilidad; c) guardar silencio y continuar con régimen pretoriano en materia de responsabilidad estatal. En el presente trabajo y después de una somera investigación se llegó a la conclusión de que las provincias que adhirieron casi de inmediato fueron Santa Cruz (Ley

N°3.396 del 16/10/14) y Santiago del Estero (Ley N°7.179 del 14/09/2015). En tanto que las provincias de Entre Ríos, Buenos Aires y Santa Fe entre 2015 y 2016 ya se encontraban trabajando en proyectos de ley a nivel de comisiones locales. Sólo Chubut cuenta con ley propia de responsabilidad estatal, la N°560 de fecha 18 de junio de 2015, mientras que la provincia de Mendoza el 8 de agosto de 2017 sancionó la ley N°8.993 de responsabilidad de funcionarios públicos. Recientemente, la provincia de Catamarca por Ley Provincial 5536 de fecha 16 de mayo de 2018 adhirió a la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal.

### **Conclusiones Parciales**

Reiterando conceptos vertidos anteriormente volvemos a afirmar que la existencia de legislación sobre la responsabilidad estatal favorece enormemente la tarea de los jueces. En tal sentido es de suma importancia reconocer la labor pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, en épocas de ausencia de legislación. Esta novísima regulación nacional no es perfecta, como ninguna creación humana lo es, por tanto como toda ley puede ser derogada, modificada o completada con otra legislación. En tanto cada provincia puede asimilarse a ella o dictar su propia regulación para ser aplicada en su jurisdicción en casos de demandas por daños. En cualquier caso siempre estará la protección de las garantías constitucionales ante las consecuencias dañosas de la actividad del Estado. Como afirma un conocido jurista:

La ley 26.944 tiene luces y también tiene sombras, tiene aciertos y errores. De los parlamentos provinciales que sancionen normas teniéndola en mira y de los jueces que las apliquen dependerá que la responsabilidad del Estado se llene de sombras o goce de mejores días que los que ha tenido hasta aquí, en los que las soluciones que se le aplicaban eran conjeturales, muchas veces antojadizas y siempre insegura (López Mesa, 2015, pág.51).

## CONCLUSIONES FINALES

El concepto de responsabilidad estatal nació con el Estado de Derecho y su fundamento se encuentra en los principios generales del derecho y en la Constitución Nacional. En efecto, el Estado de Derecho apareció como forma de organización social y política cuando las sociedades lograron el reconocimiento de los derechos individuales. Esto fue producto del nuevo posicionamiento de una clase social –la burguesía- que enfrentó al absolutismo monárquico en los siglos XVII Y XVIII. Las Revoluciones burguesas provocaron el derrocamiento del Antiguo Régimen y la implantación de nuevos modelos políticos. Éstos se caracterizan porque el poder se ejerce bajo la soberanía de la ley, surgida de la voluntad del pueblo representado por la propia burguesía. Esta nueva organización política tiene su origen en el “contrato social” simbolizado en las Constituciones que como leyes supremas son proclamadas en EEUU y Europa a fines del siglo XVIII sirviendo de modelo para los países latinoamericanos. Estas Constituciones son de neto corte liberal y en ellas se reconocen los derechos individuales a la propiedad, a la libertad, a la resistencia a la opresión, etc. llamados de primera generación o naturales.

Las Constituciones liberales organizan los poderes del Estado respetando una separación tal que garantiza que las funciones propias de cada uno no puedan interferir en los demás, respetando así el principio del republicanismo. La soberanía de la ley significa que todos los ciudadanos y el Estado están sometidos al imperio de la Constitución y las leyes. Por lo tanto, ambos responden por sus actos y son responsables de los daños que causaren según el principio del “alterum non laederum”. Particularmente en nuestro país el fundamento de la responsabilidad estatal se encuentra en los artículos 16°, 17° y 19° de la Constitución Argentina y en los principios generales del derecho.

El derecho comparado indica que otros países siguieron un camino similar en el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado. Es la conclusión a la que se llega después de conocer que los países seleccionados para esta investigación comenzaron aplicando el código civil para resolver litigios por daños del Estado. Luego, y en la medida en que fueron desarrollando el Derecho Administrativo dejaron de aplicar las normas civilistas. Algunos de ellos fueron más allá que nuestro país e incluyeron normativa específica en sus constituciones.

En la evolución del concepto de responsabilidad estatal la Corte Suprema avanzó de una responsabilidad subjetiva e indirecta a una responsabilidad objetiva y directa del Estado, aplicando normas del Código Civil. Finalmente optó por aplicar el derecho administrativo. Tal es la conclusión que surge de los análisis doctrinarios de una serie de fallos que, a lo largo de más de cien años, van indicando la construcción del concepto de responsabilidad del Estado Argentino en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Camino que no fue para nada lineal, sino sinuoso y con avances y retrocesos. Sin embargo, finalmente confluyó en el mismo punto en que se encuentran los ordenamientos jurídicos europeos y americanos investigados en este trabajo: la responsabilidad extracontractual del Estado por daños es siempre directa y objetiva y su regulación se sitúa en el campo del derecho público administrativo.

Recordemos que en una primera etapa la Corte niega la responsabilidad del Estado en los fallos Seste (1864), Gómez (1864) y Núñez (1872). Posteriormente comienzan a aparecer indicios de un reconocimiento a medias, con responsabilidad de carácter subjetivo e indirecta, como en Devoto (1933) por aplicación de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Mucho después se reconoce responsabilidad directa y con carácter objetivo por falta de servicio – aplicando el art. 1112 del Código Civil-, por ejemplo en la sentencia Vadell (1984), aunque con algunos retrocesos posteriores a la fecha en los que vuelve a la responsabilidad indirecta. Finalmente, y ya en nuestros días, la responsabilidad además de reconocerse directa y objetiva se considera regulada en el ámbito del derecho administrativo y local, respetando la autonomía de las provincias, como en el caso Barreto (2006).

Las controversias entre civilistas y administrativistas acerca de la normativa aplicable en la responsabilidad estatal se concilian en los principios generales del derecho y en las garantías de la Constitución Nacional. Conocemos que en los grandes temas del derecho no siempre hay acuerdo entre los doctrinarios. El caso de la responsabilidad extracontractual del Estado por daños es uno de esos temas controversiales. Mientras los civilistas afirman que la regulación de la temática debe situarse en el Código Civil, los administrativistas alegan que lo natural es su pertenencia al campo del derecho administrativo. Esta discusión de vieja data se originó en el hecho cierto de ausencia de normas administrativas cuando se reconoció por primera vez la responsabilidad del Estado por daños. Para entender esto no debemos soslayar que el derecho civil es anterior en el tiempo al derecho administrativo, razón por la cual la aplicación del

Código Civil, en un principio, fue indiscutiblemente necesaria en los pleitos suscitados contra el Estado.

Por sobre estas controversias históricas están los principios generales del derecho –como el “alterum non laedere”- y los principios constitucionales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico en la materia, contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de nuestra Carta Magna. El principio jurídico “alterum non laedere” atribuido a Ulpiano (jurisconsulto romano, siglos II y III) existe -como todos los principios del derecho- sin necesidad de reconocimiento positivo prevaleciendo sobre las normas. En tanto que los artículos 16 –garantía de igualdad ante la ley-, 17 –garantía de la propiedad- y 19 –garantía de legalidad- no hacen más que ratificar la protección que tienen los ciudadanos contra los abusos del Estado. Estos son los fundamentos que tornan totalmente infructuosa la discusión sobre la materia, toda vez que ante un daño producido por el Estado el ciudadano se encuentra amparado por el escudo protector de los principios jurídicos y constitucionales.

Actualmente la legislación vigente regula la responsabilidad extracontractual del Estado por normas del derecho administrativo, nacional o local, según corresponda. Después de la sanción de la Ley de Responsabilidad Estatal N°26944 y la reforma y unificación del Código Civil y Comercial la regulación de la responsabilidad por daños del Estado pasó al ámbito del derecho administrativo. Esta nueva regulación en la materia reconoce como fuentes a los fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que –en varias de sus sentencias - hizo suyos los dictámenes de la Procuradora General Dra. Graciela Reiriz. En 2006, el fallo Barreto reivindica al derecho administrativo local y a las autonomías provinciales al remitir el caso para su resolución en el orden provincial. Con la regulación actualmente vigente sería de esperar el fin de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad extracontractual por daños del Estado en Argentina.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- ALTERINI, J.M. (2014). La Responsabilidad del Estado en Argentina. Un abordaje desde el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. [www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar).
- ABERASTURY, P. (2014). La nueva ley de responsabilidad del Estado-26944-[www.aberastury.com](http://www.aberastury.com).
- BIANCHI, A. (1996). Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado. *LA LEY*. 1996-A. 922.
- BIGLIERI, A. (2014). Tensión entre la Reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada. *LA LEY*. 2014-C, 728.
- CASSAGNE, J.C. (2002). *Derecho Administrativo*. (7° Ed.). Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- CASSAGNE, J.C. (2007). Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte. *L.L.* 2007-B, 1293.
- CASSAGNE, J.C. (2014). El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas. *L.L.* 2014-C, 885.
- COMADIRA, J.R., (2003). La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Año II (2003). N°3.
- CORONEL, G. (2000). Responsabilidad del Estado por actos ilícitos de sus dependientes. *Revista de Derecho de Daños*. N°9.
- CUADROS, O.A., El concepto de causa civil y la responsabilidad del estado. *Jurisprudencia argentina*. Cita Online: 0003/014461. Captura de Thompson Reuters.
- DELPIAZZO, C. (2008). La responsabilidad en el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*. Mayo de 2008. DIALNET.
- GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (1981). *Curso de derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Civitas.
- GORDILLO, A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo*. (11° Ed. Reimpresión). Buenos Aires: F.D.A.

- GOTTSCHAU, P. (2007). La responsabilidad del Estado en el derecho comparado. En P. Aberastury (Ed.), *Responsabilidad del Estado* (pp. 33-62). 1ª. Ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R, FERNÁNDEZ COLLADO, C, BAPTISTA LUCIO, P., (2006). *Metodología de la investigación*. (4º Ed.). México. McGraw-Hill.
- ISLAS COLÍN, A. El servicio público en el derecho francés. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- JIMÉNEZ, W.G., (2013). Origen y evolución de las Teorías sobre Responsabilidad Estatal. *Diálogos de Saberes*, 38 (junio 2013), 63-78.
- LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G. (1978). *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. (9º Ed.). Paris. Sirey.
- LÓPEZ MESA, M. (1998). La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (análisis de la jurisprudencia francesa, española y argentina actual). *REDA N°27 y 28*. Año 10. 435 ss.
- LÓPEZ MESA, M. (2014). Algunas palabras sobre la Ley N°26.944 y la responsabilidad del Estado. En [www.buenosaires.gob.ar](http://www.buenosaires.gob.ar).
- LÓPEZ MESA, M. (2015). Acerca de la Ley 26.944 y la responsabilidad del Estado. *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.94*. (1º Ed.). INFOJUS.
- MARIENHOFF, M.S. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. (5º Ed.). Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- MERTEHIKIAN, E. (2006). *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*. (1º Ed.). Buenos Aires. El autor.
- MERTEHIKIAN, E. (2014). La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos. Acerca del Art.6º de la Ley 26944. *Revista Rap*.Nº433. (Nov.2014). Sección Doctrina (97-115).
- MIR PUIGPELAT, O. (2001). La responsabilidad de la Administración en Italia y en España. *Revista de Administración Pública*. Número 156. (Sep.- Dic. 2001).
- MONTI, L. (2015). Ley 26944 de Responsabilidad Estatal. Algunas reflexiones. En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Ed.), *Responsabilidad del*

*Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26944* (1-10).  
[www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

- MOSSET ITURRASPE, J. (2000). Responsabilidad del Estado. El Estado: sus poderes y roles y el ámbito de su actuación. *Revista de Derecho de Daños*. Rubinzal Culzoni. Año 2000-9.
- PERRINO, P. (2006). La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 13 (1), 115-142. Coquimbo, Chile.
- PERRINO, P. (2009). La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante. Publicado: SJA 11/11/2009. Página Web: [www.cassagne.com.ar](http://www.cassagne.com.ar).
- PERRINO, P. (2014). La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26944. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Año XVI. N°12. Diciembre 2014.
- PIMIENTO E., J.A. (2016). Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de Estado. *Revista de Derecho Público*. N°36. Universidad de Los Andes. Colombia. DIALNET.
- PIZARRO, R.D. (2001). Responsabilidad del Estado. L.L. 27/06/2011,3. La Ley 2011-C, 1279.
- PIZARRO, R.D. (2013). La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012. L.L.2013-E, 855.
- REIRIZ, M. G. (1969). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires. EUDEBA.
- RIVERA, J.C. y MEDINA, G. (Directores). (2015). *Código Civil y Comercial comentado*. (1° Ed.). Buenos Aires. La Ley.
- SÁENZ, J.I. (2007). La responsabilidad del Estado en el derecho comparado. En P. Aberastury (Director), *Bases del régimen de responsabilidad del Estado* (pp. 63-123). 1ª. Ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

## JURISPRUDENCIA

- C.S.J.N., “Seste y otro c/ Gob. Nacional”, Fallos 1:317 (1864)
- C.S.J.N., “José Cándido Gómez c/ la Nación”, Fallos 2:36 (1865)

- C.S.J.N., “Anselmo Núñez c/ Gob. Nacional”, Fallos 12:227 (1872)
- C.S.J.N., “Geddes Hnos. y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 95:327 (1902)
- C.S.J.N., “Rosa M. de Cané c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 115:111 (1911)
- C.S.J.N., “Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional”, Fallos 169:111 (1933)
- C.S.J.N., “Ferrocarril del Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 182:5 (1938)
- C.S.J.N., “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:2030 (1984)
- C.S.J.N., “Motor Once S.A.C.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 312:649 (1989)
- C.S.J.N., “Petruccelli, Fidel y otra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 312:956 (1989)
- C.S.J.N., “Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 312:2266 (1989)
- C.S.J.N., “De Gandía, Beatriz Isabel c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 315: 2309 (1992)
- C.S.J.N., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 329:759 (2006)

## LEGISLACIÓN

- Constitución de la Nación Argentina.
- Constituciones Provinciales.
- Código Civil de la República Argentina. (2004). Tercera edición. Ed. Errepar. Buenos Aires.
- Ley N°26994. Código Civil y Comercial de la Nación. INFOleg.Ministerio de Economía.gob.ar.
- Ley N° 26944. Responsabilidad Estatal. INFOleg.Ministerio de Economía.gob.ar.
- Ley N° 21499. Expropiaciones. INFOleg.Ministerio de Economía.gob.ar.