

La responsabilidad del Estado en el marco del nuevo Código Civil y Comercial

Ricardo A. MUÑOZ (h)

I.- Introducción

Se puede decir sin hesitación alguna que en la actualidad nos encontramos inmersos en una etapa de transformación normativa, lo que es fácilmente demostrable por la hiperactividad que ha tenido el Congreso de la Nación en el estudio de proyectos, algunos de ellos finalmente sancionados, pero todos caracterizados por las fuertes implicancias sobre la vida institucional de nuestro país.

A poco que el lector realice un rápido repaso sobre la legislación de Derecho Público (o por lo menos aquella con profundo impacto sobre la materia aunque sin ser estrictamente *iuspublicista*) recientemente dictada –en aspectos como medidas cautelares, el Digesto Jurídico Argentino, telecomunicaciones, Consejo de la Magistratura, entre otras temáticas- se podrá concluir que muchas de ellas conforman un escenario normativo que parece ser va a contramano del avance que nuestro sistema jurídico ha tenido (y va teniendo) respecto al Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos.

Si bien es verdad que en términos generales se pueda decir que la sanción del Código Civil y Comercial no solo implica un significativo y moderno cambio normativo, sino que también concreta la adecuación del derecho secundario civil y comercial al paradigma constitucional vigente¹. También es verdad que, en cuestiones particulares, dicha legislación unificadora e integradora se ha apartado de los caminos que ella misma dice transitar.

El ejemplo cabal de ello –en nuestra opinión- es lo referido a la responsabilidad del Estado y las especificidades dadas por la ley 26.944, en el ámbito normativo surgido en torno a la unificación del Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994.

Con este horizonte, por medio de este trabajo, nos proponemos transitar por un camino que comienza inicialmente con los contornos constitucionales y convencionales de la responsabilidad del Estado, pasando por su redacción en el denominado “anteproyecto”

¹ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Bs. As., pag. 6; GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, Bs. As., 2015, pag. 42.

definido por la Comisión Reformadora y las modificaciones introducidas en el “proyecto” enviado por el Poder Ejecutivo las que finalmente se convirtieron en ley en el Nuevo Código Civil y Comercial, continuado con un rápido repaso de la ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”, hasta finalmente desembocar sobre los retrocesos que – según la óptica del autor- significa la mencionada legislación.

II.- El escenario actual de la responsabilidad del Estado

a) Los basamentos constitucionales

El sistema de responsabilidad del Estado, en primer lugar y sobre toda consideración, encuentra anclaje en el Estado Social y Democrático de Derecho en donde aquella se presenta como una verdadera condición o presupuesto para que éste se desarrolle y exista (art. 1, 33, 116, etc. C.N.).

Numerosos autores del Derecho Administrativo² desde siempre han sostenido que el fundamento de la responsabilidad pública se ubica en los principios que inspiran y dan sustento al Estado de Derecho, recogidas en numerosas normas de la Constitución Nacional, tales como las que garantizan la inviolabilidad de la propiedad, la prohibición de perjudicar a terceros, la igualdad ante las cargas públicas, el principio de razonabilidad, entre otros³.

A la par de ello, a esta altura ya no es una novedad hablar de la “constitucionalización del Derecho Privado”⁴, tal como ha sido admitido no solo en los fundamentos del Nuevo Código Civil y Comercial, sino también reconocido en el mismo art. 1° de ese *cuero iuris*, aunque sí se pueda discurrir y debatir respecto del supuesto inverso: la “privatización del Derecho Constitucional”, máxime a partir de los postulados del art. 42 de la Carta Magna.

En este escenario, y por consiguiente, se enmarca una verdadera “constitucionalización de la responsabilidad del Estado”, por cuanto la Constitución Nacional se visualiza como la principal fuente de la responsabilidad estatal, ya que resguarda y hace efectivo

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, pag. 699; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, LexisNexis, Bs. As., 2003, pag. 368; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. II, 2° edición, Abeledo- Perrot, Bs. As., 1976, pag. 718; entre muchos otros.

³ PERRINO, Pablo, “La responsabilidad contractual del Estado”, *La Ley*, 12/12/2012.

⁴ Algunos autores se refieren al “Derecho Civil Constitucional” (RIVERA, Julio Cesar, “El derecho privado constitucional”, *Revista de Derecho Privado*, N° 7, 1994, pag. 27; GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Bs. As., 2006).

derechos fundamentales y garantiza la razonabilidad de su reglamentación (art. 14, 16, 17, 28, etc. C.N.)⁵.

Pese que en nuestro Texto Fundamental no existe una norma específica sobre responsabilidad de Estado (como se presenta en España, Brasil, Uruguay, entre otras), el mismo no se ha sustraído de la problemática, no solo por la especialidad y el expreso reconocimiento que significa para la cuestión el art. 15, sino también por las implicancias de la figura de falta de servicio que se sostiene en el marco del art. 42, y la confesa demandabilidad del Estado inserta –aunque más no sea- en normas referidas a la competencia federal (art. 116 y 117 C.N.).

Pero es más aun, y con un grado de abstracción mayor, el fundamento jurídico filosófico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella. Esos principios generales del derecho natural, explica CASSAGNE, (vgr. *alterum non ledere*), existen por sí mismos sin necesidad de reconocimiento alguno, y su vigencia y principalidad se proyecta en todas las ramas del derecho, cobrando mayor trascendencia en las disciplinas no codificadas como el Derecho Administrativo⁶.

b) La responsabilidad del Estado frente a la “Constitución Convencionalizada”

En este contexto, la “convencionalización” del sistema jurídico mediante la incorporación de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos con jerarquía constitucional, y la magnífica ampliación de derecho que ello supone, evidentemente también tiene su impacto sobre el tema.

El paradigma tradicional de la responsabilidad del Estado diseñado a partir de una concepción meramente patrimonialista de origen netamente normativo y civilista, es abandonado por un sistema más amplio, de naturaleza *iuspublicista*, que gira alrededor

⁵ Como decía BIELSA: el Derecho Administrativo se muestra como el momento dinámico de la Constitución y el procedimiento como el “derecho procesal de la Constitución” (BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. I, 6º edición, Bs. As., pag. 144).

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional y su regulación por una ley administrativa”, en ABERASTURY, Pedro (director), *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, pag. 61. En esta misma línea ha expuesto SARMIENTO GARCÍA que “más allá de su régimen político- jurídico, todo Estado tiene la obligación natural de reparar los daños que con su actividad provoque, cuando medie una razón de justicia” (SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley”, *La Ley*, 11/03/2014, pag. 1).

de los derechos humanos (en especial los derechos económicos, sociales y culturales) y pone en cabeza del Estado concretas obligaciones de hacer, no hacer y dar⁷.

Cuando el Estado reconoce derechos fundamentales, se activan automáticamente en contra de él una serie de obligaciones que nacen de la misma Constitución pero en especial del Sistema Protectorio Internacional de Derechos Humanos⁸: la obligación de adoptar medidas inmediatas, la obligación de destinar el máximo de los recursos económicos disponibles⁹, el principio de progresividad y prohibición de regresividad¹⁰, el principio *pro homine, favor debilis* y *pro actione*, este último con evidentes connotaciones procesales¹¹.

En este punto, finalmente cabe recordar que las más importantes condenas que ha tenido nuestro país en la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido precisamente en materia de responsabilidad del Estado por actividad judicial¹², y que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado el concepto de control de “convencionalidad de oficio”¹³ justamente en un caso sobre responsabilidad del Estado.

III.- La redacción por la Comisión Reformadora

⁷ GONZALEZ MORAS, Juan M., “La responsabilidad del Estado por falta de servicio”, ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pag. 73 y ss. (en part. pag. 92); GAUNA (h), Juan Octavio, “Responsabilidad del Estado en materia de salud, urbanística y ambiental”, en ABERASTURY, Pedro (director), *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, ob. cit., pag. 294 y ss. (en part. pag. 295).

⁸ Seguimos en este punto a ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Bs. As., 2006, pag. 43 a 63, y de los mismos autores, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Edit. Trotta, Madrid, 2002, Cap. II. Nos remitimos a nuestro trabajo., MUÑOZ (h), Ricardo A., “El procedimiento administrativo de “tercera generación” a la luz del sistema protectorio internacional de derecho humanos”, en AAVV, *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho*, Astrea, Ediciones RAP, Bs. As., 2015, pag. 409 y ss.

⁹ Art. 2.1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De igual manera, art. 1 Protocolo de San Salvador, art. 22 DUDH, art. 26 CADH, y el Protocolo de Buenos Aires, este último mas postergado y olvidado en su aplicación, tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina constitucional (PALAZZO, Eugenio L., “Algunas reflexiones y cuadros sobre las fuentes del derecho referidas a derechos económicos, sociales y culturales, en el desconcierto de juristas y ciudadanos”, *El Derecho Constitucional*, 16/02/2012).

¹⁰ Art. 2.1 PIDESC, art. 26 CADH, art. 1 Protocolo de San Salvador. La Corte Suprema ha considerado que el principio de progresividad se encuentra integrado a nuestro derecho (“Madorrán”, *Fallos*: 330:1989)

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán, “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio ‘pro homine’”, en BIDART CAMPOS, Germán y GIL DOMINGUEZ, Andrés (coordinadores), *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 11 y ss.

¹² CorteIDH, 12/08/2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina” y, 27/04/2014, “Forneron e Hija vs. Argentina”.

¹³ CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentina s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 335: 452.

Como se sabe, para alcanzar el texto final del Código Civil y Comercial unificado, y en lo que respecta especialmente a la problemática de la responsabilidad del Estado, tuvimos que recorrer un circuito iniciado por el “Anteproyecto” presentado por la Comisión Reformadora, claramente inspirado en principios de derecho privado¹⁴ que a la postre han sido receptados en gran medida por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pasando por las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo que reenvía a la normativa local la regulación de la materia. Y finalizando en la sanción definitiva primero de la ley 26.944 y después del Código, que muestra una evidente inclinación hacia una interpretación más bien propia del derecho público, y local.

Sin perjuicio de la introducción de la temática en la norma de fondo, la novedad del “anteproyecto” elaborada por la Comisión de Reformas fue la recepción de modernos principios y regulaciones que venían siendo admitidos por la jurisprudencia¹⁵ y reclamados por la doctrina, cuando ya el código velezano no era capaz de contemplar los nuevos interrogantes que presentaba la problemática sobre todo a partir del desarrollo tecnológico y los avances de sociedad moderna.

En particular, en su redacción original¹⁶, se receptaba la naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado, sin que sea necesario –dice– “identificar a su autor” (art. 1764). En segundo lugar, reconocía la responsabilidad del funcionario y empleado público por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo (art. 1765). Y finalmente, admitía la responsabilidad por actividad lícita, limitando el resarcimiento al daño emergente, pero a renglón seguido aceptaba que “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” (art. 1766).

¹⁴ ÁBALOS, María Gabriela, “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, *La Ley*, 1/09/2015, pag. 3

¹⁵ IBARLUCÍA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial”, *La Ley*, 7/07/2014, pag. 1.

¹⁶ Se han manifestado a favor de la competencia del Congreso Nacional para regular la responsabilidad del Estado al ser esta una materia propia de derecho común: CUADROS, Oscar, *Responsabilidad del Estado: fundamentos, aplicaciones, evolución jurisprudencial*, Abeledo-Perrot, 2008, pag. 210 y ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, E-book, Bs. As, pag. 38; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, en AAVV, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por actividad judicial*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986, pag. 101.

IV.- La cuestión en el Proyecto del Código Civil y Comercial

Un amplio sector de la doctrina no compartió la inclusión de la responsabilidad pública en el Proyecto de Unificación (“anteproyecto”) del Código Civil y Comercial, al encontrarse allí –argumentan- una cuestión constitucional en los términos del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional¹⁷, por lo que el “Proyecto” remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso habría corregido correctamente el texto propuesto¹⁸.

Para otros autores, en cambio, la causa “Barreto”, argumento por la cual se ha basado – casi con exclusividad- el Poder Ejecutivo para introducir sus modificaciones (las que finalmente fueron aprobadas), no parece *a priori* un sostén de peso si se analiza un poco más profundamente la cuestión y la verdadera dimensión del citado precedente.

Y esto es así por varias razones. Primero, porque los Ministros que han suscripto la decisión en “Barreto”¹⁹, han sido los mismos juristas que han propiciado que la temática quede en la norma de fondo, y de allí no habría razones válidas para concluir que el “intérprete autentico” ha caído en una evidente contradicción.

Segundo, porque tal pronunciamiento, invocado como un argumento de suma autoridad por Poder Ejecutivo, en rigor de verdad estuvo única y exclusivamente orientado a resolver la cuestión acerca de la competencia originaria de la Corte Suprema prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional²⁰, y no en absoluto si resulta constitucionalmente válido -como cuestión de fondo- que los presupuestos generales de la responsabilidad del Estado fueran definidos por la legislación de fondo conforme el art. 75 inc. 12 de nuestra Carta Magna.

Tercero, porque de la mera lectura del citado precedente, se podrá concluir que en modo alguno la Corte se inclina por la inconstitucionalidad de la regulación de responsabilidad

¹⁷ Se han manifestado a favor de las potestades provinciales para legislar sobre la materia: HUTCHINSON, Tomás, “Lineamientos generales de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, Rubinzal- Culzoni, pag. 61; ROSATTI, Horacio, “Bases para una teoría de la responsabilidad del Estado conforme a criterios de Derecho Público”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, Rubinzal-Culzoni, pag. 115; GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, *La Ley*, 1996-C-793, entre muchos otros.

¹⁸ BIGLIERI, Alberto, “Tensión entre la Reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada”, *La Ley*, 9/05/2014, pag. 1; ACEVEDO MIÑO, Martín Julián, “La Ley 26.944: Reflexiones en torno a un desembarco precipitado”, en *Revista de Derecho Público*, 2015-1, *El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –I*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, pag. 11 y ss. (en part. pag. 21).

¹⁹ CSJN, 21/03/2006, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 329:759.

²⁰ TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE (h), Martín, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto del Código”, *La Ley*, 15/03/2015, pag. 2; en igual sentido, IBARLUCÍA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial”, *La Ley*, 7/07/2014, pag. 5.

del Estado contenida en el derecho común, pues precisamente el Máximo Tribunal al hacer referencia al art. 1112 del Código Civil velezano, admite que dicha norma importa un principio general del derecho, y que más allá de estar contenida en el Código Civil, es “aplicable a cualquier disciplina jurídica”, de forma concurrente con las normas particulares emanadas de cada una de las jurisdicciones locales.

Cuarto, porque llama la atención que el Poder Ejecutivo se haya respaldado en una doctrina judicial que choca frontalmente con lo que después terminó legislando. En efecto, mientras la Corte Suprema y los tribunales inferiores admiten que puede y debe aplicarse “subsidiariamente” la norma de fondo frente al vacío normativo local, el proyecto (después ley) ha impuesto precisamente todo lo contrario.

Quinto, porque finalmente el precedente “Barreto” no es enteramente útil ni menos aún aplicable al supuesto de la responsabilidad personal de los empleados y funcionarios por los daños ocasionados por el ejercicio irregular de su cargo (ex art. 1765), cuya base se sostiene en la culpabilidad como principal factor de atribución.

Es por ello que, para importante doctrina, el texto elaborado por la Comisión de Reformas es el que verdaderamente garantizó la responsabilidad estatal y de los funcionarios, al tiempo que aseguró “la consagración legal de la jurisprudencia actualmente vigente sin ofender en absoluto la organización federal o la autonomía provincial”²¹, por lo que propiciaron oportunamente la restitución de los arts. 1764, 1765 y 1766 en su versión original.

Inclusive, aquellos como CASSAGNE que adhieren a la fórmula plasmada por el Poder Ejecutivo que fuera finalmente la redacción del Código Civil y Comercial aprobado legislativamente, entienden que deben evitarse desbordes normativos, y que parece más sensato la fórmula empleada por la Comisión de Reformas en su anteproyecto, como lo es por ejemplo el alcance la indemnización en el supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita²².

Lo cierto es que, por las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo y su ratificación legislativo a través del Congreso, de la letra definitiva del Nuevo Código Civil y Comercial surge el reenvío que el *cuero iuris* hace a las normas y principios de derecho administrativo, nacional o local según corresponda, respecto a la responsabilidad

²¹ TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE (h), Martín, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto del Código”, *La Ley*, 15/03/2015, pag. 2.

²² CASSAGNE, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial Proyecto”, *La Ley*, 1/10/2012, pag. 3.

del Estado (art. 1764) y la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos (art. 1765), sumado a la prohibición de aplicación de las normas de fondo a la materia, tanto de manera directa como subsidiaria (art. 1766).

V.- La ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”. Su técnica legislativa

Finalmente el Congreso de la Nación Argentina dictó la ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”, la que entró en vigencia el día 17/08/2014²³. Sin perjuicio del análisis de su contenido que *infra* abordaremos, en forma liminar cabe considerar que esa norma presenta serios problemas de técnica legislativa, lo que hace suponer no solo la impericia del legislador, sino también de los órganos técnicos del Poder Ejecutivo quien fuera en definitiva el que la propusiera al Congreso.

Así las cosas y en este aspecto, de una rápida lectura de sus dispositivos se podrá advertir que: la ley omite agrupar cláusulas en función de su temática (vgr. ámbito de aplicación, principio general, modalidades de responsabilidad, presupuestos, eximentes, etc.)²⁴; exime un orden inverso en sus dispositivos (vgr. primero eximentes y después los supuestos de procedencia); recepta pretensiones ilusorias e inviables como inaplicar el Código Civil y Comercial, tal como lo precisaremos más abajo.

Además, la ley omite considerar importantes supuestos de responsabilidad del Estado, por ejemplo, como dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa²⁵, la responsabilidad por los daños en establecimientos educativos²⁶, la culpa concurrente, entre otros, razón por la cual necesariamente el operador jurídico deberá acudir a las previsiones del Código Civil y Comercial, aunque más no sea por analogía.

VI.- Avances y retrocesos en la materia

²³ Por lo que significa la ausencia de su ratificación política por parte del Poder Ejecutivo Nacional, sorpresivamente fue promulgada tácitamente el día 07/08/2014 y publicada en el Boletín Oficial un día después.

²⁴ ROSATTI, Horacio (con la colaboración de Gisela Zingaretti), “Análisis exegético de la ley 26.944”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 93.

²⁵ ANDRADA, Alejandro D., “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, *La Ley*, 24/08/2010, pag. 2. En los repertorios de jurisprudencia fácilmente se podrá encontrar condenas al Estado con motivo de perjuicios producidos a causa de mal estado de calles o veredas, o con motivos de objetos o cosas existentes en ellos. Ver además, la ampliación de fundamentos de Highton de Nolasco en el conocido caso “Mosca” (CSJN, 06/03/2007).

²⁶ MOIA, Luis Ángel, “Responsabilidad del Estado por los establecimientos educativos de gestión pública. Viejos y nuevos problemas de las prescripción liberatoria”, *La Ley*, 2/10/2014.

a) La ley: seguridad jurídica

En términos generales, debemos reconocer que el dictado de una ley sobre responsabilidad del Estado, y más aun cuando en nuestro sistema jurídico el desarrollo de la materia se dio pretorianamente, contribuye a “codificar” los aportes de la jurisprudencia (en mi opinión, parcialmente, pues se aparta en varios de sus pasajes), favoreciendo con ello la seguridad jurídica en un terreno muy relevante, pues influye sobre la credibilidad del sistema, la seguridad jurídica y la confianza en el Estado de Derecho²⁷.

b) El retroceso de la institución

Sin perjuicio de la conveniencia que significa para nuestro sistema jurídico el dictado de una ley sobre el tema, el problema lejos está de presentarse en relación a la sanción de la norma en sí misma o el reconocimiento local de la materia, sino que -por el contrario- ello se presenta en su contenido y regulación, porque en varios de sus apartados se escapa notoriamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los reclamos que la doctrina mayoritaria venía haciendo, principalmente a la luz de los principios constitucionales y convencionales que se proyectan sobre la problemática.

Y en este sentido, en el supuesto de responsabilidad del Estado por omisión, tenemos para nosotros que implica un evidente retroceso en la materia la exigencia de acreditar la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (art. 3), cuando hubiera sido suficiente considerar un deber que podría ser implícito e inclusive provenir de los principios generales del derecho²⁸.

En materia de responsabilidad del estado por actividad legítima (art. 4), iguales críticas genera: a) la necesidad de demostrar la “lesión a un derecho adquirido”²⁹ cuando ya se

²⁷ IVANEGA, Miriam M., y RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Acerca de la Ley de Responsabilidad Estatal”, en *La Ley*, 18/09/2014, pag. 3.

²⁸ ANDRADA, Alejandro D., “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, *La Ley*, 24/08/2010, pag. 2. Por ejemplo, las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil reconocieron con amplitud que “la responsabilidad del Estado procede no solo cuando se infringe un mandato establecido en una norma especial, sino también cuando se transgreden los principios que informan el ordenamiento jurídico” (conclusión n° 7 de la Comisión n° 9 que analizó la temática de la Responsabilidad del Estado, Santa Fe, 1999). Además, tenemos para nosotros que la ley no exige que el deber normativo deba provenir de una ley en sentido formal, por lo que puede ser incluso de la propia Constitución Nacional (principio de no dañar), un reglamento, un acto, etc.

²⁹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “El nuevo régimen de Responsabilidad Civil del Estado. Todo un tema en conflicto”, *La Ley*, 24/08/2014, pag. 3. Por lo que parecería que la ley excluye la posibilidad de indemnización frente a la violación al principio de confianza legítima y frustración a meras expectativas. Ampliar en CILURZO, María Rosa, “El sacrificio especial en la persona dañada y la

había admitido también el resguardo de un interés jurídicamente protegido³⁰ y; b) su definición de “excepcional”³¹ pues en realidad lo excepcional debe ser que las autoridades públicas dañen a las personas³².

Mismos cuestionamientos caben a la improcedencia lisa y llana de la reparación del lucro cesante³³, cuando la Corte ya ha resuelto el tema a favor de la admisión de dicho concepto³⁴, aunque sí ha sido reacia en liquidar dicho rubro sobre el cálculo meramente teórico de peritos intervinientes³⁵.

afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 141 y ss.

³⁰ PARELLADA, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 39 y ss. (en part. pag. 43). En este punto, por ejemplo, el art. 1737 del Código Civil y Comercial ratifica la protección a derechos e “intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico”.

³¹ La Corte admitió tal excepcionalidad en “Malma Trading”, pero omitió hacerlo en “Laplacette”, “Carlos Reisz”, “Los Pinos”, “Motor Once”, “El Jacarandá”, “Zonas Francas”, entre otros. Por lo demás, y eso sí, el Máximo Tribunal ha dicho con claridad que los jueces deben actuar con prudencia cuando se trata de resarcir los daños ocasionados por la Administración Pública en cumplimiento de sus funciones, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman (*Fallos*: 317:1225, entre muchos otros).

³² BIANCHI, Alberto, “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 195 y ss. (en part. pag. 198). Para el autor citado, la ley “debió haber guardado silencio sobre este punto, sin establecer como principio el carácter excepcional de esta responsabilidad, pues ello contribuiría a despertar todas las antiguas teorías sobre irresponsabilidad estatal que ha costado décadas erradicar”.

³³ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley”, *La Ley*, 11/03/2014, pag. 3; ANDRADA, Alejandro D., “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, *La Ley*, 24/08/2010, pag. 4. En el mismo sentido se ha manifestado la más moderna doctrina (BARRA, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, *El Derecho*, 122-861; BIANCHI, Alberto, *La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Bs. As., 1999, pag. 151 y ss.; PERRINO, Pablo, “Responsabilidad del Estado por actividad estatal legítima. Proyecto de la ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, *La Ley*, 18/06/2014), aunque no concediendo con ello otros importantes autores (ej. MARIENHOFF, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *El Derecho*, 114-949; ESTRADA, Juan Ramón, “Responsabilidad del Estado por sus actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la actividad estatal conforme a derecho)”, *El Derecho*, 102-839; COMADIRA, Julio Rodolfo, “La improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho Administrativo. Obra en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, pag. 461 y ss).

³⁴ En un número importante de asuntos, el Alto Tribunal dispuso la aplicación analógica de la ley de expropiaciones para determinar el resarcimiento sin el lucro cesante: “Laplacette” (26/02/1943): inundaciones en un campo causadas por obras realizadas por la Pcia. de Buenos Aires; “Corporación Inversora Los Pinos S.A.” (22/12/1975): revocación de un permiso de habitación de un inmueble para funcionar un hotel alojamiento; “Canton” (15/06/1979): prohibición de la importación de determinados productos afectando a un contrato de crédito documentado y pagado; “Motor Once” (02/05/1989): prohibición de expendio de combustibles en estaciones que inmuebles cuyos pisos superiores estén destinados a vivienda; “Petruccelli” (13/06/1989): expropiación desistida de un bien de la actora en la cual se había proyectado la construcción de un inmueble. En otros casos, en cambio, admitió el pago de lucro cesante: “Ingeniero Livio Dante Porta” (20/09/1973): indemnización por los daños causados a inmuebles por aguas ocupadas por obras públicas con el fin de controlar inundaciones; “Sánchez Granel” (20/09/1984): extinción unilateral de un contrato de obra pública. La Corte, en la actualidad y con su última integración, ya resolvió la cuestión inclinándose por esta última opción: en “El Jacarandá”

De la misma manera, respecto de la supuesta improcedencia del daño moral³⁶, al momento que desde hace muchos años dicho rubro ha acogido tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación³⁷ como así también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸.

En cuanto a la responsabilidad por los perjuicios causados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos, si bien importante doctrina está de acuerdo en la eximición del Estado cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada³⁹, no parece lógico ni jurídicamente razonable a la luz de los principios constitucionales (art. 42 C.N.) y convencionales⁴⁰ que se lo exonere a *priori* y en forma

(28/07/2005, *Fallos*: 328:2654), “Zonas Francas Santa Cruz” (9/06/2009, *Fallos*: 332:1367), “IMSA MICSÁ” (9/06/2009, *Fallos*: 332:2801), y más recientemente en “Malma Trading S.R.L.” (15/05/2014, *La Ley*, 2014-C-263), sumado a que ha declarado la inconstitucionalidad de normas que limitan indemnizaciones: riesgos laborales (“Aquino”) y responsabilidad del Estado (“Rodríguez Pereyra”). El art. 5 choca frontalmente en contra nuestro sistema constitucional y la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 21, inc. 2° que establece como principio que la indemnización debe ser justa y razonable y el art. 26 que recepta el principio de progresividad (ABERASTURY, Pedro, “Principios de la responsabilidad del Estado”, ob. cit., pag. 46; en igual sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?”, *La Ley*, 14/09/2015, pag. 2), habiendo receptado la Corte Interamericana el principio de la “*Restitutio in Integrum*” en el caso “Velazquez Rodríguez v. Honduras” del 21/07/1989, lo que no puede ser desconocido para nuestro sistema jurídico.

³⁵ TAWIL, Guido S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado. Homenaje a la Dra. Reiriz*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pag. 241.

³⁶ Para alguna doctrina, la ley excluye el daño moral (PRAVATO, Luis Emilio, “La responsabilidad del Estado y el daño moral”, *La Ley*, 21/07/2015, pag. 5), para otra, todo lo contrario (PARELLADA, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 58; PERRINO, Pablo, “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, misma obra, pag. 271).

³⁷ CSJN, 29/09/1992, “Flores, Feliciano R. y otra c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 315:2157; también *Fallos*: 318:385; 324:1253.

³⁸ CorteIDH, “Rodríguez c/ Honduras”, 21/07/1989, apartado 27: “En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho Internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de equidad”.

³⁹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, 1° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Cap. XX, pag. 14/16; MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III- B, pag. 585; ver al respecto la compilación doctrinaria tanto administrativa como civilista brindada en CORREA, José Luis, “La responsabilidad del concesionario vial. Exoneración de responsabilidad del Estado provincial”, *La Ley*, 19/07/2007.

⁴⁰ En efecto, ha afirmado la CorteIDH que “La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos... Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva

general para todos los casos, frente a eventuales supuestos en donde el daño –por acción u omisión, por provenir del poder concedente o del ente regulador- pudiera ser consecuencia de la conducta estatal⁴¹.

Finalmente, y sin tener esta enumeración un carácter taxativo, también se muestra como una regresión en relación a la letra del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el plazo de prescripción de tres años de las acciones de responsabilidad extracontractual contra el Estado previsto en el art. 7 de la norma comentada⁴², toda vez que si bien dicho plazo es superior al de dos años proyectado por el Poder Ejecutivo en su mensaje, sorpresivamente olvida incorporar la salvedad prevista en el art. 2561 de la norma de fondo que declara la imprescriptibilidad de las “acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad”⁴³.

Sería absurdo que una normativa provincial (local), incluyendo la ley 26.944, legisle criterios diversos a los fijados en la norma de Derecho común para todo el país desde que la incorporación de la mencionada imprescriptibilidad responde a una obligación

protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción...” (CorteIDH, 4/07/2006, “Caso Ximenes López vs. Brasil”).

⁴¹ Para importante doctrina, tal veda se salva a través de una interpretación armónica e integradora con el art. 1° y 3° de la misma ley 26.944, siempre y cuando el daño provenga como consecuencia de una acción u omisión del concedente o regulador. Ver *in extenso*, GUSMAN, Alfredo Silverio, “Daños causados por los concesionarios ¿Puede el Estado eximirse de responsabilidad?”, *La Ley*, 9/02/2015, y MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6° de la ley 26.944)”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 167 y ss. (en part. pag. 168 y 189).

⁴² Este viraje hacia la legislación local, es reforzado inclusive por el mismo Código Civil en su art. 2532 y 2560, al reenviar a la legislación local la fijación de los plazos de prescripción en materia tributaria. Tanto la norma de fondo, como la ley 26.944, deja sin efecto la jurisprudencia de la Corte, que precisaba: a) en materia de responsabilidad del Estado, se aplica en forma supletoria los plazos del Código Civil (“Laplacette”, 1943, “Cipollini”, 1978, “Hotelera Río de la Plata”, 1985, “Compañía Azucarera Concepción”, 1999); b) las provincias no pueden establecer plazos de prescripción (“Filcrosa”, 2003); c) ni la fijación del momento de inicio del mismo (“Fisco de la Pca. de Córdoba c/ Ullate”, 2011). No puede dejar de advertirse la paradoja que se produciría cuando las provincias, haciendo uso de sus facultades constitucionales y que la reciente legislación se encarga de ratificar a través de sendos reenvíos, “podrían establecer breves plazos de prescripción en relación con la responsabilidad del Estado y lo contrario para la prescripción de tributos, ocultando en el primer supuesto la finalidad de diluir de hecho su responsabilidad y, en el segundo, la ineficiencia de las administraciones tributarias en la persecución de sus créditos” (ÁBALOS, María Gabriela, “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, *La Ley*, 1/09/2015, pag. 4).

⁴³ Con dicho dispositivo, que por otro lado no estaba incluido ni el “anteproyecto” elaborado por la Comisión Redactora ni por la propuesta (“proyecto”) del Poder Ejecutivo, el legislador ha querido dejar atrás aquel criterio, avalado por la jurisprudencia, por el cual la imprescriptibilidad aludida solo se refería a las acciones penales y no al resarcimiento patrimonial que atañe a una materia disponible y renunciante para los afectados (CSJN, 30710/2007, “Larrabeiti Yañes, Anatole Alejandro c/ Estado Nacional s/ Proceso de conocimiento”, consid. 5; de igual manera, CNACAF, 10/03/2010, “Mosca Bustamante, Lidio Esteban c/EN.PEN”).

estructurada sobre las reglas y doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este punto, con buen criterio se ha dicho que “cuando la obligación reparatoria del Estado tiene su fuente normativa en convenciones de jerarquía constitucional, o bien – como acontece con el art. 24, inciso 5º, de la Convención Internacional contra la Desaparición Forzada de Personas (ley 26.298)- tiene fuerza normativa suprallegal, no corresponde aceptar un criterio restringido respecto de los alcances del art. 2561, *in fine*, del Código Civil y Comercial”⁴⁴.

VII.- Una mirada desde la perspectiva de la “víctima”

Como se ha visto, la nueva legislación sobre la materia comentada constituye un “microsistema” que procura acotar y restringir la responsabilidad del Estado y de sus agentes disminuyendo al máximo el elenco de daños resarcibles, bajo la excusa (no justificable en mi opinión) de que la ley 26.944 constituye un régimen especial el que deberá ser juzgado “por reglas y estándares normativos propios del derecho público”, teniendo en cuenta el interés de la víctima pero en armonía con los intereses públicos y en base a “la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad”⁴⁵.

La elaboración doctrinaria y jurisprudencial de nuestro sistema jurídico en materia “de daños” tiene como tendencia la protección de la víctima de los perjuicios injustamente sufridos, mientras que la ley analizada protege al Estado exigiendo condiciones puntuales para el resarcimiento de daños⁴⁶, sacando “a la persona de su ámbito natural y

⁴⁴ CARLIN, Miguel Augusto, “Imprescriptibilidad de las acciones civiles por “crímenes de lesa humanidad” en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Público, 2015-1, El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –I*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, pag. 77 y ss. (en part. pag. 110). Ver también, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, a la que nuestro país adhirió mediante ley 24.585 y a la que le confirió rango constitucional mediante ley 25.778.

⁴⁵ Mensaje N° 1780 del Poder Ejecutivo de elevación al Congreso de la Nación del Proyecto de ley.

⁴⁶ Sostiene PIZARRO que “a partir de la conceptualización del derecho a la reparación como derecho constitucional, no solo es posible, sino más aún necesario e imperativo, generar un esquema de resarcitorio del daño injustamente sufrido que ponga epicentro en la víctima, antes que en el dañador, y que no difiera, en lo sustancial, según que este último sea el Estado o un particular. No hay principio de derecho público sustentable que puede ser esgrimido para degradar cualitativamente en su esencia aquel derecho constitucional. Como tampoco puede justificar semejante proceder la distendida invocación de una muy discutible y laxa idea de justicia distributiva...” (PIZARRO, Ramón D., “El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional”, en HERNANDEZ, Antonio María (director), *Derecho Constitucional*, T. II, La Ley, Bs. As., 2012, en 857 y ss. (en part. pag. 898).

constitucional, de sus jueces naturales, para crear un fuero especial en contra de lo prescripto en el art. 16 de la Carta Magna⁴⁷.

Sin perjuicio de que, como acertadamente se ha dicho, para el Estado la responsabilidad es una consecuencia del deber de asegurar el equilibrio entre los derechos de las personas, la imposición de las cargas sociales y las obligaciones en orden a promover el bienestar general⁴⁸, no es posible a esta altura de la evolución de nuestro Derecho Público olvidar considerar a dignidad humana como eje del sistema jurídico, y en particular, a la víctima como vector principal de toda obligación de resarcimiento frente a la violación de derechos esenciales.

Y en este punto, la unidad del Derecho de Daños⁴⁹ y el derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido⁵⁰, pone a la persona humana como núcleo del análisis bajo aquel principio fundamental por el cual “la interpretación sistemática del ordenamiento no debe llevar a distinguir según cual haya sido el sujeto dañador”, lo que es inaceptable e irrazonable en nuestro Estado Constitucional y Convencional de Derecho⁵¹.

⁴⁷ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ. Graciela N., “El nuevo régimen de Responsabilidad Civil del Estado. Todo un tema en conflicto”, *La Ley*, 24/08/2014, pag. 4. En fin, continua la autora citada, “esta ley, que llamo de “irresponsabilidad del Estado” tendiente a fortalecer su impunidad, pone el acento en la protección del dañador, del autor del daño, contra la corriente nacional y de derecho comparado que tiene como metas o conquistas del moderno Derecho de Daños la protección de la persona, la prevención y evitación de daños, la mayor certeza a la hora de percibir la indemnización, la sociabilización de los daños a través del seguro, la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, y crearía un nuevo estatuto de Protección del Estado, en mi criterio, inconstitucional y arbitrario”.

⁴⁸ GELLI, María Angélica, “Lectura Constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, en *La Ley Suplemento de Derecho Constitucional*, 2014, N° 5

⁴⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en STIGLITZ, Gabriel (director), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2003, pag. 17; IBARLUCÍA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial”, *La Ley*, 7/07/2014, pag. 3. La mas calificada doctrina, como lo es la opinión de la Dra. KEMELMAJER, ha afirmado estar convencida de “que existe un Derecho de Daños, presidido por principios comunes al Derecho Público y Privado”, lo que “no implica negar que la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas” (su voto en Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 04/04/1989, “Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza”, *La Ley*, 1989-C-514; “Díaz de Ghiotti, Ana c/ Municipalidad de la Capital”, *La Ley*, 1997-A-347).

⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo, “Fundamento constitucional de la reparación de daños”, *La Ley*, 2003-C-1184; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases jusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación”, *La Ley*, 1992-D-1060; PIZARRO, Ramón D., “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)”, *La Ley*, 2004-F-90.

⁵¹ No se nos escapa que para la doctrina *iuspublicista* la aludida unidad del Derecho de Daños se presenta inviable frente a las diferencias que presenta el Derecho Privado con respecto al Público y los principios de cada una de ellos, y constituye una pretensión basada en un pragmatismo que choca abiertamente con el sistema federal y las consecuencias autonómicas provinciales que perfilan el carácter local del derecho administrativo (CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (Balance y perspectivas)”, *La Ley*, 18/11/2009).

VIII.- Palabras finales

Estas reflexiones no intentan hacer otra cosa distinta a lo que el mismo legislador –y todo el poder político- ha dispuesto en la reciente unificación de la normativa civil y comercial, mediante la cual el intérprete y el operador jurídico debe posicionarse ante un sistema jurídico complejo que muestra una relación ineludible de la norma “con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un dialogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado”.

La ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”, que regula la institución de una manera absolutamente restrictiva, importa una penosa e injustificable postergación de los principios constitucionales y convencionales vigentes en nuestro Estado de Derecho.