

Nº 10  
Segundo trimestre  
2017

# Gabilex

REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

## **Número 10. Junio 2017**

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA**

**Disponible en SMARTECA y VLEX**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@iccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@iccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

---

**“NUEVOS PERFILES DE LA  
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE  
LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL  
DERECHO ARGENTINO”**

**D. Cristian Ricardo A. Piris**

Abogado – Magister en Derecho Privado – Doctor en  
Derecho

Profesor por concurso Universidad Nacional de Nordeste  
(Argentina)

Fecha de finalización del trabajo: 25 de mayo de 2017

**RESUMEN**

Argentina cuenta con una nueva legislación que produjo un cambio sustancial en materia de Responsabilidad del Estado. El Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado son los pilares sobre los que se asienta el nuevo paradigma.

En el nuevo sistema, la Responsabilidad del Estado ya no se rige por el Derecho Privado, sino por el Derecho Administrativo.

Dado que Argentina es un país federal y las potestades administrativas constituyen parte del poder no delegado al Estado Nacional, se produce un desajuste en la regulación generando incertidumbre sobre el

derecho aplicable y se incrementa la vulnerabilidad del sujeto dañado.

El nuevo sistema es de dudosa constitucionalidad y significa un retroceso con relación al sistema anterior que era básicamente de construcción jurisprudencial. La inconstitucionalidad es aún más manifiesta en cuando se trata de daños al consumidor.

### **ABSTRACT**

Argentina has new legislation that produced a substantial change in the area of State Responsibility. The Civil and Commercial Code and the Law of State Responsibility are the pillars on which the new paradigm is based.

In the new system, State Responsibility is no longer governed by Private Law, but by Administrative Law.

Since Argentina is a federal country and the administrative powers are part of the power not delegated to the National State, there is a mismatch in the regulation generating uncertainty about the applicable law and increases the vulnerability of the damaged subject.

The new system is of dubious constitutionality and means a setback in relation to the previous system that was basically of jurisprudential construction. The unconstitutionality is even more evident when it comes to consumer damages.

### **PALABRAS CLAVE**

Argentina - Responsabilidad Civil - Estado - Funcionario público - Consumidor.

### **KEYWORD**

---

Argentina - Tort liability - State - Civil servant - Consumer.

## **SUMARIO**

- I. Introducción
- II. Planteo de situación
- III. Antecedentes
- IV. Tipos de responsabilidad del Estado
- V. La responsabilidad en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial
- VI. La responsabilidad en el Código Civil y Comercial
- VII. La responsabilidad en la ley 26.944
  - 1. Ámbito de aplicación
  - 2. Responsabilidad por actuación ilegítima
  - 3. Responsabilidad por actuación legítima
  - 4. Eximentes de responsabilidad
  - 5. Extensión de la reparación
  - 6. Daños ocasionados por concesionarios o contratistas
  - 7. Prescripción
  - 8. Acción de daños
  - 9. Responsabilidad contractual del estado
  - 10. Responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos
- VIII. Fundamentos de la responsabilidad del Estado
- IX. La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor
- X. Conclusiones
- XI. Bibliografía

### **I. Introducción**

En el presente trabajo voy a ocuparme de la exclusión de responsabilidad del Estado y de funcionarios públicos del Código Civil y Comercial, y su regulación por una ley especial, cuyos alcances y contenido voy a analizar.

Antes de la ley de responsabilidad del Estado 26.944 (en adelante LRE) y el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), la situación era la siguiente:

- La responsabilidad patrimonial del estado era regida por el Derecho Civil, y su base era básicamente jurisprudencial.
- Se reconocía ampliamente la responsabilidad del estado tanto por su actividad lícita, como ilícita.
- Se acudía a la noción de falta de servicio, y se desplazó la noción de culpa como factor de atribución de responsabilidad.
- Se podía responsabilizar al Estado aun cuando no fuera posible individualizar al autor del hecho dañoso.
- Había responsabilidad contractual y extracontractual, y eso impactaba principalmente en la prescripción.
- Se reconocía responsabilidad del Estado por omisión.
- En materia de responsabilidad por actos legislativos se recurría a la noción de confianza legítima.
- En materia de extensión de la reparación, si se trataba de actividad ilegítima era integral (daño emergente y lucro cesante), y si era legítima, solo daño emergente.

## **II. Planteo de situación**

En Argentina, la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos es un campo de intersección entre el Derecho Público y el Derecho Privado, entre el Administrativo y el Civil; quizás lo podemos ver como un campo de pujas, dado que ambas ramas del Derecho lo reclaman como propio.

Para el Derecho Administrativo es una cuestión que concierne a su parte general. Para Dromi "en principio no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado los principios del Derecho Civil"<sup>261</sup>. Sostiene el autor que la responsabilidad "civil" del estado es solo un eufemismo. Para Cassagne es válida la aplicación analógica de las prescripciones del Código Civil<sup>262</sup>, y también considera este autor que cuando la Administración actúa en el Derecho Privado (p.ej: gestión de bienes de dominio del privado del estado) es plenamente aplicable el Código Civil, aunque aclara que ello no significa que todo daño ocasionado a particulares deba regirse por el Derecho Privado.

Algunos civilistas son coincidentes con esas posturas, por ejemplo Rivera<sup>263</sup> explica que los daños causados por el Estado deben quedar en el ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo y no trascender a las relaciones de Derecho Privado. Pero la mayoría de los civilistas se han ocupado del tema como un capítulo más de la responsabilidad civil dentro del contexto de las denominadas responsabilidades especiales. En ese sentido se manifiesta Mosset Iturraspe, quien logra inferir del silencio constitucional al respecto una "conformidad con la regulación civilística"<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Dromi, Roberto. Manual de Derecho Administrativo T. II. Pág. 183. Astrea. Bs. As., 1987.

<sup>262</sup> Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo T. I. Pág. 460. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002.

<sup>263</sup> Rivera, Julio Cesar. Instituciones de Derecho Civil T.II. Pág. 274. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Bs. As., 1994.

<sup>264</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños T. X. Pág. 53. Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2004.



### III. Antecedentes

Haciendo un poco de historia podemos ver que en primer lugar se desarrolló la idea publicista de la irresponsabilidad del Estado que reinó durante siglos y recién empezó a retroceder bien avanzado el siglo XIX. La idea matriz de esa concepción estaba asentada sobre la base del concepto de soberanía, primero del monarca como representante divino y luego del Estado como reflejo de la voluntad general. En ese contexto se consideraba que el Estado no podía causar perjuicios, atento a su finalidad intrínseca de bien común. Pero esa era una de las tantas ficciones jurídicas. En el mundo real el Estado dañaba a los particulares a través de su actividad, incluso legítima.

Por otra parte, la propia idea de Estado de Derecho supone la imposibilidad de concebir que los poderes públicos no se hallen sometidos al imperio de la ley.

En Francia, los particulares que resultaban víctimas de daños causados por la Administración reclamaban reparación pecuniaria primero ante las autoridades administrativas y ante su negativa recurrían a los tribunales comunes, quienes empezaron a hacerles lugar a la luz del art. 1.382 del Código Civil francés. Ese artículo asimilaba la posición jurídica del Estado a la de un comitente que debía responsabilizarse por los actos de las personas que de él dependen. Ante esto reaccionó el Consejo de Estado, declarando la inaplicabilidad del Código Civil para regir la responsabilidad pública.

Pero la cuestión era compleja porque la inaplicabilidad de Código Civil no suponía irresponsabilidad. En los casos "Blanco" y "Pelletier", de 1873, resueltos por el

Consejo de Estado francés, se estableció que el Código Civil no era aplicable y que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios debía construirse sobre la concepción de "falta de servicio" y no sobre la de "responsabilidad extracontractual".

La idea de falta de servicio era más bien objetiva, de hecho no requería culpa, y se fundaba en la reparación patrimonial debida a los particulares por los daños causados por el funcionamiento irregular o la prestación defectuosa de un servicio público. Por otra parte, la idea de servicio público era tomada en sentido amplio como función administrativa, por tanto se trataba del funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa.

Si bien no era necesario identificar al agente causante del daño, a la par también se construyó la idea de "falta personal" para responsabilizar a funcionarios públicos frente a los administrados por acciones u omisiones que excedieran el margen del irregular funcionamiento del servicio. En este caso se tenía en cuenta la culpa o dolo del agente.

La teoría francesa tuvo mucha influencia en la doctrina y jurisprudencia argentina.

En Argentina la responsabilidad del Estado no fue consagrada expresamente por la Constitución Nacional, pero reconoce principios que, en caso de ser vulnerados, son causa eficiente de responsabilidad como ser "igualdad ante la ley", "inviolabilidad de la propiedad privada" y "demandabilidad del Estado Nacional". Muchas constituciones provinciales son más claras en este aspecto consagrando la responsabilidad del Estado y los agentes públicos.

---

Como expresa Mosset Iturraspe, en nuestro país “la historia de la responsabilidad del Estado es la historia de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”<sup>265</sup>.

La jurisprudencia ha marcado una tendencia a aplicar esquemas y soluciones del Derecho Civil a la responsabilidad del Estado. De hecho, se trata de una responsabilidad que ha nacido por vía pretoriana, han sido los jueces quienes empezaron a asignar responsabilidad por daños al Estado. Con relación a los funcionarios públicos se aplicaba el art. 1.112 del Código Civil. La jurisprudencia ha obrado de este modo en atención a que el Estado es una persona jurídica.

Según el texto original del art. 33 del Código Civil de Vélez Sarsfield, ese cuerpo normativo legisla las personas jurídicas de existencia necesaria, creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: 1) el Estado; 2) cada una de las provincias federadas; 3) cada uno de sus municipios. De ello, podemos decir que lo previsto en el Código Civil, abarca tanto al Estado nacional, provincial y municipal.

Recordemos que el originario art. 43 del Cód. Civil establecía la imposibilidad de dirigir contra las personas jurídicas acciones criminales o civil por daños, se trataba de la consagración del principio racionalista que las personas jurídicas eran ficciones creadas por el hombre para realizar el bien, por ende no podían ocasionar mal alguno.

En el sistema de Velez Sarsfield, el art. 1.112 que consagraba la responsabilidad de los funcionarios era perfectamente compatible con el original art. 43 que

---

<sup>265</sup> Moasset, ídem, pág. 42.

---

estipulaba la ausencia de responsabilidad de las personas jurídicas. Detrás del juego de estas dos normas subyacía la idea de que el Estado no era quien causaba el daño, sino el funcionario en cuestión.

Eso generó diversas discusiones doctrinarias que fueron zanjadas con la reforma de 1968, que dió lugar a la responsabilidad por daños establecida en el reformado art. 43, que hoy se proyecta sobre el actual 1.763 del Código Civil y Comercial.

Si bien hoy se admite que el Estado, en el cumplimiento de sus funciones, puede ocasionar lesiones en la persona o en los bienes de los ciudadanos, el tránsito hacia este punto de llegada no estuvo exento de inconvenientes.

Alterini marca los hitos de esa evolución<sup>266</sup>:

- Antes de 1921 la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido la irresponsabilidad plena de la persona jurídica por hechos ilícitos. Por actos lícitos se aplicaba el 1.071 del Código Civil, es decir la irresponsabilidad estatal por su actividad lícita.
- Desde 1921, a partir del caso *Mihanovich*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la responsabilidad de una persona jurídica por hechos ilícitos de sus dependientes. Un buque de dicha compañía embiste el puerto de Corrientes y es demandada la compañía. Hasta el año 1933 el Estado era irresponsable.
- En el año 1933, a partir del caso *Devoto*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la responsabilidad del Estado por "actos de

---

<sup>266</sup> Alterini, Atilio *et al.* Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Pág. 752-3. Abeledo-Perrot. Bs. As., 2003.

gestión”, es decir, no por un acto en el cual actúa como poder público. En este caso, empleados de la empresa estatal de telégrafos ocasionan un incendio en un campo por descuidar un brasero mientras efectuaban una reparación. La jurisprudencia construye una responsabilidad indirecta aplicando los artículos 1.109 y 1.113 del Código Civil vigente en ese momento logrando sortear la imposibilidad que se consagraba en el art. 43.

La solución era cuestionable, utiliza el 1.109 exigiendo culpa, cuando se hallaba vigente el 1.112 que hablaba de “falta de servicio”; luego aplicaba el 1.113 sosteniendo que el Estado era el “patrón” y de allí su responsabilidad indirecta. Desde aquí imputación indirecta, con factor de atribución subjetiva -culpa o negligencia-.

Hasta ese momento todavía era sostenible la concepción alemana de la doble personalidad del estado quien actuaba por actos de gestión, o por actos de autoridad o de imperio. O la teoría francesa de la personalidad única de doble faz (pública y privada). Desde este punto de vista, el Estado seguía siendo irresponsable en lo que se refería a su actuación pública.

- En el año 1938, a partir del caso *Ferrocarril Oeste*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagra la responsabilidad del Estado por actos públicos. La provincia de Buenos Aires, adquirió un inmueble a un titular aparente, luego apareció el verdadero reclamando la indemnización y fue admitido. El Estado contrató a partir de certificados registrales emitidos por el Registro

---

de la Propiedad Inmueble que contenía gruesos errores. En este caso se aplicaron los artículos 1.112 y 1.113, y se fundó en la doctrina del “servicio público irregular”.

- En el año 1941, se produce el caso *Etchegaray*, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la responsabilidad del Estado en la reparación civil de un hecho criminal (no solo un ilícito civil). Se trataba de un policía que, por imprudencia, mató a un sospechoso fugitivo.
- En el año 1984, en el caso *Vadell*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que la responsabilidad extracontractual del Estado no requiere recurrir al art. 1.113 porque la idea objetiva de su responsabilidad por falta de servicio halla su fundamento en la aplicación subsidiaria del 1.112. Desde aquí, imputación directa porque los funcionarios, actuando en ejercicio de su función, son órganos del Estado; por lo tanto, lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo.

Mosset Iturraspe<sup>267</sup> sistematiza esta información y afirma que es posible distinguir tres épocas en el recorrido de la Jurisprudencia de la Corte.

La primera época va desde la sanción del Código Civil hasta 1933 cuando se emite el fallo Devoto. Lo característico de esta época era la irresponsabilidad del Estado por los actos de sus agentes; el Estado respondía contractualmente, se concebía al estado en una doble personalidad, como poder público y como persona jurídica, y en este último carácter se le hacía aplicable el art. 43 del Código Civil que consagraba la irresponsabilidad civil y penal de este tipo de personas;

---

<sup>267</sup> Mosset Iturraspe, ídem.

---

pero si los arts. 1.112 y 1.113, que obligaban a responder a los funcionarios y dependientes.

En la segunda época, de 1933 a 1980, a partir del caso *Devoto* se evidencia un aumento de la responsabilidad del Estado, ampliándose a los actos lícitos. En este período se produce la reforma al Código Civil, de 1968, y la modificación del art. 43 consagrando la responsabilidad civil de las personas jurídicas.

A la tercera época, de 1980 en adelante, lo ve como un tiempo de pugnas entre concepciones contrapuestas; por un lado, una visión única de responsabilidad civil para todas las personas jurídicas, incluido el estado, y otra visión, que pretende independizar la responsabilidad estatal del ámbito civil.

Si bien Mosset Iturraspe cierra su descripción con la tercera época, creo que ahora es posible hablar de una cuarta época donde se resuelve la disputa anterior, a partir de la Ley de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial, y se sientan las bases de un nuevo formato de responsabilidad patrimonial del Estado y los funcionarios.

#### **IV. Tipos de responsabilidad del Estado**

La responsabilidad del estado puede ser contractual o extracontractual. La distinción entre ámbitos de responsabilidad según su fuente ha desaparecido en el Código Civil y Comercial; no obstante, se mantiene en lo que respecta a responsabilidad del Estado, tanto es así que la Ley de Responsabilidad del Estado dispone en su art. 10 que *"la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas*

*específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria”.*

En lo que respecta a la responsabilidad contractual, se refiere tanto al accionar previo a la celebración de un contrato administrativo o durante su ejecución y extinción. Lo relativo a este punto, en referencia a los contratos administrativos se halla regulado por el Derecho Administrativo y es conveniente que así sea dado que se rige por principios diferentes a los contratos del Derecho Privado; no hay parangón entre un contrato de obra pública, de suministro, de concesión de obra o servicio público, etc. con contratos privados. No así cuando se trata de contratos comunes en los cuales el Estado puede concurrir como un particular más; por ejemplo, locación de inmuebles.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto o hecho de los poderes del estado.

En estos casos puede aplicarse un enfoque subjetivo, exigiendo para que nazca la responsabilidad estatal que exista culpa o dolo, o se acude al concepto de falta de servicio, reclamando que éste no haya funcionado, haya funcionado tarde o haya funcionado defectuosamente.

Por el contrario, desde una perspectiva objetiva, se proclama que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso sino en el daño causado, de modo que, comprobado que un particular ha sufrido un daño derivado de la acción u omisión estatal, procede su reparación, sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que ocasionó ese daño.



---

Sistematizando, hay tres posibles situaciones que no deben ser confundidas:

- 1) Estado-Particular.
- 2) Funcionario Público-Particular.
- 3) Estado-Funcionario Público.

Queda claro que la situación 3 corresponde exclusivamente el Derecho Administrativo.

En los casos 1 y 2, pueden darse diversas situaciones.

En el caso 1, haciendo una tipología básica se puede dañar a un particular de los siguientes modos, afectando:

- a) Igualdad ante las cargas públicas (art. 4 y 16 Constitución Nacional), si se exige a un particular un "sacrificio especial" violando el principio que las contribuciones de los habitantes deben ser equitativas y proporcionales.
- b) Derecho de propiedad (art. 17 Constitución Nacional), si se viola este derecho afectando la propiedad privada sin la consecuente indemnización.
- c) Derechos adquiridos, si se afectan derechos adquiridos, que como lo expresó la jurisprudencia de la Corte forman parte de patrimonio del particular.

Muchas veces el daño proviene de un irregular ejercicio del poder de policía. Controles que no se hacen o que se hacen mal, del cual resultan daños a los particulares. En cualquiera de los casos es indiferente que el acto sea legítimo o ilegítimo, la antijuricidad viene dada por el daño o afectación a un bien jurídico de un particular y no por el defecto del acto.

El daño a un particular por parte del Estado puede provenir no solo de hechos y actos administrativos, también puede provenir de un acto judicial, me refiero a un error judicial, o de actos legislativos; por ejemplo, una ley de expropiación que no reconozca derecho a indemnización o en general cualquier ley inconstitucional que cause un daño.

En el caso 2 suele afirmarse doctrinariamente que los "funcionarios" por representar la voluntad de Estado son órganos suyos, en cambio los "empleados" por realizar actividades materiales de ejecución son dependientes. En el primer caso, la responsabilidad de Estado es directa y en el segundo, indirecta. Ahora bien, en nuestra legislación no existe dicha separación entre funcionarios y empleados, todos los "agentes" del Estado cuando actúan en su calidad de tales exteriorizan una voluntad del Estado y actúan en su nombre, y por ende su responsabilidad es siempre directa.

Tampoco ha tomado cuerpo en la doctrina y la jurisprudencia la distinción entre actuación legítima o ilegítima del "agente" estatal. Según esta pretensión, el Estado sería responsable sólo cuando el agente haya obrado dentro de sus atribuciones o límites legales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que el Estado es responsable siempre que el agente haya ejecutado el acto dentro de sus funciones o tareas, sin importar sus atribuciones o límites.

En la práctica, lo usual es demandar civilmente al Estado de manera directa y exclusiva, lo cual es razonable porque el Estado es un responsable que está libre de peligros tales como insolvencia, fuga, desaparición, etc. Luego, el Estado tiene la potestad de

reclamar a sus agentes por los daños cometidos a particulares, lo cual rara vez sucede.

Hoy el "agente" estatal es pasible de múltiples responsabilidades personales, que van desde lo administrativo (sanciones por incumplimiento), penales (delitos cometidos por funcionarios públicos como abusos de autoridad, cohecho, malversación, negociaciones incompatibles, etc.), políticas (juicio político) y patrimoniales (Ley de Responsabilidad del Estado).

#### **V. La responsabilidad en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial**

El Anteproyecto elaborado por la comisión redactora designada por el Poder Ejecutivo Nacional contenía los siguientes artículos, en materia de responsabilidades especiales (Libro III. Título V. De otras fuentes de las obligaciones. Capítulo 1. Responsabilidad Civil. Sección 10. Supuestos de responsabilidades especiales):

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.*

Artículo 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. *El funcionario o empleado público es responsable 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.*

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.*

En resumen, se establecían parámetros muy claros, a saber:

- Responsabilidad del Estado objetiva y directa, por daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones. Esta responsabilidad es independiente de que pueda determinarse el autor.
- Responsabilidad de funcionarios y empleados públicos por daños a particulares por acciones u omisiones por el ejercicio irregular de su cargo. El Estado y el autor tienen responsabilidad concurrente.
- Responsabilidad del Estado por actividad lícita, cuando suponga desigual reparto de cargas públicas. En este supuesto la reparación comprende el daño emergente y el lucro cesante, en la medida de la compensación del valor de las inversiones no amortizadas.

---

En la exposición de fundamentos del anteproyecto del Código se expresa que en esta Sección se tratan supuestos de responsabilidad que han sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia argentina, y se sigue conforme con esos criterios.

En dichos fundamentos, la Comisión expuso los argumentos que respaldaban estas normas: "El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo".

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos:

---

321:1124). Dicho con otras palabras, *no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.*

El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

En cuanto a la actividad lícita, se establece que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. 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. Esta norma sigue criterios de varios fallos de la Corte Suprema.

## **VI. La responsabilidad en el Código Civil y Comercial**

El proyecto que el Poder Ejecutivo Nacional giró al Parlamento sustituyó esos artículos, dando un giro de 180 grados, para ubicarse en las antípodas del anteproyecto. Fue el único tema del anteproyecto que recibió un cambio tan drástico.

Los artículos del anteproyecto fueron sustituidos por el Poder Ejecutivo Nacional por los siguientes:

Artículo 1.764.- Inaplicabilidad de normas. *Las disposiciones de este Título no son aplicables a la*

---

*responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.*

Artículo 1.765.- Responsabilidad del Estado. *La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

Artículo 1.766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. *Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

En rigor, la norma verdaderamente relevante es la contenida en el art. 1.764, que declara inaplicable de manera absoluta las disposiciones del título.

Los artículos 1.765 y 1.766 vienen a cerrar toda duda; al Derecho Administrativo le corresponde regular los casos de responsabilidad por daños causados por el Estado y los funcionarios públicos. Entonces, si hacemos jugar en consonancia los tres artículos, se dispone la inaplicabilidad del Derecho Civil (no solo el título de referencia) a la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos.

Ahora bien, de un análisis pormenorizado se pueden advertir algunas paradojas de lógica jurídica:

- 1) Si el art. 1.764 declara inaplicable las disposiciones del título, entonces los arts. 1.765 y 1.766 por ser parte del título también son inaplicables.

- 
- 2) Los arts. 1.765 y 1.766 declaran "incompetente" al Derecho Civil para regir la materia responsabilidad por daños causados por el Estado y sus funcionarios, pero al parecer resulta competente para establecer qué Derecho es competente, lo cual es un contrasentido. Sería competente al solo efecto de establecer la competencia, pero no para regular la materia.

Para romper con la paradoja puedo decir que en realidad solo tiene valor preceptivo el art. 1.764, siendo los restantes meras declaraciones sin valor normativo. Si fuera así, entonces solo es inaplicable el título y no todo el Código Civil y Comercial, o el Derecho Privado en general, pero eso colisiona con el art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado que dispone "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria". Esa disputa podría ser resuelta por vía de aplicación del principio de *lex specialis*, si no fuera que colisiona con otro principio, el de *lex posterior*, dado que la Ley de Responsabilidad del Estado fue aprobada antes que el Código Civil y Comercial.

Por otra parte, atento al juego de competencias, si la responsabilidad del Estado es una facultad no delegada, lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Responsabilidad del Estado solo se aplica al Estado nacional: por ende, nada obsta a una aplicación analógica o subsidiaria del derecho común en las provincias que guardan silencio al respecto, porque la prohibición de ese tipo de aplicación no proviene del Derecho Público Provincial.

Más allá de esos enredos normativos, se puede colegir que se han querido consagrar, con pésima técnica legislativa, los siguientes principios:



- Inaplicabilidad absoluta de las normas del Derecho Privado a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.
- Aplicación de normas del Derecho Administrativo nacional o local para estos casos.

El sistema constitucional impide la posibilidad de un Código Administrativo que regule toda la materia del mismo modo que el Código Civil. Se trata de una materia no delegada al gobierno federal. Es por ello que en aspectos normativos solo se contaba con los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional, y luego se hallaba el artículo 1.112 del Código Civil. El resto es jurisprudencia. Entonces, remitir la responsabilidad del Estado al Derecho Administrativo es remitir a un "vacío". Es volver, por vía de omisiones, a la irresponsabilidad del Estado y los funcionarios públicos.

En un supuesto dañoso ligado a una actividad de servicio público local, según el encuadre que se le dé, podría plantearse en distintos fueros, someterse a diversas normas, cargas probatorias, y obtener distintas indemnizaciones o ninguna. Por un hecho similar un "agente" estatal que sea docente universitario (nacional) y también docente en un instituto terciario (provincial), sería responsable patrimonialmente en uno y no en otro.

No pueden soslayarse las dificultades de demandar simultáneamente al Estado nacional, una provincia y un municipio, que pueden estar vinculados en una misma actividad dañosa, pero sujetos a regímenes de responsabilidad diferentes.

En este contexto, también el Estado va a contar con una suerte de privilegio frente a los daños al consumidor; porque que éste deberá recurrir al



Derecho Administrativo para reclamar reparación, a menos que prevalezca una interpretación que aquí expondremos sobre la inaplicabilidad de la Ley de Responsabilidad del Estado en materia de consumo.

El artículo 1.766 establece que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Esto implica que estarán eximidos de reparar civilmente los daños que causen a otras personas y sólo podrán ser alcanzados por la sanción administrativa que les fije la administración desde el punto de vista disciplinario.

Por otra parte, puede observarse con claridad que los artículos comentados, especialmente el 1.764, no responden a la misma lógica del Código Civil y Comercial. El cuerpo normativo se edifica bajo el paradigma del dialogo de fuentes, la integración normativa y compatibilización de valores, en cambio el art. 1.764 se cierra a todo ello y, más aún, cuando se pone en consonancia con la Ley de Responsabilidad del Estado. Pero aun así, declamar la inaplicabilidad del Código Civil de manera subsidiaria es muy difícil de hacerlo realidad; ello supone que desde el Derecho Administrativo deberían construirse conceptos tales como daño, culpa, dolo, nexo causal, etc., puesto que no sería dable abreviar en el derecho común para obtenerlos. Si eso fuera así, podríamos estar frente el absurdo que cada jurisdicción sostuviera conceptos diferentes de esos términos a los efectos de la aplicación a la responsabilidad del estado y los funcionarios.

## **VII. La responsabilidad en la ley 26.944**

Mientras se tramitaba la aprobación del actual Código se aprobó la ley 26.944 sobre responsabilidad del estado, que fue sancionada el 2 de julio de 2014 y se halla en la misma línea de política legislativa que las disposiciones del nuevo Código.

Es una ley federal, no de derecho común, por lo que solamente es aplicable al Estado Nacional y a aquellas Provincias que voluntariamente adhieran a ella en sus respectivos ámbitos.

Al parecer el fundamento de quitar esta materia del derecho común y pasarla al derecho público administrativo sería una consagración legislativa de la doctrina de la CSJN a partir de del caso "Barreto" (Fallos, 329: 759). Pero es un tema controvertido que aún genera disputas.

Como pudimos ver, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido requisitos de admisibilidad de la responsabilidad del Estado similares a los del derecho común, tales como:

- Daño cierto;
- Imputabilidad a un órgano estatal;
- Relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

A esos elementos comunes, les añadió requisitos propios tales como la existencia de una falta en el cumplimiento del servicio y la ausencia de deber jurídico de soportar el daño, en caso de actividad lícita.

Veremos ahora como es tratado el tema por la Ley de Responsabilidad del Estado.

---

## 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La norma vigente establece:

*Artículo 1.- Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.*

*La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.*

*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*

*La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.*

En rigor de verdad esta ley no rige la responsabilidad del Estado en general, sino del Estado Nacional, y atento a la cuestión constitucional se invita a las provincias a adherir.

La responsabilidad prevista es amplia, y comprende tanto hecho como actos y omisiones.

El tipo de responsabilidad es objetiva y directa, lo cual se halla en consonancia con lo que disponía el anteproyecto del Código Civil y Comercial, y ya es una cuestión pacíficamente admitida en nuestra doctrina y jurisprudencia desde el caso Vadell. Ello hace innecesario distinguir si el daño ha sido cometido por funcionarios o por empleados, y permite circunvalar la disputa en torno a que los funcionarios representan la voluntad del Estado por ser órganos suyos, en cambio, los empleados son dependientes y realizan solo actividades materiales de ejecución, es decir, cumplen órdenes y, por lo tanto, estaríamos en presencia de una responsabilidad indirecta del Estado.

La responsabilidad objetiva consagrada es ajena a toda idea de culpa en el sujeto responsable. Solo se requiere de la comprobación del daño, autoría y relación de causalidad para determinar la responsabilidad. El fundamento de esta responsabilidad descansa en la creación de un riesgo por la actividad administrativa, que podríamos llamar daños colaterales a la actividad pública, que generen un perjuicio a un particular sin que este tenga el deber jurídico de soportarlo. Valga la aclaración que esa responsabilidad patrimonial objetiva, atento a las múltiples tareas del Estado, no es un seguro universal, y por tanto carece de sentido que fuera posible imputar responsabilidad a la Administración por todos los riesgos propios de la gestión pública, de todo daño que resulte ser consecuencia directa o adecuada de cualquier acción u omisión propia de la labor estatal. Como veremos ello no es así, y hay reglas que morigeran la objetividad.

La responsabilidad directa es consecuencia de la teoría del órgano, que es predominante; en tal sentido, los "agentes" estatales no son dependientes que generan una responsabilidad refleja, sino órganos del estado a través de los cuales se despliega la actividad estatal.

El Estado es una persona jurídica, y por tanto despliega su accionar a través de órganos capaces de desarrollar conductas, tanto legítimas como ilegítimas. Esas conductas son emanaciones de su personalidad y deben considerarse con independencia de las personas físicas que las han generado materialmente.

El legislador adopta la terminología utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero al no conceptualizar responsabilidad directa y objetiva y fijar sus alcances, puede dar lugar a equívocos porque tanto la doctrina administrativista como la

---

jurisprudencia de la Corte la utilizan con un determinado contenido mientras que en otras disciplinas estas palabras pueden tener significados y alcances diferentes<sup>268</sup>.

Se aclara que la legislación civil no es aplicable de manera directa ni subsidiaria. Los artículos 1.764 a 1.766 del Código y la Ley de Responsabilidad del Estado pretenden actuar de consuno y crear un sistema cerrado, omnicomprensivo de la responsabilidad patrimonial del Estado. Pero el objetivo trazado se ve desvirtuado por la técnica legislativa usada, dado que el Código Civil y Comercial declara inaplicable el título de responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado, y luego la Ley lo amplía a todo el Código. La diferencia radica, nada menos, que en la posibilidad de utilizar los principios generales del cuerpo normativo o la necesidad de crear reglas propias.

También, la Ley de Responsabilidad del Estado prohíbe la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva al Estado y los funcionarios, pero por el momento carece de valor práctico, dado que la modificación del Poder Ejecutivo Nacional al anteproyecto de Código Civil y Comercial que lo preveía lo eliminó de la actual normativa; pero, por las dudas, inmuniza al Estado frente a cualquier incorporación posterior en el derecho común.

Recordemos que entre las modificaciones que el Poder Ejecutivo introdujo al anteproyecto de Código, se encuentra la eliminación del artículo 1.714 que regulaba la sanción pecuniaria disuasiva. Dicho artículo

---

<sup>268</sup> Aberastury, Pedro. "La nueva ley de Responsabilidad del Estado", en ADLA 2014-25, 18. Cita Online: AR/DOC/2862/2014.

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

El Poder Ejecutivo Nacional justificó la eliminación de esta figura argumentando que "con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones. Sin embargo se mantiene el artículo 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión mencionada, pues en su ámbito quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el artículo 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el artículo 52 bis en la Ley Nº 24.240 y su modificatoria. Asimismo, se adecua la denominación de la Sección 2ª a la que pertenece el artículo suprimido con la finalidad de comprender a la función preventiva y al supuesto de punición excesiva. También, se suprime el inciso h) del artículo 930 relativo a las obligaciones no compensables entre las que se encuentra, en la versión de origen, la obligación de pagar una sanción pecuniaria no disuasiva. Con la misma finalidad se modifica la redacción del artículo 1708, relativo a las funciones de la responsabilidad, suprimiendo la referencia a la sanción pecuniaria disuasiva".

En lo que respecta a la sanción pecuniaria disuasiva prevista en artículo 52 bis en la Ley de Defensa del Consumidor, entiendo que le resulta plenamente aplicable al Estado en su rol de proveedor, a pesar de la prohibición del art. 1, por los argumentos que expongo en el punto correspondiente del presente trabajo.

Finalmente, la norma no lo aclara de manera expresa pero va de suyo que toda demanda contra el Estado, incluidos ahora los reclamos por daños y perjuicios, deben dirimirse en el fuero contencioso administrativo. Es decir, se amplía la materia contencioso administrativa para abarcar los supuestos de daños. El Estado tiene ahora un fuero propio para dirimir su responsabilidad patrimonial.

## 2. RESPONSABILIDAD POR ACTUACIÓN ILEGÍTIMA

Luego de establecer los eximentes, la Ley de Responsabilidad del Estado se explaya en referencia a la responsabilidad que deriva de la actuación legítima e ilegítima del estado. En ese sentido establece lo siguiente:

*Artículo 3.- Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:*

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



---

*verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.*

En lo que respecta al daño en sí mismo, debe ser cierto y mensurable en dinero. Debe ser un daño real, que haya causado un detrimento personal o patrimonial al particular, que será el que deberá probar el daño. El daño puede ser actual o futuro, así lo admitió la jurisprudencia de la CSJN (Fallos: 317-1225).

El requisito de la mensurabilidad dineraria abre la discusión sobre el daño moral, y atento a no poder tomar como supletorias las normas del Derecho Privado y no contener la Ley de Responsabilidad del Estado una aclaración al respecto, habrá que estar a lo que se disponga jurisprudencialmente.

Se exige que el daño pueda ser imputado materialmente a la actividad o inactividad de un órgano estatal. Está refiriendo a la necesidad que se trate de un daño causado por la Administración. Subjetivamente, significa que la responsabilidad debe ser causada por "agentes" estatales o personal al servicio de la Administración, con la criticable excepción del art. 6, que veremos más adelante.

No se ha previsto el caso de la concurrencia de diversas Administraciones en la producción de un daño, es decir, cuando Nación y Provincia y hasta Municipalidades realicen la gestión conjunta de un mismo servicio; si en este supuesto responderán solidariamente, o cuáles reglas le son aplicables.

La falta de servicios viene a cumplir las veces de factor de atribución. Según la LRE debe ser entendida como la "actuación u omisión irregular de parte del Estado". Obsérvese que no se exige ilegalidad, por tanto la falta

de servicio debe entenderse en un estadio anterior pero que claramente también comprende los casos de ilegalidad.

En lo que respecta a la omisión del Estado, se aclara que ésta "*... sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*". Ello quiere decir que, por ejemplo; los daños derivados de una inundación, producida por la ausencia de la construcción de una obra hídrica, solo generaría responsabilidad de existir una ley que lo prevea o una medida judicial que la mande a implementar.

En el caso "Mosca" (Fallos 330:563) la Corte Suprema identificó la falta de servicio como "violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular". Como puede observarse, no se exige culpa; es menester realizar un relevamiento entre el estándar de actuación, lo que podríamos llamar la actuación normal, y la efectivamente desplegada, que ha resultado dañosa. La falta es impersonal, por tanto no se valora subjetivamente la actuación del agente sino la prestación del servicio.

En lo que respecta a la falta de servicio dañosa, la Corte se expresó en los siguientes términos "*...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular*" (Fallos: 330-2748).

El concepto de falta de servicio fue originado en el derecho francés. Allí se distinguía claramente entre falta personal del funcionario, que generaba responsabilidad, o de la administración misma,

---

conocida como falta de servicio. La primera era juzgada por el poder judicial y la segunda por los tribunales administrativos<sup>269</sup>.

En el caso de la omisión, dado que resulta más complejo juzgar esa anormalidad, se exige la existencia de un deber normativo de actuación expreso y determinado; es decir, una omisión se entenderá como falta de servicio toda vez que exista una obligación de actuar que se ha incumplido.

Esta regulación de la omisión que genera responsabilidad patrimonial excluye a los daños que son consecuencia del ejercicio de facultades discrecionales.

Una situación distinta son los daños derivados de violaciones del Estado a deberes genéricos. La Corte había rechazado daños presuntamente derivados del incumplimiento deberes genéricos como bienestar general y seguridad. En el caso Cohen se explicitó que "el deber genérico de bienestar y seguridad no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso ni la circunstancia de que este haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa (...). Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder" (Fallos: 239:2088).

---

<sup>269</sup> Aberastury, Pedro. "Principios de la responsabilidad del Estado", en Responsabilidad del Estado, Director: Aberastury, Pedro. Abeledo — Perrot, Buenos Aires, 2007.

Pero había admitido la posibilidad de imputar responsabilidad por omisión a deberes genéricos, siempre y cuando ello fuera realizado con carácter restrictivo, siempre sujeto a un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar<sup>270</sup>

En el caso Mosca (Fallos: 330-563, considerando 6º, párrafo noveno) la Corte distingue entre situaciones de omisiones a mandatos expresos y determinados, de otras situaciones en las que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La Corte entendió que cuando existen mandatos generales e indeterminados se requiere una ponderación, con criterio restrictivo, de los medios disponibles por el Estado, el lazo que une a la víctima con la autoridad y el grado de previsibilidad del daño, pero no excluye la responsabilidad del Estado en absoluto, solo la rodea de exigencias mayores.

En lo que respecta al nexo de causalidad es, sin dudas, lo más difícil de probar y debe ser ponderado según el criterio de causalidad adecuada, lo cual resulta concordante con el artículo 1.726 del Código Civil y Comercial. Ello supone que la relación no tiene que ser necesariamente directa, ni exclusiva cuando se trate del obrar u omitir ilegítimo del Estado, pero impide en buena medida deslindar correctamente las cuestiones de causalidad fáctica e imputación objetiva.

---

<sup>270</sup> O'Donnell, Agustina. "Ley 26.944: nueva normativa sobre responsabilidad del Estado", en PET 2014 (agosto-545), 4. Cita Online: AR/DOC/2893/2014.

Si bien no lo dice expresamente la norma, como en el caso del daño, la prueba de este nexo corresponderá al demandante, pero si el Estado alega la existencia de fuerza mayor, la prueba de tal suceso debe ser aportada por quien la invoque.

La Ley de Responsabilidad del Estado establece que la actuación ilegítima del estado puede provenir de actividad o inactividad, y esta generará responsabilidad cuando se cumplan 4 requisitos:

- Daño cierto y mensurable en dinero.
- Nexos de causalidad.
- Falta de servicio.
- Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.

En lo que respecta a la actividad judicial ilegítima, que es conocida como "error judicial", nada dice expresamente la ley, pero deben tenerse presente las reglas generales de este artículo, así como el art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con rango constitucional, que establece que *"toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial"*, y el 14 inc. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también con rango constitucional, que dispone que *"cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido"*.

En nuestro país ha habido un caso paradigmático, en el que se resolvió la responsabilidad del Estado por actividad judicial ilegítima. El caso tuvo mucha resonancia mediática por los actores involucrados. El entonces juez federal Hernán Bernasconi, en una causa seguida contra Guillermo Coppola y otros, había emitido una orden de detención ilegítima en contra de uno de los acusados, a quien privó de su libertad por varios meses; luego se demostró que el magistrado integraba una organización dedicada a fraguar pruebas para iniciar procesos judiciales sin sustento. Dado que sin la intervención del juez no hubiera sido posible ocasionar el daño, se condenó al Estado por la actividad judicial ilegítima (Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 6-12-2005, "Cozza C/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación", L.L. 2006-C-386).

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el tema de la prisión preventiva sin condena ulterior, y si la misma genera responsabilidad; en ese sentido ha expresado que "la absolución o el sobreseimiento posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso de un proceso pues sólo debe significarse como error judicial aquella sentencia que resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales congruentes al caso (Fallos: 314-2112).

Una cuestión más compleja, pero posible de ser considerada como actuación judicial ilegítima, sería la responsabilidad del Estado por omisiones en la actividad judicial cuando exista un deber de conducta "expreso y determinado", la cual puede derivar de circunstancias tales como no ordenar a tiempo la libertad de un detenido.

### 3. RESPONSABILIDAD POR ACTUACIÓN LEGÍTIMA

En lo que respecta a los daños que derivan de la actividad legítima los parámetros son diferentes, y es así que se establece lo siguiente:

Artículo 4.- *Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:*

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

Luego aclara el art. 5 que *"la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional"*, lo cual es razonable, atento que no vamos a hallar antijuridicidad o ilicitud, o sea un obrar contrario a derecho, que es uno de los presupuestos generales de la responsabilidad.

La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación lícita es entonces, por principio general, excepcional y sujeta al cumplimiento de requisitos muy estrictos.

En el Derecho comparado por lo general se establece una diferenciación entre el daño ocasionado por el obrar legítimo e ilegítimo del Estado, quizás con la notable excepción de España donde el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración está

---

contemplado en el art. 106.2 de la Constitución de modo amplio y con alto nivel de generalidad: *"Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en cualquiera de sus derechos y bienes, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*, y luego, el art. 139 de la Ley 30/92, precisa que *"los particulares tienen derecho a una indemnización por parte de las Administraciones Públicas correspondientes por cualquier lesión en cualquiera de sus bienes o derechos, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos"*.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha seguido un camino sinuoso al respecto de esta responsabilidad. En principio, la negó totalmente; a partir del caso "Laplacette", de 1943, la admitió, pero esa doctrina coexistió con otros precedentes de signo opuesto y, también, con algunas soluciones intermedias donde se buscó conciliar posturas.

Recién a partir del caso "Los Pinos", de 1975, se consolidó la idea de la existencia de una responsabilidad estatal por actos lícitos. Desde entonces, la Corte ha venido reiterando el criterio de que cuando la actividad estatal lícita se constituye en causa eficiente de un perjuicio para algunas personas, cuyos derechos se sacrifican por la prevalencia de aquel interés general, los daños deben ser reparados. Se trata de proteger la propiedad en algunos casos, pero en su mayoría la igualdad ante la ley, de modo que no se admite que unos vean lesionados sus derechos para que otros (aunque sea una mayoría) logren con ello un beneficio.



En este caso el daño, además de cierto y mensurable en dinero, debe ser actual; no se admite daño futuro, aun cuando la Corte no exigía el recaudo de la actualidad del daño (Fallos: 323-1897) para estos supuestos.

En lo que respecta al nexo de causalidad, ya no se responde por una causalidad adecuada sino "directa, inmediata y exclusiva", por lo que cualquier interferencia rompería con la causalidad y liberaría de responsabilidad al Estado.

En lo que respecta al requisito de ausencia de deber jurídico de soportar el daño, lo más significativo es que esta responsabilidad no responde al principio genérico de *alterum non laedere*, sino a otro más específico de igualdad frente a las cargas públicas y su violación vía la exigencia de sacrificios especiales que el particular no está obligado a soportar. Como puede verse, en relación a la responsabilidad por actividad ilegítima se cambia la "falta de servicio" por "sacrificio especial de la persona dañada" y "ausencia de deber jurídico de soportar el daño".

Es importante señalar la lógica del razonamiento, si en el Derecho Privado el ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad, en paralelo la actuación legítima del estado tampoco puede ser equiparada a su obrar ilegítimo. Una idea similar expone Highton en su voto en el fallo "El Jacarandá c. Estado Nacional" (Fallos 328:2654)

La concepción del sacrificio especial supone que el administrado ha sido objeto de un agravio desigual y excepcional, en comparación con la de otros individuos, sobrepasando el límite de lo que el poder público puede

---

razonablemente imponer al individuo. Pero no puede soslayarse que en la responsabilidad por actos lícitos pone en tensión el ejercicio de sus atribuciones propias y los derechos de la eventual víctima, que sufre un daño por el accionar estatal.

Lo expuesto se halla en consonancia con el pensamiento del jurista español Pantaleón Prieto, quien criticando la solución del derecho de su país al equiparar los efectos de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, proponía que “la responsabilidad por «funcionamiento normal de los servicios públicos» debe conectarse estrictamente con el principio de igualdad ante las cargas públicas (deducible del art. 31.1 CE) y restringirse a los que propongo llamar «daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio», entendiendo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión ; siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar”<sup>271</sup>.

En lo que respecta a la actividad judicial, si ella es legítima no genera derecho a indemnización alguna (art. 5). Ello es la obligación de soportar los “costos” de someterse a un proceso judicial.

---

<sup>271</sup> Pantaleón Prieto, Fernando. “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en Documentación Administrativa, [S.l.], jun. 1994. Págs.247-8.

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado por actos legislativos, estamos en presencia de responsabilidad por los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, dado que se rige por sus criterios particulares. Por principio general la legislación no genera el derecho a una indemnización cuando provoque un perjuicio general a los destinatarios de la norma; sólo se indemnizará cuando suponga una carga especial con la que se rompa el principio de igualdad de los ciudadanos.

#### 4. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Luego, la Ley de Responsabilidad del Estado dispone que:

*Artículo 2.- Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:*

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

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

Como puede apreciarse no es una norma de excepción irrazonable; toda vez que se rompa el nexo causal, el Estado no está obligado a responder; pero obsérvese que solo refiere al Estado, no a sus funcionarios.

Esta norma es conteste con la existencia un factor de atribución objetivo de la responsabilidad, y es así que el hecho dañoso no puede imputarse al agente, por no existir una relación de causalidad adecuada.

---

Los eximentes tratados caracterizan la causa ajena, que es aquella que rompe el nexo causal entre el hecho del Estado y el daño sufrido por la víctima.

En primer término se encuentra la eximición de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que sea asumido expresamente por el Estado a través de una ley especial. Se trata de daños que derivan de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento.

Si seguimos las enseñanzas del Derecho Privado, el caso fortuito o fuerza mayor configuran daños que no son previsibles para el causante, o siéndolo le resultan inevitables; por ende no le son imputables. El tema de la previsibilidad es complejo en este caso, porque se trata de una cuestión de estándares de conducta y no resulta fácil establecer cuál es el que le corresponde al Estado.

Coincido con Pantaleón Prieto cuando afirma que “una responsabilidad general de las Administraciones públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier parcela de la gestión administrativa no sería verdadera «responsabilidad civil» (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino «seguridad social»: mecanismo de protección regido por principios de justicia social, que sólo debe asistir a quienes se encuentran en situaciones de necesidad económica y en la medida indispensable para cubrirlas”<sup>272</sup>. Pero dado que el Estado es siempre un profesional, especialmente cuando ejecuta actos de autoridad, tiene el deber de

---

<sup>272</sup> Pantaleon Prieto, ídem, pág. 250.

---

prever lo que un particular no está obligado a considerar, y debe ser juzgado con criterios mucho más estrictos.

La pretensión de autonomía de la Ley de Responsabilidad del Estado se pone a prueba también en esta norma, porque será menester definir concepto y determinar alcance de los términos de caso fortuito y fuerza mayor, sin recurrir al Código Civil y Comercial, lo cual será una tarea complicada y absurda.

En segundo término se hallan aquellos casos en los cuales la propia víctima o un tercero hubieren concurrido a la producción del daño. Para que pueda aplicarse lo que en dogmática privatista se denominan "hecho de la víctima" y "hecho de un tercero", se requerirá la culpa exclusiva de la víctima, y en el caso del tercero, que se trate de uno por el cual el Estado no deba responder; solo en esos casos podríamos considerar la causa ajena. Pero la Ley de Responsabilidad del Estado omite esa referencia, lo cual abre un interrogante para los casos de responsabilidad por actividad ilegítima, porque para la actividad legítima se exige que la relación de causalidad sea directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño, por lo que cualquier intervención coadyuvante de la víctima o del tercero eliminaría cualquier responsabilidad del Estado.

En el derecho privado, el nexo causal se interrumpe en la medida que el daño sea consecuencia de una actividad dolosa o negligente de la víctima. Pero cuando el reproche no sea imputable totalmente a la víctima se acepta la culpa concurrente, que aquí parece no tener lugar.

---

## 5. EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN

La Ley de Responsabilidad del Estado dispone:

*Artículo 5.- La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.*

*La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.*

Entonces es dable interpretar a *contrario sensu*, que la reparación en caso de actividad ilegítima es plena, y por tanto comprende el daño emergente -entendido como las pérdidas objetivas sufridas en el patrimonio del afectado-, y el lucro cesante, que se integra con las expectativas económicas objetivamente esperadas y dejadas de percibir.

En el caso de la reparación por actividad legítima solo comprende el daño emergente. Coincido con Gelli, que "si la justificación en cuanto a la responsabilidad en el obrar lícito del Estado reposa, en primer lugar, en la igualdad de las cargas y, en segundo término, en la inviolabilidad de la propiedad, el principio legal debe de ser el de la indemnización plena -es decir, incluyendo el lucro cesante- y la excepción el límite indemnizatorio dependiendo, ambos, en la aplicación judicial, de los

hechos del caso. Todo lo contrario de lo que dispuso la ley de Responsabilidad del Estado...<sup>273</sup>.

Va de suyo que tampoco comprende el daño moral, dado que claramente se circunscribe al "... *valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas*" (art. 5).

La LRE no dispone si la reparación puede consistir en la prestación omitida o deficientemente prestada, vale decir una reparación en especie, o reclamar la reparación de los perjuicios derivados de la conducta no realizada o realizada deficientemente. Esto no es una cuestión menor, dado que se pueden indemnizar los daños producidos por el servicio deficiente, pero si cesa el mismo, los daños pueden seguir produciéndose.

## 6. DAÑOS OCASIONADOS POR CONCESIONARIOS O CONTRATISTAS

Una disposición muy cuestionable de la LRE es la siguiente:

*Artículo 6.- El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.*

---

<sup>273</sup> Gelli, María Angélica. "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", en La Ley 2014-E, 659. Cita Online: AR/DOC/2725/2014.



Este artículo responde a la lógica administrativista. El concesionario o contratista es una persona jurídica distinta al Estado, no es órgano suyo, no integra la Administración y, por tanto, los daños que cause no pueden ser imputados al Estado. De hecho, una de las condiciones que debe reunir esta persona, es la solvencia para hacer frente a los daños.

Sostengo que el criterio es cuestionable porque desvincula al Estado de su deber de contralor, sobre el cumplimiento de una función encomendada por el Estado a un sujeto también elegido por él mismo. El estado elige un tercero (concesionario), le asigna una función estatal que le es propia, y luego se desvincula de las consecuencias dañosas de su obrar. Es, simplemente, injustificable.

Según lo dispone la norma citada, el Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos. Aparentemente se busca plasmar la línea jurisprudencial expresada en el caso Colavita (Fallos: 323:318), aunque luego fue morigerada en el caso Bea (Fallos: 333:1623), pero en rigor de verdad se adoptó la posición más extrema, en aparente consonancia jurisprudencial, para consagrar un verdadero privilegio de indemnidad para el Estado.

La aplicación plena de la norma no permitirá que se indemnicen a los perjudicados por los hechos derivados de los daños que se ocasionan por el mal estado de los servicios públicos concesionados y producidos por el negligente control del Estado concedente.



Catalano<sup>274</sup> encuentra una ventana por donde deslizar responsabilidad estatal, sosteniendo que cuando la norma exime de responsabilidad al Estado, lo hace toda vez que "la acción u omisión sea imputable a la función encomendada", de modo tal que cualquier desvío en su accionar de lo dispuesto en contrato o norma que confiere la función, hace nacer responsabilidad. La lógica sería la siguiente, la función encomendada no supone dañar; ergo, si se daña hay responsabilidad del Estado. Pero la responsabilidad que le puede caer no sería directa, sino a título de "in vigilando" o "in eligendo" cuyo fundamento es legal y proveniente del derecho común, que ha sido expresamente vedado en este ámbito.

Quizás lo más preocupante se halle en el hecho que, aun siguiendo la lógica administrativista, no se ha previsto la insolvencia del concesionario o contratista, lo cual condena al damnificado a soportar el daño injusto sin poder trasladarlo, dado que el Estado ni siquiera cumple una función de garantía como deudor subsidiario.

## 7. PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la prescripción, se ha establecido lo siguiente:

*Artículo 7.- El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la*

---

<sup>274</sup> Catalano, Mariana. "Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reforma al Código Civil", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros N 12. p. 5-19.

---

*verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.*

Si comparamos esto con el plazo del derecho común, podemos ver que el artículo 2.560 del Código Civil y Comercial establece un plazo genérico de 5 años. Como puede apreciarse, el tiempo para demandar al Estado es menor al que se les concede al resto de las personas, cuando debiera ser justamente a la inversa por la complejidad que implica iniciar una acción de esta naturaleza.

Pero, en rigor de verdad, los tres años de la Ley de Responsabilidad del Estado puede ser un tiempo abreviado si tomamos en cuenta el momento del daño, pudiendo variar sustancialmente si lo computamos desde que se agota el procedimiento administrativo.

El administrado que resulta damnificado por un acto administrativo ilegítimo y pretende reclamar un resarcimiento ante la Justicia, debe cumplimentar una serie de pasos previos: impugnar el acto, agotar la vía administrativa y obtener la declaración de ilegitimidad del acto como condición para obtener el resarcimiento. Hasta tanto se cumpla con todas estas exigencias, puede que transcurra el plazo de prescripción de 3 años computable desde la verificación del daño.

Es por ello que, a los efectos prácticos el plazo de prescripción comienza cuando la acción queda expedita, pues ello significa que el derecho asociado a la acción se torna exigible, y es precisamente sobre dicha exigibilidad que opera el instituto de la prescripción<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> Acosta, Juan Ricardo. "Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de daños emanados de un acto

## 8. ACCIÓN DE DAÑOS

Según dispone la Ley de Responsabilidad del Estado:

*Artículo 8.- El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.*

En este caso no queda claro el plazo para incoar la demanda de daños cuando se hubiere obtenido la nulidad o la inconstitucionalidad; es de suponer que se puede aplicar el art. 7, entendiéndose que al haberse obtenido la nulidad o inconstitucionalidad queda expedita la acción de daños.

La posibilidad de iniciar la acción de daños en forma conjunta con la acción de nulidad, supone autorizar el ejercicio de una acción que no se encontraría expedita sino hasta que concluye el proceso de anulación del acto<sup>276</sup>.

## 9. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

La LRE dispone:

*ARTICULO 10. — La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas*

---

administrativo ilegítimo”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2014-VI, 189. Cita Online: AR/DOC/440/2014.

<sup>276</sup> Acosta, Juan Ricardo. “Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de daños emanados de un acto administrativo ilegítimo”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2014-VI, 189. Cita Online: AR/DOC/440/2014.

---

*específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.*

#### 10. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y AGENTES PÚBLICOS

También dispone la Ley de Responsabilidad del Estado:

*Artículo 9.- La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.*

Este artículo debe ser analizado en conjunto con el art. 1, por lo que no hay responsabilidad directa del funcionario público, sino tan sólo una acción de regreso ante la propia Administración.

Como puede verse la responsabilidad del Estado es objetiva, pero la de los funcionarios es subjetiva, por culpa o dolo; ahora bien, qué debe entenderse por tales en este contexto, cuando no se puede abreviar en el 1.724 del Código Civil y Comercial para determinarlo. Para circunvalar este grave problema solo podríamos ver si se puede hacer una distinción entre aplicación subsidiaria que impide la Ley de Responsabilidad del

---

Estado y el Código, e interpretación integradora, que habilitaría el mismo cuerpo normativo en el art. 2.

Cassagne<sup>277</sup> entiende que si el derecho administrativo no legisla el alcance de la responsabilidad de los agentes estatales cuando cometen faltas de servicio, se aplicará analógicamente, el Código Civil y Comercial, siendo las responsabilidades del Estado y de los agentes públicos concurrentes.

En lo que respecta al plazo, es coherente con lo establecido en el art. 7. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

La LRE no establece que el estado y sus funcionarios o agentes sean solidariamente responsables, pero la última parte del artículo 9 dispone la acción de repetición del estado frente al funcionario que generó el daño por dolo o culpa.

Atento a la existencia de un fenómeno nuevo en nuestro país, cual es la adquisición por parte del Estado de paquetes accionarios de sociedades privadas, con los consecuentes derechos de designar directores, síndicos, consejeros y otros funcionarios que integran sus órganos sociales se plantea una nueva problemática a

---

<sup>277</sup> Cassagne, Juan Carlos. "El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", en La Ley 2014-C, 885. Cita Online: AR/DOC/1303/2014.

resolver. Por aplicación de reglas generales no podrían ser considerados "agentes" estatales, pero el Poder Ejecutivo Nacional ha entendido, según lo expresa en los considerandos del Decreto 196/2015, que "toda vez que la actuación de los funcionarios aludidos encuentra su origen en una designación estatal" poseen un estatus especial.

El mencionado Decreto 196/2015 establece:

*Artículo 1.- Los Directores, Síndicos, Consejeros y funcionarios designados por, o a propuesta del Estado Nacional o de sus entidades, en los órganos sociales de las empresas y sociedades donde tenga participación en el capital social, son funcionarios públicos a los efectos de la delimitación de su responsabilidad y respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, con las exclusiones previstas en el presente decreto.*

Por si no fuera suficiente asimilarlos a funcionarios públicos, luego se dispone:

*Artículo 2.- El Estado Nacional garantiza la indemnidad de los funcionarios mencionados en el Artículo 1º del presente decreto, que durante el ejercicio de esas funciones o luego de cesado en ellas, fueren demandados, intimados, requeridos, denunciados, querellados o imputados por el ejercicio de tales responsabilidades; debiendo brindar a través de las jurisdicciones y/o entidades estatales correspondientes, la asistencia especializada necesaria para asegurar su defensa, representación o patrocinio legal; sin perjuicio de la intervención que la Ley Nº 12.954, el Decreto Nº 34.952/47 y las normas complementarias le*

---

*acuerdan a la Procuración del Tesoro de la Nación.*

Y con el objeto de brindar una protección aún mayor se decidió la aplicación retroactiva de estas disposiciones:

*Artículo 4.- Las disposiciones que anteceden se aplicarán, incluso, a las situaciones jurídicas preexistentes, generadas por intimaciones, requerimientos, denuncias, querellas, imputaciones o demandas originadas en hechos o conductas anteriores a la fecha del presente decreto, y resultan complementarias de otras normas especiales que se encuentren vigentes.*

Es así que entre la LRE y el Decreto 196/2015 se han encargado de crear una categoría dogmática, *los dañadores privilegiados*.

### **VIII. Fundamentos de la responsabilidad del Estado**

Es muy importante determinar claramente los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado, cuestión que, por otra parte, puede incidir en la regulación de la materia por el derecho común o por el derecho administrativo.

En general, los administrativistas, siguiendo las enseñanzas de Marienhoff<sup>278</sup> encuentran la base de la responsabilidad en la existencia misma del Estado del Derecho<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

<sup>279</sup> Cassagne, ídem.

La fuente constitucional no es directa, sino que se construye sustentada en tres pilares:

- *Alterum non laedere* (art. 19)
- Principio de igualdad ante la ley y su proyección sobre la igualdad de las cargas públicas (art. 16)
- Principio de inviolabilidad de la propiedad (art. 17)
- Respeto a los derechos adquiridos; ya que los derechos reconocidos en los arts. 14 a 20 constituyen derechos adquiridos por los particulares en sus relaciones con el Estado y por el art. 28, que establece que el Estado no puede alterarlos bajo el pretexto de su reglamentación.

También coadyuva en esta construcción el artículo 116 de la Constitución Nacional, que establece la demandabilidad del estado nacional, sin prerrogativas.

Por otra parte, es posible encontrar situaciones especiales tales como tratados internacionales que establecen indemnizaciones en casos concretos como cuando una persona es ilegalmente detenida o presa.

En muchas constituciones provinciales se prevé expresamente la responsabilidad del estado, que muchas veces remite al derecho privado (por ejemplo: Constitución de Santa Fe de 1962 art. 18; Formosa, art. 18; San Juan, art. 43, etc.).

Ahora bien, la pregunta central es ¿cómo construir un sistema de responsabilidad patrimonial con esta base normativa y con una ley tan acotada como la de Responsabilidad del Estado? Para agravar el cuadro de situación nos encontramos con la propia ley, que sostiene que no es aplicable el Código Civil y Comercial de manera directa ni subsidiaria, pero el Código sostiene que no es aplicable el capítulo 1 del título



---

respectivo. Lo previsto en el Código impide aplicar las reglas de responsabilidad del derecho común; en cambio, la Ley de Responsabilidad del Estado impide aplicar el Código en su totalidad, lo cual obliga a legislar aspectos jurídicos fundantes, cuestión que aún no ha sido resuelta.

La Ley de Responsabilidad del Estado solo se aplica al ámbito federal, invitándose a las Provincias a adherir en la inteligencia que de ese modo podría volver a lograrse la uniformidad que existía cuando el tema era tratado por el derecho común, pero ello no es más que una pretensión difusa, dado que las provincias conservarán los poderes no delegados (art. 121 C.N.), pudiendo adherir parcialmente, no hacerlo y dictar leyes propias, o bien reglamentando de manera particular lo dispuesto en la LRE estableciendo criterios propios para regular las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio.

Si bien no existe un mandato constitucional claro que disponga la obligatoriedad del tratamiento de la responsabilidad del Estado por el derecho común, no puede obviarse la fuerza del precedente que lo ha tratado siempre como un capítulo del derecho común y la conveniencia que las instituciones troncales del sistema jurídico sean reguladas por el derecho común, no necesariamente en el Código Civil y Comercial, pero sí de manera uniforme en todo el país. No podemos soslayar la necesidad de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico.

Además, cuando se trata de responsabilidad estamos frente a una materia propia del derecho de fondo, perteneciente al régimen patrimonial. Será una decisión

---

del legislador tratarlo en el Código Civil y Comercial o fuera de él como un microsistema, pero pretender regir la competencia por la personalidad del dañador pertenece a concepciones vetustas, propias de otros tiempos “cuando todavía influían en materia de responsabilidad los conceptos monárquicos, y donde se entendía que el soberano no podía ser llevado por ante los tribunales como un litigante común”<sup>280</sup>.

También debe tenerse presente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con rango constitucional, que en sus artículos 1, 2, 8, 10, 21 y 24 establecen la obligatoriedad de la tutela de los derechos de la persona en su integridad, lo que implica el derecho a la indemnización en caso de daños en condiciones de igualdad sin reparar si la lesión provino de la actividad estatal o de un particular. Lo contrario significa constituir un verdadero privilegio, a favor del estado y en perjuicio de sus víctimas.

### **IX. La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor**

Es posible apreciar, en los últimos años, un notable incremento de la presencia del Estado en el mercado; pero ya no en su aspecto público como regulador, sino como proveedor directo de bienes y servicios.

La participación estatal es visible en materia de transporte, comunicaciones, servicios bancarios y financieros, seguros, correos, combustibles, etc.

---

<sup>280</sup> Junyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio. “Nuevo régimen de responsabilidad del Estado”, en La Ley 2014-A, 796. Cita Online: AR/DOC/324/2014.

---

La situación descrita abre el interrogante sobre el estatus del Estado como proveedor, y a cuál marco normativo debemos remitirnos cuando de la relación de consumo con éste puedan derivar daños para el consumidor.

En principio parecería que los artículos 1.764 a 1.766 del Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado crean un sistema cerrado, omnicomprensivo de todas aquellas situaciones donde cabe predicar responsabilidad patrimonial del Estado.

A poco que miramos con atención podemos ver que el Código Civil y Comercial declara inaplicable el título de responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado y, luego, la Ley de Responsabilidad del Estado lo amplía a todo el Código. En ningún momento se refiere la exclusión a la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y, en especial, a su artículo 40.

Ello sumado al hecho que el Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado no son de orden público, a diferencia de la LDC que si lo es, y constituye un microsistema que halla su fundamento directo en el artículo 42 de la CN y no habilita a distinguir a los proveedores en razón de su carácter público o privado.

En tal sentido, es muy clara la Ley de Defensa del Consumidor al establecer el concepto de proveedor en los siguientes términos:

*Artículo 2. Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y*

---

*comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.*

En consecuencia, el Estado puede ser considerado proveedor y, en tal calidad, obligado al cumplimiento de la Ley de Defensa del Consumidor. La única excepción que habilita la ley es la referida a los profesionales liberales (art. 2) y a los proveedores de servicio de aerotransporte (art. 63).

Por otra parte, "existe un amplio consenso en que el Estatuto del Consumidor ha dado nacimiento a un régimen de responsabilidad autónomo y diferente al previsto para el Derecho Privado en general"<sup>281</sup>, y es a ese régimen de responsabilidad general, que tanto el Código Civil y Comercial como la Ley de Responsabilidad del Estado, buscan poner por fuera a la responsabilidad estatal.

El dato de la referencia constitucional es clave para compatibilizar con aquellas disposiciones del Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado que, si bien no excluyen explícitamente a la Ley de Defensa del Consumidor, establecen que es el Derecho Administrativo el único habilitado a regular la responsabilidad estatal. La claridad del precepto constitucional, sumado a la ausencia de exclusión explícita, permiten sostener la autonomía del microsistema del Derecho del Consumidor frente a la nueva responsabilidad del Estado.

---

<sup>281</sup> Chamatropulos, Demetrio. "La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor", en Revista de Derecho de Daños 2015-1. Responsabilidad del Estado – II. Pág. 163.

---

Abonan esta idea la propia Ley de Responsabilidad del Estado cuando dispone:

*Artículo 10. — La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria.*

Es decir, en lo que respecta a responsabilidad contractual remite a la normativa específica, que para este caso será la Ley de Defensa del Consumidor. Si bien ya no cabe la distinción entre ámbitos de responsabilidad en el derecho privado desde la sanción del Código Civil y Comercial, y mucho antes en lo que respecta al Derecho del Consumidor, la mencionada disposición legal sirve a los efectos interpretativos dado que según lo dispuesto por el art. 2 del Código *"la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades..., los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento"*.

También resulta conteste con esa interpretación lo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor:

*Artículo 3 — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia.*

*...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo... En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.*

*Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté*

---

*alcanzado asimismo por otra normativa específica.*

En consecuencia, las normas que regulan la responsabilidad del Estado y los funcionarios no excluyen al Derecho del Consumidor, que se aplica como microsistema autónomo sin hesitaciones, incluso derrotando la prohibición del art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado que dispone que *"la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios"*. El microsistema se aplica plenamente, aún con el artículo 52 bis que consagra los daños punitivos. Cualquier solución en contrario será inconstitucional a la luz del art. 42 y lesiva del orden público consumeril, consagrado en la Ley de Defensa del Consumidor.

## **X. Conclusiones**

Sustraer la responsabilidad del Estado del Código Civil y Comercial es una decisión legislativa opinable, dado que pertenece al campo de las potestades del Congreso la posibilidad de crear un subsistema normativo y dotarlo de autonomía. En esta discusión se entremezclan cuestiones de mérito y conveniencia que quedan fuera del análisis jurídico.

Ahora bien, sustraerla y no prever un mecanismo de sustitución equivalente deja de ser campo de opinión para ser objeto de cuestionamiento desde el punto de vista de los derechos de los particulares, porque donde antes había un estatuto legal, ahora hay incertidumbre y dudas. Donde antes había una norma común, ahora pueden haber 25 normas diferentes y dispares. Donde antes había derechos, ahora hay peligro para los ciudadanos expuestos a la dañosidad del estado. Donde

---

antes había responsabilidad ahora hay, en gran medida, impunidad.

La Ley de Responsabilidad del Estado se declara aplicable solo para el estado nacional, e invita a las provincias a adherir. Pudiendo haberse optado por mecanismos más eficientes para asegurar la aplicación de estas normas en todo el país.

La responsabilidad civil se ha fracturado, ya no es una sola, y la diferencia atiende a las particularidades del autor del daño. Si el dañador es el estado o los funcionarios públicos cuentan con normas especiales, se les ha creado un injustificado privilegio.

Por otra parte, la aplicación del Código Civil y Comercial nos obliga a crear un Derecho de Daños propio para la Responsabilidad del Estado, y no es posible hacerlo desde la LRE, no solo por sus limitaciones de técnica legislativa, sino por la atomización que la federalización supone.

La imposibilidad de contar con un marco de referencia como las reglas de responsabilidad del Código Civil y Comercial, también supone declinar los avances más importantes que se han producido en la materia, como ser la función preventiva, que en el caso de la responsabilidad del Estado sería de una indudable relevancia.

En muchos aspectos la Ley de Responsabilidad del Estado nos lleva de vuelta a un estadio evolutivo anterior al Código Civil y Comercial. Lo cual no es poco, si observamos que el potencial victimario es un sujeto extremadamente poderoso, frente al cual todos nos hallamos expuestos.

El tema no es a qué rama del derecho adscribiremos la ley que rija la materia. No se trata de una disputa "territorial" entre civilistas y administrativistas, la cuestión es el paradigma, los principios y valores que informen la solución legal.

Se trata de discusiones distintas; por un lado, si tiene que ser tratada la responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial, o tiene que quedar fuera y ser regulada por ley especial de derecho común y sustantivo, o bien por el derecho administrativo, siendo esta última opción la más difusa porque llevará a crear un mosaico normativo de enorme complejidad.

Hasta la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado convivían pacíficamente una legislación común y uniforme en todo el país, junto con disposiciones constitucionales provinciales, y leyes locales que establecían supuestos especiales de responsabilidad para provincias, municipios y sus agentes; tales como las de contabilidad pública, de contrataciones, obras públicas, etc.

Si bien nuestra organización del Estado es federal, no en estado puro sino atenuado o morigerado, a diario presenciamos afectaciones al federalismo consagrado en la Constitución. La tendencia consolidada se orienta hacia un federalismo nominal con una creciente centralización del poder, y justamente en ese contexto se da la única excepción "federalizante"; la eliminación de la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos del derecho común para ser llevado al ámbito de un Derecho que no ha sido delegado al Estado Nacional. No hay norma de responsabilidad del Estado y funcionarios públicos que sea ingenua o desprovista de intencionalidad, este despertar "federalizante" es, cuanto menos, sospechoso.



Si la responsabilidad del Estado debe encuadrarse en cánones distintos de la responsabilidad civil, me inclino a una respuesta positiva pero por razones muy diferentes a las que son esgrimidas por los partidarios de la Ley de Responsabilidad del Estado. La responsabilidad pública puede ser regulada como un tema ambivalente, a diferencia de la responsabilidad civil enfocada solo desde el prisma de la dogmática jurídico-privada.

El derecho privado regula las relaciones de coordinación entre particulares, su paradigma es la igualdad. En principio fue una igualdad absoluta, que se transformó en igualdad formal porque tratar como iguales a quienes no lo eran favorecía a los más fuertes. Solo entonces fue sensible a la búsqueda de la igualdad real, la igualdad no como punto de partida sino de llegada. De ese modo se empezó a proteger al débil jurídico, que hoy es el nuevo paradigma del sistema.

Nada menos que en ese punto la Ley de Responsabilidad del Estado atrasa, protege al fuerte, desampara al débil. Si en algo debiera ser diferente la responsabilidad del estado, es en crear un microsistema que ampare al débil jurídico, al administrado. No hay relación de mayor desigualdad que la existente entre el ciudadano y el Estado, ciudadano que cuando más vulnerable (anciano, pobre, analfabeto, discapacitado, etc.) es aún más débil frente a un Estado elefantiásico y arbitrario. La desigualdad ciudadano-Estado es mucho mayor que la existente entre consumidor y empresa; en cambio, parece no merecer una norma acorde a su real situación, tal vez porque los empresarios no son quienes dictan las normas jurídicas que regulan su responsabilidad.

Otra particularidad; el ideal de justicia que pretende consagrar el derecho privado es la justicia conmutativa, siendo muy discutible su valor como realizadora de la justicia distributiva; en cambio, la responsabilidad del Estado no solo debe ocuparse de la justicia conmutativa, también puede ser un instrumento idóneo de justicia distributiva. La justicia distributiva es un deber indelegable del Estado, y la responsabilidad puede ser uno de los medios a su disposición para concretarla.

También es un elemento de limitación del poder compatible con el principio republicano, y control por parte de los ciudadanos. Como expresa Martín Rebollo, describiendo el derecho español, la responsabilidad del estado es “un instituto que no debe ser efectivamente considerado como un freno a la actividad pública, sino como un elemento de orden del sistema, un instrumento para configurar y modular la actuación administrativa y una pieza esencial de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos”<sup>282</sup>.

Necesitamos un régimen que no cree privilegios so pretexto de reivindicar viejas fronteras que dividían derecho público y privado, especialmente en tiempos en que estos paradigmas están cambiando -prueba de ello es la constitucionalización del derecho civil-, y en aquellos supuestos en que no existe razón atendible para distinguir: al peatón atropellado por un vehículo automotor, le es indiferente que éste pertenezca a un particular o a un ministerio; el paciente que sufre daños

---

<sup>282</sup> Martín Rebollo, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM 4 (2000). Página 308.

causados por mala praxis médica no puede encontrar una respuesta diferente según esté en un hospital público o una clínica privada; a un niño que sufre daños en una escuela, le da igual que esta sea pública o privada, etc.

En suma, con el Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado se edifica un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que se caracteriza por ser incompleto, inseguro y fragmentado. Precisamente, todo lo opuesto a lo que necesita el administrado. Es de esperar que a la brevedad se pueda retomar el camino del anteproyecto y subsanar la situación actual.

## **XI. Bibliografía**

Aberastury, Pedro. (2007). "Principios de la responsabilidad del Estado", en Aberastury, Pedro (Director), Responsabilidad del Estado. Abeledo — Perrot, Buenos Aires.

Aberastury, Pedro. (2014). "La nueva ley de Responsabilidad del Estado", en ADLA 2014-25, 18. Cita Online: AR/DOC/2862/2014 (Fecha de acceso: 13 julio 2016)

Acosta, Juan Ricardo. (2014). "Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de daños emanados de un acto administrativo ilegítimo", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2014-VI, 189. Cita Online: AR/DOC/440/2014 (Fecha de acceso: 10 marzo 2017)

Cassagne, Juan Carlos, et al. (2008). Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

Cassagne, Juan Carlos. (2014). "El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", en La Ley 2014-C, 885. Cita Online: AR/DOC/1303/2014 (Fecha de acceso: 12 jul. 2016).

Catalano, Mariana. (2014). "Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reforma al Código Civil", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros N 12. p. 5-19.

Chamatropulos, Demetrio. (2015). "La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor", en Revista de Derecho de Daños 2015-1. Responsabilidad del Estado – II. p. 143-187.

Gelli, María Angélica. (2014). "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", en La Ley 2014-E, 659. Cita Online: AR/DOC/2725/2014 (Fecha de acceso: 10 ago. 2016).

Junyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio. (2014). "Nuevo régimen de responsabilidad del Estado", en La Ley 2014-A, 796. Cita Online: AR/DOC/324/2014 (Fecha de acceso: 10 ago. 2016).

Marienhoff, Miguel. (1990). Tratado de Derecho Administrativo, Tº I, 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Martín Rebollo, Luis. (2000). "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones", en AFDUAM 4 (2000), pp. 273-316. También en Revista de Administración Pública, N 150 (enero-abril, 2000).

Martín Rebollo, Luis. (2007). "Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas, en Moreno Martínez, Juan Antonio (Coordinador). La responsabilidad civil y su problemática actual. Dykinson. Madrid.

Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Luis (Directores). (2015). Revista de Derecho de Daños 2015-I. Responsabilidad del Estado II. Santa Fe.

Mosset Iturraspe, Jorge. (2004). Responsabilidad por daños, tomo X. Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

O'Donnell, Agustina. (2014). "Ley 26.944: nueva normativa sobre responsabilidad del Estado", en PET 2014 (agosto-545), 4. Cita Online: AR/DOC/2893/2014 (Fecha de acceso: 10 sept. 2016).

Pantaleón Prieto, Fernando. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Documentación Administrativa, [S.l.], jun. 1994. ISSN 1989-8983. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5354&path%5B%5D=5408>. (Fecha de acceso: 11 mayo 2017)

Rosatti, Horacio (Director). (2014). Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

Trigo Represas, Félix. (2014). "Responsabilidad por daños causados por la actividad lícita del Estado", en ADLA 2014-25, 3. Cita Online: AR/DOC/2863/2014 (Fecha de acceso: 12 ago. 2016).