

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

JULIO ROBLES.

Prof. Adjunto : Cátedra: Derecho Administrativo I – Facultad de Cs. Jurídicas y Política UCP.

¿DERECHO PÚBLICO VS. DERECHO PRIVADO? INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, lo referido a la responsabilidad patrimonial del Estado, es un tema de antigua discusión, que ha tomado auge en nuestro país alrededor de dos sucesos jurídicos recientes, la sanción de la [Ley 26.944](#) y del [Código Civil y Comercial](#), dando lugar con ello a nuevas discusiones en torno a la aplicabilidad de las normas de este último cuerpo normativo a las consecuencias de los hechos dañosos que el Estado puede producir en cumplimiento de su actividad, que no tiene otro fin que no sea el de satisfacer necesidades públicas o, en otras palabras, la materialización del interés público que fundamenta su existencia.

Tal como sugiere [Patricio Marianello](#), Para introducirnos en el diálogo referido a la Responsabilidad Estatal, es adecuado considerar su origen y significado jurídico.

El término responsable encuentra su génesis en el latín “responsum”, que significa “responder”; en derecho es conocido como la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

Para que haya responsabilidad debe haber un antecedente y un consecuente.

El antecedente es una obligación, pues a nadie se lo puede hacer responsable de una conducta o de una omisión si no tiene una obligación, mientras que el consecuente es el daño, atento a que si la obligación no ocasiona un daño, desde el plano jurídico es irrelevante.

En el constante devenir del Derecho Administrativo, plasmado en normas que reflejan su evolución con sustento en principios propios y reglas comunes con el Ordenamiento Jurídico -a todo lo cual se suma la incorporación de los textos convencionales a nuestra constitución y al orden de prelación contenido en el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional-, tuvo lugar la gestación y evolución del régimen jurídico que regula la responsabilidad estatal, por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que concluyó en la reciente sanción de la Ley 26.944 o Ley de Responsabilidad del Estado Nacional.

Remontándonos unos pocos cientos de años atrás, como lo explica [Analía Eliades](#), durante siglos se sostuvo la irresponsabilidad del Estado bajo el concepto de soberanía, con sustento en el criterio del derecho inglés, en el apotegma de que “el rey no puede errar”.

En el siglo XVIII, Prusia adoptó la figura del Fisco, con origen en Roma, para responsabilizar al Estado Prusiano por los daños que produjese en el desarrollo de su actividad, aunque para supuestos restringidos y con sustento en las normas del Derecho Privado.

La Revolución Francesa, sustituyó la soberanía del monarca por la soberanía del pueblo, articulada sobre la concepción roussoniana del predominio de la voluntad general, pero manteniendo el esquema de la responsabilidad estatal bajo la diferenciación entre actos de autoridad y actos de gestión.

A partir del siglo XIX, se reconoció la responsabilidad del Estado cuando actuaba en ejercicio de prerrogativas de poder público, como resultado de la labor del Consejo de Estado francés que, a partir de los casos “Blanco” y “Pelletier” (ambos resueltos en 1873), que consagraron la responsabilidad del Estado por faltas objetivas

en la prestación de servicios públicos y por actos judiciales y legislativos.

En su actividad extracontractual, el Estado se ve obligado a responder tanto por su actividad lícita, como por su accionar ilícito, ilegítimo.

Como veremos más adelante, nuestro país no escapó a estas tendencias, dando lugar de esta manera, a un rol protagónico que debió asumir la Corte Suprema de Justicia, en la definición de los lineamientos esenciales para la procedencia de la Responsabilidad del Estado por su conducta legítima y su actividad u omisión ilegítima, sea en el ámbito contractual o extracontractual.

Así las cosas, a la sanción de la Ley 26.944, ha venido a llenar un vacío que reclamaba la doctrina en una materia tan trascendente como lo representa la Responsabilidad del Estado que tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, revelan una posición jurídica en la materia.

I. BREVE RESEÑA EN RELACIÓN A LOS ANTECEDENTES.

Hace ya mucho tiempo, se consideró que el Estado no debía responder por la actividad que desarrollaba en su calidad de Poder Público, es decir en ejercicio de las prerrogativas de las que detenta, sea por su carácter de SOBERANO, sea con sustento en su doble personalidad o bien en el deber de los ciudadanos de soportar las cargas públicas, como alguna vez lo sostuvo el [Dr. Fayt](#); en esta línea de pensamiento, en 1900 en nuestro país se sancionó la Ley 3.952, que suprimió el sistema de venia legislativa para los daños causados por el Estado por su actividad en el ámbito del Derecho Privado instrumentando el reclamo administrativo previo al Poder Ejecutivo, aunque dejaba afuera aún, la demandabilidad del Estado por sus actos como persona de [Derecho Público](#).

Abandonando los aspectos procesales, tal como lo entiende [Juan Carlos Cassagne](#), a partir del precedente “Blanco” y su similar “Pelletier”, se perfiló una concepción iuspublicista sobre la responsabili-

dad del Estado, montada sobre la distinción entre falta de servicio y falta de personal, que desembocó en el abandono de la noción de culpa como presupuesto inexcusable de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la Función Administrativa, cuando ello ocasione perjuicios al administrado. Por cuanto, el Derecho Administrativo sustituye a la noción de culpa del Derecho Privado para centrarse en el desequilibrio que se produce como consecuencia del daño, así como en el servicio público.

La noción de **Falta de Servicio**, traduce un significado más amplio y objetivo, como criterio de imputación del daño, **separando la responsabilidad de la administración de la del funcionario**, para conceder la reparación patrimonial por daños causados a los particulares por el **irregular y defectuoso servicio**, que según la corriente de pensamiento francés, debe considerarse como un **funcionamiento irregular, no en relación con la culpa del agente que forma el órgano del Estado, sino con relación a las leyes y reglamentos que rigen la función y el daño causado al administrado**.

La Procuración del Tesoro de la Nación, ha manifestado que “Con relación a la responsabilidad extracontractual del Estado y sus agentes por actos ilícitos, quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del entonces vigente Código Civil de Vélez Sarsfield (conf. Fallos 306:2030; 312:1656)”.

Dict. N° 37/07, 19 de febrero de 2007. Expte. N° 094/2001. Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares.

FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL.

En Doctrina se han indicado una multiplicidad de fundamentos doctrinarios de la Responsabilidad Estatal, por lo que a continuación, para brindar una idea aproximada en relación a la importancia del tema, se mencionan algunos de ellos:

- a) Teoría de la representación: se basa en que los actos que realiza el representante se reputan realizados por el representado, fundándose la responsabilidad en la culpa “in vigilando” o “in eligiendo”, o modernamente en el factor objetivo de garantía;
- b) Teoría de la expropiación: por cuanto el derecho de propiedad del ciudadano si debe ceder al bien público, no debe ser sacrificando al mismo; de la regla de la expropiación hace surgir un principio de carácter universal de que el patrimonio de los administrados no debe sufrir ningún daño que pueda derivarse de una actividad del Estado.
- c) Teoría del sacrificio especial: Atribuida a Mayer, contiene el aporte de ser aplicable al tacto estatal aunque éste sea legal, “cuando haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada con respecto a los demás”, y establece ciertos requisitos.
- d) Teoría de la igualdad ante las cargas públicas: con sustento en el art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano un principio: “Los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en interés de todos”; los particulares deben soportar sin derecho a indemnización los perjuicios emergentes del ejercicio legítimo y regular de los poderes públicos, y del funcionamiento normal de los servicios públicos en interés general.
- e) Teoría del enriquecimiento sin causa y del abuso de derecho: Sostenida por Hauriou, considera que el principio de justicia sobre el que debe fundarse la indemnización es el enriquecimiento sin causa y debe reunir por lo tanto sus extremos ordinarios (empobrecimiento en el patrimonio del particular, ausencia de justa causa y enriquecimiento en el Estado).
- f) Teoría de los derechos adquiridos: La posición de Gierke se basa en el principio del derecho natural de la inviolabilidad de los derechos adquiridos: cuando esto ocurre nace un derecho de indemnización contra el Estado.

g) Teoría del riesgo: Fue Duguit, quien se alejó de las ideas de ilegalidad y culpa para plantear la cuestión con un criterio objetivo; habla del “riesgo”, pero como niega personalidad al Estado, hace responsable a la “Caja Pública”, que funciona como un fondo o seguro colectivo que reparará el perjuicio particular en pro del interés colectivo: su criterio sigue siendo de aplicación en Francia y se ha expandido notablemente.

h) Teoría de la estricta justicia: Sostenida por Félix Sarria, quién manifiesta de que si se sostiene que el Estado es o debe ser justicia, si esto es su esencia, no puede quedar excluido cuando se trate de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por las cosas del servicio público.

i) Teoría de la solidaridad: Defendida en nuestro país por Altamira Gigena, impone la obligación de resarcir en virtud de un acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que, por hechos que no les son imputables, se encuentran en una situación de inferioridad para cumplir su fin individual y social, siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza ese acto de solidaridad, a menos que el funcionario o agente se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de sus funciones.

j) Teoría del bien común: Sustentada por Altamira Gigena en su obra, significaría que corresponde indemnizar los perjuicios que se ocasionen por la actividad de la administración, pues el bien de toda la comunidad no puede encontrarse satisfecho si un miembro o un grupo de miembros sufre los daños sin obtener reparación.

II. TIPOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL.

Si seguimos la misma postura de base a la exposición, hemos de sostener con Juan Carlos Cassagne, que alrededor de la Responsabilidad Patrimonial del Estado pueden tener lugar los criterios que determinan la existencia de esta con carácter de **a) Civil**, cuando los daños resulten de la actividad del Estado en la actuación relaciona-

da con sus bienes en el ámbito mercantil por ejemplo (actos de comercio en bancos oficiales, etc.) o **b) Administrativa**, cuando el daño resulte de la actividad estatal en función administrativa, legislativa o judicial, o en ocasión de esta.

Asimismo, también podemos considerar a la Responsabilidad del Estado desde su carácter **Contractual y Extracontractual**, que a criterio del referido jurista, responde sobre todo a fines didácticos e involucra una manifestación de la justicia conmutativa que restablece el perjuicio ocasionado, en coherencia con el principio de justicia general o legal, aunque en sí refiere a un supuesto de justicia particular en cuanto repara el perjuicio del afectado.

La actividad del Estado que genera responsabilidad, de la misma manera puede reputarse **legítima o ilegítima**. La primera se refiere a una actividad del Estado de carácter administrativo, legislativo o judicial, de conformidad con el ordenamiento jurídico, que causa una lesión a un particular que obliga a su reparación, en el segundo caso, estamos ante una actividad de carácter ilegal, irrazonable o injusta, que involucra el irregular cumplimiento de la función.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN NUESTRO PAÍS.

En la evolución jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado en nuestro país, podemos considerar los siguientes precedentes de acuerdo a la distinción esgrimida:

- POR SU CONDUCTA U OMISIÓN ILEGÍTIMA

En “**Teresa Tomassoni contra el Gobierno Nacional sobre Daños y Perjuicios**” (1.910), en razón de que el Sr. Cleto Fortini, falleció como consecuencia de las heridas sufridas luego de levantarse una lingada con un guinche de propiedad fiscal y tras haberse cortado la cuerda con que estaban sujetos unos caños que se descargaban del vapor “Belgian”, que Fortini estaba encargado de recibir como peón de las obras de salubridad. **La Corte Suprema encontró a la Nación, responsable del daño ocasionado como persona jurídica, derivados**

del dolo o de la culpa de sus representantes o empleados.

En **“Tomás Devoto”** (1.933), a causa de un incendio producido a causa de un brasero utilizado por los empleados del Telégrafo Nacional, la Corte declara la **responsabilidad extracontractual del Estado por el actuar de sus dependientes, conforme los artículos 1.109 y 1.113 del Código Civil.**

En **“Ferrocarril Oeste”** (1.938) la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** responsabilizó al Estado por errores cometidos en certificados de dominio que expidió el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, causando daños al adquirente del bien, acudiendo para ello al **concepto de “falta de servicio”,** por aplicación del art. 1.112 del Código Civil y del art. 1.113.

En **“Vadell”** (1.984), el Registro de la Propiedad inmueble de la Provincia de Buenos Aires incurre en nuevas irregularidades en las anotaciones y certificados expedidos, por lo que la Corte Suprema apeló a la **responsabilidad directa del estado y a la noción de falta de servicio y la aplicación subsidiaria del 1.112 del Código Civil.**

En el año 1992, la Corte se explicó en el caso **“José Daniel Pose v. Provincia de Chubut y otra s/ Daños y Perjuicios”** (1º de diciembre de 1992), en el que se **determinó la responsabilidad extracontractual ilícita de la Provincia de Chubut y de la Municipalidad de Puerto Madryn,** apelando a los artículos 1109, 1112 y el segundo párrafo del 1113 del Código Civil para fundar la responsabilidad estatal, derivada de los daños sufridos por el actor, que se encontró utilizando unas torres de trampolín ubicadas en esa localidad. El Tribunal fundamentó la responsabilidad de la Provincia en su carácter de propietaria de la playa donde ocurrió el accidente (2339, 2340 inc. 4 del Código Civil) y por ello, de las cosas accesorias instaladas en ella (2315, 2328 y 2571 del Código Civil). Puerto Madryn, fue declarada responsable dado que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Para ello, la Corte en la causa **causa “F., S.O. y otro v. Estado Nacional”** (29-06-2005), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso

Administrativo Federal, Sala V; **resolvió responsabilizar al Estado Nacional a consecuencia de la falta de servicio llevada adelante por la Dirección Nacional de Migraciones, dado que el actor se presentó ante la Dirección Nacional de Migraciones, revocando la autorización de salida del país de su hija M.C. y que dicha revocatoria no fue comunicada a las delegaciones, organismos, policías migratorias auxiliares y al sector metropolitano.** Es competencia de esa repartición ejercer el control de entrada y salida del país, incluidos los menores que necesitan autorización de ambos padres para viajar al exterior. Sin embargo, uno de los progenitores se vio perjudicado porque se permitió la salida del país de la menor y la consecuente separación por casi un año con su padre.

En 2005, en **“Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios”,** la actora reclamaba los daños derivados de la muerte de su hijo en un río de la provincia de Córdoba. La CSJN hizo lugar al reclamo, **ante la falta de servicio,** exponiendo que “para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio (art. 1112 del Código Civil), b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue”.

En el año 2008, la Corte falla en el caso **“Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios”** reiterando los términos de los requisitos para la determinación de responsabilidad estatal por actividad ilegítima.

En **“Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”,** del 12 de abril de 2011, donde la actora demanda a la Provincia de Buenos Aires por el disparado del arma reglamentaria portada por un sargento de la policía de la Provincia de Buenos Aires y a Metrovias por violar el deber de indemnidad dispuesto en el artículo 184 del Código de Comercio.

- EL CASO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN.

Es conveniente efectuar esta distinción por cuanto para su adecuada determinación debemos recordar los precedentes “Mosca” y “Carballo de Potcha”, de la CSJN, conforme al cual es Estado habrá de responder por inactividad ilegítima, **solo en los casos en los que se halle establecido un deber concreto que fuera objeto de omisión por parte de la administración, configurando de tal manera la falta de servicio, o bien en los casos de funciones determinadas genéricamente como objetivos prefijados, sujetos a una interpretación estricta, a cuyo efecto deben analizarse, la naturaleza de la actividad, la disposición de medios razonables al objetivo previsto por el Estado, los lazos que unen a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas.**

Coincidentemente, Sergio Gustavo Fernández, explica que para ponderar la Responsabilidad del Estado por omisión, debemos considerar ciertamente los precedentes “Zacarías” y “Mosca”, que no han sido recibidos en la Ley de Responsabilidad del Estado. Estos pronunciamientos obligan a diferenciar entre, los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho -en los que puede identificarse una clara falta del servicio-, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley -solo de un modo general e indeterminado.

- LA NORMATIVA DE LA LEY 26.944.

Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son el resultado de la interpretación jurídica de la normativa constitucional aplicable (Arts. 14, 17 y 19), los cuales dieron lugar al texto normativo del artículo 3° de la Ley 26.944, que en una hermenéutica restricta, exige, a los efectos de determinar la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima, la existencia de: *a) Daño cierto debidamente acreditado 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.

- POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA.

Con el caso “Establecimientos Americanos Gantry” (18-03-1938), la Corte entendió que el ejercicio legal de un poder (crear impuestos o modificar los existentes) puede producir perjuicio a los particulares, sin que sea ilegítimo, ya que de otra manera se detendría la actividad gubernativa, bajo la protección de la propiedad privada. Esta afirmación, se vio atenuada a continuación al manifestar que en el caso no se producía un “sacrificio especial”.

Poco tiempo después, la Corte resolvió el caso “Spurr, Carlos C/ Gobierno de la Nación” (21-10-1938), donde aplica parcialmente la teoría precedente. El actor (con base en un contrato) tomó a su cargo la investigación de ciertas obligaciones tributarias por parte de una compañía, pactándose como retribución un 50% de las multas. El gobierno demoró la ejecución y finalmente dispuso una amnistía a los deudores. Esto provocó el reclamo del damnificado, pero la Corte no reconoció la responsabilidad del Estado, y así lo fundamentó: “que el ejercicio por parte del gobierno de poderes propios del mismo no puede en principio ser fuente de derecho a indemnización para los particulares, aún cuando traiga aparejado perjuicio para estos, porque de lo contrario el respeto con semejante extensión de las garantías individuales podría detener la actividad gubernativa”.

La aceptación de esta responsabilidad llega a los perfiles de la Corte Suprema, el 26 de febrero de 1943 con el caso “Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires”, reconociendo la Corte como fundamento de la responsabilidad, la garantía consagrada en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

El cambio jurisprudencial definitivo se da con el fallo “Cantón, Mario Elbio C/ Gobierno Nacional”(15-05-1979), donde la Corte reconoce la responsabilidad del Estado por su obrar lícito ante el ejercicio

de potestades normativas generadoras de perjuicios. Los hechos se suscitaron a raíz de un Decreto del Poder Ejecutivo que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional. Esto afectó un contrato en vías de ejecución. Señaló la Corte que más allá de tratarse de actividad lícita normativa, puede ser causa eficiente de perjuicios a particulares y generar responsabilidad cuando afecte garantías constitucionales.

Luego de este fallo, el Alto Tribunal continuó aplicando esta doctrina en litigios con diversas temáticas, como ser en **“Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Capital”** donde se reconoció la responsabilidad por el ejercicio del poder de policía.

El caso **“Winkler, Juan León c/Nación Argentina”** (09-08-1983), permitió terminar de definir la postura de la Corte. En este litigio, se reconoce la jurisprudencia precedente y se afirma la procedencia de la acción indemnizatoria con sustento en la responsabilidad del Estado ante el ejercicio legítimo de potestades normativas.

Sustentó su postura señalando que los fundamentos de la responsabilidad estatal dentro del Estado de Derecho son la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la propiedad.

Algunos años más tarde, en la causa **“Ledesma S.A. Agrícola Industrial c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ nulidad de resolución”** (31-10-1989), el Supremo Tribunal resalta la necesidad de verificar los requisitos propios de este tipo de responsabilidad.

En consecuencia, no encontró causa inmediata y exclusiva entre el actuar lícito del Estado y el perjuicio invocado por la actora. A partir de este caso se puede observar, señala el doctrinario, un endurecimiento en la consideración de los requisitos para la procedencia de esta clase de responsabilidad. Esta será una práctica común en los casos de daños por reclamos en la política cambiaria o financiera.

Finalmente, este criterio de reconocer la responsabilidad estatal ante actos normativos lícitos se confirma en el fallo **“Revestek S.A. c/Banco Central de la Republica Argentina”** (15-08-1995), donde la

la Corte señala que (ver considerando 6°) la facultad del Estado para imponer límites al nacimiento o extinción de derechos no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas pre-existentes. También dejó claro que se deben cumplir los requisitos de procedencia para que prospere el reclamo: existencia de un daño actual y cierto, una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, e imputación jurídica de estos daños a la demandada. Concluyó que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones que fijen pautas cambiarias. En este caso, la postura significó que la actora no contara con una situación jurídicamente protegida por la que pudiera reclamar.

Otro supuesto interesante de la responsabilidad estatal por actividad legítima es el que se describe en la causa **“Mochi”** (20-03-2003), donde la CSJN reconoce la responsabilidad estatal por los daños ocasionados a una joven al ser herida por una bala del personal policial que estaba realizando una tarea legítima como ser el cuidado de la seguridad de todos los habitantes.

A modo de conclusión, señala el Dr. Mertehikian, que la jurisprudencia examinada ha admitido la responsabilidad del Estado en el campo extracontractual por ejercicio de su potestad legítima, con el consecuente derecho a reclamar una indemnización por parte los particulares que puedan ver afectados sus derechos. Ahora bien, esta reparación encuentra un límite claro en la necesaria verificación de un “sacrificio especial” por parte del damnificado, y que no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

- LA NORMATIVA DE LA LEY 26.944.

Por su parte, conforme la jurisprudencia citada precedentemente, el artículo 4° de la Ley 26.944, para la procedencia de la Responsabilidad del Estado por los perjuicios que ocasionen su actividad legítima establece que “...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”.

V. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La sanción del Código Civil y Comercial trajo consigo importantes implicancias para el derecho administrativo, pues “prima facie”, buscó quitar de él, los resabios de regulación de cuestiones de derecho administrativo que existían en el anterior Código Civil.

En esa tesitura ha dejado librada a la regulación local, lo atinente a la responsabilidad estatal, los contratos administrativos o la prescripción de tributos locales, sean, el mismo congreso de la nación o bien, las legislaturas provinciales.

Como lo veremos más abajo, las normas del Código Civil y Comercial, por sus propias disposiciones hacen inaplicable su articulado a la responsabilidad estatal (sea este Nacional, Provincial o Municipal), y a la responsabilidad de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, en consonancia con lo establecido por la reciente ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (2.014).

Es dable destacar además, que en la misma línea de pensamiento, el nuevo Código Civil y Comercial excluye de su regulación, los contratos de:

- i) locación, cuando el locador es una persona jurídica de derecho público, el que se rige por las leyes aplicables a los contratos públicos (art. 1.193);
- ii) arbitraje, sobre controversias en que sean parte el Estado Nacional o las provincias (art. 1.651);
- iii) límites al dominio, con fundamento en las relaciones de vecindad, los que sólo se aplican de forma supletoria a las regulaciones administrativas existentes (art. 1.970).

El código unificado, consagra que la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica tal carácter (art. 149), es decir, por ejemplo, **la participación mayoritaria del Estado Nacional o las provincias en Sociedades Anónimas, no cambiará su naturaleza ni impedirá la aplicación de las normas de derecho privado.**

Por último, alrededor de la prescripción liberatoria de tributos locales, el art. 2.532, ha determinado las competencias locales al respecto.

En conclusión, en armonía con la regulación referida precedentemente, el Código Civil y Comercial de la Nación se refiere lo atinente a la responsabilidad del Estado en los términos de los artículos que a continuación se transcriben:

- ARTÍCULO 1764.- **Inaplicabilidad de normas.** Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

- ARTÍCULO 1765.- **Responsabilidad del Estado.** La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

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

Por todo ello, **Juan C. Cassagne**, ha postulado en relación a la aplicación del Derecho Civil y Comercial al Derecho Administrativo, que la prohibición de la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil y Comercial a la Responsabilidad del Estado, en ninguna manera prohíbe su aplicación analógica, cuando ello sea pertinente; posición que entendemos adecuada a las técnicas jurídicas aplicables en el sistema jurídico vigente.

VI. CONCLUSIÓN

Del análisis de las cuestiones suscitadas y los debates que son de actualidad alrededor del tema objeto de exposición, no se puede abordar otra conclusión que no sea la que nos lleva a excluir la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación a todo hecho del cual pueda resultar la Responsabilidad del Estado por su conducta legítima e ilegítima, por lo que toda consideración en la temática debe conformarse a la aplicación de la normativas administrativas de carácter nacional o local.

Ello, por cuanto existe diferencia entre los presupuestos de la responsabilidad en el Derecho Público y Privado, pues ambos existen con diferentes matices; así, citando a Bustamante Alsina, [Patricio Marianello](#) refiere que son elementos comunes a ambos regímenes de responsabilidad (contractual o extracontractual): 1) antijuridicidad, 2) daño, 3) relación de causalidad entre el daño y el hecho, 4) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Mientras que los presupuestos de responsabilidad estatal son: 1) el fundamento de la responsabilidad estatal, 2) el factor de imputación de las conductas dañosas, 3) el daño o lesión resarcible, 4) el nexo causal y 5) factor de atribución.

Sin desconocer que parte de la doctrina que entiende que las normas civiles aquilianas de responsabilidad se aplican directamente a la [responsabilidad del Estado](#); consideramos que el Código Civil y Comercial, atendiendo al carácter de Persona Jurídica de Derecho Público con actividad dentro del campo de Derecho Privado, se ha sujetado a los términos del artículo 1.765, de forma tal que la puja entre [iusprivatistas](#), se ve superada por los partidarios del [Derecho Público](#), que consideran que ello resulta de una facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional.

Esta posición, con los fundamentos doctrinarios que lo nutren, fue receptada por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case ["Barreto, Alberto Damian y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros S/ Daños y Perjuicios"](#), en el cual, el Máximo Tribunal, al redefinir la noción de causa civil, a la que alude el artículo 24 inc. 11 del Decreto - Ley 1285/58 para determinar su competencia

originaria (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional), reconoció que la [responsabilidad estatal es un instituto cuya regulación corresponde al campo del Derecho Administrativo, de conformidad con lo establecido por los artículos 121 y concordantes de la Constitución Nacional.](#)

Por otra parte, si bien no hay acuerdo en doctrina acerca del ámbito en el que debe encontrarse regulado lo atinente a la responsabilidad del Estado, y aún más, es objeto de permanente cuestionamiento la exclusión de esta regulación normativa del Código Civil y Comercial, no puedo dejar de referirme a lo que considero una postura conciliadora, mencionada también por la doctrina, desde donde podemos sostener que la responsabilidad del Estado está contemplada en la normativa del Nuevo Código Civil y Comercial como un supuesto de especial, que nos remite en sus principios y regulación al Derecho Administrativo. Postura que encuentra sus orígenes en el voto de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, como integrante del Superior Tribunal de Mendoza, en los autos: ["Torres Francisco c/ Provincia de Mendoza"](#) (1989), que fuera objeto de comentario por Juan C. Cassagne, sosteniéndose entonces, la existencia de un Derecho de Daños presidido por principios comunes al Derecho Público y Privado, que no importa por ello, negar que la responsabilidad del Estado reconozca reglas específicas; posición que también es compartida por [Lidia M.R. Garrido Cordobera](#), quien además, postula que el fundamento de ello en nuestro país, reside en el [Estado de Derecho, por cuanto nuestra Constitución](#) contempla las normas que permiten darle base legal, tales como lo son por ejemplo, los artículos 4, 14 al 20, 31 y concordantes.

Finalmente, en una reflexión atravesada por las disidencias doctrinarias y la posterior sanción del Código Civil y Comercial, en referencia a la Ley 26.944, desde una visión pragmática se ha postulado que ["... el primer paso positivo de la presente ley es haber sustraído del Poder Judicial la función legislativa en materia de Responsabilidad del Estado. Esto es, como expone Gordillo, "...la Corte Suprema ha declarado que "el ingente papel que en la elaboración del derecho](#)

incumbe a los jueces, comprensivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, con arreglo a principios conocidos -art. 16 del Código Civil-, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos [...] atribuirse [...] facultades legislativas de que carecen, ante la ausencia expresa de ley, como ha sido el caso, quien ha legislado efectivamente en la materia es la jurisprudencia a través de sus fallos.”. Ello, contrario al diseño constitucional de nuestro país, el cual claramente ha depositado en el Poder Legislativo, y no en otro, la función legislativa. Al respecto, nuevamente citando a Gordillo, “Desde el punto de vista jurídico, entonces, el Poder Judicial no realiza función legislativa. La conclusión a que arribamos es que la función legislativa en estricto sentido jurídico, es únicamente realizada por el Poder Legislativo. Podemos definir entonces a la función legislativa como “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso”. Eso es lo más importante que se resuelve hoy: la asunción por parte del Poder Legislativo de su responsabilidad en materia de establecer las reglas generales con las que se debe desenvolver nuestro país. Celebramos entonces, que la ley zanja las discusiones del vacío normativo, y permite dar luz a un tema conflictivo y discutido desde Devoto a la fecha”.