

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ARGENTINA. UN ABORDAJE DESDE EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012

JUAN MARTÍN ALTERINI

I. PRELIMINAR

La responsabilidad del Estado siempre fue motivo de controversia entre los operadores del Derecho: desde la etapa inicial en la que se sostenía la irresponsabilidad absoluta del Estado, hasta su reconocimiento jurisprudencial por parte de nuestro Máximo Tribunal –aunque, como veremos, con diferentes matices–, siempre ha generado opiniones encontradas, no sólo respecto del Estado como persona jurídica, sino también en lo que se refiere a la responsabilidad estatal que puede emanar de los daños provocados por los agentes y funcionarios públicos.

Campeando estas etapas y facetas nos propondremos, luego de desarrollar las diferentes facetas y tratamientos del instituto, continuar con la normativa vigente y el nuevo sistema de responsabilidad estatal que prevé el último texto del proyecto del Código Civil y Comercial propuesto por el Poder Ejecutivo¹, que tiene pronunciadas variaciones respecto del que fuera elaborado por la Comisión Redactora².

Finalmente, como queda claro, se intentará de aportar una serie de consideraciones que –a modo de opiniones conclusivas– habrán de plantearse en este trabajo³.

¹ Conf. decr. PEN 884/2012.

² La última Comisión de Reforma, encargada de unificar los Códigos Civil y Comercial, fue creada por el Poder Ejecutivo Nacional por decr. 191/2011, y conformada por los Dres. RICARDO LORENZETTI, ELENA HIGHTON, y AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.

³ Debo destacar la inestimable colaboración y aportes académicos de la Dra. ALEJANDRA DELFÍN, en la elaboración –y gestión– del presente trabajo.

II. LOS ORÍGENES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. SU RECEPCIÓN EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En primer lugar, es preciso destacar que el texto del Código Civil de 1857 no preveía la responsabilidad del Estado. Este, al ser una persona jurídica, no podía ser declarado responsable de los daños que produjera su actuar, ya sea lícito o ilícito. Así fue que el anterior texto del art. 43 del Código no regulaba el instituto, al contemplar sólo situaciones de Derecho Privado.

En ocasiones⁴ he tenido la oportunidad de señalar que, desde sus orígenes, el Estado tuvo variantes para facilitar que los particulares cuestionaran sus decisiones o actos. *El rey no puede hacer el mal (The king can do no wrong)*⁵ aparecía como principio en Estados Unidos permitiendo, únicamente, la demanda por responsabilidad de los funcionarios si habían actuado sin el consentimiento del soberano. Tampoco se admitía que el mismo soberano fuera cuestionado por sus propios Tribunales lo que se traducía, sin más, en la total irresponsabilidad del Estado⁶.

Frente a esta situación y en ese ordenamiento, se estableció que si los legisladores son los representantes del pueblo y dictan las normas inherentes al presupuesto, también era de su competencia otorgar lo que en nuestro país se llamó la *venia legislativa*, a efectos de poder llevar al Estado frente a los estrados del Tribunal. Va de suyo que el engorro que implicaba la

⁴ “Aproximaciones a la Responsabilidad del Estado en el Derecho de Crisis”, en el libro *Derecho Administrativo Iberoamericano. Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2007; “Aproximaciones al Derecho de Crisis. Poder de Policía Financiero” en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 3, Núcleo de Derecho Civil, Editor Carlos Álvarez, Montevideo, Uruguay, 2006, entre otras.

⁵ Este principio que junto con otros conforma una suerte de *indemandabilidad del soberano*, nacen de la premisa según la cual “el rey no debe estar bajo ningún hombre, sino bajo Dios y bajo la ley, porque es la ley la que hace al rey” (BRACON citado por HÉCTOR A. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, vol. I, Depalma 1984, p. 23). Asimismo, entre nosotros y en otro orden de ideas, se ha dicho que la ley “es lo que los jueces dicen que es” (GUILLERMO BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino –Obligaciones–*, 4ª ed., T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, núm. 1650). De allí que en nuestro derecho, será responsable el soberano –Estado– en la medida en que la jurisdicción así lo determine lo cual, de suyo, importa la posibilidad de acceder a ella en procura de un acto jurisdiccional.

⁶ “Mientras que el gobierno goza de inmunidad soberana frente a los juicios, sus funcionarios no participan de tal inmunidad. Son responsables, como particulares, por los actos ilícitos cometidos aun en el curso de su función oficial, así como un mandatario privado es responsable por un acto ilícito cometido por él en nombre de su principal o por orden de este [...] De esta manera, el remedio judicial básico para la protección del individuo contra la conducta oficial ilegal es la acción privada por daños y perjuicios contra el funcionario en la cual el tribunal determina [...] si el funcionario estaba o no autorizado para hacer lo que hizo en el caso dado” (HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., vol. I, ps. 32 y ss.).

instrumentación del sistema continuaba bregando por la irresponsabilidad estatal, situación que se morigeró —en Estados Unidos— con la creación de la *Court of Claims* en el año 1855 que tenía jurisdicción frente a los reclamos de índole contractual. La creación de tal órgano dentro de la esfera del Poder Legislativo era necesaria a fin de facilitar que la Administración celebrara contratos por cuanto los contratistas, hasta entonces, carecían de remedio jurídico a excepción de la petición ante el Congreso⁷.

En el otro extremo se encuentra el sistema continental europeo que —inspirado en los principios de la Revolución francesa— creó órganos administrativos que juzgan determinados actos del Estado y que, con sus decisiones, pueda accederse a la instancia *revisora*⁸.

En nuestro país se creó la confusión puesto que mientras algunos autores —y sentencias— miran hacia el norte, otros tantos miran hacia el viejo continente sin que nuestra Constitución permita tal estructuración. Es que ni tenemos una *Court of Claims* ni tampoco un *Consejo de Estado* que revise los actos emanados de la Administración y que goce del prestigio e imparcialidad con que se luce el Consejo de Estado francés^{9,10}.

⁷ Resulta necesario resaltar nuevamente aquí que el tema no se agota con esta somera explicación que impone el marco del presente trabajo. No obstante, se debe recordar junto con MAIRAL que: “A través del tiempo el carácter de este tribunal varió: en un principio no fue considerado integrante de la justicia federal, luego se le dio tal carácter y en la actualidad se han dividido sus funciones entre una nueva Claims Court que no forma parte de la justicia federal y que actúa como tribunal de primera instancia y una nueva Cámara Federal que actúa como segunda instancia e integra la organización judicial federal” (HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., vol. I, p. 36).

⁸ Respecto de la jurisdicción administrativa o el Juez administrativo mucho se ha escrito en nuestro país, aunque lo cierto es que nuestras normas constitucionales no resisten tal denominación sino en casos de excepción, pero en modo alguno, por regla. Entre nosotros, el inicio de un camino dirigido hacia la revisión plena de los actos de la Administración, lo marcó el precedente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 247:646, en el que se dispuso, en síntesis, que la revisión de los actos administrativos, por parte de la jurisdicción, debe ser amplia ya que ese es el sentido que inspira nuestra Constitución nacional.

⁹ Una de las contadas excepciones con que contamos está dada por creación del Tribunal Fiscal que resulta ser un órgano administrativo respecto de cuyas decisiones se estableció un recurso ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a fin de ejercer el control judicial de sus decisiones (ley 11.683). En el orden local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podemos citar a modo de ejemplo, el art. 21 de la ley 210 que establece que, contra las decisiones de naturaleza jurisdiccional y los actos sancionatorios del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, se puede interponer un recurso directo ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (ver, sobre la naturaleza del Ente, ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, “Funciones jurisdiccionales del ente único regulador de los servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en LL, ej. del 18/7/2001).

¹⁰ Respecto de este último se ha dicho que “tiene algo de político, pero de política jurídica, constructiva, que afianza los derechos de los administrados y tiene a raya a la administración

De allí que nuestra comunidad jurídica haya permanecido en *tránsito* entre uno y otro sistema buscando *identidad* con uno, otro, y ambos. Pero, en lo que aquí interesa, cuando se cuestiona un acto de la Administración Nacional o su responsabilidad, es competente el fuero contencioso administrativo. De allí que el más alto Tribunal en el orden federal¹¹ ha sentado el criterio según el cual el “caso contencioso administrativo se produce cuando hay denegación de un Derecho Administrativo y requerimiento de ese derecho ante la Corte provincial por vía de juicio pleno, y las gestiones ante la autoridad administrativa equivalentes, en realidad, a las extrajudiciales hechas por los particulares antes de someter sus controversias a los tribunales, no suponen prórroga de jurisdicción, no importan juicio, ni la pérdida del derecho de acudir a la autoridad competente para reclamar las reparaciones debidas”¹².

En igual sentido se pronunció la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal cuando sostuvo que “para determinar la competencia de los jueces en lo contencioso administrativo federal se requiere que la pretensión del actor esté regida *prima facie* de modo preponderante por el Derecho Administrativo”¹³.

Corolario de lo expuesto resulta la siguiente síntesis: “La historia del Derecho Administrativo nos muestra dos sistemas que pueden considerarse típicos en cuanto al control judicial de la actividad administrativa. Son conocidos como sistema francés y sistema anglosajón. Característica del primero es la atribución del control a un organismo administrativo; del segundo, la atribución de él a los jueces. Sin embargo, uno y otro, a través de su evolución, han venido a coincidir, ya que más allá de la ubicación institucional del órgano de control ambos vienen a identificarse en lo esencial que es la independencia del órgano y su no subordinación al poder controlado. Existen, por cierto, diferencias de estructura, y sobre todo de actitudes, pero no de esencia”¹⁴.

activa [...] sin garantía de inamovilidad, sin independencia formal, ese Consejo de Estado tiene el reconocimiento más honroso en el propio ejecutivo de la gran República. Es cuestión de cultura, de libertad y de derecho” (RAFAEL BIELSA, *Sobre lo contencioso administrativo*, 3ª edición, Castellví, Santa Fe, 1964, XXXVI).

¹¹ En el orden federal, es competente la justicia contencioso administrativa para entender en aquellas causas en las que la materia involucrada sea administrativa, es decir, se atribuye competencia en *razón de la materia*. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde antiguo que: “El establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa en el orden nacional importa la institución de un fuero específico por razón de la materia” (Fallos 263:397).

¹² Fallos 141:120.

¹³ “Gómez, Martín y otros c/ Gas del Estado” del 3/4/1997, en JA, ej. del 13/6/2001, p. 86.

¹⁴ MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho Procesal Administrativo (lo contencioso administrativo)*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 18.

Ahora bien, la atribución de responsabilidad al Estado responde, entonces, a una *construcción* de nuestra Corte Suprema, la cual ha ido desarrollando –con diferentes matices– su aplicación a lo largo de sus sentencias¹⁵. En una primera etapa, puede identificarse a partir del caso “Devoto”¹⁶, en el cual la Corte se apartó de las disposiciones del texto del art. 43 por entonces vigente y aplicó el art. 1113 del Código Civil por considerar al Estado un *patrón*, en los términos de su texto.

Luego, en “Ferrocarril Oeste”¹⁷, aplicó indirectamente el art. 1112 del Código Civil, dando lugar a la Responsabilidad del Estado por omisión. A su vez, en una tercera etapa, en “Vadell”¹⁸, por aplicación directa del art. 1112, la responsabilidad estatal deja de ser indirecta y subjetiva para pasar a ser directa y objetiva. En este momento se identifican dos enfoques interpretativos del art. 1112: como responsabilidad directa del funcionario público por el ejercicio irregular de sus funciones, y como una especie de responsabilidad especial directa del Estado¹⁹.

¹⁵ A pesar de los diferentes criterios adoptados por nuestra Suprema Corte, se ha destacado que el “examen pormenorizado de los precedentes del más Alto Tribunal de Justicia de la Nación en la materia, desde los primeros tiempos hasta hoy, permite afirmar que, a pesar de verificarse algunas contramarchas, la preocupación primera del Tribunal ha sido siempre confirmar la vigencia de los citados valores supremos de “equidad” y “justicia”, constituyendo estos –en definitiva– el sustento primero de la admisión de la responsabilidad extracontractual del Estado en sus distintas vertientes, esto es, tanto por su actividad “ilícita” como “lícita”, por sus “actos normativos” (leyes y reglamentos), por la actividad “judicial”, y finalmente, tanto por sus “actos” como por sus “omisiones”.

En ese orden, no puede obviarse que –como bien se ha dicho– “repugnaría a los mentados principios superiores de la Justicia y la equidad que el particular perjudicado por un acto estatal no pudiese obtener la reparación de su derecho violado por el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico, el Estado [...], y es en esos términos en los que la cuestión debe quedar planteada, sin que a ello se oponga la “presunta” ausencia de fundamentos jurídicos de orden positivo, cuando –precisamente– esos fundamentos provienen del plexo de disposiciones constitucionales que dan origen y contenido al “estado de derecho”. EDUARDO MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, E-book, Buenos Aires, 2006, p. 26.

¹⁶ CSJN, “Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación”, del 22/9/1933.

¹⁷ CSJN, “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Bs. Aires”, del 3/10/1938.

¹⁸ CSJN, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, del 18/12/1984. Fallos 306-2030. En similar sentido, el Máximo Tribunal en “Strantic” (LL 1985-A-119) ha entendido que “el fundamento de la reparación no puede buscarse en los parámetros de la culpa o en factores subjetivos de atribución de la responsabilidad. El factor atributivo es objetivo y su fundamento es un deber de garantía hacia los patrimonios particulares que compromete el actuar del Estado”.

¹⁹ LUIS CESERANI, “Responsabilidad del Estado por los daños derivados de los actos ilícitos”. Publicado en LLLitoral 2010 (noviembre), 1063.

En lo que se refiere a la indemnización, también ha habido discrepancia respecto de su extensión. A modo ilustrativo, se ha entendido que en casos de daños provocados por la actividad lícita del Estado, únicamente cabría la indemnización del daño directo e inmediato²⁰, con exclusión del lucro cesante y del daño moral²¹; que sólo correspondería la del daño emergente; o que el daño patrimonial inmediato resarcible incluye el lucro cesante. Finalmente, también se ha sostenido la tesis de la responsabilidad plena²². Es valioso destacar el caso “Aquino”²³, en el cual nuestra Corte Suprema estableció la “reparación integral” del daño en los supuestos de responsabilidad extracontractual encuadrada en los arts. 1109 y 1113, al incorporar el derecho de daños al concepto de los derechos humanos de los tratados internacionales²⁴.

²⁰ Por ejemplo, invocando las disposiciones de la Ley de Expropiaciones 21.499, cuyo art. 10 establece que: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

²¹ Construcción que en su *genética*, podrá atribuir también al primer caso de responsabilidad del Estado por su actividad lícita que previó el art. 15, CN: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”.

²² Atilio Aníbal Alterini; Oscar José Ameal; Roberto M. López Cabana, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 4ª edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 869.

²³ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, del 21/9/2004. Fallos 308:1109.

²⁴ Considerando 3. Al respecto la Corte entiende que: “Que el art. 19 de la Constitución nacional establece el ‘principio general’ que ‘prohíbe a los <hombres> perjudicar los derechos de un tercero’: *alterum non laedere*, que se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’. A ello se yuxtapone, que ‘la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el [citado] principio general’, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto ‘a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica’” (“Gunther c/ Estado nacional”, Fallos 308:1118, 1144, cons. 14; asimismo: Fallos 308:1109).

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del Código Civil las cuales, como ha sido visto, expresan el también citado “principio general” enunciado en la Constitución”.

Su considerando 4 continúa ese relato señalando, en su parte pertinente, “que la Corte, en ‘Provincia de Santa Fe c/ Nicchi’, juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización

Ahora bien, sin perjuicio de que el art. 1112 del Código Civil se aplica en los supuestos de responsabilidad del Estado por la actuación de un funcionario público, se han identificado cuestiones de interpretación de su texto, como cuáles son los hechos y omisiones allí comprendidas, cual es el alcance del concepto de funcionario público, en qué supuestos debe aplicarse el art. 1109 si este está “en ejercicio, de sus funciones”, y que ocurre en aquellos casos en los cuales la acción o la función se cumple, aunque se da de un modo distinto al prescripto por la ley²⁵.

A dichas inquietudes se agrega la normativa que se aplica en la materia: a pesar de haber recibido críticas la aplicación del Código Civil –al considerarse una temática propia del Derecho Administrativo y por tanto de regulación eminentemente local²⁶– lo cierto es que la responsabilidad por daños es un instituto del Derecho Privado, aplicable a supuestos en los que el Estado es parte, a menos de forma subsidiaria en aquellas jurisdicciones en las cuales no se cuenta con normativa específica al respecto²⁷.

Así, se ha destacado que “la responsabilidad extracontractual del Estado está regida, en el sistema jurídico argentino, por las normas civiles que reglan

que no fuera ‘justa’, puesto que ‘indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento’, lo cual no se logra ‘si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida’ (Fallos 268:112, 114, consids. 4 y 5). Esta doctrina, por cierto, fue enunciada y aplicada en el campo de la indemnización derivada de una expropiación y con base en el art. 17 de la Constitución nacional. Empero, resulta a todas luces evidente que con mayor razón deberá serlo en la presente controversia [...] la propia Constitución nacional exige *expressis verbis*, y no ya implícitamente como ocurre con el citado art. 17, que la ley asegurará condiciones ‘equitativas’, i.e. justas, de labor (art. 14 bis). Y aun podría agregarse que si el expropiado amerita tan acabada reparación, insusceptible de mayores sacrificios ante nada menos que una causa de ‘utilidad pública’ (art. 17 cit.), *a fortiori* lo será el trabajador dañado, por cuanto la ‘eximición’ de responsabilidad impugnada tiene como beneficiario al empleador, que no ha sabido dar cumplido respeto al principio *alterum non laedere*. Adviértase, por lo demás, que según lo indicó el juez Risolía, la regla de ‘Provincia de Santa Fe’ transcrita al comienzo de este párrafo, es aplicable a los litigios por daños y perjuicios (en el caso, derivados de un accidente de tránsito), lo que ‘impone que la indemnización deba ser «integral» –que vale tanto como decir «justa»–, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte’ (Fallos 283:213, 223, cons. 4 y su cita)”.

²⁵ LUIS CESERANI, “Responsabilidad del Estado...”, citado.

²⁶ Sugiero ampliar en JUAN CARLOS CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”. Publicado en LL del 18/11/09, 1 - LL 2009-F, 1226.

²⁷ La aplicación de las normas civiles a la responsabilidad extracontractual del Estado resulta de la construcción basada en la justicia, como ha destacado la Corte Suprema en sentencias como “Los Lagos”, “Gunther” y “Aquino”. En OSCAR CUADROS, “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? - A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial”. Publicado en DJ 13/2/2013, 1 - LLBA2013 (febrero), 1.

el daño resarcible y su atribución indirecta y objetiva a las personas jurídicas; régimen que resulta de aplicación a la referida persona jurídica pública en atención a la unidad conceptual del principio constitucional que ordena reparar los daños causados a terceros, a su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y al carácter privado –individual o corporativo– de las eventuales víctimas. En los términos de la tesis propuesta, las normas que rigen la restitución por daños, cualquiera sea su situación normativa dentro del sistema jurídico del que se trate, resultan de aplicación a los daños causados por la persona jurídica Estado”²⁸.

Es preciso en este punto, detenernos unos instantes; hace cuatro años ya, se elaboró una obra²⁹ colectiva³⁰ en homenaje a los cincuenta años ininterrumpidos de docencia de mi padre, el Dr. ATILIO ANÍBAL ALTERINI, recientemente fallecido.

En esa oportunidad he trabajado la *división* entre el Derecho Público y el Derecho Privado³¹, concluyendo, en lo que aquí interesa, que: “Cada supuesto que se presente en la realidad del sistema, debe ser abordado sin paradigmas que, de manera exclusiva, agoten la exploración. Entiendo, como se señaló, que lo público y lo privado, en derecho, se fusionan e interrelacionan al punto de reencontrarse en todo momento”³².

Y este, precisamente, es uno de ellos. Como dijimos, es “común afirmar que la admisibilidad de la responsabilidad del Estado constituye uno de los requisitos esenciales de aquello que, con valores sobreentendidos, denominamos Estado de Derecho. Y, desde esta perspectiva, bien se comprende que, por extensión, la recepción de la teoría de la responsabilidad del Estado viene también a operar como exigencia fundamental para la configuración del Derecho Administrativo, pues si la responsabilidad y potencial demandabilidad del Estado comportan pautas inexcusables de este tipo ideal de Estado que llamamos Estado de Derecho y este juega, a su vez, como presupuesto jurídico del Derecho Administrativo, no parece dudoso que, en última instancia, la responsabilidad del Estado es soporte fundamental del Derecho administrativo”³³.

²⁸ Ídem.

²⁹ ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Testimonio de una vocación*, Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2009.

³⁰ Quien tuvo a cargo la idea y encomiable tarea, fue el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, y su Director, el profesor doctor HÉCTOR NEGRI.

³¹ Op. cit., *Derecho. ¿Público o Privado?*, p. 19.

³² Op. cit. p. 25.

³³ CARLOS M. GRECCO, “Indemnización y responsabilidad en el Derecho Administrativo”, en GUILLERMO A. MUÑOZ - CARLOS M. GRECCO, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 757.

Así lo entendieron las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en 1999, en Santa Fe, cuando su Comisión 9, al ocuparse de la “Responsabilidad del Estado”, concluyó por unanimidad:

“1. El Estado responde por los daños derivados de las actividades, lícitas o ilícitas de sus tres poderes y por el riesgo o vicio de las cosas de las que sea propietario o guardián.

2. La responsabilidad del Estado se sustenta en los principios constitucionales del Estado de Derecho.

3. La obligación de reparar del Estado se rige por el derecho común, *salvo que exista norma específica*”.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada al texto Constitucional Nacional en el año 1994 (art. 75, inc. 22), expresa, dentro del capítulo dedicado a la competencia y funciones del Tribunal Supranacional que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte dispondrá [...] asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”³⁴. De ahí se sigue que, ante el perjuicio prodigado al patrimonio de un ciudadano, sin justificación válida, la plena, íntegra y justa indemnización³⁵, se impone.

Pero tal imposición no resulta del derecho común, del Código Civil, sino del propio texto constitucional que obliga a los estrados argentinos a dar cabal reparación, en su terminología, a garantizar una justa indemnización. Y, ahora, sí, tal reparación será reglamentada o bien por las normas de Derecho Público, o bien, a modo de regla hermenéutica, por el Código Civil claro está, siempre y cuando se trate de dirimir o esclarecer el deber de responder de la Administración Nacional.

Tal línea de pensamiento, también, fue la mantenida por nuestro más alto tribunal cuando sostuvo, en supuestos de responsabilidad estadual derivada de su accionar lícito, que: “Los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquellos, por lo que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas. Tal principio se traduce en el derecho a una indemnización plena, que sólo podrá encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el eventual

³⁴ Art. 63, inc. 1.

³⁵ Por ejemplo, el art. 10 de la Convención establece la procedencia de la reparación originada por error judicial.

marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular”³⁶.

Conteste con el criterio señalado, en nuestra más calificada doctrina publicista, también, se tiene dicho que: “Como criterio general, los principios de la responsabilidad contractual en Derecho Administrativo son los mismos que rigen en el Derecho Civil. Será contrario a toda ‘lógica’ y a toda ‘moral’ no responsabilizar al Estado por el incumplimiento de un contrato. Una ‘irresponsabilidad’ semejante chocará con el concepto mismo de ‘derecho’. Los contratos –a través de los cuales las partes establecen y limitan recíprocamente sus derechos y obligaciones– se hacen para ser cumplidos y respetados: el quebrantamiento de esta norma esencial de conducta determina responsabilidad”³⁷.

Pero, tal regla de Derecho surge insita del texto de nuestra Constitución nacional y, de ahí, que resulte válido el pasaje transcripto en cuanto si el Estado se somete voluntariamente a una regulación específica –de derechos y obligaciones recíprocas con su co contratante– será la norma constitucional la que le autorice el resarcimiento al damnificado por el obrar desarreglado del Estado y no, de manera apriorística, el Código Civil.

No se escapa del desarrollo que: “La desactualización y el vacío normativo han generado que el Juez deba recurrir, para resolver los conflictos en el ámbito contractual, a la equidad como un principio de interpretación de las leyes o principio general del Derecho que traduce la interpretación objetiva del Derecho Natural”³⁸, lo cual complementa, de igual modo, la idea aquí expresada³⁹.

Pero, para ello es necesario dejar claramente sentado que el Derecho Privado, más específicamente el Derecho Civil, no es todo derecho común aplicable sin más a todas las relaciones jurídicas posibles; sino que aquel,

³⁶ Entre otros, los registrados en Fallos 315:2266 y 316:1337.

³⁷ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 475.

³⁸ MARÍA L. CASAS DE CHAMORRO VANASCO, *Actualidad en la jurisprudencia en el ámbito contractual*, LL, 1999-D-1262.

³⁹ Conteste, asimismo, con otros tantos precedentes judiciales entre los que podemos encontrar los registrados en Fallos 310:3824 en los que la Corte Federal sostuvo: “La realización de las obras requeridas para el cumplimiento de las funciones administrativas, si bien es ciertamente lícita, no exime de responsabilidad al Estado cuando con aquellas obras se priva a un tercero de su propiedad o se lesiona esta en sus atributos esenciales”; el de la CNCiv., Sala D, 10/12/1985: “La indemnización debida por el Estado con motivo del ejercicio razonable de sus poderes propios no tiene como fuente un obrar ilegítimo sino que tiene por objeto la tutela de la incolumidad del patrimonio lesionado del particular que fue privado de una autorización del cual era beneficiario, con sustento en el art. 17 de la Constitución nacional” (ED, 117-417).

por razones históricas, ha dado forma legislativa a principios generales del derecho⁴⁰.

La armonía entre el Código Civil y el Derecho Público sólo puede alcanzarse trazando pacientemente, por vía doctrinal y jurisprudencial, las fronteras del que se ha denominado “fondo jurídico común” que será el que, en definitiva, permita trazar racionalmente los límites de aplicación de las normas que integran cada sector del ordenamiento jurídico⁴¹.

En ese orden de ideas, el presente trabajo se abocará a analizar algunos aspectos del proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, cuyo articulado referido a la responsabilidad del Estado veremos a continuación.

III. EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS FUNCIONARIOS CONFORME EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil regula la responsabilidad estatal dentro de la responsabilidad de las personas jurídicas, por aplicación de los arts. 43⁴², 1109⁴³, y 1113⁴⁴. La responsabilidad de sus funcionarios, en particular, se

⁴⁰ Conf. FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, *Sistema de Derecho Financiero*, T. I, volumen segundo, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 192 y RAMÓN VALDÉS COSTA, *Instituciones de Derecho Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 42.

⁴¹ Por todos, ver JUAN CARLOS CASSAGNE, *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1992, p. 16 y ss.

⁴² “Art. 43.- Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el Título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

⁴³ “Art. 1109. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del Derecho Civil.

Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro”.

⁴⁴ “Art. 1113. La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

contempla en el art. 1112⁴⁵, y otorga dos acciones a favor del damnificado: contra el Estado (el cual luego tiene derecho a demandar al funcionario por repetición de lo pagado, en los términos del art. 1123 del mismo cuerpo normativo), o contra el funcionario personalmente. Además, en este supuesto, la víctima puede optar por demandarlos separada o simultáneamente (conf. art. 1122, Cód. Civil)⁴⁶.

Se reconocen como presupuestos básicos de la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos: su actividad, el daño, la relación causal, y su factor de atribución. A su vez, y en el entendimiento de que la responsabilidad del Estado deviene como una consecuencia lógica del Estado de Derecho y las garantías constitucionales, basta con que el daño causado por la Administración Pública lesione la equidad afectando al individuo de manera injusta y desigual, para que se disponga el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad, ello en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas contemplado en el art. 16 de la Constitución nacional⁴⁷.

De la misma forma se aplica la responsabilidad por riesgo: de acuerdo con el mencionado art. 1113, cuando el daño hubiera sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá totalmente de la responsabilidad al dueño o guardián que acredite culpa de la víctima o de un tercero por quien no debiera responder. Como se señaló supra, y no obstante su recepción en el Código Civil en ese articulado, la responsabilidad estatal ya guardaba consonancia con el texto de la Constitución nacional de 1853 en los arts. 16, referido a la igualdad de las cargas públicas; 17, que contempla una indemnización justa frente al supuesto de expropiación; y el art. 19, que establece el deber de no dañar. Se suman a ello antecedentes legales como la Ley General de Responsabilidad del Estado 224 del año 1859, que preveía, expresamente, el derecho a indemnización sólo por “perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”⁴⁸.

⁴⁵ “Art. 1112. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”.

⁴⁶ ATILIO ANÍBAL ALTERINI; OSCAR JOSÉ AMEAL; ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles...*. Citado, p. 871.

⁴⁷ El art. 16 de la Constitución nacional reza: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

⁴⁸ El art. 1 de la ley 224 rezaba “La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”. Conf. EDUARDO MERTEHIKIAN, *La responsabilidad...* citado, ps. 47/48. Este mismo autor señala

Por último, y a modo de síntesis, bajo la actual regulación la responsabilidad del funcionario por “falta personal” se regula en el art. 1109 (factor de atribución subjetivo que recae en la noción de culpa) en tanto que la responsabilidad del Estado por “falta de servicio” se contempla en el art. 1112 (responsabilidad objetiva que se independiza de la idea de culpa)⁴⁹.

Pasaremos, seguidamente, al texto propuesto en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado de 2012, en lo que concierne a la reglamentación de la materia en estudio.

IV. EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS FUNCIONARIOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Analizada la actual reglamentación, veremos a lo largo de este apartado que el proyecto de Código Civil y Comercial unificado excluye su aplicación en materia de responsabilidad del Estado, bajo el fundamento de preservar el sistema federal, prevé la regulación de la materia por parte de las provincias, al entender que es un instituto propio del Derecho Administrativo y por tanto local.

El texto difiere sustancialmente del elaborado por la Comisión Redactora la cual, en sintonía con la actual regulación⁵⁰, y tomando como fuente el

al respecto que la norma “no realiza distinciones entre los perjuicios que se puedan provocar al damnificado tanto por la actuación ilícita o lícita, y permite, a la vez, englobar en sus previsiones la actuación de cualquiera de los órganos del Estado. Pone especial acento en que los perjuicios sean causados por los “empleados” de las autoridades legítimas del país. Obsérvese también que la disposición no requiere la existencia de factores de imputación subjetiva como la culpa o el dolo en el agente para fundar la viabilidad del derecho a “indemnización” tanto de nacionales como extranjeros, aunque por la época de su sanción y el lenguaje empleado podría inferirse que el factor de atribución es de naturaleza indirecta” (Ídem, p. 49). En similar sentido, JORGE LUIS SALOMONI, “Responsabilidad del Estado por Omisión en la República Argentina”. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/11.pdf>.

⁴⁹ VIVIANA BONPLAND, “Responsabilidad extracontractual del Estado. (Análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código Civil)”. Publicado en LL 1987-A, 779. EDUARDO MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública...* citado, ps. 89/90.

⁵⁰ En los fundamentos esgrimidos por la Comisión Redactora (elevados junto con el proyecto de Código al Congreso) se enuncian sus principios inspiradores, entre ellos la constitucionalización del Derecho Privado. Ello se explica diciendo que la mayoría de los códigos existentes parten de una diferenciación tajante entre el Derecho Público y el Derecho Privado, división que el proyecto supera ampliamente a partir de tener especialmente en cuenta los tratados internacionales de derechos humanos, y establecer una comunidad de principios entre la Constitución nacional, el Derecho Público y el Derecho Privado, de forma tal de que exista una coherencia entre el sistema de derechos humanos y el Derecho Privado (EMILIO IBARLUCÍA, “El derecho constitucional a la reparación en el proyecto de Código Civil 2012”. Publicado en RCyS2013-I, 5.

proyecto de Código Civil y Comercial redactado en el año 1998, determinaba que los funcionarios públicos respondían civilmente ante los damnificados por los daños ejecutados por sus actos, fueran estos lícitos o ilícitos, con alcances similares a los daños ocasionados por las personas físicas o jurídicas de orden privado⁵¹.

El art. 1764 señalaba que: “el Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor”. Su art. 1765 disponía que “la responsabilidad del funcionario y del empleado público por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo, aclarándose que las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes”. Finalmente, el art. 1766 establecía la responsabilidad civil objetiva del Estado por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprendía 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.

A su turno, el Poder Ejecutivo Nacional sustituyó dichas disposiciones y remitió al Senado el proyecto con esta siguiente redacción:

“Art. 1764. *Inaplicabilidad de normas*. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Art. 1765. *Responsabilidad del Estado*. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda.

Así, se ha destacado que “el Anteproyecto (arts. 1764 a 1766) no hacía más que plasmar legislativamente los principios ya consagrados pacíficamente por la jurisprudencia y en especial por la Corte Suprema (el artículo referido a responsabilidad de funcionarios y empleados públicos no era otra cosa que repetir el viejo art. 1112 del Cód. de Vélez). En este sentido, debe recordarse que nunca se dudó de que la responsabilidad extracontractual del Estado se regía por el Código Civil (por los hechos de los dependientes, arts. 1113 y 1112, y arts. 43 y 33). El art. 1766 del Anteproyecto elevaba a jerarquía legal la doctrina de la responsabilidad del Estado por actos lícitos de la Corte Suprema, estableciendo que sólo se respondía por el daño emergente y por las inversiones no amortizadas” (Ídem).

⁵¹ “La solución que fuera propuesta por la comisión redactora del anteproyecto de código unificado (arts. 1763/1766) de las obligaciones civiles y comerciales resultó, en líneas generales, conteste con las ideas antes vertidas; no obstante, el Poder Ejecutivo suprimió del articulado las referencias a la responsabilidad del Estado”. En OSCAR CUADROS, “¿Pueden las provincias...”. Citado.

Art. 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 rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda”.

Bajo estas últimas disposiciones, como se remarcó, el texto excluye su aplicación a los supuestos la responsabilidad del Estado y sus funcionarios resultando, de acuerdo con esa versión, materia exclusiva del Derecho Administrativo local. La versión contiene dos normas de reenvío a las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local: una para establecer la responsabilidad del órgano público (art. 1765), y otra que determinará la responsabilidad del funcionario (art. 1766), además de incluir una norma de competencia negativa (art. 1764) que impide a los jueces, en el supuesto de sanción del texto tal cual fue remitido al Senado, la aplicación del Código en la materia⁵².

Sobre este punto pueden identificarse dos aristas que complejizan el escenario: una de ellas es que no todas las jurisdicciones provinciales regulan la responsabilidad estatal –aunque veremos seguidamente que sí lo regulan muchas de ellas–, y la otra es aquella que, aún regulada la responsabilidad estatal en el ámbito local, las reglamentaciones pueden diferir e incluso resultar incompatibles entre ellas⁵³, generando situaciones de desigualdades que entran en conflicto con los principios constitucionales de igualdad de las cargas públicas y de reparación plena del daño injustamente sufrido, que precisamente son las bases del sistema de responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos.

En tal sentido, de aprobarse el proyecto tal cual está presentado por el Poder Ejecutivo en el Congreso nacional, frente al supuesto de que el Estado o sus funcionarios, ya sea cumpliendo sus deberes o ejerciendo irregularmente sus obligaciones, causaren daño a cualquier habitante del suelo argentino, estarían sujetos a distintos regímenes de responsabilidad lo cual vulnera, ciertamente, la igualdad ante la ley y otros tantos principios y derechos, incluso, supranacionales. Nótese que si bien muchas jurisdicciones regulan en sus constituciones la materia, otras no lo hacen; ergo, tales Estados y funcionarios, retrocediendo siglos, serían irresponsables.

⁵² Frente a ese escenario se ha planteado la necesidad de establecer nuevos parámetros para construir una doctrina acerca de la responsabilidad del Estado y de sus agentes lo cual, lejos de significar una crisis, ofrece la posibilidad de iniciar un nuevo sendero en la materia, sendero que debiera buscar su curso en medio de conceptos ya existentes en el derecho nacional y supranacional. En MARTÍN MAZZUCCO CÁNEPA, “La responsabilidad estatal y el proyecto de reforma del Código Civil”. Publicado en RCyS2013-I, 12.

⁵³ Volveremos sobre este punto en el ap. V

Es del caso recordar aquí⁵⁴ que, partiendo de la base que “el carácter común de las normas no depende de que se encuentren en uno de los códigos mencionados por el art. 67, inc. 11, desde que hay numerosas disposiciones que se hallan fuera de ellos y revisten carácter común, así como otras numerosas que se encuentran dentro de esos cuerpos legales y carecen de tal naturaleza”⁵⁵, podría sostenerse, en igual orden de ideas, que la responsabilidad del Estado regulada en el Código Civil sería aplicable, de manera excluyente, a la Administración Pública Federal y no a las jurisdicciones provinciales. Tal afirmación tiene un sentido por demás interesante: si la delegación efectuada por las provincias a la Nación no comprende al Derecho Público provincial, mal podría interpretarse que la responsabilidad del Estado, por hallarse en el Código Civil de la Nación, es materia federal sino que, por lo contrario, estamos en presencia de la regulación de la responsabilidad de la Administración Nacional⁵⁶.

De ahí se explica que las distintas constituciones provinciales regulen, incluso, su propio régimen de responsabilidad de los Estados que integran la República.

Por caso, la Constitución de la provincia de Catamarca⁵⁷, la de Córdoba⁵⁸,

⁵⁴ JUAN MARTÍN ALTERINI, “Responsabilidad del Estado ¿vigencia o ausencia del Código Civil?”, DJ 19/3/2008, 677.

⁵⁵ Fallos 247:646 “Fernández Arias c/ Poggio”.

⁵⁶ Lo afirmado hace base, por ejemplo, en que la ley 19549 de procedimiento administrativo, también, es una ley emanada del Congreso de la Nación sin que ello importe avanzar por sobre las jurisdicciones provinciales. Ciertamente es que regula una materia reservada a las provincias pero de ahí, precisamente, que el Código Civil no debe, cuando menos de manera directa, regular –como lo hace– la responsabilidad del Estado. Salvo que tal regulación sea entendida, como veremos, de manera exclusiva para el Estado nacional más no para todas las jurisdicciones provinciales.

⁵⁷ “Art. 47. Todos los funcionarios y empleados de la Provincia son individualmente responsables de las faltas o delitos cometidos en el desempeño de sus cargos, no pudiendo excusar su responsabilidad civil, penal y/o administrativa en la obediencia debida ni en el estado de necesidad”; “Art. 48. No obstante la responsabilidad personal del agente, la Provincia responde subsidiariamente por el daño civil ocasionado por sus empleados y funcionarios en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado”; “Art. 216. Los ministros de la Corte de Justicia y de los demás Jueces, son responsables por los delitos y faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, considerándose falta grave, a los efectos de su remoción, el retardo reiterado en resolver”; “Art. 219. Los jueces de tribunales serán responsables personalmente por los daños y perjuicios causados por los errores que cometan. La ley reglamentará los casos y el procedimiento a seguir para sustanciar esta responsabilidad”.

⁵⁸ “Art. 14. *Responsabilidad de los funcionarios*. Todos los funcionarios públicos, aún el Interventor Federal, prestan juramento de cumplir esta Constitución y son responsables civil, penal, administrativa y políticamente. Al asumir y cesar en sus cargos deben efectuar

la de Santa Fe⁵⁹, la de Santiago del Estero⁶⁰, la de Tucumán⁶¹, la de Misiones⁶² entre otras tantas, establecen la responsabilidad de sus administraciones

declaración patrimonial, conforme a la ley. El Estado es responsable por los daños que causan los hechos y actos producidos por todos sus funcionarios y agentes”.

⁵⁹ “Art. 18. En la esfera del Derecho Público la provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de estos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”; “Art. 77. Los ministros son responsables de las resoluciones que autoricen y solidariamente de las que refrenden conjuntamente con sus colegas”.

⁶⁰ “Art. 11. *Responsabilidad del Estado*: La provincia y los municipios como personas de derecho carecen de todo privilegio especial. Pueden ser demandados ante los Tribunales Ordinarios y, al efecto, será suficiente que los interesados acrediten haber agotado la vía administrativa, siéndole desconocido o negado el derecho invocado, o que, transcurridos tres meses después de la iniciación de dicha vía, no se hubiere dictado resolución. Cumplidos estos requisitos, quedará expedita la vía judicial sin que sea menester autorización alguna ni otra formalidad previa. Si hubiere condenación a pagar sumas de dinero, no podrá hacerse ejecución ni trabarse embargo de sus bienes o rentas, debiendo en tal caso la Legislatura o Concejo Deliberante, en el período de sesiones ordinarias inmediato al de la ejecutoria, arbitrar los recursos necesarios para el pago, cesando este beneficio si así no lo hiciera en el plazo de la ejecutoria, arbitrar los recursos necesarios para el pago, cesando este beneficio si así no lo hiciera en el plazo de tres meses. Los embargos no podrán recaer sobre los bienes afectados a las funciones esenciales del Estado. Esta disposición se incluirá en todos los contratos en que sea parte el Estado provincial o municipal”; “Art. 154. *Responsabilidad*. Los Ministros y Secretarios de Estado serán solidariamente responsables de todos los actos que autoricen, sin que puedan eximirse de responsabilidad por haber procedido en virtud de órdenes del Gobernador”.

⁶¹ “Art. 3. Los poderes que esta Constitución establece, no pueden adoptar disposiciones en su contra, ni ejercer otras atribuciones que las que la misma les confiere, ni delegarlas implícita ni explícitamente en otros poderes o particulares. El acto realizado en virtud de la delegación es nulo, y los jueces no podrán aplicarlo. Las responsabilidades de la violación pesan solidariamente sobre los que han ejercido y consentido la delegación”; Art. 4. Prestarán juramento de desempeñar fielmente el cargo todos los funcionarios que esta Constitución determine y aquellos para quienes las leyes lo establezcan.

Los funcionarios y empleados públicos serán responsables directamente ante los tribunales de las faltas que cometieren en el ejercicio de sus funciones y de los daños que por ellas causaren.

Cuando los culpables sean varios, la responsabilidad es solidaria”; Art. 14.- No podrá dictarse ley ni disposición que tenga por objeto acordar remuneración extraordinaria a ningún empleado o funcionario público por los servicios ordinarios correspondientes al empleo que desempeñe o haya desempeñado.

Es nula la ley que en cualquier materia impute a rentas generales gastos no previstos en la ley de presupuesto, si ella no crea el recurso especial. Los legisladores que la sancionen y el Gobernador que la promulgue, incurrirán en responsabilidad personal”; “Art. 67.- Corresponde al Poder Legislativo: [...] 22) Dictar la ley de responsabilidad de los empleados públicos”.

⁶² Art. 80: La provincia y sus agentes son responsables del daño que estos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

y administradores. Sobre esta última, resulta *novedoso* el hecho de establecer, en su art. 101, que “Corresponde a la Cámara de Representantes [...] en general, *desarrollar una política legislativa tendiente al bienestar social y a la felicidad de los habitantes de la provincia*”⁶³, lo cual haría eventualmente responsables a sus integrantes que no hagan a la felicidad de sus habitantes.

Encontramos, entonces, que en el contexto constitucional argentino, en un Estado Federal, no es dable pretender como derecho *erga omnes* lo que, específicamente, no ha sido delegado al Congreso nacional.

Se insiste, a excepción, claro está, de que tal regulación se aplique —en grado de exclusividad— a la Administración Pública nacional.

“Los poderes de la legislatura son definidos y limitados; y para que estos límites no sean confundidos u olvidados, la Constitución es escrita. ¿Por qué estos poderes serían limitados y por qué estos límites serían consignados por escrito si ellos pudieran ser, en todo momento, traspasados por aquellos mismos que se ha tenido la intención de contener? [...] La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está a nivel de las leyes ordinarias y como todas las otras leyes, puede ser modificada cuando a la Legislatura plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado [...] Esta teoría acompaña esencialmente a una Constitución escrita y debe ser, en consecuencia, considerada por las cortes como uno de los principios fundamentales de la sociedad [...] Si dos leyes están en conflicto entre sí, las cortes deben decidir sobre la aplicabilidad de cada una”⁶⁴.

El Código Civil argentino —cuyo diseño se atribuyó a VÉLEZ SANSFIELD— en lo que concierne a la responsabilidad del Estado, fue tomado del derecho francés⁶⁵; y he aquí otra cuestión.

Mientras que ALBERDI, si se admite, en cuanto al sistema de gobierno, inspiró el texto constitucional sobre la base del sistema norteamericano, el Código Civil francés se inspiró en los principios de la revolución que, en prieta síntesis, establecían que la ley era la voluntad general⁶⁶. Voluntad

⁶³ El destacado me pertenece.

⁶⁴ Del voto del Juez MARSHALL en el precedente de la Corte Federal de los Estados Unidos de América del 24/2/1803, registrado como “Marbury vs. Madison”.

⁶⁵ Así lo esclarece la nota al art. 1112 que cita, a su vez, a AUBRY y RAU.

⁶⁶ “[...] cuando todo el pueblo sólo se considera a sí mismo, entonces se forma una relación, que es del objeto entero bajo un punto de vista y sin ninguna división del todo. Entonces la materia, sobre que se establece, es general, como la voluntad que establece. Este acto es, lo que yo llamo ley.

general que, expresada en un Código de leyes⁶⁷, no requería de una Constitución⁶⁸.

Aquí, insisto, y en lo que hace a la forma de gobierno que inspiró al constituyente, sí aparece claro el desapego del sistema francés.

Es más, el propio ALBERDI, acerca del concepto, sostuvo: “Nuestra revolución tomó de la francesa esta definición de ROUSSEAU: ‘la ley es la voluntad general’. En contraposición al principio antiguo de que la ley era la voluntad de los reyes, la máxima era excelente y útil a la causa republicana. Pero es definición estrecha y materialista en cuanto hace desconocer al legislador humano el punto de partida para la elaboración de su trabajo de simple interpretación, por decirlo así. Es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo. La voluntad es impotente ante los hechos, que son obra de la Providencia. ¿sería ley la voluntad de un Congreso, expresión del pueblo, que, teniendo en vista la escasez y la conveniencia de brazos, ordenase que los argentinos nazcan con seis brazos? [...] ‘Fatal es la ilusión en que cae un legislador, decía RIVADAVIA, cuando pretende que su talento y voluntad pueden mudar la naturaleza de las cosas, o suplir a ella sancionando y decretando creaciones’”⁶⁹.

De ello se sigue que mientras que ALBERDI inspiró su creatividad en base a un sistema federal⁷⁰, VÉLEZ, *a contrario sensu*, tomó como inspiración

Cuando digo, que el objeto de las leyes siempre es general, quiero decir, que la ley considera los asuntos en cuerpo, y las acciones como abstractas; nunca un hombre como individuo, ni una acción en particular. De suerte que la ley puede muy bien establecer, que haya privilegios, pero no puede concederlos señaladamente a ninguno. La ley puede distinguir muchas clases de ciudadanos, y asignar las cualidades, que han de dar derecho a estas clases; pero no puede nombrar a tales y a tales, para admitirlos a ellas” (JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Del contrato social*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 26).

⁶⁷ “Por eso [en ese esquema] hacer que la minoría cumpla con las leyes dictadas por la mayoría no es violar la libertad, sino realizarla” (ALBERTO DALLA VÍA - EDUARDO GRAÑA - NICOLÁS SISINI - MARCELA BASTERRA, *Manual de teoría del Estado y del gobierno*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 260).

⁶⁸ Lo que justificó que Francia tuviera su Constitución mucho después que su Código Civil, esto es, recién en el año 1946 tal como lo testimonia el actual Preámbulo de ella, en cuanto declara: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”.

⁶⁹ JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2002, ps. 62/63.

⁷⁰ Sistema que, como se señaló, tiene una fuerte impronta del Norteamericano pero, a su vez, ha sido “ajustado” al concepto de Nación que auspiciaba ALBERDI: “Este gobierno, general y local a la vez, será complicado y difícil, pero no por ello dejará de ser el único gobierno posible para la República Argentina. Las formas simples y puras son más fáciles, pero todos

—en el sistema de responsabilidad del Estado— un sistema nítidamente unitario⁷¹.

He aquí una de las posibles causas que motivaran disímiles interpretaciones y no poco interesantes debates académicos.

Debates que se disipan si, en términos de SALOMONI, se acepta que “el Código Civil francés regía para un Estado unitario, esto es, la norma administrativa y la norma civil se aplicaban en la totalidad de las jurisdicciones porque el Estado concentró la potestad normativa en el Estado nacional. La diferencia sustancial respecto del sistema argentino fue que el nuestro nació como un Estado federal, de descentralización de esa potestad normativa y, por lo tanto, de reserva de materias legislativas por jurisdicción. Puedo sostener que el único punto de encuentro o de compromiso de facultades normativas

ven que la República Argentina es tan incapaz de una pura y simple federación como de una pura y simple unidad. Necesita, por circunstancias, de una federación unitaria o de una unidad federativa.

Esta fórmula de solución no es original. Es la que resolvió la crisis de ocho años de vergüenza, de pobreza y de desquicio por la cual pasó la Confederación de Estados Unidos antes de darse la forma mixta que hoy tiene. Allí, como en la República Argentina, luchando los dos principios unitario y federativo, y convencidos de la incapacidad de destruirse uno a otro, hicieron la paz y tomaron asiento unidos y combinados en la Constitución admirable que hoy los rige.

No se triunfa de un principio por las bayonetas; se lo desarma instantáneamente, se lo priva de sus soldados, de su bandera, de su voz, por un azar militar; pero el principio, lejos de morir, se inocula en el vencedor mismo, y triunfa hasta por medio de sus enemigos. Así el principio unitario de gobierno, aunque se lo suponga muerto por algunos en la República Argentina, no lo está, y debe ser consignado con lealtad en la Constitución general, en la parte que le corresponda, y en combinación discreta y sincera con el principio de soberanía provincial o federal, según la fórmula que hemos dado.

La aplicación de esa fórmula a nuestro país no es un expediente artificioso para escamotear la soberanía provincial. Yo califico de inhábil todo artificio dirigido a fascinar la sagacidad del espíritu provincial, y una constitución pérfida y falaz lleva siempre el germen de muerte en sus entrañas. Es la adopción leal y sincera de una solución, que los antecedentes del país hacen inevitable y única.

Tampoco será plagio ni copia servil de una fórmula exótica. Deja de ser exótica desde que es aplicable a la organización del gobierno argentino; y no será copia servil desde que se aplique con las modificaciones exigidas por la manera de ser especial del país, a cuyas variaciones se presta esa fórmula como todas las fórmulas conocidas de gobierno” (JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases* ..., ps. 104/105).

⁷¹ Así lo ratifica el preámbulo de la actual Constitución francesa: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”; y su artículo primero: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada” (texto modificado el 28/3/2003).

concentradas fue aquel que las provincias delegaron en la Nación para la sanción de los códigos de fondo llamados Código Civil, Comercial, Penal, de Minería, etc., claramente delimitados por la materia contenida y posible en cada código. Dicha delegación no se basó en el concepto de ley como expresión de la voluntad general, sino en el concepto de materia delegada.

Esto trajo aparejado el problema central que fue la disfunción del sistema. Al instaurar una norma de Derecho administrativo en el Código Civil argentino, se violan las normas constitucionales de repartos de competencias legislativas no delegadas por las provincias en la Nación”⁷².

A propósito de ello, y siguiendo con ALBERDI, este expresó: “La soberanía provincial, acordada por base, quedará subsistente y respetada en todo aquello que no pertenezca a los objetos sometidos a la acción exclusiva del gobierno general, que serán por regla fundamental de Derecho Público todos aquellos que expresamente no atribuya la Constitución al poder del gobierno federativo o central”⁷³.

Tomando ello por principio, debe entonces repararse en que la legislación administrativa que contengan los Códigos mencionados –delegados– por el art. 75, inc. 12 de la Constitución nacional, será exclusivamente aplicable al ámbito de la Administración Pública nacional.

Es dable precisar que algunos precedentes minoritarios y aislados han abonado la postura aquí mantenida al expresar: “El art. 1112 del Código Civil puede –y debe– ser aplicado a los supuestos en los que se encuentre en discusión la responsabilidad del Estado emanada de la actuación de los departamentos del gobierno federal. Ello es así porque, más allá de la inconveniencia que existe –desde el punto de vista sistemático– de incluir una norma federal en un código de derecho común, desde una óptica constitucional esa solución no ofrece reparos.

En efecto, si bien asistemática, la norma federal inserta en la ley aprobatoria del código, es de aplicación a casos como el de autos en donde se debate la responsabilidad del Poder Judicial de la Nación, toda vez que emana del órgano con competencia constitucional para sancionarla –Congreso nacional–, sin perjuicio de que se halle inserta en una norma de fondo destinada a regir una rama del derecho común”⁷⁴.

⁷² JORGE LUIS SALOMONI, “La responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 437.

⁷³ JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases...*, p. 104.

⁷⁴ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 7/10/1999, “Amiano Marcelo Eduardo y otro contra E.N. -Ministerio de Justicia- y otro” (del voto del Dr. USLENGHI).

Retomando el análisis del texto del proyecto de Código Civil y Comercial, se advierte que este suprime la actual regulación y tiene lugar sólo frente al ejercicio irregular de las funciones impuestas a los funcionarios, y únicamente contra el funcionario. Al suprimir las disposiciones de los arts. 1109, 1112 y 1113 del Código Civil, contradice principios constitucionales como los de justicia y reparación plena de daños injustamente sufridos, y de *alterum non laedere*, receptado en el art. 19 de nuestra Constitución, que nuestro Máximo Tribunal ha dejado claro que se encuentra reglamentado en los arts. 1109 y 1113 del Código, y aplicable a todas las ramas del Derecho, no siendo de aplicación exclusiva del Derecho Privado⁷⁵.

Dicha supresión ha provocado varias críticas respecto de cuál sería la reglamentación en los supuestos de responsabilidad estatal. Las desarrollaremos en el apartado siguiente.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA AUTONOMÍA PROVINCIAL. REPERCUSIONES

Una de los puntos más cuestionados de la reforma en materia de responsabilidad estatal es, además de la no aplicación del Código en el ámbito de la responsabilidad estatal, la regulación exclusiva del instituto por parte de las provincias. Este criterio, derivado del carácter eminentemente local del Derecho Administrativo, llevó a discrepancias e inquietudes entre los operadores del derecho⁷⁶.

⁷⁵ CSJN, “Aquino”. Citado.

⁷⁶ CASSAGNE es determinante respecto a la dualidad del derecho de daños, separando la regulación de la responsabilidad entre privados de la estatal. Así, sostiene que “en cualquier sistema jurídico conformado por un dualismo en el que el Derecho Público aparece separado del Derecho Privado, como es la característica común en los ordenamientos europeos continentales y latinoamericanos, resulta prácticamente imposible predicar la unidad del derecho de daños, máxime cuando esa unidad se resiente en muchos aspectos internos de las respectivas teorías civilistas o administrativistas que no llegan a ponerse de acuerdo en cuestiones fundamentales que se plantean en las respectivas disciplinas [...] la unidad del derecho de daños constituye una pretensión basada en un pragmatismo que choca abiertamente con el sistema federal y las consecuentes autonomías provinciales que perfilan el carácter local del Derecho Administrativo ¿Podrían desconocerse acaso las potestades de las provincias para legislar sobre los supuestos y alcances de su responsabilidad? En JUAN CARLOS CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado...”. Op. cit.

Asimismo se ha planteado, a modo de ejemplo: “¿Es razonable que la responsabilidad de un Estado provincial (o del nacional) causada por una ambulancia pública sea distinta a la causada por una ambulancia particular? Lloverían los cuestionamientos al principio de igualdad, así como ocurrió cuando se brindó en su momento un distinto tratamiento a los daños causados

Tengamos en consideración que, como se describió más arriba, que no todas las jurisdicciones locales cuentan con normas que regulen la responsabilidad estatal o, en el caso de existir regulación, poseen diferentes matices entre ellas. Ese estado de situación no sólo podría hacer peligrar la aplicación de la responsabilidad en el ámbito público, sino también atentaría contra el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución nacional, tanto para el damnificado como para el privado que provoca el daño.

por el transporte público de pasajeros. Lo mismo puede decirse en relación al daño causado por una mala praxis en un hospital público o cualquier acto ilícito causado por el Estado a través de sus dependientes”. EMILIO IBARLUCÍA, “El derecho constitucional...”. Citado.

Por su lado, PIZARRO plantea lo siguiente: “no puede admitirse que cada Estado Provincial module la responsabilidad patrimonial del estado por daños causados a terceros a su gusto y antojo, de manera distinta a lo que una ley de fondo disponga, dicha materia es competencia del Congreso de la Nación. Como bien ha señalado PETRACCHI en un memorable voto en disidencia, “la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedor y deudor es materia propia de los códigos de fondo”. Cualquiera sea su fuente, su regulación corresponde al código civil –en defecto de otra norma de derecho común que prevea lo contrario– por ser materia de fondo [...] la responsabilidad patrimonial del Estado, plantea en esencia, una cuestión obligacional, entre acreedor (damnificado) y deudor (estado) [...] El régimen jurídico que regula las relaciones sustanciales entre acreedor y deudor, que incluye establecer qué es un crédito y qué es una deuda (argum. art. 499 Cód. Civil), cuándo, cómo y a quien se debe, y con arreglo a qué criterios, es competencia exclusiva y excluyente del Congreso nacional. Lo mismo vale para los aspectos atinente al nacimiento o extinción de las relaciones creditorias, sea quien sea acreedor o deudor. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es pacífica en ese sentido. Esto determina que las Provincias no puedan establecer soluciones normativas incompatibles o que contradigan lo que la legislación de derecho común establece. De hacerlo, tales disposiciones legales serán inconstitucionales”. En RAMÓN D. PIZARRO, “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de Derecho Público provincial”. Publicado en LLC2011 (diciembre), 1159.

En el mismo sentido señala MERTEHIKIAN que la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación “tiene resuelto que lo atinente al nacimiento o extinción de las relaciones creditorias es propia del Cód. Civil y no es materia sobre la cual la legislación local pueda disponer.

Conforme lo que venimos diciendo, y en virtud del art. 499 del Cód. Civil, “no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”, lo cual, en nuestro ámbito, equivale a decir que no hay obligación de reparar un perjuicio si no hay causa para ello, y precisamente la causa de la obligación de reparar es el “daño producido a la víctima”, que como principio eminente de nuestro orden jurídico se encuentra consagrado constitucional y legalmente, tal como encomiablemente lo ha resuelto la Corte. No se trata, en suma, de que las disposiciones examinadas pertenezcan al Derecho Público o al Derecho Privado, sino que por ser normas que “corresponden” a la teoría general de las obligaciones, su ubicación es correcta y deben ser aplicadas de un modo directo por el intérprete para resolver las cuestiones que se le susciten (art. 15, Cód. Civ)”. En EDUARDO MERTEHIKIAN, *La responsabilidad...* citado, ps. 31 y 32.

Se destaca que el argumento de la autonomía del Derecho Administrativo se invoca para reconocer a las provincias plena discrecionalidad en la regulación de su relación con los particulares. Ello, en principio, no es erróneo, pero debe siempre tenerse en cuenta que existe un “fondo jurídico común” entre la Nación y las provincias, que está determinado por determinadas normas y principios del Código Civil (por ejemplo, la publicidad de las leyes y su irretroactividad). Más aún si se entiende que determinados principios –como el derecho a la reparación– tienen fundamento constitucional e incluso protección internacional, a través de su regulación en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución nacional⁷⁷.

No obstante lo señalado, la peligrosidad de establecer la aplicación exclusiva de la normativa provincial sin considerar los parámetros del Derecho Civil podría dar lugar a diferentes respuestas en los tribunales: las soluciones para supuestos similares de daños causados por la actividad ilegítima o legítima del Estado podrían variar radicalmente de una provincia a otra, según lo que ellas hayan regulado sobre el particular.

La responsabilidad estatal se encuentra íntimamente conectado con el principio general que prescribe el deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*) enraizado en la dignidad de la persona como ser individual y social, así como con la necesidad de resguardar su patrimonio frente a daños injustos provocados por el Estado⁷⁸. Bajo el escenario planteado en el proyecto presentado en el Senado, se presentan dos problemas trascendentes que deben resolverse con arreglo al Derecho Público: el criterio de atribución y el modo en que deben distribuirse los daños en el campo de la actividad legítima o lícita del Estado⁷⁹.

El problema radica en que, si bien es cierto que el Derecho Administrativo es eminentemente local, e institutos como la responsabilidad estatal no son materia delegada al Congreso conforme los arts. 121⁸⁰ y 75,

⁷⁷ EMILIO IBARLUCÍA, “El derecho constitucional...”. Citado.

⁷⁸ JUAN CARLOS CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado...”. Op. cit.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ El art. 121 de la Constitución nacional reza: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Se trata de una norma de clausura entre el Estado Federal y las Provincias: los poderes del Estado Federal se encuentran limitados a lo establecido por la Constitución en los arts. 75 (Poder Legislativo), 99 (Poder Ejecutivo), 116 y 177 (Poder Judicial) y 120 (Ministerio Público), de modo que los poderes que no han sido expresamente delegados, corresponden a las provincias, constituyendo uno de los principios de reparto del orden constitucional. Conf.

inc. 12⁸¹, no es menos cierto que el deber de responder frente a un daño proviene fundamentalmente del principio de no dañar, cuya regulación es propia del Derecho Privado. Por lo tanto, el Código de fondo debería ser la norma que delinee los parámetros de responsabilidad estatal, en tanto que las Provincias deberían reglamentar los conceptos que utiliza el Derecho Privado para concluir en la existencia de responsabilidad estatal o del funcionario, como sucede en la definición del supuesto de “falta de servicio” (configurando los estándares de servicio debidos o esperables legítimamente por el administrado), o de ejercicio de las competencias del funcionario público.

Resulta útil para este análisis traer a colación la doctrina de la Corte Suprema en el precedente “Barreto”⁸², a través del cual modificó el encuadre de “causa civil”, entendiéndola como aquella que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12 de la Constitución nacional. El máximo tribunal sostuvo en esa oportunidad que “quedan excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de Derecho Público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la Constitución nacional (Fallos 180:87; 187:436; 311:1597, entre otros)”⁸³.

Así, continúa en su razonamiento que “lo expuesto conduce necesariamente a fin de resolver el caso al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (leyes 12.154 y 12.155, entre otras), interpretándolo en su espíritu y en los

ALBERTO RICARDO DALLA VÍA, *Manual de Derecho Constitucional*, AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2004, p. 652

⁸¹ Referido a las atribuciones del Congreso, el inc. 12 se refiere a la función de “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas caeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

⁸² CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”. Sentencia del 21/3/2006.

⁸³ Considerando 8.

efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (Fallos 312:606; 319:1407; 322:617)”⁸⁴.

Ahora bien, la Corte resalta que la aplicación de la normativa local en aquellas cuestiones que no revisten el carácter de “causa civil”, no impide que para resolver una controversia “se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del Derecho Privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (FIORINI, op. cit., primera parte, ps. 90 y ss.).

Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del Derecho Público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de Derecho Administrativo en el que, *prima facie*, se encuadra el presente caso (FIORINI, op. cit., primera parte, ps. 92 y ss.; Fallos 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231)”⁸⁵.

Esta opinión ha sido confirmada en casos posteriores: a modo de ejemplo, siguiendo la línea argumental sentada en “Barreto”, el Máximo Tribunal ha entendido en el precedente “Castelucci”⁸⁶, que “todos los principios jurídicos –entre los que se encuentra el de responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados– aunque pueden estar contenidos en aquel cuerpo legal, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica”⁸⁷.

VI. CONCLUSIONES

Hemos visto, a lo largo de este trabajo, el impacto del Proyecto de Código Civil y Comercial remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Senado en materia de responsabilidad del Estado. Para ello, analizamos además no sólo la modificación conforme la redacción actual, sino también el texto trabajado por la Comisión Redactora, que tomó como modelo el proyecto de Código unificado del año 1998.

⁸⁴ Considerando 11

⁸⁵ Considerando 12

⁸⁶ CSJN, “Castelucci, Oscar Jorge y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, del 23/6/2009.

⁸⁷ Considerando 2

El proyecto de Código ha generado tanto amores como odios. No obstante, tal como hemos desarrollado precedentemente, no obstante se alarma acerca de la peligrosidad de la regulación exclusiva del instituto por parte de las jurisdicciones locales, las reglamentaciones propias de las Constituciones Provinciales no son pocas, con lo cual la responsabilidad del estado no está desprovista de tratamiento, aún frente a la exclusión planteada en el Proyecto de Código en estudio.

Aún en el supuesto de que las jurisdicciones locales no contemplen regulación alguna, entendemos que resultaría pertinente la aplicación subsidiaria del código de fondo, en tanto carácter de ley nacional, a modo de parámetro para entender la materia. Es decir, la responsabilidad estatal se regula bajo los parámetros locales, salvo que esa jurisdicción no cuente con reglamentación, supuesto en el cual entran en juego las normas nacionales.

Ya lo ha dejado entrever nuestra Suprema Corte en el citado precedente “Barreto”: la temática concerniente a la responsabilidad del Estado corresponde a las jurisdicciones locales, por imperio del art. 121 de nuestra Constitución nacional. Ello no obsta a la aplicación subsidiaria de las leyes nacionales enmarcadas en su art. 75 inc. 12 –como bien puede ser el Código Civil– ya sea en aquellos supuestos en los cuales no se cuente con regulación local, o resulte necesaria tal aplicación en función de que, como lo ha señalado, los principios concernientes a la responsabilidad y resarcimiento de daños ocasionados se encuentren contenidos en tal norma legal, no obstante, resalta, no son exclusivos de ninguna disciplina jurídica.

Recordando que: “Concierne a la seguridad jurídica que las normas no sean violadas sistemáticamente, pues las leyes deben ser eficaces, y sólo lo son cuando la mayoría de los ciudadanos las obedecen espontáneamente y, si las desobedecen, son sancionados. No es esta, sin dudas, la situación argentina actual”⁸⁸ aunque, no obstante, el sistema de responsabilidad del Estado proyectado, como dijimos, análogo al proyectado en el año 1998, de ser aprobado, importará, con certeza, dar claridad al sistema.

Puede coincidirse con el maestro platense MORELLO cuando sostiene⁸⁹, desde hace algún tiempo, que “queremos entrar en el primer mundo, pero pocos son los que reparan en que quienes componen esa parte del orbe poseen un denominador común: son Estados de Derecho con plena vigencia de sus respectivas constituciones y en los que la seguridad jurídica es un valor inmutable. ¿Podríamos imaginar al presidente de EE.UU. cambiando el signo

⁸⁸ Atilio A. Alterini, “Un sistema teñido de inseguridad”, en Ricardo Luis Lorenzetti –Director–, *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 142.

⁸⁹ JA 1992-IV-886.

monetario por un decreto, al primer ministro italiano detener a personas sin declaración formal de estado de sitio, al primer ministro japonés disponer el desagio de los contratos de tracto sucesivo, al español disponer por un acto de autoridad el canje de los depósitos bancarios por bonos a diez años de plazo, al canciller alemán ordenando la suspensión del trámite de todo juicio contra el Estado, al ministro inglés derogar leyes sin intervención del Parlamento, al premier canadiense disponiendo que las deudas emergentes de pronunciamientos jurisdiccionales firmes sean abonadas con títulos de la deuda pública reclamables a 16 años? Todas esas conductas son impensables, pero sucedieron en nuestro país durante gobiernos constitucionales”.

Sin lugar a dudas, *la reforma*⁹⁰ *de la reforma* proyectada no contribuye –en nada– a transitar el camino institucional que nos lleve al destino global señalado; y es que resignar seguridad jurídica en cualquier ámbito de por sí es grave; cuando ello ocurre en un tema como el aquí analizado, es, asimismo, institucionalmente peligroso.

Es, en rigor, olvidar que “sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase”⁹¹.

⁹⁰ Me refiero a la propuesta por el Poder Ejecutivo nacional.

⁹¹ RECASÉNS SICHES, citado por el Dr. ATILIO ALTERINI en su discurso de asunción al decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 2002.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina