
LAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO¹
Universidad de Buenos Aires; Universidad Austral;
ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 155-237

Resumen: Los artículos 1764 a 1766 del CCC y la Ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado son un punto de inflexión para el derecho público argentino. Marcan el tránsito de un régimen de base jurisprudencial, esencialmente disperso y variable, a un esquema sistemático de ordenación de carácter legal. Ello descarta definitivamente la declamada posibilidad de privatizar del derecho público. El plexo legal vigente, sin embargo, no es un punto de partida. Sus bases fueron labradas por la jurisprudencia del alto tribunal durante las tres últimas décadas de gobiernos *de jure*. Con todo, el sistema normativo vigente tampoco puede ser considerado un punto de llegada ni de ruptura. Es un eslabón, una pieza —necesaria, aunque incompleta— en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho. En este artículo se exponen las bases dogmáticas y jurisprudenciales que informan a la LRE.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La Ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado (en adelante, LRE) es un *punto de inflexión* para el derecho público argentino.

¹ Abogado. Magister en Derecho administrativo con diploma de honor. Director académico de la Maestría en Abogacía del Estado (ECAE-Untref).



Por un lado, marca el tránsito de un régimen de base jurisprudencial a un esquema sistemático de ordenación sustantivo de carácter predominantemente *legal*.

Por otro, de modo expreso concibe el instituto como una materia de *derecho público* y, en tanto tal, asume que las respuestas a los problemas que plantea la responsabilidad extracontractual del Estado incumben de modo primordial al derecho administrativo.

En este ámbito, la voluntad general -formalizada a través del plexo normativo que conforman los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial (Ley 26.994, en adelante, CCC) y la Ley 26.944 (LRE)-recorrió un camino que rechaza, de plano, la declamada posibilidad de privatizar esta parcela del derecho público².

1.2. El plexo legal vigente, regulatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado, ***no es un punto de partida***.

Sus ideas rectoras, esto es, el carácter *objetivo, directo, autónomo y local* del derecho de la responsabilidad estatal —juntamente con sus típicos factores de atribución, la *falta de servicio* y el *sacrificio especial* en aras del interés público—, fueron labradas por la jurisprudencia y la doctrina científica, nacional y provincial, durante las últimas décadas de gobiernos de *jure*.

El régimen jurídico de la responsabilidad del estado, conformado por la Ley 26.944 y los artículos 1764 a 1766 CCC, es una de las tantas

² Aunque parezca paradójico, la privatización del derecho público es auspiciada también por algunos sectores de la doctrina administrativista. Así, en un trabajo del prof. Tawil (diario La Ley de 21-10-2015), se señala que ora porque la Ley 26.944 sea derogada, o porque se la declare inconstitucional o porque una reforma legislativa restablezca las previsiones normativas originariamente propuestas por la Comisión 191/11, “de acá a unos años nuestro sistema de responsabilidad estatal se asemejará en importante medida al contemplado en el Título V, Capítulo I del Código Civil y Comercial del que la Ley 26.944 ha intentado apartarlo”. Por las razones que exponemos en el texto, no coincidimos con ese pronóstico; antes bien pensamos que la concretización de los valores y principios del Estado constitucional social de derecho habrá de mejorar esta parcela del derecho administrativo.

Cabe puntualizar que la reciente Ley 6325, de responsabilidad del Estado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —juntamente con las leyes provinciales que se han sancionado desde 2014 a la fecha- van en un sentido exactamente contrario al predicado por este sector de la doctrina.

respuestas posibles que la discrecionalidad legislativa pudo brindar a las múltiples cuestiones generadas por el proceso de transformación y unificación del derecho privado que finalmente desembocó, en 2014, en la sanción de la Ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación).

1.3. El sistema normativo vigente *tampoco es un punto de llegada, ni de ruptura.*

La LRE es un eslabón, una pieza, necesaria aunque incompleta en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho.

En este sentido los desarrollos jurisprudenciales de los próximos lustros irán modelando y armonizando el régimen legal de la responsabilidad patrimonial del Estado según los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república.

En este sentido, la prestigiosa judicatura especializada en materia administrativa sabrá conformar necesarios *puntos de equilibrio* entre el derecho a no ser dañado, el deber jurídico de reparación patrimonial del legitimado pasivo *directo* (el Estado) y las razonables y concretas posibilidades del legitimado pasivo *indirecto* (la comunidad, que es quien, en definitiva, soporta la carga del responder) en el marco de la situación de emergencia que afecta a nuestro país.

1.4. Ciertamente, la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión compleja. Encierra una gran cantidad de problemas, que exceden la variable normativa.

Una observación macroscópica, global y sistémica de la responsabilidad estatal exige enlazar el mundo jurídico normativo con otras diferentes áreas del conocimiento, como v. gr., el sistema de derechos humanos, la ética, la política, la economía³, las finanzas, la filosofía, la sociología, entre otras.

Un enfoque centrado de manera exclusiva y excluyente en lo *normativo* es, desde una perspectiva científica, una técnica insuficiente y, por ello, defectuosa.

³ Así, por ejemplo, no se puede desconocer que la Ley 26.944 debía guardar compatibilidad con otras producciones legislativas anteriores del Congreso como, v. gr., la Ley 26.896, BO 22/10/13, que prorrogó la vigencia de la Ley 25.561, de emergencia pública en materia económica.

En efecto: el esquema *normativo* de ordenación de la responsabilidad es apenas una de las parcelas de nuestra unidad de observación.

En esta materia, como en otras del derecho público (no penal), la formulación de juicios de aprobación o desaprobación deben, invariablemente, estar precedidos de interconexiones con diferentes áreas del saber. En el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado la dimensión normativa es solamente un fragmento, una parcela, de la complejidad.

En general, no ha sido el enfoque integrador, global y de conjunto, consustanciado con el principio de *reserva de lo posible*, el método lógico (metodología) que se ha utilizado para estudiar la Ley 26.944 (LRE) y los artículos 1764 a 1766, del CCC.

Aún así, desde la unidimensional visión normativa, el examen de la LRE se ha realizado desde dos grandes campos: el derecho privado y el derecho público. En este último ámbito, es dable verificar que los estudiosos han encarado la LRE y los artículos 1764 a 1766 del CCC desde el derecho constitucional y desde el derecho administrativo.

No hay duda de que todos los aportes realizados desde la doctrina expresan una idea de justicia.

Sin embargo, no desconocemos que en el debate de las ideas, muchas veces apasionado, se filtran circunstanciales *intereses* —económicos, políticos, profesionales, ideológicos, académicos, amén de vanidades— que, ajenos al principio de reserva de lo posible y solapados bajo una supuesta inspiración científica, fuerzan sus aportes doctrinales según el modo y la intensidad con que aquellos intereses se pueden ver comprometidos.

Seguidamente examinaremos las características principales de la Ley 26.944, reguladora de la responsabilidad patrimonial del Estado.

2. EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS PROBLEMAS CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS

2.1. Los problemas clásicos

El derecho de la responsabilidad del Estado plantea problemas diversos. Algunos de ellos son clásicos, en tanto se anudan con la concreta efectividad de los principios basales del Estado legal de derecho.

Otros, en cambio, son más recientes. Emergen como producto del tránsito del Estado formal de derecho al Estado constitucional social de derecho (o Estado de los derechos fundamentales).

El catálogo de asuntos tradicionales —además del fundamento que sustenta al instituto—⁴ es variado y complejo.

Así, desde esta atalaya cabe interrogarnos sobre las siguientes cuestiones:

(i) *Cuál es la función de la responsabilidad del Estado.*

En este punto se debate si la responsabilidad estatal opera como garantía patrimonial; como dispositivo técnico de control —esto es, de sanción- o como un instrumento de solidaridad social, de distribución de recursos o directamente de seguridad social.

También nos preguntamos si la técnica conocida como prevención del daño —llamada a evitar la producción de un daño previsible- puede ser considerada una de las funciones de la responsabilidad del Estado. De ser así ¿cuál sería su alcance, su radio de aplicación?

(ii) *Qué reglas y principios deben regir la responsabilidad del Estado, en ejercicio de funciones públicas.*

⁴ Abandonada por completo la teoría de la inmunidad soberana como sustento de la infalibilidad estatal y, por ende, de su irresponsabilidad, la doctrina administrativa no exhibe uniformidad a la hora de exponer el fundamento de la responsabilidad del Estado. Así, no son pocos los que proclaman que el fundamento de la responsabilidad estatal reside en la justicia y en la equidad. Otros, en sustento de aquélla, proponen los principios de solidaridad, legalidad o, lisa y llanamente, la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, la expropiación, el enriquecimiento sin causa, el derecho de propiedad y la igualdad ante las cargas públicas.

Más allá de la inexcusable parcela de verdad que encierra cada una de las tesis enunciadas, pensamos que el cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho se focaliza, de manera primordial, en el principio de dignidad humana. En efecto: el principio de dignidad humana, y la inescindible nota de alteridad jurídica que él acarrea, justifica incluir a la responsabilidad estatal dentro del elenco de principios basilares del Estado constitucional social de derecho contemporáneo. Este fundamento tiene consecuencias prácticas insoslayables, toda vez que proyecta la función preventiva de la responsabilidad estatal con relación a la evitación del daño sobre derechos fundamentales indisponibles.

Este es el problema central que enfrentó el legislador argentino con la sanción del Código civil y Comercial, en 2014.

Más allá del fundamento constitucional que brindan los artículos 17, 16, 19 y 75.22, de la Constitución Nacional, en este punto se plantea si la materia concierne al derecho público (derecho administrativo); o si, en paridad con los particulares, el responder patrimonial del Estado –en ejercicio de potestades públicas- se lo debe examinar y juzgar de acuerdo con las normas de derecho privado, en el marco de la unidad del derecho de daños o de la teoría general del derecho de daños.

(iii) *Autoridad competente*

Frente al supuesto de que se considere que estamos en presencia de una materia de derecho público se presenta un nuevo problema: ***quién es la autoridad competente para regular la responsabilidad del Estado.***

Desde el principio cardinal de separación de poderes y de acuerdo con la técnica de descentralización del poder territorial consagrada en la Constitución (forma de Estado federal) nos preguntamos a qué la autoridad pública le incumbe establecer el régimen jurídico de la responsabilidad estatal.

Concretamente: ¿qué poder del Estado tiene atribuciones para reglamentar la responsabilidad del Estado?

¿La debe regular el máximo tribunal, a través de sentencias y acordadas?

¿O la susodicha facultad concierne al Poder Legislativo?

En este último supuesto, quién es la autoridad legislativa competente: ¿el Congreso de la Nación? o ¿las legislaturas provinciales?

(iv) *Régimen único o múltiple*

Anudada a la cuestión precedente, cabe inquirir si el régimen jurídico de la responsabilidad estatal debe ser único y uniforme para toda nación y las provincias o si, en cambio, puede (o debe) ser plural, múltiple, según la forma de Estado federal.

(v) *Método de interpretación*

Si se aceptara que la responsabilidad patrimonial del Estado es un asunto que atañe de manera predominante al derecho administrativo

cabe interrogarnos acerca de cómo y hasta dónde se *proyecta el régimen jurídico de la responsabilidad civil* –artículos 1708 y siguientes del CCC- sobre la responsabilidad estatal. Concretamente, en supuestos lagunosos: ¿se aplican las normas del derecho privado? Y, si la respuesta fuere afirmativa, la aplicación de normas del responder civil ¿Es directa? ¿Es subsidiaria o supletoria? ¿Es analógica?⁵.

(vi) *La responsabilidad del Estado en relación con sus órganos.*

Con respecto a sus órganos cabe interrogarnos si la responsabilidad del Estado opera de manera indirecta, subsidiaria, o, si en cambio, ella actúa de modo principal o directo.

(vii) *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva?*

Por cierto, uno de los problemas centrales que plantea nuestra unidad de estudio se afina en saber si la responsabilidad del Estado reposa en la idea de reproche subjetivo, esto es en la idea de culpa del agente o del funcionario (responsabilidad subjetiva) o, si la construcción orgánica del régimen jurídico del responder estatal se edifica a partir de las prestación de la función pública, con prescindencia del reproche subjetivo (responsabilidad objetiva);

(viii) *Responsabilidad del Estado por actividad ilegítima ¿y también legítima?*

Otra cuestión relevante reside en determinar si el hecho generador que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado se focaliza exclusivamente en la actuación irregular de sus órganos y entes, o si, a diferencia de lo que ocurre, de ordinario, en la responsabilidad civil⁶, cabe que el Estado, en ejercicio de potestades públicas, responda también por la actividad formal o material, legítima de aquéllos.

⁵ Cabe recordar que, con posterioridad a la Ley 26.944, se sancionó la Ley 27.328 reguladora de los contratos PPP. El art. 9 inciso p de la Ley 27.328 establece que la LRE, 26.944, no será de aplicación directa, supletoria o analógica a la extinción por razones de interés público.

⁶ No podemos ignorar que en el derecho privado existen situaciones de responsabilidad por actividad lícita, como las previstas en los artículos 1977 (instalaciones provisionales indispensables sobre inmueble lindero) o 1718, inc. 3° (estado de necesidad), entre otros. Sin embargo, estos supuestos son ajenos a

(ix) *Responsabilidad por actividad legítima. Alcance de la reparación*

En caso de aceptarse la responsabilidad por actividad legítima del Estado en ejercicio de potestades públicas, corresponderá discernir el alcance de la reparación, esto es, si la extensión del resarcimiento por actividad legítima debe tener, o no, el mismo alcance del previsto para la responsabilidad por actuación irregular.

(x) *¿Responsabilidad por omisiones legítimas?*

El reconocimiento de responsabilidad estatal nacida de fuente legítima acarrea una nueva cuestión: ¿es predicable, en el régimen vigente, la responsabilidad por omisión o inactividad *legítima* del Estado? En la jurisprudencia nacional ¿existen precedentes que respalden este supuesto?

(xi) *Requisitos del supuesto de hecho que origina la responsabilidad extracontractual del Estado.*

¿Cuáles son los requisitos que estructuran el supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad extracontractual del Estado? ¿Son propios de la responsabilidad del Estado? ¿O son los mismos que gobiernan a la responsabilidad civil? ¿Son total o parcialmente diferentes?

(xii) *Factor de atribución y relación de causalidad*

En relación con los requisitos de procedencia de la pretensión resarcitoria corresponde indagar:

a. Cuáles son los *factores de atribución* de la responsabilidad estatal. ¿Son idénticos a los que rigen en la responsabilidad civil? ¿Son específicos de la responsabilidad estatal? Frente al caso que exista disimilitud entre los factores de atribución de la responsabilidad civil y del Estado ¿cabe la aplicación analógica de factores atribución de la responsabilidad civil a la responsabilidad estatal? ¿cuándo será posible la extensión analógica? ¿Con qué modulaciones y alcance?

la idea de interés público, como lo es, en cambio, la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

b. Qué función cumple la *relación de causalidad* en la responsabilidad del estado; qué criterios gobiernan la atribución de consecuencias, la *prueba*; cómo se estructura el régimen de la *co-causación*; de las *concausas* y de las *eximentes* por ruptura del nexo causal.

(xiii) *Causalidad y factor de atribución*

El derecho de la responsabilidad del Estado plantea el problema sobre si existe algún tipo de interrelación entre el factor de atribución y la relación de causalidad; y, si esta interconexión, gravita al momento de fijar el alcance de las *consecuencias dañosas resarcibles*.

(xiv) *Daño*

En lo que concierne al daño se presente el problema de establecer si se lo debe entender como menoscabo de un bien jurídico o si en cambio se lo debe asociar a la idea lesión sobre un derecho o interés no reprobado por la ley.

Frente a la orfandad normativa, los interrogantes precedentes recibieron la respuesta, no siempre homogénea, de la jurisprudencia. A la vez, la doctrina autoral contribuyó y favoreció a la sistematización de la multiplicidad de sentencias dictadas en torno a la responsabilidad del Estado.

En efecto: frente a la carencia de un régimen normativo específico, la CSJN asumió una doble y delicada tarea: dirimir con fuerza de verdad legal los casos concretos de responsabilidad patrimonial del Estado sometidos a su conocimiento y decisión, y, simultáneamente, tallar -de manera general y con vocación de perdurabilidad- las bases, requisitos y estándares de la responsabilidad estatal según los principios consagrados, primordialmente, en los arts. 16, 17 y 19 CN.

Bajo el régimen jurisprudencial vigente hasta 2014, la cartografía del derecho de la responsabilidad del Estado exhibió criterios consolidados (como, v. gr., el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal).

Sin embargo, también mostró posiciones que distaban de ser pacíficas. Así, los recaudos que habilitan la *falta de servicio por omisión*; el criterio para determinar la *relación de causalidad*, tanto en la

responsabilidad estatal nacida de la actividad ilegítima como lícita; la *extensión del resarcimiento*, en los supuestos de responsabilidad de fuente legítima, el carácter actual o no del daño, entre otras, eran cuestiones que recibieron un trato cambiante, flexible, sobre todo a través de los obiter que, en algunas oportunidades, habrían de convertirse más tarde en holding.

A pesar de ello, el precedente jurisprudencial adquirió, en la práctica, gravitación materialmente legislativa. De ese modo, hasta la feliz reacción legislativa de 2014, los poderes públicos toleraron que sutilmente se modificara la atribución constitucional de competencias, en menoscabo de la voluntad general.

2.2. Los problemas contemporáneos. El desafío de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Estado constitucional social de derecho

A los problemas anteriores, que hemos denominado *clásicos*, se le añaden nuevos problemas, que nacen del tránsito del Estado formal y democrático al Estado constitucional social de derecho.

Entre los nuevos problemas, hay dos que deben ser atendidos de manera prioritaria, sin perder de vista el estándar de *reserva de lo posible*.

El primer problema atañe a la neutralidad del esquema de ordenación del responder estatal. ¿Corresponde mantener un sistema básicamente neutral e indiferente con respecto a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego? Concretamente: en este punto cabe interrogarnos acerca de si es posible establecer modulaciones en el régimen general de la responsabilidad cuando el hecho generador imputable al órgano o ente estatal interfiera lesivamente sobre *derechos fundamentales indisponibles de la persona humana*.

La segunda cuestión, en cambio, nos inquiera sobre la posibilidad de desarrollar técnicas preventivas del daño sobre derechos indisponibles. El problema nos plantea la posibilidad de aplicar, por vía analógica, la acción de prevención regulada en los artículos 1710 y siguientes, del CCC.

Vayamos por partes.

2.2.1. El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho adviene como un esquema sistemático de ordenación y armonización de potestades y garantías afincado en los principios, valores

y reglas que emanan de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

Este modelo, sin ambigüedades ni concesiones, asume que las bases formales y materiales del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos son las bases que sustentan el derecho administrativo argentino actual.

Es así pues que con arreglo a esta impronta el *derecho administrativo* adquiere la condición de *derecho constitucional y convencional en concreta y continua realización*.

Bajo la matriz del Estado constitucional social de derecho, el derecho administrativo se preocupa por la observancia de las formas esenciales y sustanciales y de manera preferencial asume el compromiso de brindar efectividad a la *juridicidad material que emana de la Constitución, sobre todo, en lo que atañe al respeto y protección de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*.

El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho hunde sus raíces en la *supremacía de la Constitución Nacional convencionalizada* en 1994 y en su *fuerza normativa* (el documento constitucional es norma jurídica, no mero programa). En este marco, como lo ha subrayado la Corte federal, los derechos no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

En lo que atañe a las relaciones jus administrativas, esta matriz predica que la Administración debe subordinar toda su actividad formal y material al principio de juridicidad. Cabe subrayar que, en el Estado constitucional social de derecho el principio de juridicidad –al que está sometida la Administración– se abastece de una multiplicidad de hontanares: la Constitución Nacional; los *principios preestatales* que ella reconoce y despliega; los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional, los tratados, las leyes, los reglamentos, sin olvidar, claro está, la imprescindible guía que brindan las interpretaciones de la CADH por parte de la CorteIDH⁷.

⁷ En “Rodríguez Pereyra”, considerando 11º, de 27.11.2012, la Corte federal enfatizó, con sustento en el precedente Mazzeo (Fallos 330:3248) que “la

En esta matriz anida la idea de una juridicidad material, por los valores, que no solo limita los poderes de la Administración pública y se abre a la sociedad civil a través de la transparencia de los procedimientos, sino que, comprometido con la nota de alteridad, a la vez ordena o encarga el desarrollo de actividad positiva tendente a crear las condiciones de igualdad real que le aseguren a todos los miembros de la comunidad el acceso a los bienes necesarios para satisfacer el mínimo existencial, indisponible, que les corresponde por el solo hecho de ser persona humana.

En este modelo la observancia del principio de juridicidad –dentro del cual la Administración debe servir inmediatamente a los intereses generales - está indisolublemente asociada a la idea de previsibilidad y *seguridad jurídica*⁸ y naturalmente a la *expectativa de certeza jurídica*⁹.

interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

⁸ La Corte federal, en “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo”, de 4 de septiembre de 2018, voto de la mayoría, ha dicho que “el principio de juridicidad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional sirve como medida de todos los derechos y deberes, de las acciones y de las omisiones”. Y agrega: “la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea *previsible*”. Finalmente concluye en que el artículo 19 de la Constitución Nacional “exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige”.

⁹ Al respecto Aarnio puntualiza que la expectativa de certeza jurídica significa que todo ciudadano tiene el derecho esperar protección jurídica; con otras palabras: el tribunal u otro órgano adjudicativo (agregamos nosotros, la administración) tiene la obligación de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica. Este es el derecho jurídico básico de todo ciudadano en sociedad. Subraya el autor que la expectativa de certeza jurídica cubre dos elementos sustanciales: a) que se evite la arbitrariedad y b) que la decisión

En el Estado constitucional contemporáneo o Estado de los derechos fundamentales, los fines de interés general que la Administración está llamada a servir con objetividad y calidad se anudan con el principio “*jurídico*” fundamental de dignidad. En este sentido todas las autoridades públicas, cualesquiera sea el tipo de función que desarrollen, tienen el *compromiso jurídico fundamental* de respetar y garantizar la dignidad de la persona humana.

En efecto.

Dignidad de la persona humana, derechos humanos fundamentales y principio pro persona, componen la **tríada basal material** que gobierna el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

La *tríada basal material* del Estado constitucional contemporáneo - junto con uno de sus corolarios, *el principio de interdicción de la insensibilidad* (frente a cualquier violación, lesión o intervención de los derechos humanos)- inaugura *vínculos “jurídicos” obligatorios*.

La vocación de efectividad de esos vínculos jurídicos fundamentales - incardinados en el esquema sistemático de ordenación de los derechos humanos establecido en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional - hace nacer nuevos puntos de articulación, conciliación y armonía entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares.

Ciertamente, estos nacientes puntos de equilibrio y armonización también lo son *de ruptura con el derecho administrativo labrado en periodos de interrupción del orden constitucional*

Ciertamente, la aludida tríada basal material que emerge del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional- al tiempo que renueva la savia (interés general) que recorre la función administrativa inmuniza el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho frente a los embates del derecho administrativo abiertamente adscrito al ideal autoritario y a los intereses sectoriales afectantes del bien común.

sea sustancialmente correcta, en concordancia con el derecho válido (enfatisa que no es suficiente que la decisión previsible, debe ser sustancialmente correcta) (conf. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, ed. Palestra, Lima, 2016, pp. 29/30).

En definitiva: en el Estado constitucional social de derecho el derecho administrativo está llamado a resolver las debilidades del derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

En ese orden esta matriz anuda y asume compromisos vigorosos:

(i) con la *supremacía de la Constitución convencionalizada* y su *fuerza normativa*;

(ii) con el principio de *dignidad de la persona humana*;

(iii) con los *derechos humanos* que le son inherentes y el *principio pro persona*, en su doble formulación¹⁰;

(iv) con la vocación de *efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos por el bloque de constitucionalidad;

(v) con el *principio democrático* (art. 36 de la CN);

(vi) con los principios basilares que gobiernan el estatuto del poder, la *separación de poderes y control recíproco*, como garantía de libertad de las personas;

(vii) con las reglas actuales de *control de constitucionalidad*;

(viii) con el *corpus iuris interamericano*;

(ix) con el *control judicial difuso de convencionalidad*;

(x) con el *control administrativo de convencionalidad*, según la jurisprudencia de la CorteIDH¹¹;

¹⁰ En Fallos 336:672 (“Asociación Trabajadores del Estado”, considerando 11º, último párrafo, de 2013), el alto Tribunal subrayó que el principio *pro homine* o *pro persona* exhibe dos manifestaciones principales. “Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías... Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas ... Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (idem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten”.

¹¹ Sentencias recientes de la CorteIDH reafirman la doctrina consagrada en “Gelman” (2011) y “García Ibarra”, entre otras. Así, el tribunal interamericano sostuvo que “*el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención*, los cuales

(xi) con la *armonización de las potestades públicas con los derechos humanos*;

(xii) con su corolario, el principio material de *justa administración*.

2.2.2. Desde este vértice, extramuros de toda neutralidad e indiferencia a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, el régimen legal vigente de la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser interpretado según los principios que conforman la *tríada basal material* de la juridicidad del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

Desde este miraje, cuando el hecho generador produzca consecuencias lesivas sobre derechos fundamentales indisponibles, corresponderá que cada segmento del esquema de ordenación del responder estatal (requisitos, eximentes, extensión del resarcimiento, admisibilidad de la pretensión indemnizatoria) sea armonizado con los valores y principios que sustentan la aludida tríada: *dignidad de la persona humana, derechos humanos y principio pro persona*.

En este marco, los problemas contemporáneos de la responsabilidad del Estado se focalizan en precisar si el derecho de la responsabilidad del Estado debe ser neutral o indiferente a la valiosidad de la relación de disponibilidad en juego o, en cambio, si es posible reconocer modulaciones en el esquema del responder estatal cuando el hecho generador imputable a un órgano o ente estatal produzca interfiera lesivamente sobre derechos fundamentales indisponibles.

Al respecto, nos adelantamos a señalar que, en el Estado constitucional contemporáneo, el principio de dignidad humana (principio preestatal expresamente reconocido en el art. 75, inc. 22 CN) se erige en el estándar básico de interpretación de todo el sistema legal (nacional y provincial) y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado. De suyo, en ese marco, los principios constitucionales son, naturalmente, los principios del derecho administrativo.

deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados (CorteIDH “Petro Urrego”, sent. de 8 de julio de 2020, párrafo 107; “Urrutia Laubreaux”, de 27 de agosto de 2020, párr. 93).

De allí que, por ejemplo, en los excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera comprometer la integridad de **derechos fundamentales indisponibles**, inherentes al principio de dignidad humana —me refiero a los derechos esenciales de la persona física, art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)—, el art. 4° de la Ley 26.944, en el que se establecen los requisitos del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal por actividad legítima, como también el art. 5°, en cuanto fija el alcance del resarcimiento de los daños nacidos de fuente extracontractual lícita, deberán ser interpretados según los estándares consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En el Estado constitucional social de derecho, la centralidad que adquiere la persona nos lleva a considerar que todo daño sobre **derechos fundamentales indisponibles**, que la persona física (art. 1.2 CADH) no tiene obligación soportar (sea de fuente ilegítima o legítima) obliga al **íntegro restablecimiento de la dignidad lesionada**, lo cual comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona. A tal efecto, deviene decisivo, por ejemplo, proveer a la plena rehabilitación de la persona y a la reconstrucción de su proyecto de vida, amén, claro está, del equivalente indemnizatorio que fuera pertinente. En tal sentido el art. 5 de la Ley 6325 de la CABA estableció que cuando se afecte la vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas y en caso de estar reunidos los requisitos de responsabilidad por actividad lícita, el juez puede fijar prudencialmente los rubros indemnizatorios correspondientes al lucro cesante, debiendo explicitar las concretas razones que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne dicho rubro.

Otro de los problemas contemporáneos nos inquiere sobre la posibilidad de trasladar la tutela inhibitoria (acción preventiva) al derecho de la responsabilidad del Estado. Ello, claro está, con arreglo a las modulaciones que impone la interpretación analógica. En este punto no resulta irrazonable predicar, con miras a *preservar “in natura” un derecho esencial indisponible*, que, además de su tradicional función reparadora, el derecho de la responsabilidad estatal está llamado

a cumplir, también, una función preventiva o de evitación de daños que pudieran tener origen en la actividad ilegítima de órganos o entes públicos.

2.2.3. La Ley 26.944, de Responsabilidad del Estado (LRE), juntamente con las normas pertinentes del Código Civil y Comercial (arts. 1764 a 1766 CCyC) consagran un elenco mínimo de reglas, abstractas y generales, a partir de las cuales es posible extraer respuestas concretas a los problemas clásicos del derecho de la responsabilidad del Estado. A la vez, sobre este tangible *corpus* normativo habrán de operar los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república, a partir de los cuales se podrán encontrar respuestas plausibles a los problemas contemporáneos que detallamos en el párrafo anterior.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En el plano normativo, es evidente que el examen y valoración de la Ley 26.944 —esto es, la ley-marco de responsabilidad estatal actualmente vigente— debe realizarse en su contexto, esto es, en paralelo con el proceso de discusión del Anteproyecto y Proyecto de Código Civil y Comercial.

Una apreciación inicial permite comprobar que la sanción de una ley de responsabilidad del Estado no parecía ser, de antemano, una prioridad en la agenda del derecho público argentino.

El debate en torno a la necesidad concreta de regular por vía legislativa la responsabilidad del Estado comienza en marzo de 2012 con la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Juristas creada por el decreto 191/2011.

En su redacción original el Anteproyecto de la Comisión —integrada por insignes profesores de derecho privado— insertó a la responsabilidad del Estado y del funcionario en la Sección 9ª, del Capítulo 1º, del Título V, del Libro Tercero. El Anteproyecto contemplaba la responsabilidad de los poderes públicos —y del funcionario— dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil. En ese esquema, en tanto supuesto especial de responsabilidad civil, a la responsabilidad del Estado le habría de ser aplicable **directamente** el régimen general

de derecho privado consagrado en el Capítulo 1, del Título V, del Libro Tercero del nuevo Código.

Y allí nace una disyuntiva con indudable proyección práctica: ¿era competente la Comisión creada por el Decreto 191/2011 —dotada de facultades para proponer un anteproyecto de Código que unificara el derecho privado— para incursionar en una cuestión de derecho público, como es la responsabilidad del Estado? ¿Debía el Código Civil y Comercial —llamado a unificar el derecho privado— reglamentar un instituto de derecho administrativo, como es la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos y de sus entes?

En la respuesta a ese problema medular se jugaba una parte importante del ser o no ser del derecho administrativo argentino, puesto que, más allá de las interconexiones y recíprocas influencias entre el derecho privado y el público, era evidente que la regulación de la responsabilidad estatal desde el derecho privado —tal como lo propiciaba el Anteproyecto de 2012 en los arts. 1764 a 1766— desafiaba tanto el carácter local —esto es, las competencias provinciales no delegadas— como la autonomía científica del derecho administrativo.

Incurriríamos en un error de apreciación si escindiéramos el estudio de la Ley 26.944 de las circunstancias jurídicas, sociales, económicas, políticas e históricas que llevaron al Congreso a aprobar el régimen legal de la responsabilidad estatal a través de un cuerpo normativo diferente del nuevo Código. No cabe duda de que, en esa oportunidad, el legislador tuvo presente que la adscripción de la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de responsabilidad civil —tal como lo propiciaban originalmente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial— ignoraba el federalismo como forma de Estado (arts. 1°, 5°, 121, 122, 129 y concs. CN) y, también, un siglo y medio de construcciones jurídicas autónomas labradas desde el derecho administrativo de nuestro país.

Basta, pues, recordar que ya en 1869 Vélez Sarsfield discernía perfectamente los ámbitos de incumbencia del derecho privado y del derecho administrativo. En tal sentido, el art. 2611 CC¹², y la nota al

¹² El art. 2611 CC establece: “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”. En la nota

art. 31¹³, conjuntamente con la jurisprudencia labrada por el Alto Tribunal en torno a ellos¹⁴, permiten comprobar el miraje desde donde se debía examinar y regular la responsabilidad del Estado.

Las características que distinguen al sistema legal vigente son:

3.1. El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un sistema legal-marco que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en ejercicio de funciones públicas.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho iberoamericano comparado¹⁵, la Constitución Nacional de la República Argentina, reformada

al pie, el codificador enfatizaba que las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público son extrañas al derecho civil.

¹³ La nota al art. 31 puntualiza específicamente que el Código Civil trata sobre cuestiones de derecho privado (“Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado, la capacidad artificial de la persona de existencia ideal, solo se aplica a las relaciones de derecho privado y no a las de derecho público”).

¹⁴ Ver, por todos, CSJN, Fallos: 328:2654, voto de la Dra. Highton.

¹⁵ En España, el art. 106, inc. 2) de la Constitución, establece que: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

El art. 37, párr. 6, de la Constitución de la República Federativa del Brasil, dispone: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

En Colombia, el art. 90 de la Constitución Política de Colombia prescribe que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

En México, el art. 113, inc. 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa **irregular** cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

en 1994, no contiene una cláusula general que establezca, de manera expresa, el derecho a la indemnización de los daños provocados por la actuación o inactividad de las autoridades públicas.

Existen, en cambio, normas específicas. Así, además del art. 17 CN, que reconoce la garantía patrimonial frente a la expropiación por causa de utilidad pública¹⁶, el art. 15 establece que una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar la declaración constitucional mediante la cual los esclavos quedaban libres desde la jura de la Constitución.

A su vez, el art. 63.1 CADH, que tiene jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22 CN), prescribe que cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Y agrega: “[d]ispondrá 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”. Esta norma, por la que se establece el alcance de las competencias de la Corte IDH, se refiere a la reparación de las consecuencias dañosas inferidas a los derechos esenciales del hombre, esto es, a los derechos que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Aunque resulte redundante, vale recordar que el ámbito de protección de la CADH alcanza a los derechos y libertades reconocidos en ella en relación a toda **persona**. Al respecto, el art. 1.2 CADH prescribe que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”¹⁷.

En Chile, el art. 38, párr. 2, de la Constitución de ese país establece: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

En Uruguay, el art. 24 de la Constitución consagra la responsabilidad estatal del siguiente modo: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”.

¹⁶ En lo pertinente, el art. 17 CN establece que “... [l]a expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...”.

¹⁷ En efecto: la titularidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos corresponde a *seres humanos*. En tal

Tampoco existía, hasta la sanción de la Ley 26.944, una regulación legal orgánica de la responsabilidad del Estado.

Salvo alguna norma aislada, como el art. 130 de la Ley 24.156¹⁸, lo concreto es que hasta el año 2014 el derecho de la responsabilidad estatal se sustentó, básicamente, en los precedentes labrados por la Corte Suprema de la Nación (en adelante, CSJN).

En tal sentido, con arreglo a los aportes científicos prejurisprudenciales¹⁹, la doctrina del Alto Tribunal se sustentó, primordialmente, en

sentido el Preámbulo de la Convención Americana da cuenta que el núcleo de la CADH se centra la protección y titularidad de los derechos del ser humano. En ese orden la Corte IDH enfatiza que el objeto y fin de la CADH es la *protección de los derechos fundamentales de los seres humanos* (OC-22/16 párrafo 42). Desde esta interpretación del art.1.2 de la CADH cabe concluir que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales.

Sin embargo, a partir de una interpretación evolutiva de la Convención, la CorteIDH sostiene que las *comunidades indígenas* son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros.

A la vez, acerca de las *organizaciones sindicales* la CorteIDH entiende que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones están habilitadas para presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos.

En lo que atañe al ejercicio de los derechos de las personas naturales a través de personas jurídicas la CorteIDH entiende que en determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de personas jurídicas puede acudir al Sistema para hacer valer sus derechos fundamentales. Tal lo ocurrido en el caso “Ivcher Bronstein” (Sentencia de 6 de febrero de 2001), en el que se diferencian los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, o “Grainier” (sentencia de 22 de junio de 2015), caso en el cual el tribunal interamericano sostuvo que las restricciones a la libertad de expresión se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan.

Hasta el momento, la Corte sólo ha conocido casos en que el ejercicio del derecho fue realizado a través de personas jurídicas respecto al derecho a la propiedad y al derecho a la libertad de expresión.

¹⁸ Art. 130. - “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

¹⁹ En esta materia los aportes realizados por el Prof. Juan Carlos Cassagne hace ya más de treinta años (“En torno al fundamento de la responsabilidad

el art. 1112 CC²⁰, norma que, en su contexto y gramaticalidad, está destinada a regular la falta personal de funcionario.

Con la reciente sanción de las leyes 26.944 y 26.994 se produce un cambio de sustancial relevancia.

En primer lugar, a través de un cuerpo normativo con rango de ley, se reconoce de manera expresa, general y abstracta el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que genere el Estado mediante su actuación —activa o pasiva; formal o material— ilegítima, como también por su actividad lícita, siempre que se compruebe un sacrificio especial en aras del interés público.

El reconocimiento legal de esta **garantía patrimonial** queda explicitado en el art. 1º, párr. 1º, de la Ley 26.944. Allí se establece que la referida ley “rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”.

Ese reconocimiento también opera por conducto de los arts. 1764 y 1765 CCyC (Ley 26.994). Este último prescribe que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

A diferencia de épocas pretéritas, el régimen vigente de la responsabilidad estatal emana hoy del órgano que representan la voluntad general, el Congreso de la Nación. Es así pues que las normas referidas son la reglamentación legal de la garantía patrimonial frente a los daños que produzca el Estado en ejercicio de funciones públicas.

En definitiva:

del Estado”, ED 99-937, y “La responsabilidad extracontractual del estado en el campo del derecho administrativo”, ED 100-986) son un punto de referencia obligada para quienes estudian este tema.

²⁰ 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”. Se refiere al Título IX, “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”) de la Sección Segunda (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones) del Libro II (de los derechos personales en las relaciones civiles) del Código Civil de Vélez Sarsfield.

(i) El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un **sistema legal-marco** de responsabilidad del Estado.

(ii) Coetáneamente, y como correlato de lo anterior, con la sanción de la Ley 26.944 **se abandona el régimen jurisprudencial** —esencialmente variable— construido en torno a una norma insertada en el Código de Vélez (el célebre art. 1112 CC) que regula la responsabilidad extracontractual, de naturaleza cuasi delictual, del agente o funcionario.

(iii) La Ley 26.944 (LRE) juntamente con los arts. 1764 a 1766 del CCyC, configuran la reglamentación legislativa de la garantía patrimonial sustantiva reconocida en los arts. 16, 17, 19 y 75, inc. 22 CN, en cuanto atañe al daño producido por el obrar de los órganos estatales en ejercicio de funciones públicas.

Anticipamos desde ahora que las llaves maestras para interpretar adecuadamente el sistema legal vigente a partir de 2014 son la analogía y el principio de dignidad humana.

3.2. La responsabilidad del Estado, en el régimen legal vigente, cumple una función de garantía.

La responsabilidad patrimonial del Estado es un principio material ínsito en el Estado constitucional social de derecho.

En su función reparadora, tiende de manera primordial a restablecer, ex post, el equilibrio perdido entre el Estado y el particular a causa de la lesión jurídica inferida a los derechos o bienes de las personas por los órganos o entes estatales en ejercicio de funciones públicas.

En esa dirección, el carácter decididamente **objetivo** en el cual se enrola el régimen legal vigente (arts. 1º, 3º y 4º, de Ley 26.944), en el que la idea de culpa queda ostensiblemente enervada, permite aseverar que la responsabilidad patrimonial del Estado cumple, primordialmente, una función de **garantía**.

En efecto, más que instrumento de control llamado a sancionar una actividad estatal, el núcleo teleológico predominante que inspira el sistema creado por la Ley 26.944 (LRE) reside en asegurar la reparación de una lesión cierta —que la persona no tenga la obligación de soportar— real, mensurable en dinero, que resulte imputable a la inactividad o a la actuación —activa o pasiva; formal o material— de

un órgano estatal en ejercicio de funciones públicas, encuadrable en alguno de los factores objetivos de atribución previstos legalmente.

Esa función predominante de garantía que tiene asignada el derecho de la responsabilidad del Estado, a nuestro juicio se potencia y complementa con la aplicación, por vía **analógica**, de las técnicas de prevención del daño consagradas en el CCyC.

A diferencia de lo que ocurre con las sanciones pecuniarias disuasivas, que como bien sabemos de manera alguna se confunden con las sanciones conminatorias o astreintes, la LRE no prohibió la postulación de pretensiones preventivas frente al Estado. Si bien las normas del nuevo Código no resultan aplicables de manera directa o subsidiaria —arts. 1º, párr. 3, LRE y 1764 CCyC— nada impide su aplicación analógica. De allí pues que este dispositivo sustantivo, consagrado en el art. 1711²¹ CCyC y concordantes —denominado también tutela inhibitoria— está llamado a **evitar la producción de un daño previsible**, originado por la actividad estatal ilegítima, con la menor restricción de derechos. Su prudente utilización —con las modulaciones que impone la analogía— en la medida que no interfiera, ni frustre, la satisfacciones de los bienes jurídicos que protege el interés público ni el desarrollo de la autotutela declarativa, puede traer fecundos resultados en el ámbito del derecho público, sobre todo en aquello cuanto concierne a la evitación de daños sobre los derechos esenciales indisponibles. A tal efecto, consideramos que el catálogo de situaciones y derechos enumerados en el art. 2.2 de la Ley 26.854²² asoma como un primer radio de desarrollo de este dispositivo en el ámbito del derecho administrativo, a los efectos de procurar la protección *in natura* del derecho. En este ámbito la acción de prevención más evitar el ilícito formal evita su materialización, esto es, la efectiva

²¹ Art. 1711.- “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”

²² La Ley 26.854 brinda un tratamiento diferenciado cuando “se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y también un derecho de naturaleza ambiental.

consumación del daño o la puesta en práctica de la conducta generadora de daño.

De consiguiente, la garantía patrimonial, de talante resarcitorio o reparador, expresamente reconocida en la LRE se complementa, por vía analógica, con la garantía de prevención del daño de origen antijurídico²³.

En suma:

i. Según se desprende de la Ley 26.944, el derecho de la responsabilidad del Estado en la Argentina, en su variable reparadora, se exhibe como una *garantía patrimonial* de las personas frente al Estado;

ii. Sin embargo, la responsabilidad estatal *no tiene por finalidad hacer del Estado un asegurador universal y anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio*. Como lo señala el fuero especializado en materia administrativa, **la responsabilidad del Estado no es una especie de seguro público general**²⁴.

iii. A la vez, el derecho de la responsabilidad del Estado, en su hora actual, no desdeña a *tutela inhibitoria del daño previsible originado por la actuación antijurídica de un órgano estatal*. En ese entendimiento la acción de prevención contemplada en los arts. 1711²⁵ CCyC y ss., solo por vía analógica, tiene un horizonte de proyección muy concreto

²³ En el derecho administrativo, la configuración del supuesto de hecho que da lugar a esta acción requiere, primeramente, verificar la existencia de mandatos jurídicos expresos y determinados de actuación, cuyo total o parcial incumplimiento (antijuridicidad), producirá, previsiblemente, el daño que esta acción está llamada a evitar. Por cierto, es necesario demostrar la existencia de una adecuada relación causal. A los fines de establecer quién es el obligado, se deberán examinar las incumbencias materiales, territoriales, de grado y de tiempo del órgano o del ente estatal a que se le imputa el hecho que se pretende prevenir.

Por cierto, a diferencia de las medidas cautelares, la técnica de prevención aludida no requiere acreditar el peligro irreparable **en la demora**. Ello es así debido a que el objeto de la pretensión preventiva es evitar la producción –o agravamiento– de un daño derivado de una conducta u omisión antijurídica (conf. art. 1711), mas no asegurar el objeto del proceso (art. 3.1, Ley 26.854 de medidas cautelares).

²⁴ CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 22/03/2012, considerando VII.

²⁵ Ver nota 11.

en cuestiones que atañen a la protección de derechos fundamentales indisponibles.

3.3. La responsabilidad patrimonial del Estado está gobernada por normas y principios de derecho administrativo. De allí que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda (art. 1° de la Ley 26.944 y 1765 CCyC).

El derecho de la responsabilidad del Estado, en la Argentina, exhibe dos notas singulares: **autonomía** (científica, jurídica y ahora legislativa)²⁶ con respecto a la responsabilidad civil, de un lado; y **carácter local**²⁷ (o nacional, según corresponda), de otro.

Ambas características aparecen consagradas en el CCyC y en la Ley 26.944. Ellas fueron expresamente afirmadas en distintos pronunciamientos de la CSJN, sobre todo, durante los dos últimos lustros²⁸. Va de suyo, pues, que las normas aprobadas por el legislador

²⁶ La responsabilidad patrimonial del Estado —como también la de los funcionarios y agentes públicos— fue considerada una materia propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular. Ambas cuestiones resultan extrañas al Código Civil puesto que sus normas han sido diseñadas para regular las relaciones de derecho privado. Esa finalidad legislativa aparece con nitidez en la nota al art. 31 CC y en el propio art. 2611 y su nota.

²⁷ Este rasgo distintivo de la responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional en el federalismo (art. 121 y ss. CN): la responsabilidad del Estado tiene carácter esencialmente local (o nacional, según corresponda). En tanto cuestión propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular, la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que las provincias no le han delegado a la Nación. En ese entendimiento, lo entes autónomos —como las provincias y la CABA— conservan para sí las facultades de autorregulación y autonormación de la responsabilidad estatal. De allí que si se proclamara que el Código Civil debe regular la responsabilidad del Estado, esa posición sería doblemente inconstitucional puesto que el Estado nacional, además de carecer de competencia constitucional para incursionar en una materia local no delegada, avanzaría con una suerte de intervención federal sobre las provincias o la CABA (art. 75.31 CN) sin que estén reunidas las condiciones constitucionales que la autorizan (art. 6° CN).

²⁸ CSJN, “Basigaluz Sáez” Fallos: 332:548 (2009); “Barreto”, Fallos: 329:759, Considerandos 10 a 12; “Schiavone”, Fallos: 331:2534 (donde se señala que la responsabilidad extracontractual por falta de servicio se rige por el derecho público provincial), y también en “Contreras”, de 18/04/2006; “Zulema Galfetti de Chalbaud”, 09/05/2006; y “Mendoza”, 20/06/2006.

—arts. 1764 a 1766 CCyC y arts. 1° y 11 LRE— prosiguen la línea trazada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal.

En efecto. El art. 1765 CCyC establece que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

En congruencia con esa previsión normativa, el art. 1764 CCyC establece que las disposiciones del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero, relativas a la responsabilidad civil, “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En línea con los arts. 1765 y 1764 CCyC, el art. 1°, párr. 3, de la Ley 26.944 prescribe: “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. A la vez, el art. 11 LRE invita “a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

En congruencia con los artículos 11 de la Ley 26.944 y 1764 CCyC, distintas provincias han sancionado sus propias leyes de responsabilidad del Estado: Santa Cruz, la Ley 3396 (2014), Chubut la Ley I-560 (2015) y Santiago del Estado, Ley 7179 (2015). En otras, es un tema que está en plena discusión.

Vale recordar que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC fueron introducidos al Proyecto de Código Civil por el Poder Ejecutivo²⁹.

²⁹ Las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, más que una opción jurídica posible, era un deber tendente a preservar la vigencia de la juridicidad. Tal como fueron concebidos originariamente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto, ellos exhibían un doble orden de ilegitimidad: de un lado, violaban el federalismo (art. 121 y ss. CN); de otro, al propiciar la regulación de un tema de derecho público —como es la responsabilidad del Estado— en un Código de derecho privado —tal como aparecía en los arts. 1764 a 1766, según la redacción original— el Anteproyecto exhibía un exceso en el ejercicio de la competencia atribuida por parte del órgano redactor. Vale recordar que la finalidad de interés público que justificó la creación de esa Comisión fue la de elaborar de un anteproyecto de Código que unificara el derecho “privado” (civil y comercial). Con miras a esa finalidad (unificar el “derecho privado”) se asignaron atribuciones. De allí, pues, que la Comisión Redactora, creada por el decreto 191/2011, carecía de competencia expresa, implícita o inherente —entendidas estas dos últimas según el estándar teleológico de la especialidad— para regular una materia que, de manera indiscutible —pues así lo ha

Ellos sustituyeron las previsiones normativas propiciadas por la Comisión Redactora en la que se regulaba la responsabilidad del Estado (y de los funcionarios) dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil.

Por cierto, durante esta etapa jurisprudencial algunos sectores del pensamiento jurídico argentino, sin discernir suficientemente las diferencias entre el derecho público y el privado, rechazaron con énfasis toda posibilidad de que la responsabilidad patrimonial del Estado (nacida de la actividad, ilegítima o legítima, de los poderes públicos originada en el ejercicio de las funciones administrativa, legislativa o judicial) fuera regulada autónomamente por normas propias del derecho público.

Los argumentos que dieron sustento a esta posición elusiva de los presupuestos que gobiernan la responsabilidad estatal, fueron múltiples y heterogéneos. Así, se sostuvo que no existen diferencias ontológicas entre las responsabilidades pública y privada; que las normas y principios de la responsabilidad extracontractual del Estado forma parte integrante de la teoría general del derecho de daños; que referirnos a una responsabilidad pública distinta de la del derecho privado aparece a contramano de una fuerte tendencia, en el derecho comparado, que aproxima el derecho público al privado; que en la actualidad la tendencia es “privatizar el derecho público”; que, en esta materia, la normativa aplicable debe buscarse en el derecho privado, en el Código Civil y Comercial, y no por la vía de la analogía. Estas posiciones críticas adquirieron mayor virulencia cuando se sustituyó de la propuesta original de la Comisión Redactora por los actuales arts. 1764, 1765 y 1766 CCyC.

Un importante sector de la doctrina civilista —que, en su mayoría, había colaborado en la elaboración del Anteproyecto de Código— objetó el cambio de paradigma³⁰.

considera propia la doctrina del Alto Tribunal— pertenece al derecho administrativo y a las autoridades nacionales o locales, según corresponda.

³⁰ Así, se sostuvo que las modificaciones introducidas al Proyecto de la Comisión Redactora implican bastardear el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; que las normas de derecho administrativo nacional o local no tienen aptitud ni comprensión para regular aceptablemente el derecho de daños;

En línea con la jurisprudencia labrada por la CSJN en los últimos lustros, el plexo normativo vigente caracteriza a la responsabilidad del Estado como una materia que concierne al derecho administrativo³¹. En ese entendimiento, expresamente el art. 1765 CCyC dispone que las normas y principios de esta disciplina —el derecho administrativo— gobiernan el responder estatal. No quedan dudas que el legislador enfatizó la autonomía científico-jurídica del derecho de la responsabilidad con respecto al derecho privado.

Es evidente que en esta materia ha tenido influencia el desarrollo exhibido por el derecho francés a partir de la decisión del Tribunal de Conflictos francés, en 1873, en el célebre *arret* “Blanco”.

En este pronunciamiento —que tenía en miras deslindar competencias entre la justicia ordinaria y el Consejo de Estado—, el Tribunal

que solo el derecho privado podrá brindar una adecuada reparación en justicia del daño que ha sufrido un particular; que solamente existe un sistema, el Código Civil; que no existe el pretendido sistema autónomo atinente al ámbito administrativo.

Se dijo además que la normativa proyectada por el PEN —los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC— no solo emplaza la responsabilidad del Estado en el terreno del derecho público nacional o provincial, sino que va mucho más lejos: veda lisa y llanamente la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil en esta materia; que eso no tiene precedentes en el derecho argentino y que deviene “claramente inconstitucional”. Se manifestó, además, que las normas proyectadas son una solución escandalosa que traspasa las posiciones más radicales que, sobre el tema, han exigido algunos sectores del derecho administrativo; que se quiere cerrar todo punto de contacto entre las normas del Código Civil con la responsabilidad del Estado.

Se destacó también que no solo es cuestión de resguardar la **unidad del derecho de daños**: se trata de evitar el fraccionamiento de la responsabilidad según la persona que los vulnere. También se sostuvo desde una vertiente política con proyección jurídica que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC abren la tentación de sancionar normas de irresponsabilidad e impunidad por parte de los propios Estados provinciales.

³¹ Ya los jueces de la primera Corte Suprema del gobierno de jure que se inició en 1983 sostuvieron al respecto: “... corresponde dejar sentado que la responsabilidad estatal por los efectos dañosos de su accionar dentro de la esfera de la función administrativa... se rige por principios propios del derecho público, los que difieren de las reglas que en materia de responsabilidad se aplican a las relaciones privada”, Fallos: 306:1409, voto en disidencia de los Dres. Caballero y Fayt.

de Conflictos puntualiza que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en un servicio público no puede estar regida por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Y más adelante añade: la responsabilidad (del Estado) tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y los derechos de los particulares³².

Tres grandes ideas rectoras emanan de esta célebre decisión:

(i) la responsabilidad del Estado no puede estar regida por el Código Civil, esto es, por las normas que regulan las relaciones entre los particulares.

(ii) la responsabilidad del Estado tiene sus reglas especiales (diferentes de las que rigen las relaciones de particular a particular);

(iii) esas reglas especiales varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar las potestades estatales con los derechos y garantías de los particulares.

Sin mucho esfuerzo se advierte que las ideas rectoras que emanan del *arret* “Blanco” guardan congruencia con la nota del 31 y el art. 2611 CC, redactado por Vélez Sarsfield en 1869. Y es lógico que así sea. La influencia del pensamiento francés se proyectó no solo en el Código Civil sino también en el derecho administrativo.

Más allá de ello, es oportuno tener que el eje rector de la doctrina desplegada en el *arret* Blanco se proyecta actualmente en el derecho privado francés. Así, la doctrina civilista francesa contemporánea destaca que la responsabilidad civil es muy distinta de la responsabilidad administrativa, puesto que posee reglas específicas aunque tiene unidad de inspiración con la civil, de la cual utiliza ciertas nociones³³.

A la vez, como derivación secuencial de lo anterior, se establece que la competencia para su regulación es local o nacional, según corresponda a la responsabilidad de las autoridades públicas provinciales —o

³² TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE FRANCIA, “Blanco”, 08/02/1873, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 1ª ed., Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000, p. 1 y ss.

³³ LE TOURNAEU, PHILIPPE, *La responsabilidad civil*, Bogotá, Legis, 2008, p. 22.

de la CABA— o al Estado nacional. El legislador nacional, al discernir correctamente el ámbito de atribuciones nacional y provincial, ha garantizado adecuadamente la forma de estado federal que consagra nuestra Ley Suprema (arts. 1º, 121, 122, 129 CN y concs.).

Vale puntualizar que, de haberse mantenido la redacción original del Anteproyecto, todas las provincias argentinas, incluso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habrían estado procesalmente legitimadas para postular pretensiones declarativas de inconstitucionalidad contra el Estado nacional con fundamento en los propios fallos de la CSJN, como “Barreto”³⁴ o “Basigaluz Sáez”³⁵, entre otros. Ello así pues, con arreglo a la doctrina de estos precedentes, los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto elaborado originalmente por la Comisión, habrían conducido a una indebida y manifiesta interferencia de una autoridad pública nacional (el Congreso) sobre materia de **derecho público local** reservada a las autonomías provinciales. La incompetencia habría sido absoluta por cuanto el Congreso habría ejercido facultades que la propia Ley Fundamental le reserva a las provincias o a la CABA.

En definitiva, tanto el nuevo Código (arts. 1764 y 1765 CCyC) como la Ley 26.944 asumen que la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que incumbe al “derecho administrativo”. Por ende, en tanto es un asunto que atañe al derecho público, la competencia regulatoria de los poderes nacionales encuentra su límite constitucional en las “autonomías provinciales” —o de la CABA— (arts. 121, 129 CN y concs.).

3.4. La Ley 26.944, juntamente con los arts. 1764 a 1766 CCyC, es un esquema sistemático de ordenación sustantivo que reglamenta legislativamente una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado.

La regulación legal de la responsabilidad estatal tiene el explícito propósito de brindar una respuesta equilibrada a las consecuencias no deseadas del desarrollo de las funciones estatales, llamadas a satisfacer el bien común.

³⁴ CSJN, “Barreto”, 2006, Fallos: 329:759.

³⁵ CSJN, Fallos: 332:548 (2009).

En ese marco, la reciente Ley 26.944 traduce la configuración normativa de una las variables del derecho constitucional a no ser dañado (art. 19 CN).

Va de suyo que el mentado cuerpo normativo, conocido como Ley de Responsabilidad del Estado, reglamenta la obligación de reparar el menoscabo patrimonial producido por la actuación de los órganos y entes en ejercicio de funciones públicas que violaron el principio general, consagrado en el art. 19 CN, que prohíbe perjudicar o dañar los derechos de terceros.

El régimen regulatorio de la responsabilidad estatal vigente desde 2014 es producto de la **voluntad general**. Está formalizado a través de una **ley**. La ley, a su vez, fue sancionada **previa deliberación** de los representantes del pueblo de la nación y de las provincias elegidos por la voluntad popular. La nueva ley, al igual que el CCyC, cumplió regularmente el **proceso legislativo** de formación y sanción de las leyes previsto por la Constitución.

De consiguiente, aunque resulte redundante señalarlo, la LRE —como el CCyC— es un producto del órgano constitucional competente para ejercer el poder legislativo, el **Congreso de la Nación**.

Entre las diferentes alternativas de política legislativa que se pudieron adoptar en esta materia, el Congreso consideró como opción apropiada la de sistematizar el derecho a la reparación de los daños resarcibles producidos por la actividad u omisión de las autoridades públicas mediante criterios propios de derecho público, de acuerdo con las tendencias jurisprudenciales, en muchos casos, ya consolidadas. En las situaciones en las que las doctrinas jurisprudencial y científica no eran pacíficas, el Congreso ejerció plenamente la libertad de configuración normativa procurando armonizar, en el devenir histórico presente, los derechos e intereses de los particulares con los bienes jurídicos que tutela el interés general.

Ciertamente, la Ley 26.944 contempla el caso de lesiones inferidas sin justificación jurídica. Es la variable del responder estatal que nace de la actuación estatal —activa o pasiva— irregular (art. 3°).

La ley también considera aquel otro supuesto en el que, estando justificada la conducta que origina el daño, el particular no tenga la obligación de soportar la consecuente lesión que la conducta estatal

lícita produce sobre su patrimonio o su persona. Es la responsabilidad estatal generada por la actuación legítima del Estado (art. 4°).

En puridad, la Ley 26.944 consagra un sistema de responsabilidad extracontractual de derecho público abastecido por dos subsistemas claramente individualizados. La singular especificidad que exhiben los factores de atribución reconocidos en la ley (la falta de servicio, para el supuesto de la denominada responsabilidad por actividad estatal ilegítima —art. 3, inc. d— y el sacrificio especial, en los casos de responsabilidad por actuación lícita del Estado —art. 4, inc. e—) muestra que las construcciones propias del derecho administrativo guardan prevalencia sobre las concepciones civilistas.

Frente al vacío legislativo preexistente, uno de los fines de la ley ha sido consagrar un esquema básico y equilibrado de ordenación jurídica tendente a brindar previsibilidad a los particulares y al propio Estado.

La ley ha fijado con precisión cuáles son los elementos del supuesto de hecho que da origen al deber jurídico de indemnizar. También ha establecido la extensión de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación. En este punto es menester tener en cuenta, como lo exponemos más adelante, que la relación de causalidad (arts. 3°, inc. c, y 4°, inc. c, LRE) se erige en una de las piezas centrales del sistema pues, además de vincular los elementos del supuesto de hecho que da origen a la obligación de indemnizar, fija el alcance de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación en clara interconexión con el factor de atribución aplicable en cada caso.

3.5. En el sistema legal vigente, las normas de derecho privado reguladoras de la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica.

El art. 1764 CCyC establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En el mismo sentido, el art. 1°, párr. 3, de la Ley 26.944, determina que “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Ahora bien, los límites que el nuevo Código y la Ley 26.944 le impone a la aplicación del derecho privado, no impide en modo alguno que,

frente a situaciones no previstas específicamente por la LRE —como sucede, *v. gr.* con las normas relativas al alcance de la indemnización que nace de la responsabilidad estatal por falta de servicio—, se proceda a integrar el ordenamiento lagunoso a través de la interpretación analógica del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial.

Sobre esta cuestión, en los Fundamentos del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, expresamente se señala que si bien las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, “[e]llo no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 310:1578; 321: 174, entre otros)”.

En relación con esta técnica hermenéutica, Reiriz puntualiza que cuando se aplica una norma del derecho civil se la integra con los principios y normas del derecho administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar³⁶.

El Prof. Comadira, por su lado, explica que la analogía supone carencia histórica de normas, y que la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado. Puntualiza que la analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado. La aplicación subsidiaria, en cambio, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro³⁷.

Vale recordar que en “Ganadera Los Lagos”³⁸, la ausencia de normas específicas de derecho público llevó al Tribunal a aplicar,

³⁶ REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, en *El derecho administrativo argentino, hoy*, 1996, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 1997, p. 225.

³⁷ COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo*, Bs. As., La Ley, 2003, pp. 14/15, nota 32.

³⁸ CSJN, Fallos: 190:142.

analógicamente, normas del derecho civil —régimen de las nulidades del acto jurídico— al derecho administrativo —sistema de invalidez de los actos administrativos— mediante una tarea previa de adaptación de aquellas en función de las normas, principios y fines del derecho público.

En definitiva, frente a la ausencia de previsiones normativas específicas de derecho administrativo, ninguna norma de la LRE ni del nuevo Código impide la aplicación **analógica** de las normas de derecho privado.

Para proceder a la aplicación analógica de las previsiones normativas reguladoras de la responsabilidad civil, es necesario discernir qué es aquello que la LRE **permite, habilita, ordena o prohíbe** (*v. gr.*, la improcedencia de hacer nacer una responsabilidad estatal por actividad lícita del Poder Judicial; hacer lugar a una pretensión resarcitoria nacida de un acto nulo sin que se hubiera demandado y obtenido la nulidad de ese acto; ordenar sanciones pecuniarias disuasivas).

En definitiva, el sistema legal actualmente vigente permite sostener que:

(i) las normas del CCyC no son aplicables de manera directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado (arts. 1° LRE y 1764 CCyC);

(ii) en supuestos lagunosos, esto es en situaciones que no estén reguladas por la Ley 26.944, corresponde, en primer lugar, recurrir a las leyes análogas (conforme art. 2° CCyC)³⁹ de derecho administrativo;

(iii) frente a la ausencia de una solución normativa singularizada en la LRE como en otras normas de derecho administrativo, se podrá emplear, solo por vía **analógica** (conforme arts. 1°, LRE, y 1764, CCyC), a las normas del derecho privado;

(iv) las normas civiles se deberán adaptar al régimen legal vigente (a la Ley 26.944) y a los principios que lo sustenta;

(v) la aplicación de la norma de derecho privado debe hacerse en función de la especificidad del sistema integrado (Ley 26.944), lo cual conlleva una cuidadosa elaboración que no desvirtúe ni desnaturalice los ejes rectores y fines que inspiran el esquema sistemático de ordenación consagrado por el legislador;

³⁹ Art. 2°.- “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas...”

(vi) la analogía resulta improcedente cuando: a) la propia Ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe, como ocurre, *v. gr.*, con las sanciones pecuniarias disuasivas (art. 1° LRE) o en los supuestos de actividad legítima del Poder Judicial (art. 5° LRE), entre otros supuestos.

3.6. La responsabilidad del Estado se sustenta en factores de atribución objetivos.

Siguiendo la tendencia jurisprudencial que gobernó esta materia durante más de tres décadas, la LRE establece, en el art. 1°, que la responsabilidad del Estado es **objetiva**⁴⁰, lo cual significa que no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio⁴¹.

Consiguientemente, en el régimen legal vigente, si bien es una carga procesal de quien postula la pretensión indemnizatoria acreditar que la actividad o abstención es imputable a un órgano estatal, no resulta en cambio necesario individualizar al autor del daño ni demostrar que incurrió en culpa o dolo. De allí que, a los fines de la configuración de supuesto de hecho previsto en los arts. 3° y 4° LRE, el reproche subjetivo deviene irrelevante.

Así, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad estatal ilegítima, la impronta esencialmente **objetiva**⁴² adoptada en los arts. 1° y 3°, inc. d) LRE, en tanto garantía a favor del particular, está llamada a enjuiciar concretamente la prestación del servicio, el desarrollo legalmente adecuado de la función estatal, más que la conducta de los agentes. En ese sentido, el Alto Tribunal sostiene que “quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe

⁴⁰ El art. 1722 CCyC, sancionado en 2014, establece que el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”. Y agrega: [e]n tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

⁴¹ Conf. CNCAF, Sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020 y sus citas: Fallos 329:2737; 330:563 y 3447; 331:1690; 341:1555.

⁴² Según el art. 1722 del Proyecto del CCyC, el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”.

individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular...⁴³.

En otros casos, en cambio, el factor objetivo de atribución requiere acreditar la concreta presencia de un esfuerzo desigual, desproporcionado, ante las cargas públicas.

Distinto es la responsabilidad personal del funcionario. En este supuesto, el factor de atribución es subjetivo.

3.7. En el régimen legal vigente, la responsabilidad del Estado opera de manera “directa”, no subsidiaria.

El art. 1° LRE establece que la responsabilidad del Estado es **directa**. De consiguiente, la Administración no responde en subsidio por sus agentes y funcionarios. Ellos no son ni representantes ni mandatarios del Estado. Son sus órganos⁴⁴, esto es, el Estado mismo. Por lo tanto, para que se configure el supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, no es necesario que se identifique ni que, de manera previa, se le reclame a un agente por la lesión resarcible.

Al respecto, el Alto Tribunal sostiene que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este (esto es, del Estado), el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas⁴⁵.

⁴³ CSJN, “Cohen”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

⁴⁴ Los funcionarios y agentes, actuando en el ejercicio de la función, son órganos del Estado. Por ende, lo que ellos realizan se considera que lo hace el Estado mismo y se le imputan a él. Al respecto, la CSJN destaca que “todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para “querer” en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia (CSJN, Fallos: 327:5571; 331:2257)”, en CSJN, “Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/ Amparo (daño ambiental)”, 11/12/2015.

⁴⁵ CSJN, Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; CSJN, “Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 12/06/2007, Fallos: 330:2748, causa S.2790.XXXVIII; “Reynot Blanco c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios”, 2008, Fallos: 331:1690.

Como señalamos, en el régimen legal vigente, el Estado no responde de manera indirecta, en subsidio, de sus agentes o funcionarios. De suyo, la configuración del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad remite a la actividad, activa o pasiva, de la Administración, de sus órganos, sin que se requiera individualizar concretamente el funcionario o agente autor de la conducta productora de daño.

El carácter **directo** de la responsabilidad estatal torna improcedente la responsabilidad del Estado por la actuación de contratistas y concesionarios de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6°). Ni unos ni otros son órganos o entes estatales.

En el esquema legal, para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, resulta indispensable que el hecho generador del daño indemnizable resulte imputable materialmente a un ente u órgano estatal (art. 3, inc. b, y 4, inc. b, LRE). Entre los concesionarios y contratistas y el Estado no existe relación orgánica⁴⁶ que permita atribuir la conducta de aquellos a este. No existe responsabilidad directa ni subsidiaria del Estado por las actuaciones u omisiones propias del concesionario⁴⁷. Este actúa a costa y riesgo⁴⁸.

⁴⁶ Señala Julio R. Comadira que la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la **relación orgánica**, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquel y no representantes ni mandatarios. Desde esa perspectiva afirma que la persona física que expresa la voluntad del Estado **subsume su voluntad psicológica en la orgánica** de modo que al actuar **por y para** la organización, en la cual se incrusta, permite que esta, por su intermedio, actúe ella misma de modo directo. El órgano imputa, así, su actuación al Estado. Concluye finalmente que los daños causados por los concesionarios o los licenciarios de servicios, en tanto no son órganos del Estado, no se pueden en principio, imputar al Estado, en COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, p. 374.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed. argentina anotada [de la novena edición], Bs. As., La Ley, 2006, pp. 392/393) puntualizan: “[e]l dato de la integración en la organización administrativa es, en efecto, básico, tanto positiva como negativamente. Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los notarios). En lo que a los concesionarios se refiere, hay

En Francia, cuando el Estado le delega a otra persona (privada o pública) la prestación del servicio público, es esta quien responde frente a usuarios o terceros por los daños causados en la ejecución del servicio⁴⁹. Según puntualiza la doctrina especializada, esta solución es general y se proyecta para todas las hipótesis en que un servicio público se confía a un sujeto de derecho distinto de su titular⁵⁰.

Sin embargo, existen excepciones. En lo que atañe al contratista o concesionario, el art. 6° LRE no exonera al órgano o ente estatal competente de los daños cuyo hecho generador resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control (art. 3 inc. d, Ley 26.944). Esta situación le es imputable de manera directa al órgano⁵¹. Tampoco el Estado se exime de responsabilidad si

que observar que, aunque la responsabilidad se califique en estos casos como administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas básicas aplicables a esta, los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos...”

⁴⁸ En “Bianchi”, la CSJN consideró que se debía rechazar la demanda entablada contra una provincia, en su carácter de concedente de una ruta bajo el sistema de peaje por cuanto la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio, en CSJN, “Bianchi”, 07/11/2006, Fallos: 329:4944, Considerando 2°, apartado B.

En los autos “PMR c/ Metrovías SA s/ Daños y perjuicios”, del 24/02/2012, la Sala H de la Cámara Nacional Civil analizó el reclamo de daños por el delito sufrido por la actora luego de descender de una formación de la línea “E” de subtes. La Cámara sostuvo que el concesionario actúa por cuenta propia, y su accionar debe ser atribuido a su propia responsabilidad, sin obligar al concedente.

⁴⁹ PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa* [título original: *La responsabilité administrative*], Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 130.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Conf. CNCAF, Sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, de 5.11.2020. Dijo la alzada: “... la responsabilidad de los entes reguladores puede configurarse tanto por los daños provocados derechamente por ellos cuanto por los daños ocasionados por una empresa concesionaria debido a la falta de vigilancia que aquéllos deberían ejercer”. Más adelante se señala: “el Estado puede ser condenado a responder

los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación o regulación del servicio⁵². Ciertamente, los fundamentos de una y otra situación son diferentes. En la primera, la falta de control —como falta de servicio— se habrá de configurar si se presenta una abstención (omisión) derivada de la inobservancia de un mandato normativo, expreso y determinado. En la segunda situación la responsabilidad nace por aplicación de la teoría de la causalidad adecuada (de aplicarse la teoría de la causalidad próxima, que no fue la adoptada por el legislador en el art. 3°, inc. c, de la Ley 26.944, la responsabilidad recaería en el concesionario).

3.8. El derecho a la reparación de los daños jurídicos nace siempre que se alegue y pruebe que el hecho generador se subsume en alguno de los factores de atribución previstos en la ley: falta de servicio o sacrificio especial.

La LRE consagra dos subsistemas de responsabilidad: uno por actividad y omisión ilegítima (art. 3°); otro por actividad lícita (art. 4°). El elemento primordial del primer subsistema reside en el factor de atribución **falta de servicio** (art. 3, inc. d); en el segundo, la nota caracterizadora se aloja en factor de atribución, también objetivo, **sacrificio especial** (art. 4°, inc. d).

3.8.1. Falta de servicio

3.8.1.1 La falta de servicio en la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima

Tanto en el régimen jurisprudencial como en el sistema legal vigente, la falta de servicio se presenta como un requisito indispensable del supuesto de hecho que origina la obligación de indemnizar por actividad ilegítima. Como destaca acertadamente Perrino, el legislador

patrimonialmente si los daños sufridos por terceros, en el marco de la concesión, son consecuencias directas del ejercicio irregular del poder de control sobre el servicio y siempre que la conducta estatal sea jurídicamente relevante en la producción del evento dañoso”.

⁵² Así lo prescribe el art. 2° de la Ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz (Ley Provincial de Adhesión a la Ley Nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal).

ubica a la “falta de servicio” como el centro de la responsabilidad por actividad estatal ilegítima⁵³.

En efecto, la CSJN, con anterioridad a la sanción de la Ley 26.944, sostuvo⁵⁴ que la procedencia del reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita debe reunir los siguientes requisitos: que el Estado haya incurrido en una falta de servicio (art. 1112 CC) o ejecución irregular del servicio⁵⁵, por acción u omisión; que la actora haya sufrido un daño cierto⁵⁶, aunque también en algunos fallos se exigió que el perjuicio fuera actual⁵⁷; y que exista una relación de causalidad (en algunos supuestos se exige que sea directa)⁵⁸ entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue⁵⁹.

En esta sentido la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en un fallo reciente, enfatiza que según la invariable doctrina de la CSJN de los últimos treinta años “la configuración de la responsabilidad estatal está inescindiblemente vinculada con la comprobación de una “falta de servicio”, de un daño cierto, de una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya

⁵³ Perrino, Pablo E., “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes publicos”, LL diario del 31-3-2015.

⁵⁴ CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios”, 2011, Fallos: 334: 376, Considerando 3°; “Zonas Francas Santa Cruz c/ EN”, 2009, Fallos: 332: 1367, Considerando 6°; “Ramos”, Fallos: 328:2547, Considerando 7°.

⁵⁵ CSJN, “Reynot”, 12/08/2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6°.

⁵⁶ CSJN, “Periopontis SA c/ E.N. M° de Economía s/ Daños y perjuicios”, 04/10/2011, Considerando 4°.

⁵⁷ CSJN, “Morrow de Albanesi”, 17/08/2010, Fallos: 333:1404, Considerando 7°.

⁵⁸ CSJN, “Periopontis SA...”, fallo cit., Considerando 4°.

⁵⁹ La CSJN, en Fallos: 328:2509, le asigna al nexo de causalidad el carácter de “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”. También se ha señalado que aquélla es una **condición** indispensable para que pueda atribuirse hacer nacer el deber de resarcir, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Transporte Río de la Plata c/ EN”, 01/06/2000. Como indicamos en el texto, la relación de causalidad es un elemento indispensable, esencial, del supuesto de hecho que lleva a la indemnizabilidad.

reparación se persigue, y de la posibilidad de imputar jurídicamente el daño al órgano estatal”⁶⁰.

Por su parte, el art. 3° de la Ley 26.944 establece que los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; 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.

Como dijimos, el núcleo de este primer subsistema reside en el factor de atribución falta de servicio.

Según se desprende del texto legal, la falta de servicio está directamente identificada con el irregular cumplimiento de la función pública asignada a un órgano o ente estatal⁶¹.

El fuero especializado en materia administrativa subraya, en línea con la doctrina al alto Tribunal, que la idea objetiva de la falta de servicio traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, *por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*⁶².

⁶⁰ Cám. Nac. Cont.- Adm. Fed., sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020, y sus citas: Fallos 306:2030; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699; 327:1780; 330:563; 331:1690; 334:376; 341:1555; y causa CSJ 001568/2016/RH00117/03/2020 “Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 17 de marzo de 2020).

⁶¹ CSJN, Fallos: 331:1690, Considerando 6°. Al respecto, el Tribunal señala: “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (CSJN, Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

⁶² Cám. Nac. Cont.- Adm. Fed., sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020, y sus citas.

Este factor de atribución es una construcción propia del derecho público⁶³, ajena al derecho privado. La Ley 26.944 lo asocia a la anti-juridicidad objetiva. Ello se desprende del propio art. 3°, inc. d) de la referida ley.

La ley vigente es precisa en su conceptualización. Al referirse a la falta de servicio no emplea el sintagma “funcionamiento defectuoso del servicio” ni tampoco hace referencia a la ambigua, poco luminosa y bastante subjetiva⁶⁴, noción de anormalidad.

El art. 3°, inc. d) LRE conceptualiza la falta de servicio como “una actuación u omisión irregular de parte del Estado”. Asimismo, en ese mismo inciso también emplea el sintagma “inobservancia de un deber normativo”.

En estas condiciones la falta de servicio —en los categóricos términos utilizados por el art. 3°, inc. d) LRE— está ligada, de modo general, a la presencia de una conducta antijurídica⁶⁵, a la falta de legitimidad de la conducta estatal⁶⁶, a una irregularidad en el ejercicio de la función estatal, a la falta de una regular prestación⁶⁷, a la violación frente a las obligaciones del servicio regular⁶⁸.

⁶³ El Prof. Juan C. Cassagne (“Reflexiones sobre los factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, LL 2005-D-1268) señala que en el derecho público las soluciones reparatorias se deben fundar en criterios objetivos vinculados con el funcionamiento defectuoso de los servicios públicos (en sentido lato). Desde ese miraje enfatiza, a nuestro juicio con acierto, que la teoría del riesgo tiene un campo de aplicación excepcional en el derecho administrativo, no en forma directa sino por analogía. Por su parte el Prof. Perrino (op. cit.), desde una posición pragmática, cuestiona a la LRE en cuanto no ha contemplado el riesgo de las cosas o de la actividad riesgosa. Frente a lo que entiende es un “defecto” del régimen legal vigente, este autor considera propicia acudir a la legislación civil mediante la técnica de la interpretación analógica.

⁶⁴ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁵ CSJN, “R., G. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Indemnización de daños y perjuicios”, 15/07/2014.

⁶⁶ CSJN, “Cohen Eliazar”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

⁶⁷ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ Daños y perjuicios”, 08/10/2013. En este caso se examinaba si existió incumplimiento en el deber de seguridad por parte del Estado.

⁶⁸ *Ibid.*

De consiguiente, para determinar si efectivamente se configura la falta de servicio se debe examinar el sistema normativo dentro del cual se encauza la actividad a la que se le imputa el daño y, desde allí, realizar un juicio de comparación entre la concreta actuación o abstención —a la que se le asigna aptitud generadora del daño— y el régimen jurídico específico (*v. gr.*, Constitución, tratado, ley y reglamento) que rigen la función estatal.

Para comprobar si concurre este requisito indispensable del supuesto de hecho que da origen al deber de reparar es necesario, en primer lugar, realizar un juicio de comparación entre la actuación y el sistema normativo rige esa actividad. En segundo término se debe verificar, *in concreto*, si se han observado, total o parcialmente, los deberes y obligaciones establecidos por la norma aplicable⁶⁹; finalmente se habrá de constatar si en el ejercicio de la función existió incumplimiento del régimen jurídico que rigen la actividad. A tal efecto se deberá considerar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo dentro del cual se encauza la actuación estatal enjuiciada.

Ciertamente, no se puede determinar si la actuación, activa o pasiva, o abstención es ilegítima si previamente no se examina la totalidad del ordenamiento jurídico dentro del que se inserta la actividad estatal a la que se le imputa el daño. Ello es así pues, como enseña la doctrina, el factor de atribución falta de servicio opera como dispositivo de reenvío⁷⁰.

⁶⁹ Con anterioridad a la sanción de la Ley 26.944, la doctrina del fuero especializado en materia administrativa, en línea con la doctrina del Alto Tribunal, señalaba que es necesario para configurar la falta de servicio por acción u omisión “que haya un incumplimiento por parte de los órganos y funcionarios públicos a una obligación legal expresa o implícita, es decir, que de actuar el Estado o sus agentes de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico, se evitaría ocasionar daños a las personas” (cfr. CNCAF, sala 1ª, *in re* “De Llantada, Mirta Lilian c/ Estado Nacional —M° Justicia y DDHH— Inspección General de Justicia s/ Proceso de conocimiento”, 06/07/2010, y, en este sentido, Fallos: 329:2737; 330:3447; 333:2426; entre otros).

⁷⁰ Al referirse al art. 1112 CC, en torno al cual la CSJN elaboró la doctrina de la idea objetiva de falta de servicio, la Prof. Reiriz puntualiza que aquella es una norma incompleta, más bien una norma de reenvío “porque para determinar si la conducta u omisión del funcionario público puede equipararse al hecho ilícito, habrá que analizar las leyes que rigen el servicio o función pública en

La falta de servicio, está asociada al irregular ejercicio de la función estatal; es una figura **poliédrica**, en tanto y en cuanto exhibe diversas caras y formulaciones. Se puede manifestar a través de una actuación, ora material, ora formal. En este último supuesto, la actuación formal puede ser activa o pasiva. Unas y otras pueden dañar derechos o intereses disponibles (esencialmente patrimoniales) o indisponibles (como la vida, la salud y todo aquel otro que ponga en juego, de manera directa, el principio de dignidad). Así la falta de servicio por actuación formal activa se presenta cuando la autoridad pública emite un acto administrativo que revoca, de manera ilegítima, otro acto anterior por el cual se autorizó la realización de una actividad comercial o industrial; en cambio existe falta de servicio nacida de una actuación formal pasiva, cuando, *v. gr.*, se emite un acto administrativo que deniega aquello que, jurídicamente, corresponde otorgar. Este último supuesto de falta de servicio por actuación formal pasiva no se confunde con la omisión. Ello es así pues en esta (omisión) existe abstención de hacer aquello que está jurídicamente preestablecido. En la actuación formal pasiva, en cambio, hay declaración, existe un proceso intelectual previo, pero el contenido del acto es indebidamente denegatorio.

La falta de servicio por omisión —esto es, la abstención de actuar— también puede ser material —*v. gr.*, inobservancia de un deber jurídico determinado a cargo del Estado basado en una concreta obligación preexistente de proveer a la seguridad— o formal —*v. gr.*, no pronunciarse, previa solicitud de pronto despacho, en tiempo útil—.

Vale recordar que la indemnización de los daños lleva implícita la realidad de los perjuicios y que, para su fijación judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad⁷¹.

La jurisprudencia presenta a este factor de atribución como falta de prestación del servicio⁷², como ejecución irregular de la

que se encuentra encuadrado tal agente (por ejemplo las leyes de los Registros de Propiedad Inmueble, las leyes orgánicas de la Policía, las leyes orgánicas del Poder Judicial o el Reglamento de la Justicia, y tantas otras)", en REIRIZ, M. GRACIELA, *op. cit.*, p. 227.

⁷¹ CSJN, "Periopontis SA...", fallo cit.

⁷² CSJN, "Migoya", 20/12/2011, Fallos: 334:1821. En este caso, frente a los desmanes del público asistente a evento deportivo, la conducta reprochable

función⁷³ o del servicio⁷⁴, o como inobservancia de actuar tempestivamente⁷⁵. En otras ocasiones se muestra como una abstención frente a un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente⁷⁶.

En la doctrina francesa es clásica la clasificación de Duez. Este autor considera tres casos típicos de falta del servicio: el servicio ha funcionado mal; el servicio no ha funcionado; el servicio ha funcionado tardíamente. Esta taxonomía ha sido criticada por Paillet puesto que, el primer rubro, resulta en “extremo amplio” y los otros dos son estrechos y muy próximos⁷⁷.

La carga de la prueba del factor de atribución pone en cabeza de quien postula la pretensión resarcitoria la carga procesal de “describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo...”⁷⁸. El alto Tribunal sostiene que para considerar responsables al Estado nacional o sus organismos por falta de servicio no basta con enumerar una serie de actos o conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su

a los órganos de la policía de seguridad consistió en no haberse ajustado a las directivas impartidas por los superiores que ordenaban el repliegue y haberse involucrado en una riña descontrolada con la concurrencia que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta.

⁷³ CSJN, “Reynot Blanco”, del 12/08/2008, Fallos: 331:169. En este caso se hizo lugar a la pretensión indemnizatoria por responsabilidad estatal contra una provincia al haberse verificado un cumplimiento irregular de su función registral, es decir, se incurrió en el ejercicio defectuoso de las funciones encomendadas al registro.

⁷⁴ CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748. En este caso la irregular ejecución del servicio consistió en no cumplir con el deber de custodia de documento nacional de identidad, tal como establecía el convenio entre la Nación y una provincia.

⁷⁵ CSJN, “Mezzadra”, 08/11/2011, Fallos: 334:1302. En este caso el Tribunal consideró que existe falta de servicio por cuanto el poder judicial empleó un plazo excesivo o irrazonable para dirimir un proceso judicial.

⁷⁶ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

⁷⁷ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, pp. 150/154.

⁷⁸ CSJN, “Hisisa Argentina s/ Daños y perjuicios”, 12/08/08, Fallos: 331:1730, Considerando 6°.

legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama⁷⁹.

La falta de servicio requiere dar cumplimiento a la carga de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, se debe describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo⁸⁰. Es evidente que la procedencia de la pretensión resarcitoria requiere individualizar del modo “más claro” y “concreto” la “actividad” que “específicamente” se reputa como “irregular”⁸¹.

Los tribunales especializados destacan, en línea con la jurisprudencia de la Corte, que en aquellos supuestos en que la responsabilidad estatal pretende fundarse en la falta de servicio, el actor debe “probar del modo más concreto posible el ejercicio irregular de la función”⁸².

Va de suyo que no alcanza con demostrar la configuración de falta de servicio. El art. 3º, inc. a) LRE, consagra como primer recaudo indispensable, al daño, esto es, a la lesión no justificada sobre un interés jurídicamente protegido. La norma establece que debe existir un “daño” “cierto” “debidamente acreditado por quien lo invoca”, que, a la vez, resulte “mensurable en dinero”.

De consiguiente, quedan fuera del radio de la indemnizabilidad los daños meramente eventuales o conjeturales⁸³. Es que, como enfatiza el Alto Tribunal, la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado⁸⁴.

⁷⁹ CSJN, “Friar”, Fallos: 329:3966.

⁸⁰ CSJN, “López Casanegra”, 15/08/2006, Fallos: 329:3168. El resaltado me pertenece.

⁸¹ Fallos 317:1233 (Román).

⁸² CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, “Brusa, Laura V. c/ Estado Nacional - Prefectura Naval Argentina”, 20/04/2014, y sus citas de CSJN, Fallos: 317:1233; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973, 329: 3168 y 3966; 331:1730, entre otros); CNAC. CONT. ADM. FED, Sala I, “Zainbrana María Arellano”, 19/05/1998; y Sala II, “Mucciolo, Rubén Alberto”, 20/05/2008.

⁸³ CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748.

⁸⁴ CSJN, Fallos: 307:169, y sus citas.

3.8.1.2 *La falta de servicio en la responsabilidad del Estado por omisión*

En lo que atañe a la falta de servicio nacida de la inactividad estatal, el art 3°, inc. d), *in fine*, LRE establece que la omisión “solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Desde una perspectiva jurídica, la falta de servicio por omisión asume como presupuesto que el órgano o ente estatal ha dejado de hacer o de ejecutar algo.

Sin embargo, no basta acreditar que se ha dejado de actuar. Es necesario demostrar que esa abstención de hacer, ese haber dejado de hacer algo, configura un incumplimiento, total o parcial, de un mandato normativo.

En efecto, en esta variable de la responsabilidad estatal se requiere demostrar que existe una abstención de realizar una actividad —formal o material— establecida por una norma u otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria. Ciertamente, en algunos supuestos, esa abstención se podrá presentar mediante la realización de una conducta diferente a la debida, pudiendo dar lugar, en este supuesto, a una abstención solo parcial.

Para que se configure la falta de servicio por omisión, se requiere algo más que una abstención o un no hacer. Es necesario que la actuación estatal que se le imputa al órgano no haber realizado sea de observancia obligatoria (y posible, jurídica y materialmente) por estar prescrita en un precepto normativo válido (juridicidad) que concierne al ámbito de incumbencias funcionales del órgano en razón de la materia, territorio, tiempo y el grado (competencia).

En ese entendimiento el art. 3°, inc. d) LRE, prevé que la falta de servicio por omisión se configura “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

La formulación del precepto legal guarda congruencia con la doctrina del Alto Tribunal, labrada en 2013, en la que se subordinó la procedencia de la pretensión indemnizatoria por omisión ilegítima del Estado a la existencia de un “deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente”⁸⁵.

⁸⁵ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

Con posterioridad, en un supuesto donde se discutía la omisión antijurídica en el ejercicio del poder de policía, el Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que la responsabilidad del Estado en tales casos exige verificar que el Estado incurra en falta de servicio; que el actor haya sufrido un daño cierto y que exista una relación de causalidad directa entre la conducta u omisión estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue, y a continuación expresó: “sólo le puede haber responsabilidad al organismo oficial si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de Fallos: 329: 2088 y 332: 2328)”⁸⁶.

Es menester realizar una aclaración: la correcta hermenéutica del art. 3, inc. d, *in fine*, LRE, permite verificar que esa previsión normativa, cuando se refiere al deber normativo de actuación expreso y determinado, no alude al principio de competencia -por cuyo conducto se establece a quién le incumbe, según la parcela de poder atribuida por la Constitución, las leyes y los reglamentos que se dicten en consecuencia, realizar una determinada acción o conducta, formal o material), sino a una de las variables del principio de juridicidad entendido como presupuesto, cierto y determinado, de actuación.

En efecto: cuando el art. 3°, inc. d) remite al “deber normativo de actuación”, alude al principio de juridicidad, en su condición de encargo jurídico de actuación. En modo alguno se podrá examinar esa previsión normativa desde los estándares que fijan el alcance de la competencia. “Deber normativo de actuación”, como reza el art. 3°, inc. d) se refiere a mandato legal (juridicidad). La competencia, en cambio, indica esfera de incumbencia o atribuciones del órgano según la fijan la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia (art. 3° de la Ley Nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo —LNPA—). En tal sentido, estimamos que no resulta adecuado intentar extraer del principio de especialidad un deber o manda jurídica. Ello es así pues el principio de la especialidad es una técnica para determinar el alcance de la competencia material del órgano. En tal sentido, a los fines de la

⁸⁶ CSJN, “Albo, Modesta del Valle y otros c/ Giménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios”, DE 6-11-2018.

interpretación del art. 3, inc. d) consideramos desacertado fundir el principio de juridicidad con el de competencia.

Claro está, así como la irregularidad requiere demostrar que existe una abstención del órgano o ente frente a un mandato normativo determinado —con lo cual se descarta la configuración de la irregularidad cuando el orden normativo faculta al órgano a optar entre actuar o no hacerlo, puesto que no cabe imputar falta de servicio frente a una actividad típicamente discrecional—⁸⁷ no lo es menos que al referirse a mandato normativo “expreso”, el art 3º, inc. d) lleva ínsita la observancia del contenido implícito de ese deber de actuación.

Ese contenido implícito, esto es, el efecto jurídico incluido en el mandato de actuación —que insisto, no se confunde con la medida de la potestad, esto es, la competencia— puede emanar de un acto administrativo⁸⁸, de un reglamento, de la ley o de la propia Constitución⁸⁹. Concretamente: el contenido implícito de la norma, o del acto, indica la existencia de un mandato jurídico que está **inescindiblemente incluido** en una norma o acto estatal obligatorio.

El art. 3º, inc. d), *in fine*, es una previsión normativa que desalienta las ingeniosas arquitecturas jurídicas basadas en previsiones normativas genéricas, dotadas de un alto grado de abstracción. A partir de ella, el legislador consideró, de modo prudente, que el instituto de la responsabilidad del Estado no puede ser instrumentalizado para convertir a éste en un asegurador anónimo de frente a cualquier tipo de situación.

Frente al utopismo reparador que pregona un sector doctrinal, la LRE, haciendo **reserva de lo posible** en este momento histórico y

⁸⁷ Ver CSJN, “Juárez, Carlos Arturo y otra c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación) por conducto del Ministerio de Interior de la Nación”, 18/09/2007, Considerando 5º.

⁸⁸ Doctrinalmente se distinguen el contenido natural, el implícito y el eventual. Mientras el primero es aquel que necesariamente forma parte del acto administrativo y lo diferencia con relación a los demás, el segundo concierne a los efectos que si bien no son expresos, están incluidos en el acto. El tercero, el accidental o eventual, atañe a las prestaciones o modalidades que el órgano emisor puede o no incorporar.

⁸⁹ CSJN, “Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN –CSJN– Consejo de la Magistratura – art. 110 s/ Empleo público”, 21/04/2015, Considerandos 19 a 22.

atendiendo las propias advertencias de la jurisprudencia⁹⁰, ha sido cauto y no ha sucumbido a las presiones ejercidas desde diversos ámbitos.

En ese orden, es evidente que el sistema legal refleja la decisión del Congreso de preservar la función genuinamente reparadora de la responsabilidad estatal, evitando convertir al instituto en una suerte de seguro de indemnidad que pudiera ser indebidamente utilizado como mecanismo extractivo de los recursos públicos que tienen destino de bien común.

Vale recordar que, con anterioridad a la Ley 26.944, la jurisprudencia especializada desarrollaba la responsabilidad por omisión en términos similares a los que establece el art.3 inc. d⁹¹.

3.8.2 .Sacrificio especial

El segundo subsistema atañe a la responsabilidad por actividad legítima. En este ámbito el factor de atribución adoptado por la LRE,

⁹⁰ La doctrina jurisprudencial del fuero especializado en derecho público señala que “no es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general”, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 22/03/2012, Considerando VII.

⁹¹ La doctrina labrada de la CNac. Cont. Adm. Fed. vigente al momento de la sanción de la LRE, es plenamente compatible con el art. 3°, inc. d) *in fine*. Así, asevera el tribunal: “[l]a configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan con una obligación legal expresa o implícita (...) Y resulta imprescindible agregar que, para que se genere la obligación de reparar es necesario que se trate de un deber concreto que no opere en dirección genérica y difusa...”, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “C., M. M. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina”, 21/12/2010. Sobre esa estructura el Tribunal rechazó la demanda iniciada por los familiares de una persona que se suicidó mientras estaba detenida en el calabozo de la comisaría. El Tribunal consideró que el factor de atribución de responsabilidad invocado por la accionante como falta de servicio, concierne al incumplimiento de los deberes de custodia y seguridad específicos respecto de los detenidos, no se encuentra configurado, simple y sencillamente, porque si bien la Policía Federal tiene —entre su deberes— lo atinente a la preservación de la integridad física y psíquica de las personas alojadas en sus establecimientos, en el caso de autos no se había incurrido en la omisión de deberes a cargo de los agentes policiales encargados del control del sector en el que se encontraba la persona que se suicidó.

en claro seguimiento de la jurisprudencia preexistente⁹², es el sacrificio especial.

El art. 4º, inc. e) presenta a este factor de atribución como un padecimiento “diferenciado” en relación con el “que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

La idea de sacrificio especial en aras del interés público remite a la idea de un perjuicio específico, grave y anormal. No cualquier daño es susceptible de reparación por conducto de este instituto. Debe existir actividad válida del Estado, que produzca un perjuicio particular desproporcionado para alcanzar finalidades de **interés general o colectivo**⁹³.

En la LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la indemnizabilidad por la actividad estatal legítima requiere alegar y probar que existe un supuesto de sacrificio desigual. El damnificado debe exhibir, pues, un perjuicio especial, esto es, que su situación recibió un **tratamiento especialmente desfavorable**⁹⁴. El paradigmático *arret* “La Fleurette” (referencia obligada en esta materia) plantea un supuesto típico de sacrificio especial en aras del interés público, que en tanto perjuicio singularizado que rompe la igualdad ante las cargas públicas, debe ser soportado por la comunidad.

En este ámbito, la calificación de **excepcional**⁹⁵ que le brinda el art. 5 a la responsabilidad por actividad estatal legítima, se identifica con la idea de apartamiento de lo que es general, común.

De ordinario, la actividad lícita, esto es, la actividad jurídicamente justificada, no es indemnizable. Este principio, con toda lógica, rige en

⁹² CSJN, “Columbia”, Fallos: 315:1031.

⁹³ CSJN, Fallos: 316:406.

En “Los Pinos”, Fallos: 293:617, la Corte federal señaló que el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad no es propio que sea soportado únicamente por aquella, de lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la Constitución.”

⁹⁴ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁵ El art. 5º de la Ley 26.944 establece: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

el derecho privado⁹⁶ y en el público⁹⁷ —en ambos casos, con las modulaciones propias de cada una de esas disciplinas—. Lo que es extraordinario, lo que resulta excepcional, es la dispensa a ese principio.

En el derecho público, la dispensa se produce cuando se verifica un sacrificio especial —tal como lo califica la Ley 26.944—; esto es, cuando se comprueba que una actuación estatal lícita origina a una persona determinada un **padecimiento** —afectación de un derecho adquirido— que resulta **desproporcionado** con respecto al resto de los miembros de la comunidad.

La responsabilidad por la actividad lícita del Estado, enfatiza el Alto Tribunal, “no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad”⁹⁸.

El texto legal está en línea con la doctrina jurisprudencial, expresada apenas un par de meses antes de la sanción de la ley, en cuanto identifica el sacrificio especial con las **consecuencias anormales**, en tanto van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales y “significan para el titular del derecho un verdadero **sacrificio desigual**, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional”⁹⁹.

⁹⁶ El art. 1718 CCyC establece que “[e]stá justificado el hecho que causa un daño: a) en el ejercicio regular de un derecho”.

⁹⁷ Dijo el alto Tribunal: “... en principio, el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente” (Fallos 317:1233, cons. 12).

⁹⁸ CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ Proceso de conocimiento”, 15/05/2014, en JA 2014-III-233.

⁹⁹ CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional”, 15/05/2014, Considerando 10. El Tribunal destaca, en el Considerando 11, que “es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir —a través de él— finalidades de interés general o colectivo (Fallos: 312: 2266; 316: 397)”. En igual sentido, Fallos 317:1233, cons. 12.

En este mismo precedente, el Tribunal puntualiza que la procedencia de la pretensión de responsabilidad estatal requiere que la actividad del Estado produzca **una lesión a una situación jurídicamente protegida**¹⁰⁰. La ausencia de una lesión sobre un interés jurídicamente protegido determina la improcedencia de la pretensión indemnizatoria por actividad legítima puesto que, en ese supuesto, no se configura un daño resarcible con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas¹⁰¹.

El sacrificio especial, consagrado como factor de atribución objetivo de la responsabilidad por actividad legítima del Estado, alude a la idea de especialidad del daño. Se refiere a un padecimiento jurídicamente relevante —en tanto se concretiza en un menoscabo a una situación jurídica protegida— que resulta desigual con respecto al conjunto social.

La Ley asume la doctrina jurisprudencial en cuanto considera al “sacrificio especial” como la carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad¹⁰².

Al respecto, se señala que en estos casos se deberá indemnizar la afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad.

Por cierto, la correcta ponderación del “sacrificio especial”, como factor de atribución de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado, exige valorar la idoneidad y necesidad del padecimiento singular que sufre el particular de acuerdo con los fines de interés público perseguidos por el acto estatal que lo produce, esto es, con las necesidades sociales que la ley, el acto o el hecho están llamada a satisfacer y con magnitud de los bienes jurídicos comunes que la medida viene a proteger.

La concurrencia de este factor de atribución lleva ínsito un deber implícito de observar los subprincipios de idoneidad y necesidad. Es por ello que el sufrimiento desigual, diferenciado, al que alude el art. 4°, inc. e) LRE debe guardar proporcionalidad (interna) con los objetivos colectivos que el acto estatal pretende alcanzar. Por consiguiente, el

¹⁰⁰ CSJN, “Malma”, 2014, Considerando 11; “Revestek”, 1995, Fallos: 318:1531.

¹⁰¹ CSJN, Fallos: 318:1531.

¹⁰² CSJN, “García”, Fallos: 315:1892.

padecimiento especial que exceda el subprincipio de necesidad, o el de adecuación, quedará situado a extramuros del art. 4º, inc. e) LRE.

Este segundo subsistema no prevé la responsabilidad por omisión lícita. En ese orden, la objeción planteada al texto legal por esa supuesta carencia, con fundamento en el *arret* “Couitéas” (resuelto por el Consejo de Estado francés en 1923), debe ser rechazada de plano.

A nuestro modo de ver, el citado *arret* no configura un supuesto de responsabilidad por omisión lícita. Muy por el contrario, el deber de responder nace frente a un acto (no una omisión) de contenido denegatorio, que es algo diferente.

En efecto, en el invocado *arret* “Couitéas”, el derecho para solicitar una indemnización pecuniaria por quien se ve impedido de expulsar de sus tierras a quienes se consideraban ocupantes legítimos desde tiempos inmemoriales, no tuvo origen en una omisión lícita del gobierno francés —que negó la ayuda militar indispensable para ejecutar una sentencia que ordenaba la expulsión de tribus autóctonas que ocupan un terreno en Túnez—, como alguna doctrina vernácula ha indicado. El derecho a una indemnización, a cargo de la comunidad, fue el producto de un **acto** del gobierno que **denegó** el auxilio de la fuerza armada para expulsar a los ocupantes de parcelas de tierra que eran propiedad del Sr. Couitéas —beneficiario de un fallo favorable que no puede ser ejecutado por la negativa del gobierno en aras del interés general— con el propósito de conservar, de ese modo, el orden y la seguridad públicas en razón de los graves disturbios que ocasionaría la observancia del mandato de la justicia.

3.9. La relación de causalidad, en tanto es un requisito indispensable del supuesto de hecho que genera la obligación indemnizar (arts. 3º, inc. c, y 4º, inc. c, de la Ley 26.944), está llamada a cumplir una doble función.

3.9.1. Concepto y función

El nexo de causalidad es un requisito indispensable¹⁰³ y autónomo del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial

¹⁰³ Así lo señala la CSJN en “Syntex SA c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, 21/11/2000, Fallos: 323:3765, Considerando 6º.

del Estado. Los arts. 3°, inc. c)¹⁰⁴, 4°, inc. c)¹⁰⁵, y 2°¹⁰⁶ de la Ley 26.944, se refieren a él, ora de manera directa, ora de modo indirecto.

3.9.1.1. Un abordaje inicial permite visualizar al nexo de causalidad como un vínculo externo y objetivo entre el daño y el hecho generador, entre el cambio y su causa. Desde esta atalaya la relación de causalidad se presenta como el enlace material, el encadenamiento fáctico particular, entre un hecho antecedente y un suceso consecuente.

Un examen más profundo permite considerar al nexo causal como el elemento que une, liga o vincula la actividad u omisión estatal, subsu- mible en alguno de los factores de atribución previstos por la ley, con el daño jurídico, esto es con las consecuencias que le son legalmente imputables al hecho generador.

En ese entendimiento, creemos que la relación de causalidad como elemento indispensable del supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, se presenta como el genético vínculo de conectividad que liga un cambio jurídicamente relevante del mundo externo, denominado “daño” (entendido como un menoscabo o lesión a las relaciones de utilidad o disponibilidad que tutela un derecho o interés), con un suceso antecedente (también jurídicamente relevante) denominado “hecho generador” (obrar, simple o complejo, activo o pasivo, material o formal, imputable a un ente u órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas) subsumible en algún “factor de atribución”

La CSJN lo califica al nexo causal como recaudo “**ineludible**” (“Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ EN”, 2009, Fallos: 332:1367, Considerando 6°). En Fallos: 328:2509, se le reconoce la condición de “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”.

¹⁰⁴ El art. 3°, inc. c) establece que es **requisito** para que nazca la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima “la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”.

¹⁰⁵ En lo que atañe a la responsabilidad por actividad legítima, el art. 4°, inc. c) LRE prescribe que debe existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.

¹⁰⁶ A su vez, el art. 2° LRE establece las causales de exención de responsabilidad. Se contemplan los daños y perjuicios que se deriven del caso fortuito o fuerza mayor; los daños producidos por el hecho de la **víctima** o de un **tercero** por quien el Estado no debe responder.

habilitado por la ley aplicable: falta de servicio (art. 3° inciso d) o “sacrificio especial” (art. 4° inciso c).

Sin embargo, además de amalgamar los elementos estructurales del supuesto de hecho que genera el deber de indemnizar, la relación de causalidad fija -extiende, pero a la vez limita- el alcance de las consecuencias dañosas que, en cada, corresponde imputar al *factum* lesivo a los fines de la reparación.

De consiguiente, en el régimen legal vigente las dos funciones de la relación de causalidad -la que concierne a la determinabilidad del vínculo de conectividad como la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles- dependen de la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

3.9.1.2. *Teorías jurídicas que explican la relación de causalidad*

Desde el vértice jurídico, la relación de causalidad plantea una cuestión capital: sobre qué bases es posible aseverar que un hecho modificador de la realidad ha sido producido por otro. Doctrinalmente se han postulado distintos criterios para resolver este problema.

1. Así, la teoría de la ***equivalencia de condiciones***¹⁰⁷ o, de la *conditio sine qua non*, sostiene que toda condición que ha contribuido al resultado es la causa de ese resultado.

De este modo se rechazan las diferencias que pudieran existir entre los distintos antecedentes que preceden al resultado, situando a todos ellos en el mismo plano.

La teoría de la equivalencia de condiciones confiere igual relevancia a cualquiera de las múltiples causas que antecedieron al resultado dañoso. De suyo, al ubicar en un mismo plano de importancia a todos los elementos que han concurrido a la producción del daño esta teoría no selecciona ni jerarquiza entre la pluralidad de antecedentes. Considera a todas las condiciones con el mismo valor en la producción del daño.

¹⁰⁷ Esta teoría se la vincula con la noción de causa formulada por el filósofo John Stuart Mill, quien sostenía: “la causa, pues, filosóficamente hablando es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hace que siga el consiguiente...”

Bien se ha señalado esta teoría, inicialmente formulada por Von Buri, renuncia a distinguir entre causas o a privilegiar unas sobre otras¹⁰⁸.

La aplicación de esta teoría al ámbito de la responsabilidad del Estado conduce a que el deber de indemnizar puede imponerse al autor de cualquiera de ella y por lo tanto también a la Administración, que es la que en general por razones de solvencia, habrá de aparecer con mejores posibilidades materiales para responder¹⁰⁹.

Al considerar a cada condición como causante del resultado ello conduciría a una responsabilidad sin límites¹¹⁰. De allí entonces que resulta extraño que a la teoría de la equivalencia de condiciones se la hubiese calificado de extrema, pues otorga una nítida prioridad a la reparación del daño sobre cualquier otra consideración.

2. La teoría de la *causalidad exclusiva* predica, en cambio, que el nacimiento de la responsabilidad depende de que los daños sean producidos por la única intervención del demandado.

La aplicación de esta teoría a la responsabilidad estatal trae como consecuencia que la concurrencia al menos de una causa extraña a la actividad administrativa libera totalmente a la autoridad pública del deber de indemnizar.

3. La *teoría de la causa próxima*, o del último antecedente, sostiene que solo el hecho temporalmente más próximo es el más relevante, y descarta a los más remotos.

Se considera causa al antecedente, que en lo cronológico, se encuentra más próximo al momento del daño¹¹¹. Así, desde esta perspectiva,

¹⁰⁸ Zaffaroni, E. Raúl, *Derecho Penal*, Parte General, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 464.

¹⁰⁹ En el derecho francés, explica Paillet, no puede decirse que el juez administrativo haya hecho realmente suya la teoría de la equivalencia de las condiciones, como lo demuestra, por ejemplo la sentencia Montreer (CE, 21 de marzo de 1969), pues la expedición irregular de una autorización para portar armas no se considera causa de la muerte perpetrada tres años más tarde por su beneficiario, aunque haya podido jugar algún papel en su comisión (Paillet, Michel, *La responsabilidad administrativa*, (Título original: La responsabilité administrative), Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 91.

¹¹⁰ Santos Briz, op. cit. pág. 213.

¹¹¹ Paillet explica que si bien la proximidad temporal puede jugar un papel en la admisión del vínculo de causalidad (cita la decisión del CE, del 29-4-87, en

habrá relación de causa a efecto *si el hecho ha precedido inmediatamente* a la realización del daño.

4. Dentro del elenco de teorías que podemos denominar mixtas, encontramos a la ***teoría de la causa eficiente***.

Esta teoría selecciona la condición que implica una posibilidad máxima o, por lo menos, importante y que, con criterio cuantitativo, ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado.

Se busca la eficiencia en la condición que sea más activa. Se dice: si bien todas las condiciones son necesarias, desde el momento en que todas contribuyeron para la producción de daño, media entre ellas una clara diferencia de eficiencia. Con criterio cualitativo se ha denominado causa al antecedente del resultado “que desde el principio está conteniendo el efecto”. Así, gráficamente se explica que la semilla es la causa de que la planta nazca; la humedad, el suelo, son condiciones.

Sin embargo, algunas posiciones identifican la causa eficiente con el hecho decisivo en la producción del daño, en claro acercamiento con la teoría de la causalidad adecuada que veremos seguidamente.

5. Una de las teorías más reconocidas en esta materia es la *de la causalidad adecuada*.

En nuestro medio ella fue inicialmente propiciada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil de 1961 y admitida, si bien tímidamente, en el art. 906 del Código Civil reformado en 1968 mediante el Decreto-ley 17.711/68¹¹².

Banque Poulair de la Région Economique de Strasbourg); en Francia el juez no se detiene forzosamente en el último acontecimiento sobrevenido antes del daño, pues él no impide remontarse más allá de la cadena de las responsabilidades (Paillet, op. cit.).

¹¹² La Cámara Civil de la Capital, sala J, en la causa “Aguilar, Elena B. v. Alvear Palace Hotel y otros”, del 4 de mayo de 2007, dijo: “Nuestro Código Civil adopta el sistema de la causalidad adecuada de conformidad a los arts. 901 a 906, que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de indagar si aquél ha sido suficiente o idóneo para producir las consecuencias, si ocurrido aquél, debe ser previsible, verosímil, normal, que las consecuencias acostumbren a suceder. Por lo tanto, la relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido si es idóneo o no para producir determinadas consecuencias que el actor invoca. La causalidad adecuada no requiere la fatalidad en la imputación de las consecuencias al

El Código Civil y Comercial unificado se enrola en esta posición¹¹³.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “*idoneidad*” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Ella predica que solo se debe responder por aquellas consecuencias que resulten previsibles, que siguen el curso natural y ordinario de las cosas, es decir, por aquellas que corrientemente acaecen según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos.

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad –adoptado según la experiencia de la vida–, normalmente produce u ocasiona el resultado –daño– que debe atribuirse al hecho¹¹⁴. Alguna jurisprudencia sostiene que solo debe calificarse como causa a aquella

hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad. Se requiere un juicio de probabilidad que supere el nivel de lo conjetural...”.

¹¹³ Reza el art. 1726 del Proyecto: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

¹¹⁴ Los inspiradores de esta teoría señalaban que la *relación de causalidad se presenta cuando el daño era previsible por el agente (previsibilidad subjetiva)*, en consideración a los hechos que conocía o podía conocer en el momento de actuar. Sin embargo, desde esta perspectiva, en el plano de la responsabilidad civil, se confunde la causalidad con la culpabilidad.

Ahora bien: frente a la concepción subjetiva de la relación causal adecuada se han expuestos criterios objetivos para evitar la objeción de los que confunden causalidad con culpabilidad.

Así la causalidad adecuada se reduce a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si por el contrario queda fuera de este posible cálculo de probabilidades.

A su vez, el cálculo de probabilidades se efectúa desde el punto de vista de la madurez o facultad de percepción del agente –pronóstico subjetivo– y, para otros, sobre la base de la diligencia de un hombre normal (pronóstico objetivo).

Para unos, el pronóstico debe hacerse en el momento en que el hecho tuvo lugar –pronóstico precedente– y, para otros, después que el daño se ha producido y una vez que sean conocidas las circunstancias determinantes (pronóstico retrospectivo).

que está dotada de la *mayor fuerza productiva*. También se alude a ella mediante el sintagma “*eficacia causal preponderante*”.

Se ha dicho que adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente¹¹⁵.

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que, entre todas las que concurren, *ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado*.

Por aplicación de esta teoría el tribunal aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; verifica su condición de *hecho decisivo*, sin el cual el daño no se hubiera producido, se los declara causa del daño, y descarta los otros hechos que no adquieren categoría de causa.

6. Como complemento de la teoría de la causa idónea o adecuada algunos autores han desarrollado la denominada *teoría del seguimiento* o de la impronta continúa de la manifestación dañosa.

Esta teoría pretende explicar los supuestos que presentan una multiplicidad de hechos antecedentes que no se presentan contemporáneamente sino de modo sucesivo, *originándose daños en cascada*, como el clásico ejemplo de Pothier: donde la venta de un animal enfermo determina su muerte y el contagio de otros animales que igualmente mueren, lo cual impide al comprador cultivar su campo por lo cual no puede pagar a sus acreedores y finalmente se suicida.

Según postula esta doctrina si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende

Como se advierte es posible hallar dos pares de conceptos sobre una misma cuestión: pronóstico subjetivo y objetivo, de un lado; pronóstico precedente y retrospectivo, de otro.

¹¹⁵ Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, sala 3ª, “Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, sentencia del 28 de marzo de 2006.

reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso. Se asciende hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal¹¹⁶.

3.9.2. El nexo de causalidad en la LRE. Precisiones.

Señalamos que una de las funciones del requisito causal es brindar los parámetros objetivos indispensables para establecer qué consecuencias dañosas se deben reparar. Va de suyo pues que el menoscabo patrimonial, el daño, será reparable siempre que se encuentre comprendido dentro del círculo de consecuencias jurídicamente atribuidas, para ese supuesto, al autor de la actuación u omisión imputada.

¹¹⁶ Bustamante Alsina, que ha desarrollado esta teoría en nuestro país, asevera que si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso (v. Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad, LL 1991-E-1278).

Dice este autor que cuando el daño es resultado de la concurrencia de varios hechos antecedentes pero contemporáneos la cuestión es relativamente simple pues se trata de atribuirle a uno de esos hechos que se adecuado o idóneo para producir por sí mismo el resultado.

Aquí la cuestión se reduce a la prueba de los hechos y a la determinación técnica de su previsibilidad o evitabilidad del resultado. La teoría de la causalidad adecuada es apta para determinar con certeza cuál ha sido el hecho u omisión que produjo el resultado previsible.

La teoría del seguimiento, o de la impronta continua de la manifestación dañosa, sostiene que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal.

El seguimiento del resultado dañoso cuyo resarcimiento se trata debe continuarse a través de los diferentes hechos defectuosos de los cuales se derivan otros, hasta hallar en uno de ellos una culpa o factor objetivo de atribución que al aparecer en el proceso causal lo interrumpe para atribuir responsabilidad a un sujeto indirectamente involucrado con el daño el cual, aunque no sea consecuencia inmediata de su hecho, se halla en una relación adecuada de causalidad.

Afirma que esta teoría no excluye la causalidad adecuada pero permite investigar los hechos hasta el punto en que resulta razonable analizar la previsibilidad abstracta de la consecuencia del hecho en que intervino por acción u omisión.

En ese orden, el sistema legal vigente consagra la tesis por la cual el factor de atribución modula el alcance de las consecuencias dañosas atribuibles al hecho generador. La articulación funcional entre ambos elementos —factor de atribución y relación de causalidad— determina, en cada caso, que la cadena de resultancias imputables a la autoridad pública extenderá o reducirá su radio de acuerdo a que el supuesto de hecho que origina la responsabilidad repose en la “falta de servicio” o en el “sacrificio especial”.

Así, mientras en el subsistema de responsabilidad por actividad ilegítima, el art. 3º, inc. c), LRE, establece que debe existir “[r]elación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”, en lo que atañe a la responsabilidad por actividad estatal lícita, el art. 4º, inc. c) exige una “[r]elación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”.

Se advierte así que, para supuestos de responsabilidad por actividad ilegítima, el legislador, de acuerdo con la tendencia jurisprudencial de los últimos lustros, adoptó la teoría de la causalidad adecuada (conforme art. 3º, inc. c, de la Ley 26.944).

Al adoptar la teoría de la adecuación, el legislador desestimó otras teorías como la de la equivalencia de condiciones —denominada de la *conditio sine qua non*—, la teoría de la exclusividad, la de la causa próxima y también la denominada teoría de la causalidad virtual.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “**idoneidad**” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Le Tourneau enfatiza que hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado¹¹⁷.

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad —adoptado según la experiencia de la vida—, normalmente produce u ocasiona el resultado —daño— que debe atribuirse al hecho. Alguna

¹¹⁷ LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, p. 82

jurisprudencia sostiene que solo debe calificarse como causa a aquella que está dotada de la mayor fuerza productiva. También se alude a ella mediante el sintagma eficacia causal preponderante.

Al respecto, se ha señalado que adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente¹¹⁸.

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

Por aplicación de esta teoría se aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; se verifica su condición de hecho decisivo, sin el cual el daño no se hubiera producido, se lo declara causa del daño y se descartan los otros hechos que no adquieren categoría de causa.

El examen de la causalidad adecuada opera *a posteriori*. En ese entendimiento, se advierte que la teoría de la causalidad adecuada focaliza su atención en determinar si un hecho específico, examinado retrospectivamente, es objetivamente apto, idóneo, para producir, normalmente, esa consecuencia lesiva.

3.9.3. El criterio adoptado por el art. 3º, inciso c) de la LRE, en cuanto adopta la teoría de la causalidad adecuada, mantiene la tendencia jurisprudencial predominante.

Si bien en algunas oportunidades la CSJN —en su actual integración— afirmó que debe existir una relación de causalidad “**directa**” entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue¹¹⁹, la doctrina judicial anterior a la LRE- en lo relativo a responsabi-

¹¹⁸ CApel. Civ. y Com. N° 3 LA PLATA, Sala 3, “Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 28/03/ 2006.

¹¹⁹ CSJN, “Baeza”, 2011, Fallos: 334:376; “Reynot”, 2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6°; “Ramos”, Fallos: 331:1690.

lidad por actividad o inactividad ilegítima del Estado-, se inclinaba, no sin modulaciones, por la causalidad adecuada. En algunas ocasiones, el Alto Tribunal, y sus tribunales inferiores, utilizaron el sintagma “nexo o relación adecuada de causalidad”, sin rodeos¹²⁰. En otros, se utilizó alguno de sus equivalentes funcionales: causa idónea, causa apta, causa relevante, etc.

Así, en “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”¹²¹ —pretensión reparatoria promovida por la esposa de una persona fallecida por la ingesta de un producto denominado propóleo que poseía altas concentraciones de dietilenglicol y que fuera elaborado por un laboratorio privado—, el Alto Tribunal, con remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que no se verificaba la adecuada relación causal entre el daño ocasionado y su imputación al Estado por supuesta inobservancia de la policía sanitaria, puesto que el perjuicio resultaba exclusivamente atribuible a la conducta del laboratorio. En esta causa, se rechazó la demanda sustentada en la falta de servicio por omisión. Se sostuvo, en lo que atañe a ese caso, que el poder de policía sanitaria estaba legalmente definido de modo genérico y no se identificaba con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos, derivado de la acción de terceros.

En “Deoca”¹²², la CSJN sostuvo que la entrega en propiedad del sable a un militar retirado como parte de su uniforme no hacía imputable al Estado del hecho dañoso por cuanto dicha entrega no es la **causa adecuada** del delito de homicidio, según el curso natural y ordi-

La locución directa es, en este punto, polisémica. Indica, de un lado, que las consecuencias de un determinado hecho u omisión acaecen en sí mismas, sin otros aditamentos, es decir, los efectos se producen sin que medie otro acto o hecho. Pero también indica que existió efectiva “intervención” estatal dotada de la suficiente idoneidad y preponderancia para producir el daño. Pensamos que este segundo significado es el adecuado. Así, en “Bertinat” (Fallos 323:305) el Tribunal rechazó la demanda de daños contra la autoridad pública por cuanto el accidente provocado en una ruta por un animal suelto es un hecho extraño a su intervención “directa”.

¹²⁰ CSJN, “Syntex S.A. c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, Fallos: 323:3765, Considerando 8°.

¹²¹ CSJN, “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

¹²² CSJN, Fallos: 324:1701.

nario de las cosas, asignándole el carácter de consecuencia remota, por la cual el Estado no debe responder¹²³.

En “Kasdorf”¹²⁴, se sostuvo que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de la actividad desplegada por una provincia que obró de manera **idónea** para producirlo (art. 901 CC).

También se aplicó este criterio en “Roque Reymundo e Hijos c/ Pcia. de San Luis”¹²⁵. El desvío hacia un camino que estaba en deficientes condiciones, en abstracto, era normal y ordinariamente **idóneo** para producir accidentes como la destrucción de una carga de cosas frágiles, como vidrios.

En “Cohen”¹²⁶, la CSJN sostuvo que quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, como también su **idoneidad** para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama¹²⁷.

¹²³ Para fundamentar su decisión, la CSJN entendió que: 1) un militar en situación de retiro no guarda la misma relación que uno en actividad: aquellos no desempeñan función estatal alguna; 2) por eso la falta de relación con el Estado no le es imputable al Estado; 3) la propiedad del sable no es del Estado ni de la Armada; era propiedad del propio militar. El Estado no era ni propietario ni guardián; 4) aun cuando fuere propiedad de la Armada, la cuestión encuadraba en el tercer párrafo del art. 1113 porque la comisión de ese hecho dañoso es contra la voluntad expresa o presunta de su dueño; 5) la CSJN sostiene que la entrega del sable por parte del Estado al autor del homicidio no es la causa adecuada del delito, según el curso normal y ordinario; aquella fue una consecuencia remota de dicha entrega.

¹²⁴ CSJN, Fallos: 313:284.

¹²⁵ CSJN, Fallos: 327:2764.

¹²⁶ CSJN, Fallos: 329: 2088.

¹²⁷ Previamente, el Alto Tribunal había señalado que “la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en co-responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto”.

En “Friar”¹²⁸, el Alto Tribunal asevera que la responsabilidad por falta de servicio exige: a) examinar cada uno de los actos y conductas que se le impugnan al Estado Nacional desde el punto de vista de su legitimidad y b) examinar la **aptitud** de cada uno de los actos para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.

En otros supuestos, aun sin mencionar a la teoría de la causalidad adecuada, la CSJN directamente alude a ella al adoptar como estándar “el grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas”¹²⁹ o al nexo de causalidad jurídicamente relevante¹³⁰.

3.9.4. La relación de causalidad en la falta de servicio por omisión

Según el art. 3° inc. d) LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal ilegítima exige acreditar el factor de atribución falta de servicio. Como ya vimos, la LRE conceptualiza la falta de servicio como una actuación u omisión irregular de parte del Estado. A la vez, el supuesto de “omisión irregular” se concretiza mediante “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

A partir de estas formulaciones, se advierte que el nexo de causalidad en la responsabilidad nacida de la falta de servicio por omisión exhibe algunas singularidades¹³¹.

En estos supuestos, para que se configure la relación de causalidad, es menester acreditar que, de haberse cumplido la actuación establecida de manera determinada en la norma, el daño —esto es, la lesión sobre un derecho o interés— no se hubiera producido.

¹²⁸ CSJN, “Friar”, 26/09/2006.

¹²⁹ CSJN, “Mosca”, Fallos: 330:563; “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

¹³⁰ CSJN, “Banco de la Nación Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de”, 2001, Fallos: 324: 1243.

¹³¹ Pablo Perrino puntualiza, con razón, que la acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión (“La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, LL, diario del 31-3-2015).

En este sentido atañe a quien postula la pretensión resarcitoria precisar qué medida las circunstancias que determinaron el daño pudieron ser evitadas si se hubiese observado el comportamiento apropiado, ya que la responsabilidad solo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias¹³².

Concretamente: concierne a quien postula la pretensión indemnizatoria demostrar, conforme el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) y el art. 1736 CCyC que, previsiblemente, según el curso ordinario y natural de las cosas, mediante la observancia del deber normativo de actuación (expreso —o incluido implícitamente en la misma norma— y determinado), las consecuencias dañosas que se le atribuyen a la inactividad estatal se habrían evitado.

Por cierto, no habrá encadenamiento causal entre el daño y la inactividad que se le imputa al órgano, si el demandado demuestra que aun con el cumplimiento de la conducta debida en los términos del art. 3º, inc. d) LRE el daño igualmente se hubiera producido.

Naturalmente, como **presupuesto** de la falta de servicio por omisión, es necesario que exista la posibilidad material y jurídica de realizar la conducta ordenada por la norma.

En definitiva: la configuración de la relación de causalidad en el supuesto responsabilidad por omisión (art. 3 inc. d, LRE) requiere acreditar: (i) en primer lugar, que el órgano se abstuvo de actuar; (ii) en segundo término, que esa abstención, ese dejar de hacer o de ejecutar algo colisiona y se contrapone al mandato jurídico de actuación preestablecido de modo expreso (o implícitamente incluido dentro de lo expreso) en la norma -constitucional, supranacional, legal o reglamentaria- o en otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria frente a terceros; (iii) finalmente que, de haberse realizado la conducta prescrita por la norma, la lesión sobre la relación de utilidad protegida por el derecho o interés no se habría producido.

¹³² Conf. : Fallos 343:184 (“Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, de 17-3-2020) y sus citas: Fallos 319:2511; 335:527.

3.9.5. La relación de causalidad debe exhibir certeza. En este ámbito no tiene cabida la presunción de causalidad

Ni aun postulando la aplicación analógica del CCyC será posible abrirle la puerta a la presunción de causalidad.

En efecto: el art. 1736 CCyC, en línea con la regla que emana del art. 377 CPCCN, es categórico en cuanto establece que la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma.

Por lo demás la jurisprudencia labrada por el Tribunal con anterioridad a la Ley 26.944 es refractaria a la presunción de causalidad¹³³.

En efecto: el régimen jurisprudencial de la responsabilidad estatal vigente hasta 2014, en tanto resulta refractario a la presunción de causalidad¹³⁴, se mantiene en la Ley 26.944. En respaldo de esta posición, la aplicación analógica del art. 1736 del CCyC, juntamente con el art. 377 CPCCN, nos lleva a la misma conclusión.

En este orden, quien demanda la reparación de daños producidos actividad o inactividad ilegítima del Estado no solo tiene la carga de alegar y justificar la causación; tiene también la de aportar pruebas concluyentes que permitan establecer que existe, con suficiente certeza, un vínculo de material de conectividad que anuda la consecuencia dañosa con un hecho generador idóneo, apto, relevante, emanado de un órgano o ente estatal.

¹³³ CSJN; Fallos: 322:3101(Denenberg).

¹³⁴ Así, en “Jabif de Sousa David Néstor c/ Estado Nacional- Ministerio del Interior- Policía Federal Argentina y/o responsable s/ Daños y perjuicios” del 31/07/2012, la sala III de la CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, desestimó la pretensión reparatoria por cuanto el actor no había logrado acreditar la relación causal entre el hecho dañoso y el actuar estatal. Al fundamentar su decisión se señaló que “cada parte debe probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende, ya que la actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés y de esa actividad procesal depende producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, pudiendo el litigante llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una conducta omisiva (conf. CSJN, Fallos: 318:2555, entre otros). En sentido similar, se ha señalado que “el *onus probandi* deviene imperativo del propio interés del particular interviniente...”

3.9.6. El concurso de causas en la responsabilidad del Estado

Un mismo daño puede ser el efecto resultante de varias causas, ora coetáneas, ora sucesivas. Si la acción de varias personas contribuyen de manera idónea en la producción de un determinado resultado lesivo, existe lo que se denomina “causalidad conjunta o concurrente”. De manera corriente se ha calificado a esta situación como concausa. En verdad estamos frente a un supuesto de *co-causación*.

Como lo enseña la doctrina civilista más autorizada, la co-causación consiste en la actuación concurrente y causalmente relevante de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño. En este supuesto el daño se distribuye entre las diferentes co-causas de acuerdo a la participación causal de estas, no pudiendo los co-causantes oponer defensa causales frente a la víctima ante quienes responderán por el todo sin perjuicio de reclamar lo que hubiera pagado en exceso¹³⁵.

La concausa es una situación bien distinta a la co-causación, por cuanto es una causa independiente que altera el curso causal y que, por ende, no se le puede imputar al demandado el aporte causal de la concausa, el que se deberá desagregar de la imputación causal que se le haga. La concausalidad produce una alteración parcial de la primera causa, y por ende no puede imputarse al dañador la totalidad del daño ya que la concausa no guarda relación causal adecuada con el hecho del dañador¹³⁶. Al respecto López Mesa puntualiza que la concausa, lejos de ser neutra, tiene la funcionalidad de hacer cargar a quien la aporta una parte del daño que sufriera, justamente el segmento atribuido a su aporte concausal.

Si bien la co-causación no parece postulable *ab intio* en el subsistema de responsabilidad por actividad estatal lícita —por cuanto en ese ámbito, el art. 4º, inc. c) LRE exige que la actuación estatal opere como causa “exclusiva” del perjuicio—, aquella es admisible con respecto a los daños originados por la actividad estatal subsumible en el factor de atribución “falta de servicio”.

¹³⁵ LÓPEZ MESA, MARCELO, “Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada”, en *LL*, 2013-D-1167.

¹³⁶ *Ibid.*

La jurisprudencia exhibe casos de causalidad conjunta o concurrente (co-causación) entre la autoridad pública y un particular, y también entre dos órganos estatales¹³⁷.

Así, en “Kasdorf”¹³⁸ la CSJN reconoció que había una concurrencia de factores causales imputables a la Administración y a un tercero. Se sostuvo que la responsabilidad atribuida a la Provincia demandada no excluía la que corresponde al tercero. En este juicio, la actora reclamó el resarcimiento de los daños derivados de la interrupción y retracción de ventas como consecuencia de la muerte de tres niños que se intoxicaron en un hospital de Jujuy por haber ingerido leche de esa marca. La realidad fue que el producto (denominado Bonalac) fue transportado juntamente con insecticida; este se derramó y contaminó la leche. No obstante tener un fuerte olor a insecticida, el personal del hospital preparó y suministró esa leche a los niños¹³⁹.

En “Serradilla” el Alto Tribunal federal consideró probada la existencia de concausas (en puridad, co-causación) derivada de la concurrente falta de servicio por parte del Estado Nacional y de una provincia¹⁴⁰.

¹³⁷ La CNac. Cont. Adm. Fed. sostuvo que el Estado a los efectos indemnizatorios debe responder cuando coparticipa —por su obrar negligente— en la generación de un hecho dañoso, máxime cuando ello ocurre en el marco de su poder de policía y sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Transporte Río de la Plata c/ E. N.”, fallo cit.

¹³⁸ CSJN, Fallos: 313:284.

¹³⁹ Dijo la CSJN que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de una actividad de la Provincia de Jujuy que obró de manera **idónea** para producirlo (art. 901 CC). Los dependientes de la Provincia incurrieron en una conducta negligente al no advertir la contaminación notoria del producto. Sin embargo, destacó que la responsabilidad de la provincia no excluye a la que corresponde a la empresa de transporte. La conducta de sus dependientes que se desentendieron de los riesgos que podía ocasionar la entrega del producto en las condiciones en que se efectuó obliga a resarcir un daño que constituye una consecuencia mediante ese hecho y que guarda con esta un adecuado nexo causal (art. 901 CC).

¹⁴⁰ CSJN, “Serradilla, Raúl c/ Pcia de Mendoza y otro”, 12/06/2007. En dicha causa el Máximo Tribunal responsabilizó al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza por la deficiente prestación del servicio a su cargo: no cumplieron adecuadamente el deber de custodia que la ley y el convenio celebrado entre el

Discernir la concausa de la co-causación tiene efectos relevantes. Como dijimos, si se verifica esta última (co-causación), los co-causantes responderán de manera completa frente a la víctima. Es un supuesto de condena *in solidum*¹⁴¹. Cualquiera de los co-causantes debe la reparación plena de las consecuencias que le son atribuidas. Frente a la víctima, la co-causación no opera, ni aun parcialmente, como eximente de responsabilidad. Esto no afecta las relaciones recíprocas entre quienes contribuyeron al daño. De allí que un co-causante podrá accionar por repetición o regreso contra quien también ha sido condenado. Esto no ocurre, en cambio, en los supuestos de concausa.

3.9.7. Factores que suprimen la relación causal. Eximentes de responsabilidad

La estructuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal requiere, como requisito negativo de configuración, la ausencia de eximentes contempladas en el art. 2° LRE: hecho de la víctima, hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder y caso fortuito o fuerza mayor.

Ciertamente, si el daño tiene su origen en una causa extraña o ajena al hecho que se le imputa al órgano estatal, como las previstas en el art. 2° LRE, ello traerá como consecuencia la interrupción del vínculo causal —por cuanto la causa material del menoscabo se desplaza hacia otro u otros centros de imputación— y la consecuente imposibilidad

Estado y la provincia celebraron con respecto a la documentación de las personas. En la especie, no se había custodiado el nuevo ejemplar de DNI requerido por el demandante. Tal circunstancia provocó que se abrieran cuentas bancarias a nombre del actor, pero con datos falsificados, que dieron lugar luego al libramiento de cheques sin fondos contra aquellas, lo cual generó que el BCRA inhabilitara al actor para operar en cuenta corriente en todo el país y diera de baja su tarjeta de crédito. Luego de enfatizar que existía una **responsabilidad concurrente** de los entes públicos, con fundamento en la idea objetiva de falta de servicio, la Corte señaló que las circunstancias del caso revelaban una cadena de conductas causales jurídicamente relevante en el resultado fáctico calificado como dañoso.

¹⁴¹ La obligación *in solidum*, puntualiza Le Tourneau, significa que la víctima de un daño causado por varios responsables dispone de tantos recursos cuantos autores del hecho dañino haya. Cada uno de ellos es visto como si hubiera causado la integridad del daño; de donde se deduce que cada uno puede ser asignado por la totalidad (v. LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, pp. 86/87).

de satisfacer el requisito previsto en el art. 3°, inc. c) LRE. La existencia de alguno de los tres supuestos de causa ajena, en la medida que esté debidamente demostrada —la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien la alega (art. 1734 CCyC)— libera al Estado demandado, con las modulaciones que seguidamente examinaremos.

3.9.7.1. Hecho del damnificado

La propia conducta del damnificado se puede convertir en causa exclusiva o no exclusiva del daño. Mientras el primer supuesto exime de responsabilidad al órgano, el segundo la limita.

Para que el hecho de la víctima interrumpa totalmente el nexo causal debe haber sido causa adecuada y exclusiva del daño. Ahora, si la conducta del damnificado tiene solo incidencia parcial en la producción del resultado, por cuanto ella interfiere o actúa de manera independiente al hecho imputable al Estado, habrá pluralidad de agentes causales (concausa) que determinará la reducción del monto indemnizatorio puesto que al órgano imputado solamente debe cargar en proporción a su exclusivo aporte causal.

En el ámbito de la responsabilidad estatal la jurisprudencia anterior a la Ley 26.944 registra distintos pronunciamientos que merecen ser tenidos en cuenta.

Así, en “Gómez”, sentencia del 30/06/1998, la CSJN eximió de responsabilidad a la Administración tras advertir que no hubo relación de causalidad directa e inmediata entre el procedimiento legítimo llevado a cabo por el agente oficial y el daño sufrido por el actor. El daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse provocando el enfrentamiento policial que derivó en un disparo del agente que impactó en la espalda del actor produciéndole una lesión gravísima.

Se observa así un supuesto de eximición total de responsabilidad por acto del damnificado, determinante de una ruptura del nexo causal.

En “Ramos”¹⁴², si bien estaba acreditado el perjuicio —daño psíquico de la demandante por la muerte de su hijo—, el Alto Tribunal

¹⁴² CSJN, Fallos: 328: 2547.

desestimó el reclamo por ese rubro por cuanto el evento no era atribuible a la falta de servicio de la autoridad Administrativa. Se sostuvo que el origen de la muerte era imputable a la imprudencia de la propia víctima que se arrojó al río en un balneario de la provincia de Córdoba en una época en la que no está legalmente previsto la presencia de bañeros (el hecho acaeció en noviembre y la norma obligaba al municipio a proveer bañeros desde diciembre). En este caso estamos frente a la ruptura del nexo causal por el hecho de la víctima.

En su actual composición la CSJN subraya en el caso “Rea”¹⁴³ que la ruptura total del nexo causal entre el hecho generador y el perjuicio por culpa de la víctima debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (conf. Fallos: 332:2633).

3.9.7.2. Hecho de un tercero extraño

El art. 2º, inc. b) de la Ley 26.944 consagra como eximente de responsabilidad el supuesto en que el daño tenga su origen por el hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder. El fundamento de esta exención remite a la ausencia de nexo causal.

En efecto. De acuerdo con esta previsión normativa, el Estado demandado se libera demostrando que el daño ha sido provocado de modo único o determinante por un tercero extraño. En tal supuesto la atribución material del menoscabo se desplaza hacia el tercero, que es en definitiva el sujeto en relación con el cual se podrá efectuar la imputación. Sin embargo, en supuestos en que el hecho generador no le es atribuible exclusivamente al tercero extraño, esto es en casos de concurso o concurrencia de causas (co-causación), como ya se señaló, la condena *es in solidum* (v. gr. “Serradilla”; “Kasdorf”), siendo admisible la acción de regreso por lo que el Estado hubiera pagado en exceso de acuerdo a su participación causal.

Es dable tener presente que, a diferencia del art. 1731 CCyC, el art. 2º, inc. b) de la Ley 26.944, al consagrar al hecho de un tercero como causal de exoneración, no exige que aquel reúna los caracteres del acto fortuito.

¹⁴³ Fallos 343:184 (“Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, de 17 de marzo de 2020).

Cabe recordar que el hecho del tercero no se presume, siendo una carga del demandado demostrar su incidencia en el nexo causal.

3.9.7.3. Caso fortuito

El caso fortuito y la fuerza mayor constituyen factores extraños con aptitud para provocar la interrupción del nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el daño¹⁴⁴. Son un obstáculo para la indemnización del damnificado¹⁴⁵. Se configura cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente. El *casus* determina la ausencia de responsabilidad por defecto del nexo causal.

El art. 1730 CCyC lo regula del siguiente modo: “[s]e considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

La irresistibilidad —esto es, la presencia de un evento insuperable, que no se puede dominar, en el que el agente es juguete de la fatalidad—, puntualiza Le Tourneau, es la más importante de las características de la fuerza mayor. La imprevisibilidad, que es la otra característica del caso fortuito o fuerza mayor —que en el nuevo Código deben ser asumidos como sinónimos (art. 1730, *in fine*)— se consuma cuando no hay ninguna razón particular para pensar que se producirá.

3.9.9. La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado por actividad legítima

El art. 4° de la Ley 26.944 establece los requisitos que estructuran el supuesto de hecho de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado. Algunos recaudos legales son comunes a la responsabilidad por actividad ilegítima; otros en cambio son propios. Así, se deberá acreditar que existe un daño cierto y actual¹⁴⁶, debidamente acreditado

¹⁴⁴ Ver CSJN, Fallos: 306:1413 y CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, “F., S. O. y otro c/ Estado Nacional”, 29/06/ 2005, Considerando II.

¹⁴⁵ Ver CSJN, “Sanchez Granel”, 20/09/1984, Fallos: 306:1409, Considerando 6°.

¹⁴⁶ CSJN, “Tejeduría Magallanes”, Fallos: 312: 1656, Considerando 11; “Revestek”, 15/08/1995, Considerando 6°.

por quien lo invoca¹⁴⁷ y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; **relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva**¹⁴⁸ entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño¹⁴⁹; sacrificio especial¹⁵⁰ en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido¹⁵¹.

En congruencia con la doctrina jurisprudencial, el art. 5° califica la responsabilidad por actividad lícita como “excepcional”. Esta calificación toma en cuenta, de un lado, la ajenidad que tiene este supuesto, propio del derecho administrativo, con respecto a la doctrina civilista (recuérdese que el supuesto de hecho que genera responsabilidad civil reposa en la antijuridicidad¹⁵², y que fue esa situación la que tuvo en cuenta el dictamen de la Procuración General, cuando señaló en “Motor Once” que la responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos)¹⁵³.

¹⁴⁷ Con lo cual queda *ab initio* descartado los daños conjeturales (CSJN, Fallos: 328: 2654).

¹⁴⁸ CSJN, “Ledesma”, 1989, Fallos: 312:2022, Considerando 16; “Revestek”, fallo cit., Considerando 6° (sostuvo el Alto Tribunal: el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal exigía la demostración de la “existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”); “El Jacarandá”, 28/07/2005, Fallos: 328:2654, Considerando 9° *in fine*.

¹⁴⁹ CSJN, “Malma Trading SRL”, 15/05/2014, Considerando 10.

¹⁵⁰ En “Malma Trading SRL”, la CSJN destaca que la procedencia de la indemnización por actividad legítima del Estado requiere de “verdadero sacrificio desigual” para el titular de un derecho (Considerando 10 *in fine*).

¹⁵¹ CSJN, “Revestek”, fallo cit., Considerando 7°. En el Considerando 8°, el Tribunal puntualiza que la lesión a una situación jurídicamente protegida no es sino “un presupuesto del éxito en lo sustancial del reclamo de resarcimiento; dicho en otras palabras, de una condición de la existencia del daño reparable...”.

¹⁵² El art. 1717 CCyC establece: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

¹⁵³ En igual sentido se expidió el Dr. Fayt en el Considerando 18 de su voto en “Juncalán”. Ya en “Cantón” (Fallos: 301:403) la CSJN consideró que ante la falta de normas expresas sobre la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración se debe atender al modo de responder establecido en instituciones análogas (expropiación), “no siendo

Y de otro, la propia situación **anormal** que presenta, aún desde el derecho público, las reparaciones por actividad legítimas¹⁵⁴ puesto que como principio la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada.

La jurisprudencia anterior a la Ley 26.944 enfatizaba las diferencias entre la estructura del supuesto de hecho que lleva la indemnizabilidad por la responsabilidad estatal lícita y el de la derivada de la actuación ilegítima de los poderes públicos. Estas particularidades se proyectaron sobre la configuración de la relación de causalidad como requisito ineludible del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad.

Así, en “El Jacarandá SA”, sentencia del 28/07/2005, el voto de la mayoría sostuvo que en el campo de la actividad lícita, es decir, cuando

precedentes las (normas) propias de derecho común relativas a la responsabilidad civil” (ver Considerando 8°).

En “El Jacarandá” (Fallos: 328:2654), la Dra. Highton sostuvo que frente a la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad por actividad lícita del Estado, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas. Señaló que esa analogía debe fundarse en principios de derecho público. Sostuvo que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la responsabilidad por actividad lícita del Estado, conduce a encontrar la solución en la Ley de Expropiaciones (21.499), es decir, en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija. La posición de jueza Highton de Nolasco, en cuanto considera que, en este supuesto, corresponde rechazar la reparación del lucro cesante, fue reiterada en el considerando 14, de “Malma”, de 15/05/2014.

¹⁵⁴ Sostuvo la CSJN en “Malma”, 15/05/2014, Considerando 10: “es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros)”.

se trata de resarcir daños causados por actos inspirados en el interés colectivo, en el interés general, los jueces deben actuar con suma prudencia. A tal efecto se deberá verificar: i) que los daños “efectivamente” se han producido; ii) que ellos sean una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina 310:2824); enfatizándose luego, con arreglo a Fallos 312:2022, considerando 16, “que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”.

Esos criterios jurisprudenciales, en tanto modulan la configuración del requisito causal según el factor de atribución, han sido asumidos por el art. 4, inc. c) de la Ley 26.944.

3.10. Según la índole del factor de atribución, la LRE establece regímenes diversos en cuanto al alcance de las consecuencias dañosas resarcibles.

La LRE no fija normas relativas al alcance de la reparación de los daños generados por actuaciones u omisiones del Estado subsumibles en el factor de atribución falta de servicio. De consiguiente, en este ámbito de la responsabilidad por actividad ilegítima cabe la aplicación **analógica** de las reglas pertinentes del derecho privado vigentes al momento de resolver.

Ergo, con arreglo a esa técnica de interpretación, se deben adaptar los criterios de reparación civil de daños que se originan en acciones u omisiones que no están justificadas, es decir, que nacen de conductas antijurídicas (art. 1717). En ese entendimiento, la reparación del daño que nace de la actividad ilegítima del Estado dará lugar la reparación plena (art. 1740) de aquellas consecuencias que guarden nexos adecuados de causalidad con el hecho generador del daño (art. 3, inc. c, LRE y art. 1726 CCyC).

Es así que, como regla, corresponderá la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En este orden la doctrina del alto Tribunal puntualiza que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, y tal noción comprende todo perjuicio

susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral¹⁵⁵.

En materia de responsabilidad por actividad legítima, la LRE establece, en cambio, un régimen especial y propio de derecho público que excluye la aplicación del Código Civil.

En primer lugar la LRE dispone que le son atribuibles al Estado aquellas consecuencias que guarden una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño (art. 3 inciso c). A la vez la ley establece que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante (art. 5°).

Tanto en materia de causalidad como en lo relativo a la extensión del resarcimiento, la ley mantiene así una de las líneas jurisprudenciales que gobierna esta materia.

Vale recordar que el art. 1766 del Anteproyecto, propuesto por la Comisión Redactora (Decreto 191/2011), establecía que la responsabilidad derivada de los actos lícitos del Estado “sólo comprende el resarcimiento del daño emergente”¹⁵⁶.

El art. 5° LRE tuvo especialmente en cuenta la posición asumida por la jueza, Dra. Highton, en la causa “El Jacarandá”¹⁵⁷, y “Malma” (2014) como así también la doctrina labrada por el Alto Tribunal en otros precedentes (“Motor Once”, “Cantón”, “Laplacette”, entre otros).

La solución adoptada, en tanto excluye el lucro cesante, mantiene la directriz trazada por la Ley de Expropiaciones (art. 10); a la vez, guarda congruencia con otras previsiones normativas que regulan el responder por la actividad legítima del Estado, como por ejemplo el art. 12, inc. d) del decreto 1023/2001, en materia contractual; el art. 26 de la Ley 25.344 y el art. 11 de la Ley 25.453 y antes también en el art. 5 de la Ley 12.910 y 30, 38 y 54 inc. f de la Ley 13.064 (arts.). Vale recordar,

¹⁵⁵ Fallos: 324:2972; y arg. Fallos: 326:232 .

¹⁵⁶ Y luego agregaba: “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”.

¹⁵⁷ CSJN, Fallos: 328:2654.

además, que el art. 18 de la LPA de la CABA establece que la indemnización debida por la Administración en supuestos de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia “sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante”.

Es claro que el esquema causal, previsto en el art. 4°, inciso 3, como la extensión de resarcimiento (art. 5°) quedaron sometidos a lo que la doctrina extranjera denomina “**reserva de lo posible**”. Basta recordar la historia económica de nuestro país durante las últimas décadas para comprender a qué nos referimos. Es evidente que las normas ponderaron no solo la pretensión individual de quien reclama la reparación de una lesión patrimonial derivada de la actuación **lícita** del Estado¹⁵⁸, sino también la situación del Tesoro (la recordada “debilidad presupuestaria del Estado de derecho”, como lo califican los autores alemanes) y la repercusión de este supuesto excepcional de responsabilidad sobre quien es el **legitimado pasivo indirecto**, al que se refiere la CSJN en el fallo “Q”, del 24/04/2012, esto es, el resto de la comunidad que soporta la carga y reclama la satisfacción de otros derechos.

Por cierto, en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita de los poderes del Estado, frente a situaciones particulares el legislador está habilitado para establecer, con la pertinente reserva presupuestaria, que los daños patrimoniales que deriven de la aplicación de sus productos normativos (leyes), satisfagan de modo pleno el daño emergente y el lucro cesante de aquellas consecuencias dañosas que guarden nexo adecuado de causalidad. Ello es así pues, en relación con los actos estatales de naturaleza legislativa, no rige el principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Una situación especial se presenta cuando el perjuicio patrimonial nacido de la actividad lícita, encuadrable en el factor de atribución

¹⁵⁸ La responsabilidad del Estado por sus actos lícitos al tiempo que preserva las garantías constitucionales de la propiedad e igualdad jurídica “[s]ignifica una distribución entre los miembros de la sociedad política ...de los daños que los actos de gobierno legítimos pueden inferir a los particulares siempre que se den los requisitos delineados por este Tribunal” (Fallos 322:2686, voto Moliné O’Connor, Boggiano y López).

sacrificio especial, se conforma de manera exclusiva o principal con el lucro cesante¹⁵⁹. En esta especial circunstancia, el principio general de no admitir el lucro flexibiliza su alcance pues excluir totalmente dicho rubro (lucro cesante) significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad¹⁶⁰.

Amén de lo anterior, en aquellos excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera impactar lesivamente sobre derechos esenciales de las personas físicas, esto es, sobre derechos humanos indisponibles, inherentes al principio de dignidad humana, no cabe duda que el referido art. 5° deberá ser interpretado según los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte IDH. También, en el ámbito de los derechos humanos indisponibles, entendemos que resulta predicable extender, por vía de la analogía, el principio consagrado en el art. 1743 CCyC¹⁶¹, en cuanto considera inválidas las limitaciones a la obligación de indemnizar cuando está en juego la afectación de derechos indisponibles¹⁶². Desde este vértice, y aun cuando esa norma esté destinada a cuestiones convencionales de carácter privado, parece razonable sostener que la indemnización de los daños generados por la actividad lícita del Estado sobre un derecho fundamental indisponible, extramuros del art. 5° LRE, debe ser plena.

Concretamente: exista falta de servicio o sacrificio especial en todos los supuestos en que en que el hecho generador imputable a un órgano o ente del Estado lesione derechos fundamentales indisponibles, la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.

¹⁵⁹ CNCiv, Sala F "Elías, Julio y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", JA 2000-IV-520.

¹⁶⁰ CSJN, Jucalán Forestal, del 23-11-89, LL 1990-II-511, Voto Dr. Bacqué.

¹⁶¹ Art. 1743.- Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles.

¹⁶² Los derechos indisponibles reciben tratamiento diferenciado en los arts. 2.2, 4°, 5° y 13 de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares en los casos en que el Estado es parte.

4. CONCLUSIONES

4.1. A partir de la sanción de las leyes 26.944 (Ley de Responsabilidad del Estado) y 26.994 (CCyC), es dable comprobar que la responsabilidad patrimonial del Estado:

- (i) tiene reconocimiento legislativo expreso;
- (ii) cumple una función de garantía;
- (iii) está gobernada por normas y principios de derecho administrativo;
- (iv) en tanto derecho público local, su regulación es nacional o provincial, según corresponda;
- (v) las normas de derecho privado que rigen la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica (arts. 1° de la Ley 26.944 y 1765 CCyC);
- (vi) la analogía resulta improcedente a) cuando la propia Ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe.

4.2. La ley 26.944 tiene como finalidad regular una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado. A tal efecto el régimen legal vigente brinda respuestas a los problemas tradiciones del derecho de la responsabilidad estatal. En ese sentido sus líneas rectoras determinan que la responsabilidad del Estado:

- (i) es objetiva (arts. 1°, 3° y 4° de la Ley 26.944) y directa (art. 1° y 6°, de la Ley 26.944), no es subsidiaria del agente o funcionario;
- (ii) el derecho a la reparación nace frente a la actividad o inactividad —formal o material— ilegítimas de los órganos o entes estatales (art. 3°, LRE), como también en relación con las actuaciones, formales y materiales, lícitas de aquellos, siempre que se acredite un sacrificio especial en aras del interés público (art. 4°, Ley 26.944);
- (iii) asume como clave de bóveda a los factores de atribución “falta de servicio” (art. 3°, inc. d) y “sacrificio especial” (art. 4°, inc. d);
- (iv) en el esquema sistemático de ordenación vigente la relación de causalidad (artículos 3°, inciso c, y 4°, inciso c) está llamada a cumplir una doble función. De un lado, conecta el hecho generador con el daño

y, a la vez, fija - extiende, pero también limita- el alcance de las consecuencias indemnizables;

(v) De consiguiente, en la Ley 26.944 el régimen jurídico de la relación de causalidad –tanto la que concierne a la determinabilidad del vínculo de conectividad como la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles- exhibe modulaciones según la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

(vi) Sin embargo, sea que concurra el factor de atribución falta de servicio o sacrificio especial, en todos aquellos supuestos en que el hecho generador produzca una lesión sobre derechos humanos fundamentales indisponibles la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.