
Régimen jurídico de la responsabilidad del Estado

*Dres. Oscar Enrique Giglio y Alejandro Pablo De kemmeter**

Resumen

La Ley 26.944 y los artículos 1764 a 1766 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación han consagrado un régimen de responsabilidad regulado por normas y principios del derecho administrativo, ratificando la propensión autonómica del derecho público, respecto del derecho privado.

La autonomía del régimen administrativo es meramente voluntarista, y el tratamiento dado por el legislador solo abarca algunas cuestiones puntuales que ya habían sido adelantadas por la doctrina y jurisprudencia de los tribunales. El sistema de responsabilidad del Estado en la Ley 26.944 resulta claramente insuficiente para abordar toda la problemática del derecho de daños.

Abstract

26.944 law, and the articles 1764 to 1766 of the new Civil Code and commercial of the nation have established a regime of liability regulated by standards and principles of administrative law, ratifying the autonomic propensity of public law, with respect to private law.

The autonomy of the administrative system is purely voluntary, and the treatment given by the legislator only covers some specific issues which had already been conducted by the doctrine and jurisprudence of the courts. The system of responsibility of the State in law 26.944 was clearly insufficient to address all the problems of the law of torts.

Palabras clave

Responsabilidad del Estado - Derecho Administrativo

*Oscar Enrique Giglio. Abogado. Mg. en Derecho Administrativo (UCA). Profesor titular de "Obligaciones" en la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA)

Alejandro Pablo De kemmeter. Abogado (UBA). Master en Derecho Administrativo. Profesor Titular de Derecho de las telecomunicaciones, Universidad Austral, UBA, UMSA.

Trabajo recibido el 3/8/2015 y aceptado el 6/9/2015

Keywords

Responsibility of the State - law administrative

1.- Introducción

La Ley 26.944, y los artículos 1764 a 1766 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación han cumplido un viejo anhelo de los ius administrativas –al menos de un sector¹– de imponer un régimen de responsabilidad regulado por normas y principios del derecho administrativo, ratificando la propensión autonómica del derecho público, respecto del derecho privado. División esta que se encuentra mucho mas asentada en el derecho continental que en el common law.

Esta directriz se aleja de la tendencia general del llamado “Derecho de Daños” centrado, este ultimo, en torno a la figura del damnificado y del daño (v.gr. daño al consumidor, accidentes de trabajo, daño a la salud, daño ambiental etc.). La responsabilidad del estado, como régimen autónomo, se focaliza en la figura del órgano estatal productor del daño. Un régimen de responsabilidad diferenciada para el Estado podría justificarse en algunas situaciones particulares, tales como, la responsabilidad del Estado por actividad lícita, responsabilidad generada en ejercicio de funciones legislativas, o alguna restricción en el quantum indemnizatorio fundado en razones de interés general. Solo respecto de estas particularidades se justificaría una legislación específica, que bien podría integrarse con la legislación general, por cierto, más abarcativa para abordar la compleja problemática del daño y el deber de reparar en los casos judiciales.

En términos generales podemos afirmar que, ni los hechos generadores, ni los daños que pueda ocasionar el Estado en ejercicio de sus funciones, difieren de aquellos que estudia la teoría general del derecho de daños. La experiencia demuestra que los tribunales, inclusive los que integran el fuero contencioso administrativo, finalmente recurren a los institutos del derecho privado para resolver aspectos, por demás sustanciales, del caso judicial (Vgr. la determinación económica de los distintos

1. Mairal se manifestó en contra de tendencia autonómica. Linares por su parte consideraba al derecho como una unidad.

rubros que se reclaman, la actualización monetaria, la relación de causalidad, los factores de atribución, la extensión del daño, y la mancomunidad en las obligaciones y las relaciones entre los sujetos acreedor y deudor, entre otras.)

Pero cierto es que el legislador ha decidido independizarse del derecho común, y resolver todas las cuestiones vinculadas a la responsabilidad estatal exclusivamente sobre la base de normas, principios e instituciones propias. Esta determinación autonómica del derecho público es tajante en la Ley 26.944², al sostener que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiariamente. Ajustados a la letra de la ley, habría que admitir un corte sustancial del derecho público con una rica herencia cultural desarrollada por la legislación y la jurisprudencia del derecho privado.

Solo habrá que esperar que la previsión del legislador y las instituciones jurídicas del derecho público brinden herramientas suficientes para abordar esta problemática hartamente compleja.

La segunda cuestión a considerar en una regulación específica de la responsabilidad estatal, es la posibilidad concreta de que proliferen regímenes jurídicos distintos, cada uno con sus reglas y particularidades, que se aplicarán a una problemática común. En este sentido, la regulación del derecho de daños generados por el Estado, en tanto forma parte del derecho administrativo, quedará bajo la órbita de las legislaciones provinciales y en algunos casos, municipales, dado el proceso de autonomía de los municipios que reconocen las constituciones de varias provincias. Esta diáspora legislativa significará un conflicto adicional, cuando en un evento dañoso intervenga más de una jurisdicción administrativa, o cuando en la producción del daño hayan participado órganos administrativos y sujetos del derecho privado, situación esta

2. El artículo 1 de la Ley 26.944 establece: *“Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”* En el mismo sentido el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional, introdujo las siguientes modificaciones al proyecto de la Comisión: *“Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria. Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”*

que se presenta con bastante regularidad. La legislación aplicable al caso resultará, por lo tanto, un problema adicional que deberán resolver los distintos operadores jurídicos, fundamentalmente los jueces.

2.- Posición doctrinaria sobre una regulación específica en materia de daños generados por el estado

Los argumentos a favor de un régimen único se sustentan en que existe un único derecho de daños para todas las personas, independientemente de quién lo haya producido.

La plataforma constitucional no justifica divergencias respecto a los daños generados por el Estado. Las cláusulas constitucionales que reconocen el derecho de propiedad (art. 14) y garantizan su inviolabilidad (art.17), son comunes para el órgano estatal y los particulares y un tratamiento diferenciado podría resultar violatorio del derecho de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna.

Los principales fundamentos esgrimidos por quienes propician regular la responsabilidad estatal con normas de derecho administrativo estatal se pueden sintetizar del siguiente modo:

a) El derecho administrativo es de carácter local reservado a las Provincias por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema, manifestó en el precedente “Barreto” que la materia que regula la actuación del Estado provincial en el ámbito del Derecho Público y el daño que causa como consecuencia del ejercicio del poder de policía de seguridad, *“corresponde al campo del Derecho Administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional”*.

Con tales fundamentos quienes se inclinan por la autonomía consideran que los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Juristas, excedió el ámbito de atribuciones conferidas por el decreto 191/2011 , en tanto, no

autorizaba, ni expresa ni implícitamente, a regular la responsabilidad del funcionario y el empleado público, atinentes al derecho administrativo.

3.- La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Las obras del derecho administrativo toman como referencia al caso “*Tomás Devoto*” (1933), como el primer antecedente del sistema autónomo de responsabilidad estatal. En este caso, nuestro Máximo Tribunal condenó al Estado a indemnizar los daños acaecidos como consecuencia de un incendio ocasionado por el obrar negligente de los agentes que ejecutaban trabajos bajo la dependencia de aquel. Pero para resolver esta cuestión recurrió a normas del Código Civil, apartándose del artículo 43 que, en su versión original, excluía la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas, y condenaba al Estado a indemnizar los perjuicios, con fundamento en los artículos 1113 y 1109.

El punto de partida de este sistema autónomo de responsabilidad, nació cinco años más tarde en el caso “*Ferrocarril Oeste*” como consecuencia de daños generados por información incorrecta del Registro de la Propiedad Inmueble. La Corte consideró que la provincia demandada, en tanto titular de la entidad registral, actuaba como persona de derecho público y no de derecho privado, circunstancia que hacía inaplicable al artículo 43 del Código Civil vigente entonces.

A partir de “*Vadell, Jorge c/Bs. As. Prov. de*”, surge “la falta de servicio” como un concepto propio del derecho administrativo. Para fundar la responsabilidad, la Corte aplicó el artículo 1112 del Código Civil, prescindiendo del 1113, en la inteligencia de que la responsabilidad del Estado por actos de sus órganos es siempre directa.

En esa línea dispuso que, “*La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad “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. Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no re-*

quiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil” (CSJN diciembre 18-984 “ED 114-217).

Tiempo después, en *“Tejedurías Magallanes”* (1989), el Tribunal Supremo añadió que: *“Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.*

Según advertimos, esta línea jurisprudencial señala a las claras, la permanente inserción de la norma privada civil en temas de estricta observancia administrativa, sin que con esto se afecten los principios que consagra el derecho público. Y esto se debe, al menos preliminarmente, a que el derecho civil de la reparación constituyó una enorme plataforma analítica que no le quitó rol autónomico a otros derechos.

4.- La integración normativa

El 7 de agosto de 2014 fue promulgada la ley 26.944 que regula la responsabilidad del Estado Nacional, por los daños generados por su actividad o inactividad en el campo extracontractual³. A partir de su entrada en vigencia, las normas del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad estatal ni de manera directa ni subsidiaria.⁴

La normativa consagra la responsabilidad directa y objetiva del Esta-

3. Ley 26.944 artículo 10. – La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria.

4. Posición que está en con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que, a partir del precedente Vadell, *estableció expresamente que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, por lo tanto solo sería admisible la integración normativa por vía de la analogía.*

do generada por la acción o por una conducta omisiva, es decir cuando el daño es provocado como consecuencia de no realizar un deber legal.

Uno de los aportes doctrinarios más importantes sobre el tema de integración normativa se lo debemos a LINARES⁵. Este autor consideraba al derecho como una unidad y sobre esta base rechaza la existencia de las “lagunas jurídicas”.

De manera que no existiría caso alguno que no pueda encontrar soluciones en el ordenamiento jurídico. Si un régimen particular no cumple, para el exégeta, con un estándar de “justicia” o “razonabilidad”, debe recurrir al ordenamiento general por *vía de la analogía o de la subsidiariedad*. A criterio de Linares, si el derecho público no aporta una regla jurídica para resolver el entuerto, *debe recurrir en “subsidio” al civil*. Es decir que, para este autor el régimen del derecho común se aplica en forma directa, en todas aquellas cuestiones no expresamente reguladas por el derecho administrativo.

Por su parte los autores que se oponían a la aplicación subsidiaria, han considerado al Código Civil⁶ como una suerte de ordenamiento general. Ello así, el Código de Vélez no sólo contendría disposiciones de derecho privado, sino también principios y normas generales igualmente aplicables a todas las ramas del derecho. Estas normas generales⁷ *serían de aplicación directa al derecho administrativo*. No así los preceptos de derecho privado, los cuales sólo podrían ser empleados para regular la responsabilidad del Estado por vía analógica.

La integración del derecho privado con el derecho público por vía análoga es conteste con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de

5. LINARES, Juan Francisco, “El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LL. 24:178, o en GORDILLO, Agustín [director], *Doctrinas Esenciales de Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 485.

6. FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 1968, pp. 91 y ss. En el mismo sentido Reiriz, Graciela.

7. Serían normas de contenido general aquellas que regulan la aplicación temporal y espacial del derecho; las normas de capacidad de hecho y de derecho, las que desarrolla la teoría general del acto jurídico, las normas sobre prescripción liberatoria, régimen de bienes del dominio público etc.

la Nación. En *“Ganadera Los Lagos S.A c/ Nación Argentina”*⁸, el más Alto Tribunal sostuvo que: *“Las disposiciones del Código Civil sobre nulidad de los actos jurídicos son aplicables en la esfera del derecho administrativo, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último”*. Luego en *“Organización Coordinadora Argentina SA c/ Secretaría de Inteligencia del Estado”*⁹, la Corte añadió que: *“la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso”* (considerando 8°).

5. Los presupuestos de la responsabilidad en la ley 26.944

El sistema de responsabilidad del Estado en el Derecho Público ha sido sistematizado en dos categorías diferenciadas: aquellos supuestos de responsabilidad generados por su obrar ilícito, y aquellos daños generados como consecuencia de la realización del interés general y bien común (responsabilidad del Estado por actividad lícita).

En el ya mencionado caso *“Tejedurias Magallanes”*, el Máximo Tribunal estableció los requisitos de procedencia de la indemnización, señalando como ineludibles: 1) la existencia de un daño actual y cierto, 2) la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio y 3) la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado; agregando luego para los supuestos de responsabilidad lícita, 4) la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado y 5) la ausencia por parte del administrado, de un deber jurídico de soportar el daño.¹⁰

En consonancia con la doctrina de la Corte, el sistema de responsabilidad del Estado consagrado en la Ley 26.944 establece presupuestos generales de responsabilidad (artículo 3°), y presupuestos específicos para aquellos supuestos particulares de daños generados como consecuencia de su obrar lícito (artículo 4°).

8. CSJN, Fallos 190:142

9. CSJN, Fallos 321:174.

10. CSJN, Fallos 312:1656.

El artículo 3° de la Ley establece:

“Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;

b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;

c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;

d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de una deber normativo de actuación expreso y determinado”.

El primero de los requisitos que menciona la ley es el “daño” -presupuesto ineludible del resarcimiento-, entendido éste como lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo. Comprende todos los perjuicios generados por el Estado, a través de sus órganos (Administración Pública, Poder Legislativo y Poder Judicial) en ejercicio del cualquiera de las funciones estatales (administrativos legislativo y judicial).

El régimen reitera la regla general en materia de carga probatoria: *la existencia del daño incumbe al damnificado*, pues si no se demuestra la lesión no hay deber de reparar. Asimismo se establece la modalidad pecuniaria como único sistema de indemnización, quedando excluidos los supuestos de reparación *in natura*.

Para que surja la obligación de indemnizar, se debe acreditar el nexo o relación de causalidad entre la conducta u omisión y el perjuicio. El daño debe ser ineludiblemente, consecuencia de la conducta de la Administración.

El *factor de atribución* de la responsabilidad del Estado es de carácter **objetivo**, es decir prescinde del requisito de la voluntariedad, tal como expresamente lo define la ley, no así la de los funcionarios públicos que requiere la acreditación del dolo o la culpa.

La resarcibilidad del daño queda condicionada por esta ley especial a la configuración de la falta de servicio comprensivo de toda actuación u omisión irregular de parte del Estado.

La falta de servicio se configura por “*cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio (ilegitimidad objetiva) sea el incumplimiento derivado de una acción u omisión*”. Es decir, solo se generaría obligación de indemnizar cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.¹¹

Una interpretación restrictiva de este criterio podría llegar a sostener que para los órganos estatales, no resulta suficiente la aplicación del principio jurídico fundante de toda responsabilidad: el *deber jurídico de no dañar* (conocido en Roma como *neminem laedere*, y piedra angular del sistema de reparación civil en el sistema de derecho continental). El daño en este caso debería, además, tener sustento en la inobservancia a las normas atributivas de competencias del funcionario o de la regulación específica del servicio.

El interrogante que deja abierta la legislación es, si para responsabilizar a los órganos del Estado, alcanza la omisión de adoptar las medidas que impidan la generación de perjuicios. En particular, cuando el daño podría haberse evitado de haberse generado acciones de policía administrativa de naturaleza preventiva o estuviera relacionado con la omisión de fiscalización. Cuestión ésta que el propio sistema preventivo civil ha elaborado normativamente desde hace mucho tiempo, en una copiosa legislación.¹²

11. El concepto de “falta de servicio” solo sería atribuible a la responsabilidad administrativa y judicial. La responsabilidad ilícita por actividad legislativa solo procedería en aquellos caso que el daño generado por la norma general, sea declarada nula o inconstitucional.

12. A las múltiples normas clásicas de policía del trabajo, ley 19.587: de salubridad, de construcción, de vehículos de transporte), se agregan otras, como las relativas a la contaminación del agua

La norma sancionada establece específicamente un deber normativo de actuación expreso y determinado; sin embargo, es preciso recordar que el principio de determinación de la competencia en Derecho Público, comprende no sólo lo taxativamente determinado en la norma sino, además, las facultades implícitas que resulten adecuadas al cumplimiento del fin previsto, aspectos estos que deberá ser adecuadamente interpretados por los jueces al momento de considerar la reponsabilidad por omisión.

6.- Presupuestos de responsabilidad lícita

Tal como adelantáramos en el punto anterior, la Ley 26.944 separa en dos artículos distintos los presupuestos de la responsabilidad ilícita de aquellos supuestos referidos a l responsabilidad de carácter lícita. El artículo 4° reitera los incisos a), b), c), y d) del artículo tercero para luego agregar:

“Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima (...)

‘d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño;

‘e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

Respecto a la ausencia del deber de no tener que soportar el daño que establece el inciso d), Comadira¹³ señalaba allá por el año 2002, que

(leyes 2797 del año 1891 y ley 13.577; modificada por la ley 20.324) y del aire (ley 20.284), a la causada por buques (ley 22.190), a la prevención de abordajes marítimos (Convenio de Londres de 1972, ley 21.546), a la remoción de obstáculos en vías navegables (ley 16.526, y luego ley 18.024), a la evitación de la transmisión de ciertas enfermedades (humanas, ley 15.465) en particular el SIDA (ley de sangre 22.990); ley de lucha contra el SIDA 23.798), de animales (ley 3959 del año 1900) y de vegetales (Dec. Ley 6704/63), a la prevención de riesgos del trabajo (ley 24.557), así como también al correcto funcionamiento del mercado (ley 22.962), a la protección del consumidor (ley 24.240), especialmente en cuanto a la publicidad y lealtad comercial (ley 22.802), defensa de la competencia (ley 22.262), alimentos (ley 18.248) y fármacos (ley 16.463), y a su abastecimiento (ley 20.680). La prevención a veces ilustra sobre ciertos riesgos (cigarrillos, ley 23.344), y llega a la prohibición de una actividad (empleo de incineradores: ordenanza 33.291/76 de la Municipalidad de Buenos Aires) o de una tenencia o consumo (estupefacientes ley 23.737).

13. COMADIRA, Julio R. “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima” *Rev. ED, Suplemento de Derecho Administrativo* del 31-10-02.

la obligación o no de soportar la conducta dañosa – es decir el acto u omisión o hecho generador del perjuicio-, refiere a la conducta que origina el daño, no al daño mismo. En consecuencia lo que el damnificado soporta es la actividad lícita estatal, pero no el daño que ella ocasiona.

El mencionado autor¹⁴, nos recuerda que este principio de responsabilidad se fundamenta *en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas*, y será apreciable en cada caso con un criterio de razonabilidad, en función de la proporcionalidad que aquel guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad. En definitiva, *el daño se deberá indemnizar si él por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad, por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad.*

Por nuestra parte compartimos el criterio de Comadira. Si la víctima debiera tener que soportar de un modo singular el daño generado por la realización del interés general *se configuraría una violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas* consagrado en la Constitución Nacional.

Dentro de esta tesitura se suele hablar de daño antijurídico–en materia del responsabilidad por actividad lícita – refiriéndose a aquel que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, dado que excede de la común de las cargas que la gestión administrativa comporta para la colectividad.

La antijuridicidad se completa con la inexistencia en el ordenamiento jurídico de una norma que justifique la carga impuesta al administrado, la cual, al carecer de fundamento en derecho, se erige como una lesión injusta que debe ser reparada.

7.- El quantum indemnizatorio en los supuestos de responsabilidad lícita

El artículo 5° de la Ley 26.944 establece que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional para luego agregar: *“En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.”*

14. COMADIRA, Julio R. Artículo citado en *ED Suplemento de Derecho Administrativo* del 31-10-02.-Precedentes de la CSJN en “Los Pinos”, “Motoronce”, y “Columbia” entre otros.

De este modo la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública. Quedan fuera del alcance de la reparación las circunstancias de carácter personal, valores afectivos y ganancias hipotéticas.

El punto crucial de la responsabilidad lícita es y ha sido la inclusión o no del *lucro cesante* como rubro de la cuenta indemnizatoria, generando posiciones encontradas en la jurisprudencia y en la doctrina.

Quienes incluyen al lucro cesante dentro de este campo de la responsabilidad por actos lícitos, sustentan su postura en el derecho constitucional a la “*reparación integral*” también llamada “*reparación plena*”.

En el otro extremo, se sitúan quienes, *arguyendo la fuerza expansiva de los principios de la ley de expropiación dentro del derecho público*, consideran improcedente incluir el lucro cesante cuando el daño proviene de una actividad legítima de la administración.

Resulta de suma utilidad analizar la evolución de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal sobre este aspecto.

En 1975 en “*Corporación Inversora Los Pinos c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*” el tribunal fundó que el deber indemnizatorio en las disposiciones del artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos –revocación del actos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia- no determina expresamente el alcance de la reparación.

En 1979, en “*Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional*”¹⁵, se pretendía la nulidad e inconstitucionalidad del decreto 2118/71, por el que se prohibió la importación de determinados productos. En este caso la Corte sostuvo que la norma cuestionada era legítima, debiendo aceptarse en la especie que la expropiación era el instituto que guardaba mayor semejanza con el supuesto planteado, y aplicando las pautas del artículo

15. Fallos, 301:403 “*Cantón, Mario Elbio c/Gobierno Nacional s/ordinario*” (15-V-1979).

10 de la ley 21.499 de expropiaciones, admitió el daño emergente y rechazó el lucro cesante pretendido en la demanda.

En 1984 en “*Eduardo Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad*”¹⁶, en un fallo dividido (tres a dos) la mayoría sostuvo la tesis de la procedencia del lucro cesante, en un supuesto de responsabilidad contractual por actividad lícita. El voto de la mayoría (Ministros Carrió, Belluscio y Petracchi) se pronunció sobre la pertinencia de acordar una indemnización por lucro cesante, fundándose en el *principio jurídico de la integridad de la indemnización* (considerando 6° y 7°), y que el art 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, al no aclarar el alcance de la indemnización, “*debe estar a favor de la concesión del lucro cesante antes que su prohibición*”.

Agregaron a este argumento que la extensión analógica de las pautas brindadas por la Ley de Expropiaciones “*supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio*” (considerando 8); para finalmente aplicar analógicamente el art. 1638 del Código Civil *que faculta a los jueces a reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia*.

Debemos aclarar que en este fallo el voto de la mayoría no otorga lucro cesante en forma “integral”, *porque lo reduce en forma equitativa*, atento a que la aplicación estricta de la norma podría producir para este caso una notoria injusticia. En ese sentido resulta fundamental tener en cuenta que no es igual declarar la responsabilidad donde la indemnización comprende los daños con relación causal relevante, que ser deudor de una indemnización de “equidad” donde el juez se desentiende de este aspecto y la establece *según otras pautas a fin de evitar un enriquecimiento indebido del acreedor a costa del deudor*. Tan distintas es una de otra, que no podría decirse que existe responsabilidad por equidad. Pues, se reputa responsable a quien ha transgredido alguna línea trazada por el propio ordenamiento jurídico, siendo la indemnización por equidad

16. Fallos, 306:1409 “Eduardo Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad” (20-IX-1984).

una estimación judicial, basada en la sana crítica del juez, y con una marcada función equilibrante antes bien que reparatoria.

En 1989, en un caso de responsabilidad extracontractual, en autos “*Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”¹⁷ la Corte Suprema adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal, doctora María G. Reiriz, rechazó el rubro lucro cesante.

Para objetar la indemnización pretendida en concepto de lucro cesante, la Dra. Reiriz argumentó que el accionar del municipio constituía un acto derivado del *ejercicio regular del poder de policía y, por tanto, se trataba de un supuesto de responsabilidad por actividad lícita del Estado*. Por ello y con sustento en el artículo 18 de la Ley 19.549 y el artículo 10 de la ley 21.499 (Ley de Expropiaciones) excluyó el lucro cesante limitando la indemnización solo al daño emergente.

Es importante señalar que la Dra. Reiriz (autora intelectual del fallo) no estaba en contra de una indemnización integral en materia de responsabilidad lícita. En el caso *sub examine* el rechazo del lucro cesante, se fundó en la ausencia de norma jurídica que expresamente lo reconociera para este supuesto de responsabilidad. Es decir que, para la Subprocuradora General de la Corte, la extensión indemnizatoria no nace de la aplicación directa de la Constitución Nacional, sino que se trataría de un derecho de raigambre legal.

En 1989, el máximo Tribunal de la Nación en el caso “*Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*”¹⁸ resolvió un supuesto de responsabilidad por acto lícito, originado por el anegamiento de un campo propiedad de la actora, como consecuencia de trabajos hidráulicos realizados por el Estado provincial para encauzar el Río Quinto, con el objeto de evitar inundaciones de zonas pobladas y de mayor productividad.

17. CSJN, Fallos, 312:649 “*Motor Once S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*” (9-IX-1989).

18. CSJN, Fallos, 312:2266 “*Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*” (23-XI-1989).

Con respecto a la procedencia del lucro cesante se pueden señalar en este fallo tres argumentaciones disímiles.

1.- Los ministros Petracchi y Belluscio reeditaron los argumentos volcados en “*Sánchez Granel*”; principio de la reparación integral, (considerando 14).

2.- El ministro Fayt, reiterando su postura en las causas “*Sánchez Granel*” y “*Motor Once*” se inclinó por la aplicación analógica de las pautas de la expropiación. No obstante ello consideró que debía ser indemnizado el valor del uso del inmueble de la actora como ocurriría en la hipótesis de una ocupación temporaria normal o “expropiación de uso” en resguardo del derecho de propiedad.

En síntesis, este voto sienta el principio de la *improcedencia del lucro cesante como regla que cedería en supuestos excepcionales*, como en los casos en que, “*la exclusión del lucro cesante llevaría a resultados claramente violatorios de la garantía constitucional de la propiedad*”, pues “*significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad*”.

3.- Finalmente, el ministro Bacqué, se manifiesta también por el rechazo del reconocimiento del lucro cesante, como principio, pero admite que en forma excepcional y atendiendo a circunstancias especiales en las que su denegación implique la supresión del derecho de propiedad, su procedencia debe admitirse.

Si consideramos los fundamentos de las tres posturas reseñadas, vamos a encontrar un denominador común, que consiste en reconocer el lucro cesante solo en aquellos casos que su negativa hubiera significado una violación sustancial del derecho de propiedad.

Como síntesis final de lo expuesto, la Corte denegó el lucro cesante en los casos “*Los Pinos*” y “*Cantón*”, lo aceptó en “*Sánchez Granel*” en forma acotada por la indemnización de equidad, volvió a negarlo en “*Motor Once*” y finalmente lo admitió en “*Jucalan Forestal*”, con las particularidades apuntadas.

Por nuestra parte sólo cabe afirmar *que el límite a la reparación plena y la exclusión del lucro cesante es la solución que expresamente establece la ley 26.944.*

No obstante el criterio tajante legalmente establecido consideramos que la indemnización de los daños provocados por actividad lícita del Estado, debe ser resuelta con criterio de equidad. En algunos casos ello conlleva como uno de los criterios rectores de la labor del juez, *a moderar o atenuar el rigor de la aplicación abstracta de la regla al caso particular en defensa del derecho de propiedad.*

Sobre todo teniendo en cuenta que se suele confundir el “lucro cesante” con la depreciación que sufren los bienes de capital, cuando estos quedan imposibilitados de continuar produciendo (V.gr. una estación de servicio a la que se le revoca la habilitación comercial, un campo inundado, etc). Recordemos que el valor económico de los bienes de capital está determinado principalmente *por la renta que producen*, y la imposibilidad de producción trae como lógica consecuencia, *una caída sustancial de su valor como activo*. A nuestro criterio, esta disminución del valor del bien, generado como consecuencia del obrar estatal configuraría, entonces, *un daño material que en modo alguno puede confundirse con las ganancias dejadas de percibir.*

8.- Daños causados como consecuencia de la actividad judicial

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización, conforme lo establece expresamente la ley 26944.

Un sector ampliamente mayoritario de la jurisprudencia y la doctrina nacional afirma que como regla, el dictado de la prisión preventiva configura una facultad judicial sometida a pautas abiertas y, consecuentemente, si en abstracto, la decisión judicial encuadra en las previsiones legales, la ulterior declaración de inocencia, *per se*, es insuficiente para disponer la reparación de los daños causados.

La indemnización solo sería viable en aquellos casos en que se configure una dilación indebida de los procedimientos; o exista una arbi-

triedad manifiesta del auto de procesamiento, seguida de la ulterior absolució n o sobreseimiento del imputado; o eventualmente, la prisió n preventiva obedecería a prueba ilegítimamente obtenida por la policía.

En principio, los actos judiciales no generarían la responsabilidad del Estado por su actividad lícita pero los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, eventualmente si son producto del ejercicio irregular del servicio (falta de servicio), no debería ser soportado por los particulares.

Por nuestra parte no encontramos fundamento atendible para que, hallándose admitida la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita respecto del Poder Ejecutivo y del Legislativo, no suceda lo mismo con los daños provocados por la actividad jurisdiccional del Poder Judicial, atento que no se advierten diferencias en las reglas substanciales que exigen la obligació n de resarcir ante la producció n de un daño respecto de quié n se le ha provocado un sacrificio especial en beneficio de la comunidad toda, resultando violatoria de garantías constitucionales que sustentan los principios de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita en especial la igualdad ante las cargas pú blicas.

9.- Eximentes de responsabilidad

Los artículos 2° y 6° de la Ley 26.944 establecen algunas situaciones en las que se exime de responsabilidad al Estado.

El artículo 2° contempla los siguientes casos:

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

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

Las eximentes de responsabilidad, reguladas en el artículo 2 de la ley no difieren en lo sustancial del régimen general. Se trata de “causas aje-

nas” que rompen el nexo causal entre el obrar del Estado y el daño sufrido por la víctima. Son operativas, en la medida en que, por su entidad, logren desviar los sucesos de tal manera que la causalidad jurídica tropiece con el obstáculo insalvable de un hecho distinto, anormalmente conectado con el hecho generador del propio Estado y, por tanto, no imputable a este.

El artículo 955 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la imposibilidad *sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva* de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, *sin responsabilidad*.

Pero para eximir de responsabilidad por el hecho de un tercero el artículo 1731 adiciona un requisito no mencionado en la Ley 26.944. la necesidad de que el *daño del tercero reúna los caracteres del caso fortuito*. De este modo, el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, debe presentarse como imprevisible o inevitable. Lo cual, nos habilita a advertir una casuística reprochable hacia el legislador, que incorpora un componente interno al actuar del tercero, innecesario a los fines de la irresponsabilidad. Puesto que su accionar, en tanto producto de un razonamiento intelectual coherente, alcanza por sí solo para desviar los acontecimientos, sean o no imprevisibles o inevitables.

Por su parte el artículo 6° establece que el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

La irresponsabilidad del Estado por la actividad del concesionario ha sido la regla imperante en nuestro derecho, y siendo receptada en la generalidad de los marcos regulatorios de los servicios públicos. En virtud de este principio, el concedente licenciatario o titular del servicio no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por el licenciatario, permisionario o concesionario en la explotación del servicio.

Esta limitación de responsabilidad sin duda alguna merece reparos ya que establece una limitación genérica, sin distinguir el rol del Estado

como titular del servicios público que concedió y en tal carácter resulta responsable de aquellos perjuicios que ocasione el concesionario prestador del servicio. Sobre todo en aquellos casos en que el daño del concesionario se hubiera producido en cumplimiento de órdenes o cláusulas impuestas por el concedente. Este criterio contradice estatutos especiales que señalan la necesidad de verificar una responsabilidad solidaria y objetiva, pensando en la víctima del daño (V.gr Ley 24.240 y modificatorias de Defensa del Consumidor). Este panorama nos lleva a admitir la existencia de dos topes indemnizatorios en nuestro ordenamiento general: el *cuantitativo* (tradicionalmente sugerido por distintos ordenamientos jurídicos, y que establece un tope de reparación) que no son extraños a la seguridad jurídica, y los *cualitativos* (o sea, los que cierran con una pesada puerta la posibilidad de aglutinar una mayor cantidad de legitimados pasivos) y que no otorgan seguridad jurídica alguna.

La responsabilidad del Estado también podría generarse por la actuación de los Entes Reguladores de Servicios como consecuencia del irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico les confía.

En conclusión, consideramos que este deslinde de responsabilidad podría valer entre el Estado y el gerenciador del servicio, pero no podría afectar el derecho del damnificado a obtener una reparación integral en caso de insolvencia de la empresa explotadora. Creemos que lo más justo es establecer frente al damnificado una responsabilidad solidaria entre el Estado y el explotador del servicio. En este caso, si el Estado como autoridad concedente tuviera que asumir el pago de una indemnización por el accionar del concesionario, podría luego reclamar por vía de repetición la suma total que hubiera abonado al damnificado, con fundamento en la norma comentada.

10.- Las sanciones pecuniarias disuasivas

Otro tópico a considerar es que alcance tiene la prohibición de la ley 26.944 de imponer sanciones pecuniarias disuasivas al Estado, sus agentes y funcionarios.¹⁹

19. El artículo 1 tercer párrafo de la ley establece que “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Este tema se ha prestado a cierta confusión porque algunos académicos han interpretado *que la sanción pecuniaria disuasiva refiere a la imposibilidad de fijar astreintes*.

A nuestro criterio la sanción pecuniaria disuasiva que excluye la ley 26.944 es la denominada “multa civil”, pero la prohibición no sería extensiva a la potestad judicial de fijar astreintes.

Las sanciones disuasivas son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

Constituyen una herramienta jurídica tendiente a disuadir las prácticas de conductas desaprensivas, castigando las mismas, con una indemnización adicional. En cualquier caso lo que se paga se destina al propio damnificado. La pena solo se puede aplicar por expresa disposición de la ley²⁰ o por la voluntad de las partes y están dirigidas solo a sancionar graves inconductas.

No es privativo del derecho administrativo, mirar el Instituto de las sanciones pecuniarias disuasivas (punitive damages) de manera desconfiada. Quizás su filiación extranjera (propia del Common Law) ayude a una visión parcial y amputada de la realidad.

Su finalidad es sancionar al agente dañador y prevenir hechos lesivos similares. Entendemos que la prohibición contenida en la ley solo refiere a la aplicación de este instituto.

Las *astreintes* se distinguen claramente de la *multa civil*. Las primeras se describen como un instituto de carácter procesal destinado a materializar el cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales. De hecho su regulación se mantiene en el Código Procesal Civil y Comercial aplicable en el fuero contencioso administrativo y en el amparo por mora que

20. La multa civil ha sido receptada en el artículo 52 bis de la ley del consumidor para incumplimientos ligados a un contrato de consumo, materia que es ajena a la regulación de la ley 26.944.

regula el artículo 28 la Ley de Procedimientos Administrativo Nacional.²¹ Una interpretación diferente sería abiertamente inconstitucional, afectaría el derecho de defensa en juicio, y las potestades de dirección que el Juez tiene sobre el proceso, en claro perjuicio al sistema de administración de justicia.

Excluir una en desmedro de otra, impone la idea de asumir un enriquecimiento sin causa, absolutamente separado de toda noción genética de cada figura. Las astreintes, las sanciones pecuniarias disuasivas y las multas civiles obedecen a causas distintas, y es menester, que un derecho altamente conceptualizador como el que gobierna la actividad, las integre otorgando a cada situación cualquiera de estos remedios que les puedan ser útiles.

11.- La responsabilidad directa del agente o funcionario

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Juristas (decreto 191/2011) deslindaba, en algunos supuestos, la responsabilidad del funcionario (órgano persona) de la del Estado (órgano institución), estableciendo una situación más gravosa al primero, que finalmente quedó excluida en la versión definitiva.

El artículo 1765 en su redacción originaria establecía una *responsabilidad concurrente* entre el Estado y el funcionario por los daños causados por el ejercicio irregular de su cargo. Es decir deslindaba, de algún modo, la conducta desplegada por el órgano persona, de la responsabilidad objetiva del Estado como institución, cuando el daño era imputable a una conducta del agente que pudiera considerarse como irregular o ajena al marco de sus competencias.

21. Artículo 28.- El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.

Por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional se suprimió el deslinde entre la responsabilidad del funcionario y del órgano que preveía el anteproyecto. En el artículo 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación, quedó redactado finalmente en los siguientes términos: “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”.

Por lo tanto la responsabilidad directa del funcionario, quedó suprimida en el proyecto del PE, quedando pendiente esta cuestión a lo que, en cada caso, determine la legislación local.

La ley 26.944, por su parte establece en su artículo 1° que esta regirá la responsabilidad del Estado Nacional “...*por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.*” Para luego determinar de modo categórico que “... La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.” Es decir la responsabilidad estatal por falta de servicio cae sobre el órgano estatal (artículo 4°).

Por lo tanto, *la legislación especial ofrece mayores reparos para la responsabilidad directa del funcionario*, que la versión que pregonaba el anteproyecto. Para la ley 26.944 no basta acreditar un cumplimiento irregular de sus funciones (sustrato material de la conducta), sino además *se deberá acreditar que esa falta de servicio*, ha sido consecuencia de un obrar doloso o culposo (elemento subjetivo) del agente.

En esta línea, el Anteproyecto abrevaba la buena doctrina al establecer la antijuridicidad material sobre todo en supuestos de omisión.

12. La subjetivización del régimen y los plazos de prescripción

El *tinte subjetivo* que ha dado la ley 26.944 para responsabilizar al funcionario (necesidad del que el incumplimiento de las obligaciones a su cargo haya sido generado con culpa o dolo), adopta la postura que campea en la doctrina administrativista (V.gr., Bielsa, Villegas Basavilbaso, Gordillo, entre otros).

Sostenía este sector de la doctrina que a falta de mención expresa en el artículo. 1112 del Código Civil debían aplicarse los principios generales, requiriéndose en consecuencia la existencia de dolo, culpa o negligencia como presupuesto de responsabilidad del funcionario.

En una palabra, el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye su responsabilidad, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad personal del agente público a menos que esa irregularidad sea culpable.

Sin embargo, este matiz subjetivo no estaba contemplado en el artículo 5° del Proyecto presentado por la diputada de Elisa Carrió ni en el Anteproyecto de la Comisión de Juristas (decreto 191/2011).

Va de suyo que para comprender el alcance de estos factores de atribución –tales la culpa y el dolo–, resulta imprescindible recurrir, una vez más, a la legislación común que es la que explica en qué consisten aquellos, a través de los arts. 509, 512, 1071 y 1072 del Código Civil.

En una palabra, la pretensión de autosuficiencia de la ley es un espejismo y nuevamente aparece el derecho de daños como “piso mínimo” con principios y directrices centrales que deben ser respetadas por todo el ordenamiento jurídico.

El artículo 7 de la ley en cuestión, regula el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria contra el Estado, el término establecido se identifica al estipulado en el artículo 2561 del nuevo Código Civil que establece. “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

Asimismo, parece acotado el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria contra los funcionarios (tan solo 3 años) que se superpone con el plazo que tiene el Estado para entablar acciones de repetición para el reembolso de lo que tuvo que pagar a los terceros damnificados.

En este sentido, el Proyecto de Elisa Carrió y Terrada (art. 5) ofrecía una solución acertada al establecer un plazo 10 años para la acción de repetición.

Aunque el nuevo ordenamiento guarda silencio, resulta acertado inferir que las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes (pues las causas que enlazan la responsabilidad de uno y de otro, son distintas); permitiendo, así, que el administrado afectado cuente con dos deudores a quienes exigirles el todo de la pretensión indemnizatoria y que, luego, a través de la acción de repetición el Estado “arregle cuentas” con el funcionario.

13.- Conclusiones

Luego de esta referencia realizada sobre la legislación vigente podemos concluir que el derecho actual consagra definitivamente un régimen propio de responsabilidad estatal.

La pretensión del legislador ha sido la de excluir, en la mayor medida posible, la aplicación de un sistema de normas y principios del derecho común, desdeñando de este modo, un sistema de responsabilidad que representa la síntesis de un proceso de evolución histórica milenaria. Un sistema que nace del derecho romano, y que ha sido notablemente influido por el proceso de codificación francés. Este método ha tenido fuerza expansiva en todo el derecho continental europeo, y en Latinoamérica.

Tan valiosa herencia cultural ha sido receptada y adaptada a las necesidades de nuestro país, gracias a la labor de Vélez Sarfield y todo un grupo notable de juristas que con gran rigor científico han aportado valiosos esquemas de interpretación para resolver, cada vez con mayor precisión, uno de los conflictos que más han proliferado en nuestros tribunales.

El derecho, como objeto de la cultura, se enriquece más con el transcurso del tiempo, con esa labor permanente de aplicación/interpretación y creación dentro de la subsunción que se produce cada vez que nos enfrentamos con la necesidad de resolver un conflicto jurídico, armonizando las aspiraciones posibles con un sentido de justicia.

En cambio, se desconocen cuerpos legislativos de derecho público, que traten el proceso de responsabilidad con herramientas suficientes para sustituir las que aporta el derecho común.

Nos atrevemos a afirmar, por lo tanto, que la autonomía del régimen administrativo es meramente voluntarista, y el tratamiento dado por el legislador solo abarca algunas cuestiones puntuales que ya habían sido adelantadas por la doctrina y jurisprudencia de los tribunales. El sistema de responsabilidad del Estado en la Ley 26.944 resulta claramente insuficiente para abordar toda la problemática del derecho de daños.

No debemos olvidar que el régimen de responsabilidad civil se apoya en varios centenares de normas contenidas en la teoría de las obligaciones y en la teoría general del derecho civil. Estas disciplinas aportan valiosas herramientas a los jueces para resolver innumerables cuestiones que se suscitan en los procesos judiciales. Avizoramos que la aplicación de las normas de derecho común, sea por vía subsidiaria o vía analógica, (o aún con la prohibición del derecho administrativo) continuarán inspirando a los tribunales en la solución de conflictos de naturaleza patrimonial en el que el Estado sea parte.

En nuestra opinión se encuentra bastante alejada la posibilidad de que los conflictos generados puedan ser resueltos, íntegramente, por un sistema de normas y principios del derecho administrativo. El régimen especial de la responsabilidad del Estado, solo se ciñe a conservar algunos privilegios a favor de este en materia indemnizatoria y, en forma sutil a resguardar de responsabilidad directa a los funcionarios públicos. Esta simbiosis del órgano persona con el órgano institución, (teoría del órgano) no contribuye al esclarecimiento real de la responsabilidad. Recordando a Ihering la voluntad del funcionario y el interés del Estado pueden no ser coincidentes.

Estas ventajas o deferencias que propone el sistema de responsabilidad autónoma del derecho público, (en definitiva de esto se trata todo el derecho administrativo) se va a reproducir – no sabemos con que alcance – en las legislaciones provinciales, y en muchos municipios que detentan un estatuto autónomo.

De este modo, la responsabilidad estatal podrá quedar condicionada a lo que resuelva un Concejo Deliberante, o a la voluntad de un poder político provincial, algunas veces gobernados durante décadas por grupos familiares.

Un sistema de responsabilidad estatal debe en primer lugar ofrecer herramientas que permitan deslindar la responsabilidad del órgano del accionar del funcionario, preservando el erario público en todos aquellos casos que corresponda. No debemos olvidar que la realidad demuestra que no son pocos los funcionarios que terminan siendo procesados por incumplimiento de los deberes del funcionario o por enriquecimiento ilícito.

En nuestra opinión el principal desafío del legislador es tratar de evitar que el Estado, continúe funcionando como una gran caja aseguradora, del obrar ineficiente o irregular de aquellas personas que ejercen la responsabilidad de representarla.

Este a nuestro criterio sería el principal interés que podría traer un sistema de responsabilidad especial.