

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO:
ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LEY 26.944 DE
RESPONSABILIDAD ESTATAL (B.O. DEL 8 DE
AGOSTO DE 2014). APORTES, CONSIDERACIONES Y
CRÍTICAS DESDE UNA MIRADA CONSTITUCIONAL**

Por Jonathan Matías Brodsky

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino. Se comienza por repasar su larga evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ante la ausencia de normas en la materia, fue modulando sus particularidades y características. Posteriormente, se examinan críticamente las antagónicas regulaciones esbozadas en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, y las disposiciones de la reciente ley 26.944 de responsabilidad estatal. Finalmente, se examina la regulación legal del tema desde una perspectiva constitucional, en particular, desde tres aspectos básicos: el reparto de competencias en la forma federal de gobierno, la igualdad ante la ley y la inviolabilidad de la propiedad.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad extracontractual del Estado – Derecho de Daños – Responsabilidad civil – Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.944 de responsabilidad estatal – Federalismo – Igualdad ante la ley – Derecho de propiedad

**TORT LIABILITY OF THE STATE IN ARGENTINE LAW:
PRELIMINARY DRAFT AND BILL OF REFORM OF CIVIL
AND COMMERCIAL CODE AND ACT 26.944 OF STATE
LIABILITY (ENACTED 8TH OF AUGUST, 2014).
CONTRIBUTIONS, CONSIDERATIONS AND CRITICS
THROUGH A CONSTITUTIONAL SCOPE**

Por Jonathan Matías Brodsky

ABSTRACT

This paper deals with tort liability of the State in Argentine law. Firstly, its development in the Supreme Court of Argentina case law is analyzed. Secondly, Preliminary Draft and Bill of Reform of Civil and Commercial Code and Act 26.944 of State Liability (enacted 8th of August, 2014) are examined and criticized. Finally, the subject is discussed from a constitutional perspective – federalism and division of competences, equality before the law and inviolability of property.

KEY WORDS

Tort liability of the State – Tort law – Responsabilidad civil – Preliminary Draft and Bill of Reform of Civil and Commercial Code – Act 26.944 of State Liability – Federalism – Equality before the law – Inviolability of property

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO: ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD ESTATAL (B.O. DEL 8 DE AGOSTO DE 2014). APORTES, CONSIDERACIONES Y CRÍTICAS DESDE UNA MIRADA CONSTITUCIONAL

Por Jonathan Matías Brodsky*

I. Introducción

La responsabilidad del Estado es un tema tan antiguo (y complejo) como los términos que lo componen: la responsabilidad, por un lado, y el Estado, por el otro. No se trata de un concepto teórico que haya surgido recientemente en la ciencia jurídica.

Empero, al igual que ocurre con tantas otras instituciones del derecho, la responsabilidad de la Administración Pública no ha sido concebida y regulada de manera uniforme desde sus orígenes. Un breve *racconto* histórico permite advertir los drásticos virajes que ha habido sobre la cuestión a lo largo del tiempo, hasta el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho. En éste cambiaría decididamente el paradigma en cuanto a la amplitud y los fundamentos con los que se habría de reconocer el deber jurídico de los Estados de responder patrimonialmente por los daños que causaran a raíz de su actuación u omisión.

Enseguida comenzaremos a examinar el tema en detalle, lo que constituye el objeto de nuestro trabajo. Antes, sin embargo, cabe manifestar algunas consideraciones.

Por un lado, el artículo abordará la responsabilidad extracontractual del Estado, y lo hará desde la perspectiva del derecho argentino. La responsabilidad contractual de la Administración presenta un

* Abogado con orientación en Derecho Privado (UBA), graduado con Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación". Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derecho Internacional Privado (UBA). Investigador en proyectos DeCyT y UBACyT, y Becario de Investigación de Maestría de la Universidad de Buenos Aires (2014-2016). Ex Becario del Departamento de Estado de los EE.UU. y de la Universidad Autónoma de Madrid y el Grupo Santander (España). Secretario Editorial de la Revista "En Letra" e integrante del Comité de

régimen y unos principios particulares cuyo análisis excedería los límites de este artículo. Lo mismo ocurriría si pretendiéramos efectuar un estudio del tema en el derecho comparado. Finalmente, excluimos de nuestro análisis la responsabilidad de los funcionarios o agentes públicos que causen daños en su calidad de tales, lo que ameritaría un artículo propio.

Por otra parte, la elección del tema no es caprichosa: antes bien, responde a tres razones de relevancia, que conviene tener presentes a lo largo de la lectura de los acápites subsiguientes.

En primer lugar, la responsabilidad del Estado presenta en sí misma interés e importancia en el ámbito jurídico. Desde la mirada de los administrados, regula en qué supuestos y en qué medida tienen derecho a obtener un resarcimiento frente al perjuicio patrimonial o moral sufrido por una acción u omisión estatal –daños de producción harto frecuente en sociedades complejas, tecnificadas, globalizadas–. A su vez, para el Estado significa cuándo y hasta qué punto deberá desembolsar recursos del erario público para satisfacer esos menoscabos individuales.

En segundo término, se ha escogido estudiar la responsabilidad estatal por el acaecimiento de tres hechos sumamente relevantes en el tratamiento jurídico de la materia: su abordaje en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación;¹ su (diametralmente opuesta) regulación en el texto finalmente enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, es decir, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación;² y finalmente, mas no menos importante, la ley 26.944 de responsabilidad estatal, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 8 de agosto de 2014, sin perjuicio de la eventual sanción del Proyecto.

Por último, es relevante el trasfondo constitucional que subyace al tema que analizamos. En este sentido, dedicaremos la última parte del trabajo a ofrecer una mirada desde una perspectiva constitucional, en particular sobre la división de competencias entre la Nación y las provincias, el principio de igualdad ante la ley, y el derecho de propiedad en punto a la reparación integral de los daños sufridos por los particulares.

Así planteado el marco de análisis, procederemos a examinar en orden los aspectos que hacen a nuestro ensayo.

II. Breve repaso de la evolución y los aspectos generales de la responsabilidad estatal en la Argentina. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Un estudio histórico minucioso de la responsabilidad estatal implicaría remontarnos varios siglos atrás: desde la creación del Estado como institución que conocemos hoy en día, pasando por tiempos en los que la Administración Pública era patrimonialmente irresponsable por los daños que pudiera causar a

Redacción de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Cualquier crítica, aporte o comentario será bienvenido en la dirección de correo electrónico del autor: jmbrodsky@derecho.uba.ar

¹ En adelante, el “Anteproyecto”.

² En adelante, el “Proyecto”.

sus administrados. En el absolutismo, rige la máxima "*The King can do no wrong*:"³ la idea del monarca (todopoderoso, perfecto y elegido por Dios) como "dañador" era inconcebible, y con ella, la noción de responsabilidad del Estado que encabezaba. Años más tarde, el advenimiento de las ideas iluministas puso fin, sólo en apariencia, a esta situación: la omnipotencia del rey fue reemplazada por la de la voluntad popular, y ningún resultado de ésta podía entenderse como causa de un daño que comprometiera el deber estatal de resarcirlo.

Afortunadamente, con el curso de la historia los conceptos evolucionaron hacia otros rumbos de mayor justicia. Estudiaremos en particular el caso de la Argentina, donde luego de desconocerse en un comienzo la demandabilidad del Estado (ver, por ejemplo: *Fallos*, 1:317; *Fallos*, 2:36), comenzó a aceptarse y a delinarse el concepto de responsabilidad estatal. Nótese que aludiremos a sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la "Corte" o "Corte Suprema"), dado que son aquéllas las que han marcado el camino ante la ausencia –hasta hace unas semanas– de derecho vigente en la materia.

a. Responsabilidad estatal por actividad ilícita

Coincide pacíficamente la doctrina en ubicar como primer hito de la responsabilidad estatal en nuestro país, a raíz de actividad ilícita o ilegítima, el precedente "Devoto", de 1933.⁴ Se trataba de un campo situado en la Provincia de Entre Ríos, que la actora alquilaba, en el cual como consecuencia de la utilización de un brasero por empleados del Telégrafo Nacional que se encontraban trabajando allí, se produjeron unas chispas que dieron lugar a un incendio.

En esta primera sentencia, la Corte conceptuó la responsabilidad estatal como subjetiva e indirecta, con basamento en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, respectivamente. Lo primero, como es sabido, implica fundamentar jurídicamente el deber de indemnizar en un reproche subjetivo al autor del daño, a título de dolo o (más frecuentemente, y como en este caso) culpa: una acción u omisión negligente, imprudente o inadecuada conforme lo exigían las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 512, Cód. Civil). En cuanto al carácter indirecto de la responsabilidad, se trata de responsabilizar en primer término, de manera inmediata y directa, al autor material del daño (en este caso, los trabajadores del Telégrafo Nacional), y de forma refleja o indirecta al Estado bajo cuya órbita se desempeñaban.⁵

Poco después, en el año 1938, la Corte dictó otro relevante pronunciamiento en la materia: en

³ Otras versiones del *adagio* con las que se conoce el mismo concepto: *quod regis placuit legis est; le Roi ne peut mal faire; Führerprinzip* (BASTONS, 2012).

⁴ *Fallos*, 169:111.

⁵ Vale aclarar, a este respecto, que la redacción originaria del art. 43 no avalaba la posibilidad de responsabilizar directamente al Estado: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, hubiese cometidos delitos que redunden en beneficio de ellos". Vélez Sarsfield entendía, siguiendo la "teoría de la ficción", que al carecer la persona jurídica de voluntad, no podía considerarse autora de actos ilícitos dolosos o culposos, con aptitud para generar consecuencias resarcitorias (LLAMBÍAS, 1963; PIZARRO, 1995). Recién con la reforma de 1968 por la ley 17.711, como veremos seguidamente, resulta viable fundamentar una responsabilidad estatal de tipo directo.

“Ferrocarril Oeste”⁶, la demandante reclamaba al Estado Nacional el pago de los daños y perjuicios sufridos a raíz de una certificación dominial errónea, expedida por el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, que la llevó a abonar dos veces el valor de un terreno. El Máximo Tribunal mantuvo el carácter indirecto de la responsabilidad del Estado, sustentada en el art. 1113 del Código Civil,⁷ pero abandonó la idea de culpa para pasar a una responsabilidad objetiva, invocando el art. 1112 del mismo cuerpo legal. El factor de atribución en este caso es la “falta de servicio”, fundada en la idea de que “(...) quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del cód. civil)”. Como corresponde a todo factor objetivo de imputación de responsabilidad, el fundamento del deber de resarcir no reposa en reproche subjetivo alguno; opera, por el contrario, con total prescindencia de la eventual culpa o dolo del sindicado como responsable.

Finalmente, mencionaremos el tercer fallo que se considera fundamental en este tema: “Vadell”,⁸ de 1984, más cercano en el tiempo y varios años posterior a “Ferrocarril Oeste”. Aquí se trataba – también – de un daño causado por un mal funcionamiento del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires. En este pronunciamiento, lo destacable no es tanto el carácter objetivo de la responsabilidad por falta de servicio (que se mantuvo respecto de años anteriores), sino la responsabilidad *directa* por la que se condenó al Estado, a raíz de la así llamada “teoría del órgano” (GORDILLO, 1977). En palabras de la Corte, y ya con la redacción reformada del art. 43 del Código Civil, “la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye 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 estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.

b. Responsabilidad estatal por actividad lícita

Como es sabido, la responsabilidad civil exige como regla cuatro elementos o presupuestos para su configuración: la antijuridicidad,⁹ el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad. Así es como se conforma el hecho ilícito que da lugar al fenómeno resarcitorio.

Excepcionalmente, procede la responsabilidad por acto *lícito*, en el cual –precisamente por su carácter no contrario al ordenamiento jurídico integralmente considerado– falta el elemento de

⁶ Fallos, 182:5.

⁷ *Idem* nota 5.

⁸ Fallos, 306:2030.

⁹ O acción antijurídica, si se incluye a la acción como quinto elemento autónomo de la responsabilidad civil (cfr. AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, 1993).

antijuridicidad.¹⁰ En estos casos, el juez tiene discrecionalidad para acordar la indemnización según las circunstancias del caso, y no rige necesariamente el principio de reparación integral del daño pues el fundamento del deber de resarcir es la equidad (arg. art. 907, Cód. Civil).

En materia de responsabilidad estatal, también existe la así llamada *por acto lícito*, y ésta es incluso más frecuente que en el derecho civil clásico. Es tradicional el ejemplo de la expropiación, donde procede una reparación por los daños causados por aquella incluso cuando se trate de una acción legítima, que persigue el interés público y se realiza según las prescripciones de la ley especial (ley 21.499). Existen otros casos, menos frecuentes o conocidos, como los de la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (ley 19.549) y ocupación temporánea de un bien (ley 21.499).

Enseña BALBIN (2008) que en este ámbito, el fundamento en que reposa el deber estatal de responder no es otro que el derecho de propiedad y la ausencia de la obligación de soportar el daño por parte del particular. El segundo requisito ha sido discutido por parte de la doctrina –p. ej. MARIENHOFF (1993)–, pero es generalmente aceptado por la mayoría de los autores (CASSAGNE, 2006; LÓPEZ MESA, 1998). Se vincula a la existencia del “sacrificio especial” o “singular”, que se configura cuando una norma de alcance general impone a una persona o grupo de personas una carga específica o mayor que al resto de los alcanzados por aquella, generándole así un perjuicio diferenciado (BIANCHI, 1992). Además del derecho de propiedad, se afecta en este supuesto al principio de igualdad ante las cargas públicas.

Por su parte, en materia de responsabilidad por actividad legítima, el primer gran hito donde se reconoce el deber estatal de resarcir es el fallo “Laplacette”,¹¹ de 1943. En la especie, se había promovido demanda por los daños y perjuicios causados a raíz de la construcción de una obra pública. Dijo entonces la Corte que la obligación de resarcir nace “de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional”.

Sin embargo, ocho meses después, en “Cía. de Grandes Hoteles”,¹² la Corte volvió sobre sus pasos e –integrada por los mismos jueces– consagró la irresponsabilidad estatal cuando se trataba del ejercicio de un derecho propio. Igual criterio se siguió durante los años subsiguientes, hasta el fallo “Los Pinos”¹³ a partir del cual “la Corte admitió invariablemente la responsabilidad del Estado por su obrar lícito: es el primer precedente absolutamente categórico que, sin eufemismos, abandona la idea de que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir en ilícito ningún acto” (PIZARRO y VALLESPINOS, 2012). Así por ejemplo, en “Tejeduría Magallanes”,¹⁴ de 1989 estableció que “cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general– esos daños deben ser atendido sen el campo de la responsabilidad del

¹⁰ Así, por ejemplo, en los casos de perjuicios causados en el ejercicio regular de una servidumbre de paso (art. 3077, Cód. Civil) o de acueducto (arts. 3082 y 3085); por búsqueda de un tesoro en predio ajeno (art. 2553, Cód. Civil) o, en general, mediando alguna de las denominadas *eximentes de antijuridicidad o causas de justificación*.

¹¹ *Fallos*, 195:66.

¹² *Fallos*, 197:9

¹³ *Fallos*, 293:617

¹⁴ *Fallos*, 312:1656.

Estado por su obrar lícito”.

III. La cuestión en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código

El 23 de febrero de 2011, el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN) dispuso por decreto 191/2011 la creación de la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” (art. 1), a cargo del “estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo” (art. 2). Se previó que la Comisión debería “elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días corridos, a partir de la fecha de su constitución”, plazo que podría ser ampliado a pedido de la Comisión (art. 4).

La Comisión de Reformas cumplió con la labor encomendada, y poco más de un año después, el Anteproyecto estaba listo.¹⁵ Era de toda lógica que, más allá del *contenido sustancial* de la regulación proyectada por la Comisión, opinable y discutible, aquella tuviera en cuenta la responsabilidad del Estado para su regulación en uno u otro sentido. Es decir: la Comisión tenía *que* hacerse cargo del tema, más allá de *cómo* lo abordara. Y esto es así porque, sin perjuicio del largo y sano camino que fueron marcando durante décadas los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores, un tema tan relevante como la responsabilidad estatal debe estar previsto en la norma jurídica.

Es así como el art. 1764 del Anteproyecto establecía que el Estado “responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.”

En materia de responsabilidad por actividad lícita, el art. 1766 disponía que el Estado “responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.¹⁶

Más allá de la valoración de estas normas proyectadas, que realizaremos en el subcapítulo siguiente, resulta claro que la Comisión de Reformas había optado por mantener en lo sustancial las soluciones a las que había conducido la evolución de la jurisprudencia de la Corte. Tratándose de una actividad ilegítima, la responsabilidad es objetiva y vinculada a la noción de falta de servicio; en cuanto a la responsabilidad por acto lícito, ésta es también objetiva, se asocia a la noción del sacrificio especial del administrado perjudicado y, como regla, no se está al principio de reparación integral del daño sino que sólo debe

¹⁵ Recordemos que el 27 de marzo de 2012, la Presidenta de la Nación presentaba públicamente el texto del Anteproyecto.

¹⁶ Como se aclaró en la introducción de este trabajo, no abordaremos el capítulo de la responsabilidad del funcionario y del empleado público. A éste refería el art. 1765 del Anteproyecto, cuyo análisis omitimos.

indemnizarse el gasto emergente (aunque se preveía también en parte, como se advierte, el lucro cesante).

Ahora bien, es sabido que la Comisión de Reformas no elevaría al PEN sino un “*Ante*” proyecto (permítaseme el destacado). El Proyecto en sí, es decir, el texto a enviar efectivamente al Congreso Nacional, quedaría a cargo de la iniciativa legislativa del PEN, que tenía plenas potestades para adoptar, rechazar o modificar cualesquiera de las disposiciones esbozadas por los juristas convocados por decreto. En los hechos, la gran mayoría del articulado original fue mantenido incólume, pero fueron modificados algunos detalles, ciertas disposiciones sustantivas, y en determinadas cuestiones, el viraje fue de 180 grados. Esto último es lo que ocurrió en el tema que nos ocupa.

Así, el Proyecto establece en los arts. 1764 y 1765, que las disposiciones del Título relativo a la responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria” y que “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.¹⁷

Es indudable que, más allá de la opinión que nos merece esta solución, y que también abordaremos a continuación, las normas proyectadas suponen un giro copernicano respecto a las que había previsto la Comisión de reformas.

Así presentado el tema, cabe proceder al estudio de las posturas receptadas en cada cuerpo, con los fundamentos que abonan una y otra posición.

a. Argumentos a favor y en contra de cada una de las posturas. Valoración.

Podríamos presentar de diversas maneras las numerosas razones que se arguyen desde una y otra posición, tanto para defender la propia teoría como para criticar la contraria. La metodología que entendemos resultará más clara es la de abordar sucesivamente los argumentos en que se centra cada una de las posiciones, en vez de tratar por entero una de las teorías y a continuación la otra. Es decir que proponemos una dialéctica de proposición-refutación, que adelantamos, estará orientada a la defensa de la tesis que sostenemos (la receptada en el Anteproyecto).

i. El argumento constitucional. La cuestión del federalismo. Remisión

El primer argumento que se aduce a favor de la inaplicabilidad de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, y la remisión –en cambio– a las disposiciones de derecho administrativo, es el vinculado al carácter federal del Estado argentino.

Es bien sabido que la forma federal de gobierno que consagra la Constitución Nacional (art. 1) supone la separación del poder entre el Estado nacional y los Estados provinciales –preexistentes a aquél–. Y a su vez, la regla general prevista para este fraccionamiento es la que se halla plasmada en el art. 121 de

¹⁷ El art. 1766 del Proyecto se ocupó también de modificar el régimen de la responsabilidad del funcionario y del empleado público previsto en el Anteproyecto. Remitimos al respecto a lo manifestado en la nota al pie anterior.

la Carta Magna: las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación.¹⁸

Precisamente en este principio reposa la idea de excluir la regulación de la responsabilidad estatal del Código Civil: mientras que éste emana del Congreso Nacional y rige uniformemente en todo el territorio argentino (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional), aquélla es un capítulo del derecho público, particularmente del derecho administrativo, el cual presenta naturaleza local y se regula en cada jurisdicción provincial, en armonía con lo establecido en el mentado art. 121 de la Norma Fundamental.

Por tratarse de una temática netamente constitucional y cuyo debate debe darse también en relación a la ley 26.944, volveremos sobre ella (y, adelantamos, la refutación que tal tesis nos inspira) en la sección "V" del presente trabajo. Allí nos ocuparemos de las aristas constitucionales que presenta el tema que analizamos.

ii. El argumento pragmático y sus variantes. La indefensión del administrado en las jurisdicciones que no cuentan con normas locales sobre responsabilidad del Estado.

Una pregunta inmediata y previsible que surgía a raíz de los arts. 1764 y 1765 del Proyecto es la siguiente: si la norma remite al "derecho nacional o local, según corresponda", ¿existe tal derecho (objetivo, se entiende), o la remisión es al vacío? ¿Está preparado el sistema jurídico –ordenamiento nacional y provinciales– para la solución proyectada, o es por el contrario lagunoso? Es cierto que a la fecha de elevación del Proyecto no existía una norma nacional sobre la materia, y en la actualidad, sí. Empero, la vigencia de la ley 26.944 no vuelve abstracta ni baladí la cuestión que aquí desarrollamos, por lo incompleta y defectuosa que resulta esa norma a nivel nacional, y porque en todo caso muchos ordenamientos provinciales no cuentan con legislaciones propias en la materia, ni han adherido tampoco a la ley nacional.

Ante los interrogantes señalados, que se convierten en genuinas críticas cuando la respuesta se inclina hacia la segunda de las opciones planteadas, la tesis receptada en el Proyecto y que nosotros combatimos se apresura a oponer tres argumentos (BRODSKY, DONATO BRUN y PETRINELLI, 2014):

(i) En primer lugar, que el cuestionamiento es improcedente, toda vez que ante un mandato constitucional expreso, no se trata de indagar si en la práctica tal o cual jurisdicción ha previsto o no el tratamiento normativo de la responsabilidad del Estado, sino que en esencia –y nada menos que por mandatos constitucionales– corresponde a tales Estados provinciales (BENINI, 2014).

Podemos desvirtuar este razonamiento desde las dos premisas de las que parte: su idea del *deber ser*, y que aquél debe prevalecer de modo absoluto sobre el *ser* y con total prescindencia de éste.

La noción del *deber ser* de la que se parte es que la Constitución establece que corresponde a las

¹⁸ Por supuesto, el examen completo de las competencias exclusivas, concurrentes y compartidos del Estado federal y de las provincias supone un largo y complejo capítulo del Derecho Constitucional. Excede los límites de este trabajo agotar el análisis de tales cuestiones.

provincias (arg. art. 121, CN) y no a la Nación (arg. art. 75, inc. 12) legislar sobre la responsabilidad estatal. Según lo anticipamos en el punto anterior, negamos que ello sea así, y trataremos este tema en la sección “V” a la que ya hemos remitido.

No obstante, incluso concediendo *ad argumentandum* la premisa ideal, el cuestionamiento en el plano fáctico no deja de ser decisivo. ¿No es acaso el fin último del derecho (como ciencia y como conjunto de normas) la solución justa de cada caso concreto? ¿Puede interesar únicamente el encuadramiento teórico de una figura, más allá de lo que ese encuadramiento supondrá en la (deficiente) administración de justicia para el ciudadano de a pie? Más aún: ¿no se estarán soslayando, so pretexto de cumplir una manda constitucional, otros derechos constitucionales (propiedad, igualdad) y principios esenciales (justicia, previsibilidad y seguridad jurídica) tanto o más importantes, si se remite la regulación de la responsabilidad del Estado a leyes locales inexistentes?

La respuesta afirmativa se impone, y como bien apuntaba PIAGGIO (2012), nuestro ordenamiento jurídico no está preparado actualmente para asimilar una reforma de semejante envergadura: las regulaciones nacionales o provinciales vigentes y aplicables en materia de responsabilidad estatal, a las que el Proyecto nos encomienda, no alcanzan a suplir o compensar la futura ausencia de una previsión omnicompreensiva de la responsabilidad extracontractual estatal (nacional, provincial y municipal) en el ámbito del derecho público.¹⁹ Desde luego, agregamos con la ley 26.944 a la vista, ésta *tampoco* da cuenta de un sistema jurídico preparado para la solución que criticamos.

(ii) En segundo término, se ha afirmado que incluso en ausencia de disposición específica sobre responsabilidad del Estado en una jurisdicción dada, igualmente estaría amparada la víctima por el deber general de reparación del daño y el principio *non alterum laedere*, que a partir del art. 19 de la Constitución Nacional se ha considerado reiteradamente como un imperativo constitucional (Cfr. CUADROS, 2013).

Esta afirmación, tomada *literalmente*, no es falsa: aunque en una provincia determinada no exista una norma que regule puntualmente la responsabilidad estatal, el derecho a ser resarcido encuentra recepción constitucional en el art. 19 de la Carta Magna, conforme lo veremos más adelante. El problema no es entonces el valor de verdad del argumento, sino su pobreza conceptual y su inadecuación práctica.

Por un lado, parece sugerirse una razón facilista: no es indispensable legislar como corresponde, de manera adecuada y específica, si en última instancia allí estará la Constitución para salvar cualquier injusticia. Y aun cuando no se esté de acuerdo con la idea anterior, que es opinable, este argumento sí es determinante: la garantía constitucional del *non alterum laedere* es fundamental, mas *no resulta suficiente para dar precisión a la regulación y seguridad jurídica a los justiciables*. Como todo precepto de una Constitución rígida, el art. 19 es de textura abierta y vaga; no entra en detalles, pues se supone que debe perdurar a lo largo de

¹⁹ La mayoría de las jurisdicciones no cuenta con códigos, leyes o normas específicas que responsabilicen claramente al Estado según las pautas que se han ido elaborando jurisprudencialmente a lo largo de las últimas décadas. Más aún: en algunas jurisdicciones podría darse, por remisión a las normas del derecho común, un doble reenvío que termine en una laguna legal de difícil solución –Constitución de Santa Fe, art. 18; Constitución de Jujuy, art. 10; Constitución de Catamarca, art. 43; ley 6773 de San Juan, art. 32; ley 920 de Chubut, art. 138; entre otros– (TONELLI, P. y OYHANARTE (h)., M. 2013).

varias generaciones y no ser modificado con cada cambio en las coyunturas. En cambio, la responsabilidad del Estado y sus funcionarios debe estar específicamente detallada, al menos si se quiere dotar de previsibilidad a los derechos y expectativas de los particulares afectados.

En otras palabras, un aspecto tan sensible y frecuente como el que analizamos debe regularse en normativa concreta y específica con *basamento constitucional*, que no es lo mismo que *acudir directamente* a la Carta Magna para hallar el fundamento del reclamo.

(iii) En tercer término, se aduce que desde una perspectiva lógico-interpretativa, los arts. 1764 y 1765 del Proyecto proscriben la aplicación directa y la subsidiaria del Código Civil, mas no así la analógica. De tal suerte, se podría “salvar” –por analogía– cualquier eventual laguna o remisión al vacío (cfr. CASSAGNE, 2012; GARAVENTA, 2013).

Este argumento no deja de llamarnos la atención. Es bien sabido que el razonamiento analógico en la aplicación del derecho supone seleccionar una norma jurídica que se ocupa de un presupuesto de hecho similar al que el sistema positivo no ha previsto, y determina para él su misma solución jurídica. La similitud viene dada por una característica común que han de compartir ambos supuestos, la cual debe ser esencial: el objeto de su regulación jurídica, su razón de ser, la *ratio legis*.²⁰

Para fijar las ideas, un claro ejemplo: supongamos que un ordenamiento regula jurídicamente la compraventa, mas no así la permuta.²¹ Ante un contrato de permuta, dado el vacío legal, ¿qué normas se le habrán de aplicar? Hay buenas razones para sostener que sería justo regir ese contrato por las normas (sí existentes) de la compraventa, *por analogía*: ante la falta de regulación de uno de los dos contratos, es sensato que se le aplique la misma solución jurídica que al otro, si ambos tipos legales se parecen (y no superficialmente, sino que *se parecen mucho*: comparten sus características esenciales, como los de ser actos jurídicos bilaterales de contenido patrimonial, a título oneroso, tener por objeto la entrega de –al menos– una cosa, etc.).

Ahora bien, si la postura que refutamos parte de la premisa de distinguir de raíz la responsabilidad del Estado y la gobernada por el Código Civil, ¿cómo es que pretende asimilarlas a renglón seguido sin perder coherencia? Planteado de otra manera: si los daños causados por la Administración debe preverlos el derecho administrativo (y nunca el ordenamiento civil), y si aquél no es incompleto a los efectos de su regulación, ¿a qué viene el empeño en sostener como “vía de escape” un argumento interpretativo como el analógico, concebido precisamente para integrar sistemas jurídicos lagunosos? ¿Y cómo es que cabe en todo caso realizar esa asimilación con el Código Civil, que tan conceptualmente extraño sería a la responsabilidad estatal?

Será acaso que el derecho privado está tan íntimamente vinculado a la regulación jurídica de la causación de daños, que no se lo puede dejar fuera del tema.

²⁰ En efecto, este tipo de razonamiento se denomina de manera indistinta analógico o *a simili*.

b. El fallo “Barreto”

No podemos dejar de mencionar el fallo “Barreto”,²² resuelto por la Corte Suprema el 21 de marzo de 2006, pues cualquier análisis que prescindiera de este decisorio podría acusarse de incompleto o parcial. Es un caso de referencia obligatoria, especialmente para quienes sostienen la tesis del PEN receptada en el Proyecto.

En particular, se trata de lo expresado por el Máximo Tribunal en el considerando 10º del fallo, donde parecería sentar una doctrina que establece la aplicación exclusiva de las normas y principios del derecho administrativo en materia de responsabilidad estatal. No obstante, una lectura atenta y no descontextualizada del decisorio permite advertir que, en relación al concepto de “falta de servicio”, si bien ésta se delinea conforme a pautas del derecho administrativo, de ello no se colige la normativa aplicable ante un daño injustamente sufrido. Y adicionalmente, el considerando 12º agrega a lo expresado que “...no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos –entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal– no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica...”.

Es evidente que un examen cuidadoso e imparcial del fallo, y no uno tendencioso en el que se le quiere hacer decir lo que no dice, mal puede concluirse que en “Barreto” la Corte haya pretendido restringir el campo de la responsabilidad estatal al ámbito del derecho administrativo. “Las normas provinciales pueden tener importancia en esta materia, no para reglar las consecuencias que emergen de la causación del daño y las atinentes a su regulación (que es resorte exclusivo de la legislación de fondo), sino a la hora de brindar parámetros normativos a la luz de los cuales pueda comprobarse, por ejemplo si hubo o no falta de servicio, o modularse si la actividad dañosa de la administración puede o no ser legítima” (PIZARRO, 2013). Es este y no otro el sentido de lo resuelto en la causa “Barreto”.

IV. La ley 26.944 de responsabilidad estatal (B.O. del 8 de agosto de 2014)

Con prescindencia de que se convierta o no en derecho positivo el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, y con una normativa –en todo caso– compatible con lo previsto en los arts. 1764 y 1765 de aquél, el pasado 2 de julio de 2014 se sancionó la ley 26.944 de responsabilidad estatal, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el día siguiente.

Nos proponemos a continuación comentar los preceptos y cuestiones más salientes de la flamante norma, que nos anticipamos a aclarar, nos parece un retroceso importantísimo en la materia: aun mayor al

²¹ Esto constituye un ejemplo hipotético entre nosotros, ya que el Código Civil vigente sí contempla la permuta, con (pocas) normas puntuales y específicas para este contrato (art. 1485 a 1492) y la expresa aplicación *subsidiaria* de las vastas normas sobre compraventa (arts. 1323 a 1433).

que hubiera implicado la sola vigencia del texto elevado al Congreso Nacional en el Proyecto.

a. **Ámbito de aplicación**

Comienza el art. 1, como es usual, definiendo el ámbito de aplicación de la ley: ésta rige “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”. Hasta aquí, nada nuevo: responsabilidad por acción u omisión, frente a perjuicios que sufran las personas en sus derechos o en sus bienes.

El segundo párrafo de este artículo, también con acierto, refuerza la doctrina ya asentada de que “La responsabilidad del Estado es objetiva y directa”. Evidentemente, sería un retroceso inexplicable que se volviera a una idea de responsabilidad subjetiva (por culpa o dolo) o directa, tras la evolución que ha existido en estos temas y dado el actual estado del arte.

b. **Inaplicabilidad de las normas del Código Civil**

Ya el tercer párrafo del primer artículo de la ley contiene una disposición que entendemos criticable (en teoría) e insostenible (en la práctica): “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.”.

El Código Civil *tiene mucho que decir* sobre la responsabilidad del Estado (y de quien sea): es el ámbito normal y regular de emplazamiento de los preceptos sobre resarcimiento de daños, sea cuales fueren los perjuicios, sus autores y sus víctimas. Sería reiterativo volver sobre el problema que conlleva la proscripción de la aplicación directa o subsidiaria de las normas del Código Civil a la materia, y cómo —a nuestro juicio— la analogía, en apariencia permitida *a contrario sensu*, poco tendría que hacer cuando el supuesto regulado (responsabilidad civil en general) y el no regulado por la norma (responsabilidad estatal) se declaman, según los mismos sostenedores de la postura que combatimos, irreconciliablemente distintos (el razonamiento *a simili* reconoce como presupuesto, evidentemente, la *similitud* esencial de los presupuestos de hecho). Remitimos, por ende, a las explicaciones ya vertidas en punto a estos aspectos.

A su vez, decimos que la disposición citada es insostenible en la práctica, porque si la ley pretende —como lo hace— erigirse en un sistema completo y autosuficiente de disposiciones que regulen la responsabilidad estatal, es sencillamente imposible que lo logre en una docena de breves artículos (dos de ellos, de forma) que, impresos, ocupan una carilla. Se habla de “daños” y de “sanción pecuniaria disuasiva” (art. 1); de “caso fortuito” y “fuerza mayor”; de “hecho de la víctima” y “hecho de un tercero por el que no se debe responder” (art. 2); de “relación de causalidad adecuada” (art. 3); de “daño cierto y actual” y “relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva” (art. 4); de “lucro cesante” y de “consecuencia directa e inmediata” (art. 5); de la prescripción y la acción de repetición (art. 9), entre otros conceptos que podrían citarse. La pregunta que nos hacemos es: ¿quién si no el derecho civil —y al día de hoy, el Código

²² Fallos, 329:759.

Civil— podrá explicar a qué alude, qué significa y qué alcances tiene cada una de esas nociones? Nos parece claro que, mal que le pese al legislador —al menos, al autor de *esta ley*—, la remisión al Código Civil será constante e ineludible, pues de otra manera será imposible precisar los conceptos que la misma ley enuncia.

c. Imprudencia de sanción pecuniaria disuasiva o astreintes contra el Estado

Reza el último párrafo del art. 1: “La sanción pecuniaria disuasiva es impropia contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Esta disposición es increíble.

Digo bien, y ruego que no se me tome por poco académico: verdadera y literalmente, sostengo que la disposición que acabo de citar es increíble. El diccionario de la Real Academia Española define al adjetivo “increíble” con dos posibles acepciones: “que no puede creerse” y “muy difícil de creer”. Sinceramente, si no tuviera delante de mis ojos el Boletín Oficial con la norma transcrita, no podría creer que exista un precepto semejante; y aún viéndolo, nos resulta muy difícil aceptarlo.

Para fijar las ideas, recordemos que el art. 666 bis del Código Civil establece —desde la reforma operada por la ley 17.711 en 1968— que “Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.”.

Se trata de las sanciones conminatorias pecuniarias, más conocidas como “astreintes”, voz que proviene del derecho francés (cfr. MAZEAUD y CHABAS, 1941). Tales condenaciones se aplican por los jueces “a quienes no cumplen un deber jurídico impuesto en una resolución judicial” (ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, 1982). Esencialmente, se trata de una pena civil o sanción, disuasiva, accesoria o instrumental, discrecional para el juez (en cuanto a su procedencia y en cuanto al monto) y se fijan en una suma de dinero (CALVO COSTA, 2009).

La existencia de las astreintes no es caprichosa, sino que se orienta a dotar de eficacia en concreto a las resoluciones judiciales. El cumplimiento por las partes de lo que disponen los magistrados es evidentemente obligatorio para aquéllas: las astreintes son el medio que prevé la norma para conminar o disuadir legalmente a ese cumplimiento, a través de una sanción dineraria.

En materia de responsabilidad estatal, la solución de la ley es especialmente criticable, porque se adiciona el problema de la dificultad de detectar qué bienes integran el dominio privado de la Administración y podrían eventualmente ejecutarse. Ante tal extremo, sin las astreintes, es decir, esa multa que “incentiva” a cumplir (para que dejen de correr y acumularse las sanciones impuestas), en más de un supuesto el cumplimiento de las resoluciones judiciales contra el Estado será en la práctica casi facultativo para éste. Y como ya sabemos, una obligación impone un deber jurídico exigible coactivamente, y no un

cumplimiento voluntario (“*si volueró*”). En justas palabras de KEMELMAJER DE CARLUCCI (1995: 585-586), “La solución es disvaliosa, no sólo porque las suspensiones de los juicios contra el Estado se parecen peligrosamente a la ‘cesación de pagos’, sino fundamentalmente porque la astreinte persigue el cumplimiento en especie y no una reparación de daños y perjuicios”.

La inexplicable (o mejor dicho, injusta) disposición del art. 1, último párrafo, y la que veremos más adelante en cuanto al deslinde de responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos, son los verdaderos puntos alarmantes de la ley y que hacen que el sistema previsto por la norma sea francamente insostenible.

d. Eximición de responsabilidad estatal

Establece el art. 2 que “Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder”.

Poco hay para comentar sobre este artículo en particular. Se aplican las reglas generales – casualmente– del derecho de la responsabilidad civil, en el cual el caso fortuito o fuerza mayor (art. 514, Código Civil), el hecho de la víctima (art. 1111, art. 1113, 2º párr., 2ª parte y concs., Código Civil) y el hecho de un tercero por el cual el sindicado como responsable no debe responder (art. 1113, 2º párr., 2ª parte y concs., Código Civil) operan como causales inveteradas de eximición de responsabilidad civil. En particular, tal liberación de responsabilidad tiene lugar porque se quiebra o interrumpe el nexo causal, es decir, la necesaria conexión fáctico-jurídica entre el daño y la acción de la que se aduce que proviene. Acreditar la *causa ajena*, es decir, cualquiera de los tres extremos anteriormente citados y tomados por la ley que comentamos, implica desviar hacia un hecho o acto diferente al que se reputa dañoso, las consecuencias perjudiciales por las que se reclaman.

e. Requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima y legítima

Según el art. 3 de la ley, “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Nada hay para objetar en los últimos dos incisos. La relación de causalidad adecuada es un presupuesto básico de nuestro derecho de daños, consagrado expresamente en el Código Civil (art. 901 y

ss.). A su vez, la falta de servicio es –como venimos viendo– el factor de atribución por excelencia en la materia, y en el caso de la responsabilidad por omisión, si bien es discutible la exigencia de un deber expreso y concreto de actuar, se trata un extremo mayormente aceptado.

Sin embargo, yerra de nuevo la norma, y de manera considerable, al limitar la responsabilidad estatal en demasía, exigiendo el carácter patrimonial (“mensurable en dinero”) del daño. Es decir, se excluye de plano la posibilidad del administrado de solicitar un daño extrapatrimonial o moral, incluso cuando éste sea el único experimentado o el de mayor relevancia, y cuando el acto u omisión estatal que lo amerita es antijurídico. No cabe duda de que el daño debe ser cierto (por oposición a meramente eventual o hipotético), pero ¿qué razón de justicia hay para vedar toda posibilidad de resarcimiento del daño moral? Si como consecuencia del obrar ilícito de un empleado o funcionario estatal, o del funcionamiento irregular de un servicio brindado por la Administración, fallece el padre de una persona: ¿sólo tiene derecho el heredero a reclamar el “valor vida”, sin que quepa –como se admite desde hace siglos– condena alguna por el agravio moral? Supongamos por un momento que el fallecido es un adulto mayor que, jubilado, ya no era económicamente productivo, ni aportaba dinero al hogar familiar: ¿queda ese daño impune, porque la “vida” del octogenario no presenta un aspecto “mensurable en dinero” (si es que tal cosa pudiera predicarse, en algún caso, de la vida humana)? Evidentemente, la respuesta negativa se impone.²³

En el campo de la responsabilidad por actos lícitos, lo dispuesto es incluso más desafortunado. Reza el art. 4º: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”. Y el art. 5º, en sus dos primeros párrafos: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.”

En primer lugar, comparando el inc. a) del art. 4º con el del precepto que se ocupa de la responsabilidad estatal por acto ilícito, se advierte que el daño aquí debe ser cierto y –además– *actual*. ¿A

²³ Vale recordar las palabras de la Corte en el fallo “Aquino”, sobre el cual volveremos más adelante: “el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las

qué se refiere la ley con esta última característica? Hay dos alternativas: (i) que se trate del daño ya producido al momento de dictarse sentencia, lo que excluye al daño futuro. En este caso, la disposición es inadecuada, pues nada debería obstar a una condena por perjuicios aun no operados si se tiene certidumbre de su acaecimiento posterior (entendida dicha certeza como grado de probabilidad objetiva suficiente), o bien el daño se tiene por acreditado *in re ipsa* –caso del daño moral, donde se dificulta la demostración de la “actualidad” (MAZEAUD y TUNC, 1977)–; (ii) que el carácter “actual” del daño se oriente a reconocer la indemnización del gasto emergente, mas no así del lucro cesante o la pérdida de chance –rubros, estos últimos, que se configuran en base a futuros ingresos de bienes al patrimonio, con alto o cierto grado de probabilidad–. Dado que el lucro cesante se elimina expresamente de la cuenta indemnizatoria en el art. 5º, debemos entender que el legislador quiso expresarse en el primero de los sentidos indicados.²⁴

En segundo término, se exige la relación de causalidad “directa, inmediata y exclusiva” entre el menoscabo que se reclama y la acción estatal que se sindicada como dañosa. Para comprender el alcance de esta exigencia, cabe recordar dos conceptos.

Por un lado, el de la clasificación de las consecuencias en el campo de la relación causal, en las siguientes categorías: (i) inmediatas, que son las que “acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901, Cód. Civil) y que –como su nombre lo indica– se siguen del hecho dañoso sin otro elemento que intermedie en la cadena causal o la “mediatice” (arg. *a contrario* art. 902); (ii) mediatas, las cuales “resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto” (art. 902) y son previsibles en abstracto; (iii) casuales, que son las “consecuencias mediatas que no pueden preverse” (art. 902, y de allí que las consecuencias mediatas, *a contrario*, sí son previsibles en abstracto); y (iv) remotas, que “no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad” y no deben por ende indemnizarse en ningún caso (art. 906).

Por otra parte, la teoría de la causalidad adecuada admite las denominadas *concausas*, es decir, causas diversas que concurren a la generación del resultado dañoso. Frecuentemente, para exonerarse de la responsabilidad que se le imputa, el demandado intenta desviar el centro de atribución de la conducta reputada perjudicial a la propia víctima-actor, a un tercero por el cual no debe responder, o al acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor. Es posible que esta *causa ajena* sea exclusiva o, lo que es lo mismo, la *única* existente o relevante para la producción del menoscabo (en cuyo caso la liberación de responsabilidad del demandado será total); mas es posible que, en cambio, esa otra causa *concurra* con la acción del sindicado como responsable, en cuyo caso la absorción causal y la exoneración de la obligación de responder no será sino parcial. Para aclarar las ideas con un ejemplo: pensemos en un siniestro vial causado por el dueño y guardián del automóvil, que da lugar a lesiones del peatón-actor, donde la propia víctima también contribuyó con su acción, en parte, al mismo daño que sufrió (verbigracia, cruzando la

manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres" (consid. 4º).

avenida por un área no habilitada a tal efecto, y no por la senda peatonal). Si en este caso el juez determina que el resultado “daño” es atribuible (en términos de causa-consecuencia) a la acción del conductor en un 70% y a la del propio lesionado en un 30%, luego este último absorberá en esa proporción el daño que se auto-infligió, y en ese porcentaje respecto del monto que arroje la condena, quedará liberado de responder el demandado (subsistiendo la responsabilidad por el 70% restante).

Así entonces, rechazamos de plano la exigencia de una relación causal “directa, inmediata y exclusiva”. Queda claro que se realiza una excepción –cuyo fundamento racional no advertimos– a las sensatas reglas generales que gobiernan la cuestión del nexo de causalidad. ¿Por qué debe ser el acto estatal la causa *inmediata* del daño, cuando las consecuencias *mediatas* (previsibles por definición) son siempre resarcibles en el campo de la responsabilidad aquiliana (arts. 901 y 904, Código Civil)? ¿Basta con la presencia de un hecho que intermedie entre la acción estatal y el daño –sin importar cuán relevante o irrelevante fuere– para eximir de responsabilidad a aquél? Y peor aún: ¿por qué debe ser el acto estatal la causa *exclusiva* del daño? ¿De dónde surge ese requisito, y qué razones lo fundamentan? Nuevamente, ¿basta con que intervenga otro hecho coadyuvando a la producción del menoscabo, así sea ínfimo, irrelevante, valorado –digamos– en un 1% de la contribución al resultado dañoso, para liberar automática y completamente de responsabilidad al Estado? Cuesta imaginar para semejante disposición otro fin que el vaciamiento liso y llano de la responsabilidad estatal por actividad legítima.

No tenemos objeción a la necesaria “imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal”, a la ausencia de deber jurídico de soportar el daño y al “sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad”, extremos normalmente aceptados en la materia y que resultan lógicos y congruentes para modular la responsabilidad de la Administración Pública por actividad lícita. En cambio, no creemos que esta última deba ser “excepcional”, como indica el art. 5º: coherentemente con lo que venimos sosteniendo, afirmamos que el Estado deberá resarcir los perjuicios que cause su actividad legítima cuando así corresponda por configurarse los requisitos necesarios para ello. Es esta *regla*, y no *excepción*, la que exige un sistema respetuoso del principio según el cual cabe indemnizar a los sujetos los daños causados a su persona o a su patrimonio.²⁵

²⁴ Sin la posibilidad de reclamar lucro cesante, se infiere *a fortiori* que tampoco será viable el rubro de la pérdida de chance.

²⁵ Otro tanto podría decirse respecto del lucro cesante, cuya reparación en el ámbito de la responsabilidad por acto lícito se elimina expresamente. En este caso, si bien se hace una excepción al principio de reparación integral, el tema es más complejo, por cuanto el lucro cesante –a diferencia del gasto emergente– se funda en ganancias dejadas de percibir en el futuro (que en ocasiones pueden ser muy cuantiosas) y no a erogaciones patrimoniales efectivamente operadas; además, el lucro cesante presenta un grado (aunque en principio bajo) de incertidumbre. Teniendo cuenta que se trata de actos legítimos y no ilícitos del Estado, la cuestión es hartamente opinable, y –a diferencia de otras críticas que realizamos, que nos parecen netas– reconocemos que, aunque no sea nuestra postura *prima facie*, hay argumentos atendibles para negar la viabilidad de la reparación del lucro cesante cuando el daño lo ha causado el Estado en ejercicio de una actividad lícita.

f. Eximición de responsabilidad por daños causados por concesionarios o contratistas

En otra disposición increíble (vale, al respecto, la misma aclaración manifestada en el punto “c” de este mismo acápite), la ley 26.944 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” (art. 6).

El contenido del precepto es claro: si el servicio público ha sido concesionado o contratado de tal manera que lo ofrece otra persona jurídica, el Estado se desliga de todo deber de responder, incluso de manera subsidiaria.

Poco cabe agregar a tan basto deslinde de la responsabilidad de la Administración Pública, quien en su carácter de tal, *debe* precisamente garantizar la prestación de los servicios públicos a los administrados, y hacerse cargo (responder) de los daños que pueda causar su funcionamiento defectuoso, irregular, tardío, etc.. Como sostiene CAPÓN FILAS (2014), con esta disposición se menoscaban las expectativas de los usuarios, porque una vez establecida la concesión de un servicio público, el Estado desaparece de la escena. Si la concesionaria ha girado sus ganancias al exterior, es insolvente, entra en concurso preventivo o quiebra, etcétera, la víctima no tendrá más opción que soportar el daño, pues el Estado no se hará responsable por el daño (causado por la empresa a la que el mismo Estado decidió concesionar el servicio). Ni siquiera se establece el deber estatal de controlar que la concesionaria preste el servicio adecuadamente como parámetro de responsabilidad. Poco pareció importarle al legislador de esta norma que el art. 42 de la Constitución Nacional consagre el derecho de los usuarios de servicios a la salud, seguridad e intereses económicos, y que la autoridad encargada de la protección de esos derechos sea el Estado, y no una empresa contratista o concesionaria. En palabras de MOSSET ITURRASPE (2012), el Estado “deja hacer”, se lava las manos y permanece ajeno a la prestación del servicio.

V. La cuestión bajo análisis desde una perspectiva constitucional

Antes de manifestar nuestras reflexiones finales, concluimos con el acápite relativo a la mirada constitucional sobre el tema objeto del artículo. Lo consideramos de gran relevancia, en un doble sentido: por un lado, porque el número especial de la publicación en el marco de cuya convocatoria se realiza este trabajo, se dedica precisamente a las reflexiones, desafíos y tareas pendientes a 20 años de la reforma de la Carta Magna. Por otra parte, sustancialmente, porque es la Constitución Nacional la norma suprema que informa y en la cual debe basarse la totalidad del derecho positivo interno. Estudiar cualquier cuestión jurídica sin tener en cuenta –en cierto grado– sus implicancias constitucionales, constituye frecuentemente un abordaje incompleto y erróneo.

Sin *preámbulos*, diremos que la ley 26.944 nos parece inconstitucional, por lo menos en tres sentidos distintos, autosuficientes e independientes entre sí. Vulnera tres principios y garantías constitucionales elementales: la división de competencias nacionales y provinciales (art. 75, inc. 12; art. 1 y concs.); la igualdad ante la ley (art. 16); y el derecho de propiedad (art. 17). Examinaremos por separado cada uno de estos aspectos.

a. La división de competencias entre la Nación y las provincias

Hemos dicho anteriormente que la Norma Fundamental consagra en primerísimo término la forma federal de gobierno (art. 1), que por definición, supone la escisión de las competencias del Estado nacional y la de los Estados provinciales. Y también que existe una pauta hermenéutica en la división de tales poderes, plasmada en el art. 121 de la Constitución, según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación.

Sin embargo, la mera invocación del federalismo y de lo dispuesto en el art. 121 no es suficiente *per se* para justificar el carácter local de la competencia para regular la responsabilidad estatal, como algunos pretenden. Es cierto que el derecho administrativo es de naturaleza local, en tanto no ha sido delegado a la Nación, pero la tesis que rechazamos debería esforzarse por demostrar que *la responsabilidad estatal es una cuestión de derecho administrativo y no de derecho civil*. Sin este paso previo, que –insistimos– no resulta trivial ni autoevidente, el silogismo queda huérfano de una premisa y no puede extraerse la conclusión a la que arriban el Proyecto y la ley 26.944.

En cambio, nosotros advertimos que tan cierto como es que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación, lo es también (*a contrario sensu*) que las provincias *no* conservan todo el poder que *sí* *hayan delegado a la Nación*. Y precisamente, es una de esas competencias delegadas al Estado nacional el dictado del Código Civil (art. 75, inc. 12): es en tal cuerpo normativo donde naturalmente debe emplazarse cualquier tipo de regulación de responsabilidad civil, es decir, de daños causados a particulares; ello así, por el objeto de que se trata, y con prescindencia del sujeto sindicado como responsable.

Desde luego, es necesario fundamentar por qué la responsabilidad extracontractual del Estado supone una cuestión de derecho civil –coherentemente con lo que hemos postulado unos párrafos atrás–. Como bien enseña BIDART CAMPOS (1996: 168), “la inserción formal de una determinada ley que pueda disponer el congreso rotulándola formalmente como propia de las codificaciones que son competencia suya no basta para dar por satisfactorio el encuadre, porque hay que verificar si, real y objetivamente, el contenido y la materia regulados por aquella ley pertenecen o no al cogido o la legislación que el congreso indica”.

Así, es notable la puntualización que al respecto nos brindan Ramón D. Pizarro y Carlos G. Vallespinos, y a la cual adherimos a la letra. Según los prestigiosos profesores cordobeses, “no puede admitirse que cada Estado provincial module la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados a terceros a su gusto y antojo, de manera distinta a lo que una ley de fondo disponga, dicha

materia es competencia del Congreso de la Nación (...) La tesis que rechazamos pierde de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado plantea en esencia una cuestión obligacional, entre acreedor (damnificado) y deudor (Estado) (...) El régimen jurídico que regula las relaciones sustanciales entre acreedor y deudor, que incluye establecer qué es un crédito y qué es una deuda (art. art. 499, Cód. Civil), cuándo, cómo y a quién se debe, y con arreglo a qué criterios, es competencia exclusiva y excluyente del Congreso Nacional" (PIZARRO y VALLESPINOS, 2012: 240-241).

b. La igualdad ante la ley

Recuerda HARO (1987: 122) que “el principio de igualdad de todas las persona ante la ley según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o aceptación de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social”. En otras palabras, la igualdad ante la ley debe ser para todos los iguales que se encuentren en iguales circunstancias (MOONEY, 1995).

La igualdad, como presupuesto común del constitucionalismo y la democracia, con plurales y diversas dimensiones (jurídicas, económicas, socio-políticas, filosóficas, institucionales, etc.) ha cobrado una creciente relevancia entre los estudiosos y operadores del derecho (cfr. ALEGRE y GARGARELLA, 2007). Es un tema de harta relevancia y cuyo análisis no podríamos agotar aquí, especialmente por la cantidad de aristas que involucra (igualdad formal “vs.” igualdad material; la relación de la igualdad con la discriminación; igualdad y derechos humanos; igualdad y género; igualdad de oportunidades; igualdad y derechos económicos y sociales; entre tantos otros). Antes bien, aquí resultará suficiente con el concepto más tradicional de la igualdad: la del ciudadano ante la ley, bien plasmada por las palabras de Haro ya citadas.

Dicho esto, planteemos la siguiente hipótesis. Partimos de la base de que la ley 26.944 se aplica a la responsabilidad del Estado nacional, quedando en la esfera de cada jurisdicción el dictado de la norma local que regule la responsabilidad del Estado provincial o –en su caso– la adhesión a la ley nacional, invitación que se realiza en su art. 11. Supondremos, por ejemplo, que la provincia “A” toma disposiciones similares a las volcadas en el Anteproyecto, es decir, las pautas que imperaron a lo largo de la evolución jurisprudencial de la Corte en la materia. Ahora bien, la ley de la provincia “B” excluye la indemnización por daño moral, tanto en el ámbito de la responsabilidad por acto ilícito como en aquella por actividad legítima. A su vez, la provincia “C” exige una relación de causalidad inmediata y exclusiva entre el perjuicio y la acción u omisión que se reputa dañosa; la jurisdicción “D” no contempla la responsabilidad estatal por omisión; “E” lo hace, pero establece indemnizaciones tarifadas; “F” exige la

culpa o dolo del agente como factor de atribución de responsabilidad, a diferencia de la falta de servicio... y así sucesivamente, con todas las variantes imaginables.

No cuesta advertir el caos al que se arriba en una hipótesis semejante (a la que el Proyecto y la ley 26.944 dan lugar). En efecto, quien se traslade a otra provincia, estará abarcado –en el supuesto en que sufra un daño– por la legislación local de esa jurisdicción, probablemente desconocida y seguramente diferente en cuanto a sus requisitos y características. Esto sería previsible, por ejemplo, en los Estados Unidos, donde cada una de las jurisdicciones se da su propia legislación de fondo; mas sería absolutamente imprevisible y anti-intuitivo para un ciudadano argentino, acostumbrado a un federalismo mucho más atenuado, que cuenta (en principio) con la seguridad de que el derecho civil, el derecho comercial, el derecho penal, el derecho concursal, etcétera, en todo aquello en lo que se encuentra contenido en los Códigos de fondo, son normados únicamente por el Congreso Nacional y se aplican de manera uniforme en toda la Nación.

Y a las ya perniciosas inseguridad jurídica e imprevisibilidad, corrosivas para cualquier Estado de Derecho, se suma el aspecto que aquí analizamos específicamente: la violación de la garantía de igualdad ante la ley, que surge del art. 16 de la Norma Fundamental. Es claro que la proliferación de diversas legislaciones provinciales en la materia supondrá distintas categorías de damnificados por el Estado: en una provincia el derecho a reparación será amplio, mientras que en otra será exiguo, o en otra tendrá otras particularidades... habrá, si se quiere, “damnificados de primera” y “damnificados de segunda”. La reparación de daños y perjuicios, los cause quien los cause, consiste –insistimos– en una cuestión de derecho común o de fondo, que en nuestro país debe regularse de manera uniforme por la legislatura nacional. No sólo en razón del reparto de competencias en el federalismo argentino, sino también por la garantía de igualdad ante la ley. Esa y no otra es la solución que se desprende de nuestra Constitución Nacional.

c. El derecho de propiedad

Finalmente, consideramos que la garantía de inviolabilidad de la propiedad, consagrada en el art. 17 de la Norma Fundamental, resulta directamente vulnerada cuando en la solución del caso (por aplicación de la legislación correspondiente) se afecta el derecho a obtener una reparación por los daños y perjuicios injustamente sufridos por acciones u omisiones estatales.

Por supuesto, este argumento podría esgrimirse respecto de cualquier legislación provincial que fuera irrazonablemente restrictiva en algún aspecto de la configuración de la responsabilidad (monto, rubros indemnizables, requisitos o características exigidas para la procedencia de la condena, etcétera). Sin embargo, la misma ley nacional contiene, como ya hemos estudiado, varias disposiciones inaceptables en la medida en que restringen el deber estatal de resarcir cuando así corresponde y el correlativo derecho de los administrados a obtener indemnización por el daño experimentado. ¿Pueden válidamente eliminarse

las astreintes contra el Estado, dando lugar en la práctica a que –en numerosos casos– el cumplimiento de una resolución condenatoria por aquél resulte meramente potestativa? No. ¿Puede legítimamente eliminarse la viabilidad del reclamo por daño extrapatrimonial o moral? No. ¿Puede sensatamente exigirse la relación de causalidad “directa, inmediata y exclusiva” entre la actividad estatal y el daño en el campo de la responsabilidad por actividad lícita? No. ¿Puede el Estado eximirse sin más de responder por el hecho de haber concesionado un servicio público cuyo funcionamiento debe garantizar? Desde luego que no. Y la respuesta negativa que se impone en todos los casos, también se fundan en que estas soluciones de la ley 26.944 frustran el derecho constitucional de inviolabilidad de la propiedad.

Asimismo, vale recordar que en el fallo “Aquino”²⁶ la Corte reconoció la jerarquía constitucional (arg. arg. 19, Constitución Nacional) del principio según el cual, conculcado el deber genérico de no dañar a otros, debe repararse integralmente el menoscabo causado: “el art. 19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero": *alterum non laedere*, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación” (consid. 3º). Por cierto, también aquí se trataba de un precepto normativo –el art. 39, inc. 1 de la ley 24.557 de riesgos de trabajo– que limitaba palmariamente la responsabilidad por daños de ciertos sujetos –en la especie, los empleadores–.

VI. Reflexiones finales

Para resumir el camino recorrido a lo largo del trabajo: hemos tomado un tema de gran relevancia, como lo es la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino. Repasamos su evolución durante años en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ante la ausencia de normas en la materia, se ocupó de ir delineando sus particularidades y características. Vimos como tales nociones fueron sanamente receptadas en el Anteproyecto, y en adelante, asistimos a la degradación que supuso el Proyecto modificado por el Poder Ejecutivo Nacional (cuyos argumentos examinamos y rebatimos) y –peor aún– la flamante ley 26.944, con disposiciones que oscilan entre lo incompleto, lo incorrecto y lo alarmante. Finalmente, estudiamos tres aspectos constitucionales básicos que la norma hoy vigente conculca: reparto de competencias en la forma federal de gobierno, igualdad ante la ley e inviolabilidad de la propiedad.

Ante este panorama, y claramente manifestada nuestra posición, sólo habremos de agregar que será la realidad misma del tiempo por venir la que diga hasta qué punto serán sostenibles en la práctica las disposiciones de la norma que criticamos. Acaso quepa, en algún momento, una modificación o reforma – así sea parcial– de la ley 26.944. Quizá los jueces, conscientes de la iniquidad y aun inconstitucionalidad de varios de sus preceptos, terminen por no darles valor en cada caso concreto. O también es posible, tal vez hasta probable, que el pueblo argentino termine acostumbrándose a la injusticia en este ámbito, como lo ha hecho lamentablemente en otros. Esperemos que no pase esto último.

Bibliografía

- AGOGLIA, M., BORAGINA, J. y MEZA, J. (1993) *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. Buenos Aires, Hammurabi, 1993.
- ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (2007) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA (1982) *Curso de obligaciones*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.
- BALBIN, C. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BASTONS, J. (2012) “Algunos comentarios y conjeturas sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el derecho argentino”. En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 2012, 407, 113-120.
- BENINI, G. (2014) “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en la Argentina. A propósito del Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo tendiente a regularla”. En *elDial.com*, cita online DC1C32.
- BIANCHI, A. (1992) “Un fallo sobre derecho de réplica que pone en mora al Congreso”. En *El Derecho*, 1992, 148, 339-347.
- BIDART CAMPOS, G. (1996) *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Ediar, 2001.
- BRODSKY, J., DONATO BRUN, E. y PETRINELLI, L. (2014) “La responsabilidad extracontractual del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: un atajo hacia la irresponsabilidad estatal”. En *Doctrina Judicial*, La Ley, 2014, 26, 93-99.
- CALVO COSTA, C. (2009) *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- CAPÓN FILAS, R. (2014) “Reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad estatal previstos en la ley 26.944”. En *elDial.com*, cita online DC1D3F.
- CASSAGNE, J. (1977) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.
- — (2012), “La responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”. En *Diario La Ley*, Buenos Aires, 1/12/2012, 1-3.

²⁶ Fallos, 327:3753

CUADROS, O. (2013) “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial”. En *Doctrina Judicial*, La Ley Gran Cuyo, 2013, febrero, 1-5.

GARAVENTA, C. (2013) “Los cambios en el Código Civil ¿implican la irresponsabilidad del Estado?” en *Infojus*, ID: DACF130337. Consultado en línea <http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130337-garaventa-cambios_en_codigo_civil.htm> el 19 de septiembre de 2014.

GONZALEZ PONDAL, T. (2008), “La responsabilidad del Estado por sus hechos omisivos”. En *La Ley*, 2008-A., 1081-1089.

GORDILLO, A. (1977), *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

HARO, R. (1987) *Constitución, gobierno y democracia*. Córdoba, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1987.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, R. (1995), comentario al art. 666 bis del Código Civil de la Nación en BUERES, A. (dir.) y HIGHTON, E. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

LLAMBÍAS, J. (1963) y RAFFO BENEGAS, P. (actualizador), *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

LÓPEZ MESA, M. (1998) “La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (análisis de las jurisprudencias francesa, española y argentina actual). En *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1998, 10, 27-29.

MARIENHOFF, M. (1965) *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

MAZEAUD, H. y CHABAS, F. (1941) *Leçons de droit civil. Obligations*. Paris, Hachette, 1991.

MAZEAUD, H. y TUNC, A. (1977) *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ejea, 1977.

MOONEY, A. (1995) *Derecho Constitucional*. Córdoba, Atenea, 1995.

MOSSET ITURRASPE, J. (2012) “Transporte ferroviario. Responsabilidad de la Empresa concesionaria y del Estado concedente. Las obligaciones de contralor y vigilancia. El artículo 42 de la Constitución Nacional”. En *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2012, 1, 9-22.

- NICOLAU, N. (2007), "Responsabilidad del Estado por el obrar irregular de sus funcionarios". En *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, 2007, I, 167-173.
- PERRINO, P. (2009) "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante". En *Jurisprudencia Argentina*, 2009-IV, 1241-1253.
- PIAGGIO, L. (2012) "La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial". En *El Derecho*, 2012, 249, 602-616.
- PIZARRO, R. (1995), comentario al art. 43 del Código Civil de la Nación en BUERES, A. (dir.) y HIGHTON, E. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 1995.
- — (2013) "La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012". En *Diario La Ley*, Buenos Aires, 16/09/2013, publicado en *Diario La Ley* del 16 de septiembre de 2013, 1-3.
- PIZARRO, R. y VALLESPINOS, C. (1999) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires, Hammurabi, 2012.
- RAMELLA, P. (1982) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1982.
- SABSAY, D. y ONAINDIA, J. (1994) *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. Buenos Aires, Errepar, 2004.
- TONELLI, P. y OYHANARTE (h.) Martín (2013), "Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código". En *Diario La Ley*, Buenos Aires, 15/03/2013, 1-3.