



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**MARCOS REGULATORIOS VIGENTES SOBRE LA
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA
REPÚBLICA ARGENTINA**

Autor: Lucía Belén de los Heros

Legajo: 28.139

Mentor: Nicolás Eliashev

Victoria, diciembre de 2020

A mi familia por su paciencia, confianza y por nunca dudar,

A mi mamá por su apoyo incondicional,

A mis amigos por siempre estar,

A Nicolás Eliashev por sus consejos,

A la Universidad y mis profesores por mi formación,

A mi donante por posibilitar mi educación,

A todos los que me ayudaron de una y mil formas,

Simplymente, gracias.

Universidad de
San Andrés

Resumen

El presente trabajo analiza el régimen vigente de responsabilidad del Estado en la República Argentina. Así, en primer lugar, se realiza una breve reseña histórica de la jurisprudencia y doctrina sobre la responsabilidad del Estado en la Argentina, con el fin de determinar su estado previo a la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional N°26.944.

En segundo lugar, se realiza un análisis detallado de la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional, para luego, y, en tercer lugar, compararla con la Ley de Responsabilidad del Estado de Mendoza.

Finalmente, se analiza el caso de las provincias que no han adherido a la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional, ni tampoco han sancionado su propia ley. En este sentido, se presentan tres posibles cursos de acción: (i) declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial, que prohíben la aplicación directa y subsidiaria del Código para casos de responsabilidad del Estado; (ii) aplicar por analogía el Código Civil y Comercial, y (iii) aplicar por analogía la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional.

Palabras claves: responsabilidad del Estado; laguna normativa; analogía; ley de responsabilidad del Estado.

Índice

Introducción	5
I. Responsabilidad del Estado antes de la sanción de la LREN	9
II. Regulación existente sobre la responsabilidad del Estado.....	11
A. Ley Nacional de Responsabilidad del Estado N°26.944.....	11
1. Responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad legítima e ilegítima: presupuestos	12
2. Responsabilidad contractual del Estado	13
3. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por sus concesionarios o contratistas.....	13
4. Acción de reparación.....	14
5. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los funcionarios y agentes públicos	15
6. Evaluación de la LREN.....	15
B. Ley de Responsabilidad del Estado de Mendoza N°8.968	16
1. Responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad legítima e ilegítima: presupuestos	17
2. Responsabilidad contractual del Estado	19
3. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por sus concesionarios o contratistas.....	19
4. Acción de reparación.....	21
5. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los funcionarios y agentes públicos	21
C. Silencio legislativo provincial.....	22
1. Declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1764 a 1766 del CCyC.....	24
2. Aplicación por analogía del CCyC	26
3. Aplicación por analogía de la LREN.....	28
Conclusión.....	31
Bibliografía.....	33

Introducción

En nuestro derecho interno, el Estado puede ser responsable patrimonialmente por los daños que genera su acción u omisión, ya sea con fundamento en el derecho civil o en el derecho administrativo. Con relación a la responsabilidad civil, esta tiene lugar cuando el Estado actúa en el campo del derecho privado en igualdad de condiciones que los particulares. En cambio, el Estado puede ser responsable con base al derecho administrativo cuando su actuación es en ejercicio o en ocasión de su función administrativa.

Ahora bien, ¿de dónde surge la responsabilidad del Estado? ¿Cuáles son sus fundamentos? La doctrina argentina, aunque con algunas diferencias, sostiene que la obligación de reparar a cargo del Estado encuentra sustento en nuestra Carta Magna.

En este sentido, Gelli diferencia entre el fundamento de la responsabilidad del Estado por actividad legítima y la responsabilidad por actividad o inactividad ilegítima. El sustento del primer tipo de responsabilidad surgiría de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional (CN), que consagran la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad, respectivamente. El segundo tipo de responsabilidad encontraría sustento en el artículo primero de la CN que establece la forma republicana de gobierno, y de esta manera la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, como también en el artículo 28 de la CN (Gelli 2014).

Fiorini, por su parte, ha sostenido que el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en los artículos 116 y 16 de la CN, que consagran los principios de demandabilidad del Estado –lo que supondría su responsabilidad– y de igualdad ante la ley. A su vez, el autor entiende que en los artículos 17, 18, 19 y 28 de la CN, junto con el Preámbulo de la CN, se encontraría implícita y expresa la responsabilidad del Estado (Fiorini 1968).

Otros autores como Reiriz (1996) y Rosatti (2014) comparten estas dos interpretaciones y entienden que los artículos 4, 14 a 20, 28, 29 y 33 de la CN serían los fundamentos de este instituto.

Cassagne, en cambio, entiende que el único basamento para la responsabilidad del Estado es el principio general del derecho público consistente en la igualdad ante las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la CN. En este sentido, el autor sostiene que de dicho principio

se desprende que “toda lesión o daño provocado por la actuación extracontractual del Estado debe ser reparado, en función de la naturaleza de la actividad, el desequilibrio producido y los intereses de la comunidad” (Cassagne 2006, 472 y 473).

Ahora bien, todas estas posturas podrían resumirse en la doctrina de Marienhoff, quien establece que la responsabilidad del Estado encuentra su fundamento en el “Estado de derecho”. Ya que este no reconoce poderes jurídicos absolutos e ilimitados a favor de aquél, los conceptos de “Estado de derecho” y “responsabilidad” serían conceptos correlativos (Marienhoff 2008).

De igual manera, la Corte Suprema ha entendido en diversos casos que el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en razones de justicia y equidad, y en la inviolabilidad de la propiedad privada (arts. 14 y 17 de la CN).¹

Con todo, cabe destacar que la responsabilidad del Estado no fue regulada por una ley orgánica y específica hasta el 2014. De esta manera, el 7 de agosto de 2014 entró en vigencia la Ley N° 26.944 (en adelante, “LREN”),² la cual reguló la responsabilidad del Estado Nacional. Así, después de años de aplicación jurisprudencial del Código Civil para casos de responsabilidad del Estado, tanto nacional como provincial, el Congreso sancionó una ley que, en tan sólo diez artículos, regula la responsabilidad del Estado Nacional y procura saldar diversas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

La LREN, a su vez, invita en su artículo once a que las provincias, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, adhieran a la normativa. Sin embargo, desde su sanción, sólo tres provincias han adherido a la LREN, y tan solo cuatro provincias, más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han sancionado su propia ley de responsabilidad del Estado. En consecuencia, actualmente 16 provincias presentan una laguna normativa respecto a la responsabilidad del Estado, lo cual genera una gran inseguridad jurídica para todas las personas que puedan sufrir daños por parte del Estado.

¹ Fallos 111:339, 195:66 y 293:617, 312:1656, 315:1892, 320:113, entre otros.

² Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/233216/norma.htm>

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación existente en la República Argentina sobre la responsabilidad del Estado a partir de la sanción de la LREN.

Para ello, en primer lugar, se realizará una breve reseña histórica de la jurisprudencia y doctrina sobre la responsabilidad del Estado en la Argentina, con el fin de determinar su estado previo a la sanción de la LREN, es decir, previo a una reglamentación específica de responsabilidad del Estado. De esta manera, se analizarán dos ejes centrales: 1) la aplicación subsidiaria o analógica de las normas de derecho común para la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN” o la “Corte”); y 2) la discusión doctrinaria en torno a qué rama del derecho pertenece la responsabilidad del Estado (civil o pública).

En segundo lugar, se analizará la LREN bajo cinco ejes: 1) responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad legítima e ilegítima; 2) responsabilidad contractual del Estado; 3) responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por sus concesionarios o contratistas; 4) acción de reparación, y 5) responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los funcionarios y agentes públicos.

En tercer lugar, se analizará a modo ejemplificativo una ley de responsabilidad del Estado provincial. En este sentido, se analizará bajo los mismos cinco ejes la Ley de Responsabilidad del Estado N°8.968 de la provincia de Mendoza. De esta manera, se comparará la ley provincial y la LREN, para destacar las diferencias entre las dos leyes y realizar un análisis crítico de las normas.

Finalmente, se analizará el supuesto de que no se haya sancionado ninguna norma sobre la responsabilidad del estado. En este sentido, se analizarán los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial (en adelante, “CCyC”), por un lado, y luego se presentarán tres posibles soluciones para los casos de lagunas normativas: que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1764 a 1766 del CCyC y se aplique dicha normativa, que se aplique por analogía el CCyC, o que se aplique por analogía la LREN.

Como conclusión, se demostrará que la solución que deberían adoptar las provincias que tengan una laguna normativa es la de la aplicación analógica del CCyC, por resultar la más acorde a la doctrina de la CSJN y a la lectura de los artículos 1764 a 1766 del CCyC.

De esta manera, se intentará responder al interrogante de cómo responde el Estado frente a un daño ocasionado a una persona, dependiendo de la jurisdicción en donde ocurra el daño y qué norma se aplique.



Universidad de
San Andrés

I. Responsabilidad del Estado antes de la sanción de la LREN

Hasta la sanción de la LREN, no había leyes especiales nacionales o provinciales que legislaran de modo específico e integral sobre la responsabilidad del Estado. En particular, respecto de la responsabilidad extracontractual.

Tal como explica Lagarde (2015), existían leyes especiales de responsabilidad del Estado, como por ejemplo leyes regulatorias de las expropiaciones. Sin embargo, frente a la ausencia de una normativa integral para los casos de responsabilidad del Estado nacional o provincial, se acudía al único cuerpo normativo que traía alguna disposición vinculada con el tema: el Código Civil (en adelante, “CC”) entonces vigente.

Ahora bien, cabe preguntarse si la aplicación que hacía la CSJN del CC en los casos de responsabilidad del Estado consistía en un reconocimiento de la naturaleza civil de la responsabilidad del Estado, y por tanto propia del legislador nacional, o si, por el contrario, se acudía a dicha norma ante la falta de disposiciones específicas de derecho público nacional y provincial que regularan el tema.

Respecto de ello, la CSJN se pronunció por primera vez en el fallo “Ferrocarril Oeste” (1938). En la sentencia, la Corte aplicó la doctrina del Código Civil al considerar 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, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”*. Sin embargo, reconoce luego que *“si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernantes se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y equidad, debe tener también aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida”*.

De esta manera, la Corte reconoció en su oportunidad la aplicación del CC para los casos de responsabilidad del Estado hasta tanto se sancionaren leyes especiales al respecto. A su vez, la CSJN determinó que la responsabilidad del Estado es propia del derecho público, cuestión que, hasta la sanción de la LREN suscitaba discusiones entre los doctrinarios.

En adición, en “Barreto” (2006) la Corte manifestó 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 es resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional”*.

Siguiendo a Gaitán (2015) de ello se puede derivar que *“la responsabilidad del Estado se rige por reglas propias y especiales del derecho público, que es una materia que pertenece al campo del derecho administrativo, de carácter esencialmente local, y por ello adquiere autonomía con respecto a la responsabilidad civil”*.

Entonces, de los precedentes Ferrocarril Oeste y Barreto podemos concluir que, antes de la sanción de la LREN, eran de aplicación, por decisiones jurisprudenciales, los siguientes principios: 1) la responsabilidad del Estado es una materia propia del derecho público, en especial, del derecho administrativo; y 2) ante la ausencia de una regulación integral de la materia, se aplica el Código Civil. Ahora bien, la aplicación del CC postulada en tales precedentes, ¿era subsidiaria o analógica?

En primer lugar, cabe definir y distinguir, ante una determinada laguna del derecho, en qué consiste resolver tal vacío por aplicación analógica y por aplicación subsidiaria de una solución jurídica al caso no previsto. Comadira (2003, 14 y 15) puntualiza que la analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado. En otras palabras, la aplicación por vía de la analogía de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo conlleva la adaptación de las soluciones previstas en el CC con los principios y normas del derecho público (Perrino 2015). La aplicación subsidiaria, en cambio, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro.

Tal como explica Gaitán, la Corte ha admitido la aplicación analógica del CC respecto de las nulidades de los actos administrativos y sobre la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Se pueden citar como ejemplo los fallos “Ganadera Los Lagos” (1941), “O.C.A.” (1998) y “Laplacette” (1943). En este sentido, Gaitán explica que

“si bien (la CSJN) se manifestó favorable a la aplicación subsidiaria del Código Civil, lo cierto es que la “falta de servicio”- como factor de atribución- no es del derecho civil, sino

que es producto de una construcción pretoriana para endilgar responsabilidad al Estado. Por lo tanto, para resolver en esos casos, la CSJN aplicó el Código Civil analógicamente” (Gaitán 2015, 18).

De esta manera, previa a la sanción de la LREN, la responsabilidad del Estado era entendida por la Corte Suprema como una materia propia del derecho público y, por tanto, de potestad de las provincias. A su vez, frente a la falta de una normativa especial sobre la materia, debían aplicársele, por analogía, las normas del Código Civil.

II. Regulación existente sobre la responsabilidad del Estado

A. Ley Nacional de Responsabilidad del Estado N°26.944

La Ley Nacional N°26.944 de Responsabilidad del Estado fue sancionada el 2 de julio de 2014, y entró en vigencia el 7 de agosto del mismo año. Hasta la fecha, son tres las provincias que han adherido a la LREN: Santa Cruz, mediante Ley N°3.396 (publicada en el Boletín Oficial el 27 de noviembre de 2014),³ Santiago del Estero, mediante Ley N°7.179 (publicada en el Boletín Oficial el 17 de septiembre de 2015),⁴ y Catamarca, mediante Ley N°5.536 (publicada en el Boletín Oficial el 6 de julio de 2018).⁵

La LREN consiste en 10 artículos en los cuales se regula la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños que la actividad o inactividad de éste pueda ocasionar a los bienes o derechos de las personas. En este sentido, se entiende que queda comprendida la actividad e inactividad de los tres organismos del Estado, es decir, del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo.

De esta manera, la LREN define en su artículo primero que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa, y aclara que no se aplican las disposiciones del CCyC de manera directa ni subsidiaria. A su vez, determina que las sanciones pecuniarias disuasivas son improcedentes contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

³ Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/ley-responsabilidad-estado-adhesion-provincia-ley-responsabilidad-estado-adhesion-provincia-nv9781-2014-10-16/123456789-0abc-d18-79ti-lpsse dadevon>

⁴ Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/7179-local-santiago-estero-responsabilidad-estado-adhesion-n-ley-nacional-26944-lpg0007179-2015-09-14/123456789-0abc-defg-971-7000gvorpyel>

⁵ Disponible en: <https://portal.catamarca.gob.ar/media/boletin-oficial-uploads/Bol.54.pdf>

Esquemáticamente, se podrían dividir a los artículos restantes en cinco categorías: 1) presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad legítima e ilegítima; 2) responsabilidad contractual del Estado; 3) responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por sus concesionarios o contratistas; 4) acción de reparación, y 5) responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los funcionarios y agentes públicos. Tales categorías se resumen a continuación.

1. Responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad legítima e ilegítima: presupuestos

Los presupuestos de responsabilidad en la LREN son, a grandes rasgos, los daños ocasionados por el obrar ilícito del Estado, y por el obrar lícito.

Siguiendo el artículo 3 de la ley, son requisitos para la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima la existencia de un daño cierto debidamente acreditado por quien lo convoca y mensurable en dinero; la imputabilidad material de la actividad o inactividad al Estado; una relación de causalidad adecuada entre el daño y la actividad o inactividad, y una falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado (sólo cuando hay inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado).

En comparación con los requisitos para la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, los requisitos para la responsabilidad del Estado por actividad legítima resultan más estrictos. Prueba de ello es que la relación de causalidad entre el daño y la actividad o inactividad deja de ser adecuada, y pasa a ser directa, inmediata y exclusiva. A su vez, se insertan dos elementos nuevos para que se configure la responsabilidad: la ausencia del deber jurídico de soportar el daño y el sacrificio especial de la persona dañada.

Respecto al deber jurídico de soportar el daño, Comadira (2002) explica que la obligación o no de soportar la conducta dañosa 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. En este sentido, el daño se deberá indemnizar si, 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, en virtud del artículo 16 de la CN.⁶

Por otro lado, el artículo 5 de la ley establece que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es excepcional, y la indemnización sólo comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad. Es decir, no se toman en cuenta características personales, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Ahora bien, respecto al lucro cesante, tal como explican Giglio y De kemmeter (2015), históricamente ha habido discrepancias en la doctrina y jurisprudencia respecto a su inclusión o no en la cuenta indemnizatoria. Por un lado, quienes incluían al lucro cesante dentro de este campo de la responsabilidad del Estado por actos lícitos, sustentaban su postura en el derecho constitucional a la reparación integral. Por otro lado, quienes consideraban improcedente incluir el lucro cesante cuando el daño proviene de una actividad legítima de la administración, argüían la fuerza expansiva de los principios de la ley de expropiación dentro del derecho público. En este sentido, la LREN es clara y opta por la exclusión del lucro cesante de la cuenta indemnizatoria.

2. Responsabilidad contractual del Estado

Según el artículo 10, la responsabilidad contractual se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica la LREN en forma supletoria. Además, dispone que las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.

3. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por sus concesionarios o contratistas

El artículo 6 de la ley dispone 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.

⁶ El artículo 16 de la CN establece el principio de igualdad como base de las cargas públicas.

Tal como sostienen Giglio y De kemmeter, “la irresponsabilidad del Estado por la actividad del concesionario ha sido la regla imperante en nuestro derecho, siendo receptada en la generalidad de los marcos regulatorios de los servicios públicos” (2015, 13). De esta manera, el concedente, licenciante o titular del servicio jamás debe responder por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario en la explotación del servicio.

Sin embargo, tal como sostienen los autores, parecería razonable que este deslinde de responsabilidad entre el Estado y el gerenciador del servicio esté limitado a que no se afecte el derecho del damnificado a obtener una reparación integral en caso de insolvencia de la empresa explotadora.

4. Acción de reparación

El artículo 2 de la ley dispone que el Estado se exime de responsabilidad 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, y 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 del CCyC; se trata de “causas ajenas” que rompen el nexo causal entre el obrar del Estado y el daño sufrido por la víctima. Sin embargo, con relación al hecho de un tercero, la LREN sí difiere del CCyC. Esto porque el artículo 1731 del Código establece que “*Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito*”⁷. De esta manera, surge que el hecho de un tercero en el CCyC debe ser de carácter imprevisible o inevitable. En contraposición, según el artículo 2 de la LREN, basta con que pueda atribuirse el daño al hecho de un tercero para determinar la irresponsabilidad del Estado.

Por su parte, el artículo 8 establece que el interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

⁷Artículo 1731, Código Civil y Comercial de la Nación.

A su vez, el artículo 7 dispone que el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

5. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los funcionarios y agentes públicos

El artículo 9 de la ley establece que la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen, y que la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

De esta manera, a diferencia de la responsabilidad por la actividad e inactividad legítima o ilegítima cuyo factor de atribución es objetivo, el factor de atribución de responsabilidad por la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos es subjetivo.

6. Evaluación de la LREN

La Ley Nacional de Responsabilidad del Estado, tal como explican Giglio y De kemmeter, se limitó a aceptar la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sobre responsabilidad del Estado, y dejó muchos supuestos sin regular y otros sujetos a requisitos estrictos. Es más, los autores afirman que *“El sistema de responsabilidad del Estado en la Ley N°26.944 resulta claramente insuficiente para abordar toda la problemática del derecho de daños”* (2015, 17). Esto resulta sumamente negativo para los damnificados, ya que los deja en un estado de incertidumbre respecto a cómo responderá el Estado en supuestos no previstos en la normativa nacional.

Es por ello que resulta necesario preguntarse qué sucede cuando el Estado produce un daño a los bienes o derechos de los particulares, y estos no están previstos en la LREN.

Al respecto, Sammartino (2015) sintetiza las consecuencias del sistema legal de la LREN de la siguiente manera: 1) las normas del CCyC no son aplicables de manera directa ni

subsidiaria a la responsabilidad del Estado (arts. 1° LREN y 1764 CCyC); 2) en supuestos que no estén regulados por la LREN, corresponde, en primer lugar, recurrir a las leyes análogas de derecho administrativo (conforme art. 2° CCyC); 3) frente a la ausencia de una solución normativa singularizada en la LREN como en otras normas de derecho administrativo, se podrá emplear, sólo por vía analógica, las normas del derecho privado (conforme arts. 1° LREN y 1764 CCyC); 4) las normas civiles se deberán adaptar al régimen legal vigente (a la LREN) y a los principios que lo sustenta; 5) la analogía resulta improcedente cuando la propia Ley N° 26.944 regula directamente los hechos que son materia del caso o en cuestiones que la propia ley prohíbe.

En síntesis, en el caso de la responsabilidad del Estado Nacional, cuando nos encontramos frente a un silencio legislativo se aplica por vía de la analogía la normativa del CCyC, debiéndose hacer la aplicación de la norma de derecho privado en función de la especificidad del sistema integrado (LREN), lo cual conlleva una cuidadosa elaboración que no desvirtúe ni desnaturalice los ejes rectores y fines que inspiran el esquema sistemático de ordenación consagrado por el legislador.

B. Ley de Responsabilidad del Estado de Mendoza N°8.968

La Ley de Responsabilidad del Estado de Mendoza N°8.968 (en adelante, “LREM”)⁸ fue sancionada por la legislatura de Mendoza el 9 de mayo de 2017, y entró en vigencia el 11 de mayo del mismo año. Más extensa que la LREN, abarca más supuestos de responsabilidad, y realiza ciertos cambios e incorporaciones con respecto a la ley nacional.

Principalmente, un gran cambio entre la LREM y la LREN es que la primera incorpora para su interpretación normas ajenas al derecho público, como lo es el CCyC, en contraposición con la LREN, que en su artículo primero establece que las disposiciones del CCyC no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La LREM, por su parte, dispone en su artículo segundo que

“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, los principios que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los

⁸ Disponible en: <http://www.igs.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/42/2017/12/LEY-8968.pdf>

demás principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. A falta de previsiones legislativas específicas, la solución análoga debe buscarse primero en el ámbito del derecho público y administrativo. La costumbre puede ser admitida como fuente de derechos personales o colectivos (...)”.

Dicha incorporación está presente a lo largo de la ley en reiteradas ocasiones. En especial, en el Título II destinado a supuestos especiales de responsabilidad, compuesto por 5 artículos. En dicho apartado se regula: 1) la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas; 2) los daños ocasionados por concesionarios o contratistas; 3) la responsabilidad de los establecimientos educativos; 4) la responsabilidad por la prestación directa de servicios públicos, y 5) la responsabilidad personal del funcionario o agente público.

Si bien estos artículos serán analizados en breve, vale aclarar que el artículo sobre la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa es una adaptación de los artículos 1757 y 1758 del CCyC. A su vez, la LREM remite al artículo 1767 del Código sobre responsabilidad de los establecimientos educativos para el caso en el que el Estado sea titular de un establecimiento educativo.

A continuación, procederemos a analizar la LREM utilizando los cinco ejes presentados en el apartado anterior, con el fin de facilitar su comparación.

1. Responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad legítima e ilegítima: presupuestos

El artículo 7 de la LREM determina los requisitos para la responsabilidad del Estado por su actividad o inactividad ilegítima. Aunque muy similar al artículo 3 de la LREN, presenta dos grandes diferencias.

En primer lugar, excluye el requisito de que el daño deba ser mensurable en dinero. De esta manera, es necesario únicamente que el daño sea debidamente acreditado.

En segundo lugar, respecto a la falta de servicio, el artículo 3 de la LREN dispone que es requisito para la responsabilidad del Estado la *“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” (el resaltado nos pertenece).

El artículo 7 de la LREM dispone, por su parte, que es requisito la *“falta de servicio, consistente en una violación o anormalidad frente a las obligaciones del funcionamiento regular de la Administración Pública. Para calificar la falta de servicio, se deberá tener en cuenta: 1) la naturaleza de la actividad; 2) los medios de que dispone el servicio; 3) el vínculo que une a la víctima con el servicio; y, 4) el grado de previsibilidad del daño”.*

Continúa el artículo 8 de la LREM y dispone *“Falta de servicio por omisión. La omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de una obligación de actuación determinada normativamente y de manera expresa; o de deberes indeterminados, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativa o cuantitativamente; b) Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar”* (el resaltado nos pertenece).

De esta manera, la LREM introduce dos nuevas cuestiones al requisito de la falta de servicio: los elementos a tener en cuenta para calificar la falta de servicio, y la omisión de deberes indeterminados.

Sobre el primer elemento, resulta necesario felicitar la decisión de la legislatura mendocina. El artículo en cuestión genera un nivel de previsibilidad y seguridad jurídica relevante tanto para los individuos como para el Estado.

Con relación a la regulación de falta de servicio por omisión, esta resulta mucho más amplia que la de la LREN. Esto porque admite la omisión, bajo ciertas circunstancias, de deberes indeterminados. En consecuencia, el Estado resulta responsable y obligado a resarcir en muchos más casos que los previstos por la LREN.

Por otro lado, la LREM incorpora un artículo sobre la reparación de los daños causados por la actividad ilegítima del Estado, norma inexistente en la LREN. De esta manera, en su artículo 5 establece: *“La reparación del daño debe ser plena, de conformidad a lo previsto por el artículo 1740 del CCyC, salvo las limitaciones que establece esta ley, que surjan de*

leyes especiales o resulten razonables de conformidad a los principios de atenuación de la responsabilidad previstos por el artículo 1742 del CCyC”.

Ahora bien, respecto a los requisitos para la responsabilidad del Estado por actividades legítimas, en la LREM estos son prácticamente iguales que en la LREN. La única modificación se presenta respecto del primer requisito, que elimina la cuestión de que el daño debe ser mensurable en dinero.

Sin embargo, respecto al alcance de la reparación por los daños causados por actividades legítimas del Estado, la LREM, en su artículo 10, si bien mantiene la idea principal de que no se tomen en consideración circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas, incorpora la circunstancia por la que eventualmente el Juez pueda fijar los rubros de vida, salud e integridad física. Resulta, entonces, que bajo ciertos supuestos, la reparación de los daños en Mendoza es más amplia que en la Nación, ya que abarca mayores rubros que los establecidos en la LREN.

2. Responsabilidad contractual del Estado

El artículo 17 de la LREM comienza, tal como el artículo 10 de la LREN, otorgándole competencia sobre la responsabilidad contractual del Estado a las normas específicas.

Sin embargo, frente a la ausencia de dichas normas, en contraposición con la LREN, establece que *“se aplican analógicamente las disposiciones que guarden mayor semejanza con el caso no previsto en aquellas, sean del derecho público local, del federal o del derecho común”*.

3. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por sus concesionarios o contratistas

La LREM regula en su artículo 13 la responsabilidad del Estado por los daños que puedan ocasionar sus concesionarios o contratistas.

Si bien a primera vista resulta muy similar al artículo 6 de la LREN debido a que exime de responsabilidad al Estado por los daños ocasionados por los concesionarios de servicios

públicos o contratistas del Estado a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, el artículo 13 omite eximir de responsabilidad subsidiaria al Estado.

Podríamos plantear, entonces, que, bajo el régimen de responsabilidad mendocino, el Estado debe responder de manera subsidiaria por los daños causados por sus concesionarios o contratistas.

Sin embargo, esto resultaría erróneo ya que el artículo de la LREM parte de una premisa general: el Estado no responde por los daños causados por los concesionarios o contratistas cuando estos no sean imputables a un funcionario o agente público. Entonces, sería innecesaria una especificación tal como “ni aun en forma subsidiaria”, como la que presenta la LREN, ya que esto ya se vería incluido dentro de la premisa general.

En síntesis, parecería que ambas normas son iguales en su espíritu y fin: ambas eximen completamente al Estado de responder por los daños ocasionados por los concesionarios y contratistas cuando este fuere imputable a la función encomendada.

En este sentido, es necesario plantearse por qué ambas normas sostienen la irresponsabilidad del Estado por los daños ocasionados por los concesionarios o contratistas. Sala (Sala 2016) introduce tres razones para sostener dicho principio.

El primer argumento para excluir de responsabilidad al Estado es que el concesionario es una persona distinta del Estado. No es un órgano ni un ente administrativo, es decir, no pertenece a la Administración Pública.

El segundo es que el concesionario actúa por su propia cuenta y riesgo, y dentro de ese riesgo que incumbe a cualquier empresa inserta en el mercado se encuentran los eventuales perjuicios a indemnizar.

Por último, subyace la idea de desconectar al Estado de todo riesgo empresarial, disminuir gastos y responsabilidad económica, lo que tiene su correlato en la exclusión de responsabilidad por hechos, actos u omisiones de los concesionarios.

4. Acción de reparación

El artículo 3 de la LREM reproduce el artículo 2 de la LREN, e introduce un elemento más: la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquél no deba responder.

Con relación a la naturaleza accesoria de la responsabilidad, esta permanece igual que en la LREN. Sin embargo, la regla de prescripción de la acción de reclamación al Estado por responsabilidad extracontractual se rige de manera distinta.

Tal como se explicó previamente, la LREN establece que el plazo para demandar al Estado es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita. En cambio, en la LREM el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual y su cómputo se rigen por las reglas establecidas en el CCyC. Además, la reclamación administrativa voluntaria previa interrumpe el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual prevista en la ley, que se reiniciará a partir del acto administrativo firme que la deniegue (artículo 4).

5. Responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los funcionarios y agentes públicos

El artículo 16 de la LREM establece que

“el funcionario o agente público es responsable por los daños causados a los particulares por la culpa grave o dolo en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o agente público y del Estado son concurrentes cuando aquellos hubieren obrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas; de lo contrario, sólo responderá el Estado frente a terceros”.

A su vez, el artículo dispone que la pretensión resarcitoria de los particulares contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres 3 años.

En la siguiente tabla se compara la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los funcionarios y agentes públicos en la LREN y LREM.

	LREN	LREM
Cuándo es responsable el funcionario o agente público.	Cuando cumplieren sus obligaciones legales de manera irregular, incurriendo en culpa o dolo.	Por culpa grave o dolo en el ejercicio de su cargo.
Cómo es responsable el Estado.	Responde solidariamente con el funcionario o agente público.	Las responsabilidades del funcionario o agente público y del Estado son concurrentes cuando aquellos hubieren obrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas; de lo contrario, sólo responderá el Estado frente a terceros.
Prescripción.	3 años.	3 años.

C. Silencio legislativo provincial

En el apartado I, “Responsabilidad del Estado antes de la sanción de la LREN”, se introdujo una discusión doctrinaria saldada por la sanción de la LREN: a qué rama del derecho pertenece la responsabilidad del Estado. Tal como se explicó, la solución tomada por el legislador nacional, reflejo de la doctrina de la Corte, fue la del derecho público. En especial, del derecho administrativo. Como consecuencia, la responsabilidad del Estado es una materia propia de las provincias debido a que el derecho administrativo es local y, por ende, ajena a la competencia de la Nación.

En este sentido, el CCyC realiza una prohibición en sus artículos 1764 a 1766 de aplicar de manera directa o subsidiaria las disposiciones de responsabilidad civil del Código a la responsabilidad del Estado, que, según indica, pertenece al derecho administrativo. De esta prohibición se desprenden dos posibles lecturas.

Por un lado, están quienes interpretan que las provincias que para agosto de 2015 no generaron su propia ley (o no hayan adherido a la LREN), pueden haber pasado a ser

técnicamente irresponsables por los daños producidos. Esto porque la prohibición del CCyC imposibilitaría a las provincias con silencio legislativo a aplicar la normativa del Código.

Tal como explica García Pullés (2016), “*Esta referencia nos lleva a un problema de atribución constitucional de competencias federales y locales, porque esta interpretación resulta incompatible con la Ley Suprema*”. En efecto, las provincias no han delegado la facultad de establecer normas sobre responsabilidad del Estado a favor del gobierno federal, ni esta materia corresponde a las leyes consideradas por el artículo 75, inciso 12 de la CN, de modo que mal podría el Código Civil y Comercial vedar a las provincias su facultad de decidir si, en su ámbito, han de aplicar las disposiciones del Código Civil y Comercial, cuando justamente por aplicación de sus principios y normas de Derecho Administrativo local se remitiera a los preceptos del nuevo Código.

Es más, como sostiene Caparroz (2017), esta disposición ofrece como resultado la existencia de una laguna o carencia normológica en los casos en que las provincias no posean leyes especiales, situación que la mayoría de la doctrina soluciona aplicando el artículo 2 del CCyC.⁹ Afirma el autor: “dicho en otras palabras, se aplicarán exactamente las mismas normas de responsabilidad civil que se han prohibido aplicar, lo cual en rigor determina una infracción a reglas lógicas elementales, una *contradictio in terminis*” (2017. 4).

Por otro lado, los artículos 1764 a 1766 podrían ser interpretados simplemente como una exteriorización de la amplia doctrina de la CSJN. Como se explicó previamente, antes de la sanción de la LREN, la Corte entendió que, ante la ausencia de una normativa específica, se debían aplicar por analogía las disposiciones del CCyC. En este sentido, los artículos 1764 a 1766 no harían más que ratificar la posición de la Corte de prohibir la aplicación directa y subsidiaria de las normas del derecho privado para casos de responsabilidad del Estado, pero dejar abierta la posibilidad de una aplicación analógica.

Si bien ambas lecturas tienen sus puntos fuertes, parecería que la lectura correcta sería una intermedia. Así, podríamos pensar que, en el caso de que una provincia no haya regulado la responsabilidad del Estado, las disposiciones del CCyC podrán ser aplicadas por analogía sin

⁹ El artículo 2 del CCyC establece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

llevarse a cabo una *contradictio in terminis*, tal como afirma Caparroz. Empero, si una provincia previera la aplicación directa del Código Civil y Comercial en casos de responsabilidad del Estado, se podría plantear una extralimitación de las competencias del Congreso Nacional y pedir la declaración de inconstitucionalidad de los artículos en cuestión de la LREN y del CCyC en cuestión. Cabe destacar que la lectura propuesta es concordante con la interpretación que ha realizado la Corte respecto a la declaración de invalidez de una norma, ya que está por la validez de los artículos del CCyC.¹⁰

Ahora bien, luego de la sanción de la LREN en 2014, y de la reforma del CCyC en 2015, tres provincias han adherido a la ley nacional,¹¹ y cuatro, más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han sancionado su propia ley provincial de responsabilidad del estado.¹² Pero, ¿qué sucede con las otras 16 provincias que no se han decidido por alguna de estas dos opciones? ¿Cómo remedian los tribunales la existencia de esta laguna normativa?

Si bien hemos adelantado nuestra posición, a continuación, analizaremos tres posibles escenarios: 1) que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1764 a 1766 del CCyC; 2) que se aplique por analogía el CCyC y, 3) que se aplique por analogía la LREN.

1. Declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1764 a 1766 del CCyC

Gran parte de las provincias contienen en su Constitución provincial una disposición relativa a la responsabilidad del Estado.¹³ A los fines prácticos y a título de ejemplo, analizaremos la Constitución de la provincia de Santa Fe (CSF)¹⁴ para determinar la posible declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1764 a 1766 del CCyC que la provincia podría hacer.

La provincia de Santa Fe contiene en su dimensión normológica tanto normas de jerarquía constitucional como también infraconstitucional relativas a la responsabilidad del Estado. En el plano constitucional, nos encontramos con el artículo 6 (derecho implícito a la

¹⁰ La CSJN ha entendido que la invalidez de una norma es siempre la última ratio de la interpretación, a la que solo debe acudir cuando no exista alternativa de mantenerla dentro del sistema normativo pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre otros).

¹¹ Santiago del Estero, Catamarca y Santa Cruz.

¹² Entre Ríos, Mendoza, Río Negro y Chubut.

¹³ Este es el caso de la constitución de Jujuy, Salta, Chaco, La Rioja, San Juan, Misiones, Córdoba, San Luis, Neuquén y Tierra del Fuego.

¹⁴ Disponible en: <http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/203482/986161/>

“reparación”), el artículo 7 (defensa de derechos e intereses legítimos y otorgamiento expreso de directa operatividad al derecho constitucional a la reparación), el artículo 9 (responsabilidad por error judicial), el artículo 15 (expropiación), y el artículo 18 (responsabilidad del Estado y funcionarios por actos ilícitos).

En el plano infraconstitucional local, encontramos referencias en la Ley N° 7.234 (Defensa en juicio del Estado), la Ley N° 7534 (Expropiación), la Ley N° 7658 (Responsabilidad del Estado por error judicial) y el artículo 69 de la Ley N° 10.160 (T.O Dec. 46/98), el cual se toma habitualmente para la fundamentación de la atribución de competencia de los tribunales civiles colegiados que juzgan la responsabilidad extracontractual del Estado.

Para los efectos del análisis, nos concentraremos en analizar el artículo 18 de la CSF. Este dispone:

“En la esfera del derecho público, la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”.

Este artículo reenvía a las normas infraconstitucionales del derecho común (aquellas dictadas por el Congreso Nacional en ejercicio de sus funciones establecidas por el artículo 75 inciso 12 de la CN) que reglamentan el derecho constitucional a la reparación.

Siguiendo a Caparroz, en concordancia con el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 31 de la CN, y la forma de estado federal, debe concluirse que la “prohibición” de aplicabilidad del Capítulo 1, Título V del CCyC prevista en el art. 1764 de ese código y las normas de “reenvío” contenidas en los arts. 1765 y 1766 son inconstitucionales. Esto porque la norma constitucional-local de la Provincia (art. 18, CSF), fue sancionada en 1962 en pleno ejercicio de potestades de autonomía otorgadas por los arts. 5, 121, 122 y 123 de la CN. En otras palabras, la prohibición que hizo la legislatura nacional de aplicar el CCyC para los supuestos de responsabilidad del Estado supuso una arrogación a una materia propia de las provincias, y por tanto inconstitucional.

Según Caparroz, el Poder Judicial, entonces, debería resolver a través de la aplicación directa e inmediata de las “reglas” emergentes de la CN, los Tratados y los Principios de DD.HH. supranacionales. En dicho marco de contralor, los jueces podrían aplicar de forma directa e inmediata el CCyC, previa declaración, a pedido de parte, de la inconstitucionalidad e inconveniencia de la “prohibición” de aplicabilidad del Capítulo 1, Título V del CCyC prevista en el artículo 1764 de ese código y las normas de “reenvío” contenidas en los arts. 1765 y 1766, en concordancia con la previsión del art. 1 de la Ley N°26.944, por afectación del principio de supremacía constitucional (art. 31, CN) y la forma de estado federal.

Ahora bien, en caso de que la parte legitimada no haya pedido la declaración de inconstitucionalidad, los jueces podrían declararla de oficio, conforme la doctrina de la CSJN.

En este sentido, la Corte en el caso “Rodríguez Pereyra” (Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios 2012) estableció que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio presupone que el contralor normativo a cargo del Juez se realiza en un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas. De esta manera, la descalificación constitucional se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto que entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución, siendo la actividad probatoria de las partes, así como sus planteos argumentales, los que deben poner de manifiesto tal situación.

Por lo tanto, en caso de que de los planteos argumentales y de la actividad probatoria del caso surja que la prohibición establecida en el artículo 1764 del CCyC genera un perjuicio concreto al damnificado, el Juez deberá declarar la inconstitucionalidad de oficio de dicho artículo y las normas de reenvío contenidas en los arts. 1765 y 1766.

2. Aplicación por analogía del CCyC

El segundo posible escenario es el de la aplicación analógica del Código. Recordemos brevemente que la analogía es un método de integración de vacíos o lagunas legislativas, en la que, para integrar el supuesto de hecho en el caso no previsto, el intérprete analiza todos los elementos en los casos previstos, y decide que el más análogo con el no previsto es aquél

en el que coinciden más elementos de este último, asignándole la misma consecuencia jurídica que en la norma prevista para el primero.

En el caso “Seibane Sandra Marcela y Otro/a c/ Dirección General de Cultura y Educación y Otro/a” (2019), el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N°2 del Departamento Judicial de San Isidro determinó que debían aplicarse análogamente las normas del Código Civil y Comercial de la Nación para un caso de responsabilidad de un establecimiento educativo.

El caso en cuestión se inició con la demanda por daños de la Sra. Sandra Marcela Seibane, madre de Nahir Ayelén Herrera Seibane, alumna del establecimiento Escuela de Educación Secundaria N°11 “Juana Azurduy” de Don Torcuato. La parte actora demandaba a la Dirección General de Cultura y Educación por los daños ocasionados a la menor durante la jornada deportiva escolar, en la que, jugando al fútbol, se habría lastimado una rodilla.

El Tribunal, al analizar el caso, debió determinar qué disposiciones estaban vigentes al momento en que se configuró la ilicitud cuya reparación se reclamaba, para determinar qué responsabilidad cabía darle al establecimiento educativo. De esta manera, determinó:

“En ese derrotero, frente a la ausencia de normativa local específica que regule los presupuestos y alcances de la responsabilidad del Estado, siguiendo la pauta del art. 171 CPBA, corresponde aplicar los principios jurídicos vigentes en la materia respectiva, que emergen de la CN y la CPBA y que reiteradamente han sido aplicados por los máximos tribunales federal y provincial, como así, en el caso concreto, por analogía, el art. 1767 del C.C.C.”¹⁵

Con respecto a la posible aplicación analógica de la LREN, el Tribunal dijo que *“entiendo que no cabe, en el caso, la aplicación analógica de la LREN, en tanto reitero, no ha sido objeto de adhesión por la legislatura bonaerense a la fecha de la presente en contraposición de a la efectiva vigencia del CCyC en el territorio provincial (cfr. art. 75 inc. 12 CN)”*.

¹⁵ El artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que “Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Es decir, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°2 del Departamento Judicial de San Isidro aplicó por analogía el CCyC para un caso de responsabilidad del Estado, pero sin declarar la inconstitucionalidad a pedido de parte legitimada, o de oficio, los artículos 1764,1765 y 1766 del Código.

La decisión del Tribunal parecería ser la más acorde a la jurisprudencia y doctrina de la CSJN. Es decir, ante la laguna normativa en materia de responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires, parecería que la solución correcta es aplicar mediante la técnica de la analogía el derecho de fondo vigente en la provincia. Ello concuerda con las soluciones de la Corte previa a la sanción de la LREN.

3. Aplicación por analogía de la LREN

El tercer escenario posible es que se aplique por analogía la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional N°26.944.

En el caso “L.M. C/M.G. p/Daños y Perjuicios” del Décimo Segundo Juzgado Civil de Mendoza (2016), previo a la sanción de la LREM, se analizó la validez de la aplicación analógica de la LREN para un caso de responsabilidad del Estado de Mendoza.

El Juez Vázquez dijo:

“Todo esto así, el recurrente no explica en qué sentido el hecho de que la Provincia de Mendoza no haya adherido a la Ley N° 26.944 obsta a su aplicación analógica. Se trata de una ley del ordenamiento argentino dictada por el Congreso Nacional, al igual que el Código Civil y Comercial que pretende aplicar. Mientras la Provincia no adhirió a ninguna, y por ende tampoco obviamente a las normas del Código Civil y Comercial. Por lo tanto, no se explica en qué sentido podría analogarse este último y no aquella ley. La adhesión o no adhesión de la provincia a la Ley N° 26.944 no altera en absoluto la aplicabilidad analógica, porque incluso las provincias podrían hacer una adhesión parcial y construir un sistema de responsabilidad estatal propio con un buen punto de partida. De cualquier manera, lo lógico es que de una u otra manera la ley nacional sea punto de referencia de los regímenes”.

A su vez, el Juez diferenció los casos en los que la aplicación analógica se da en supuestos específicos de los que se dan en supuestos genéricos de responsabilidad estatal. En este

último caso, en principio sólo se puede y debe acudir a lo más análogo. En este sentido, la LREN es el único régimen genérico hasta ahora regulado en la República Argentina. El Juez sostuvo que no hay posibilidad lógica alguna de acudir al Código Civil y Comercial, ya que no contiene norma genérica alguna sobre responsabilidad estatal. La única analogía posible sería entonces verificar que la ley local o analógica nacional no desarrolle un presupuesto fáctico específico, y por ende acudir a consecuencias jurídicas dadas por el CCyC para un presupuesto fáctico determinado, adaptándolas a los principios y régimen general de derecho público.

En el caso bajo análisis, la actora no habría relacionado de manera alguna su caso concreto con alguna norma específica del Código Civil que contuviera su presupuesto fáctico. En consecuencia, la única analogía posible era con el régimen general de la ley nacional.

A su vez, el Juez analizó la prohibición del artículo 1764 del CCyC. De esta manera, determina que

“atento lo dispuesto por el art. 1764 del Código Civil y Comercial, luego del 01/08/15 ya no es admisible la aplicación directa y subsidiaria del régimen general de ese código. En consecuencia, la única analogía posible es una ley específica, nacional o de otra provincia según la que mejor tutele los derechos fundamentales infringidos”.

Por otro lado, el Juez explicó que como la actora no planteó la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de los arts. 1764 a 1766 del CCyC, cabe estarse a lo dispuesto por dicha normativa “en cuanto claramente no supeditan su aplicabilidad a que se dicte la ley local. Tampoco puede suponerse esa inaplicabilidad elípticamente por el hecho de que la Ley N°26.944 hubiera “invitado” a las provincias a adherir a ella, ya que ésta no es la hipótesis fáctica propia del art. 1765 del Código Civil y Comercial”.

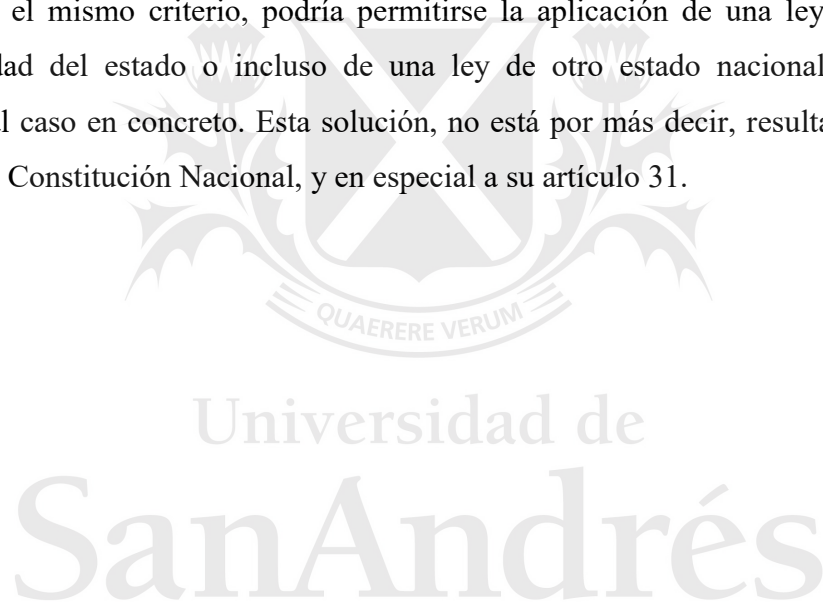
Concluye, finalmente, diciendo que la única ley más análoga es la LREN, desde el punto de vista del régimen general, y no hay punto de comparación lógico con el Código.

Según esta interpretación, entonces, frente a un caso de responsabilidad del estado provincial de una provincia carente de una ley de responsabilidad del Estado, se deberá hacer una aplicación por analogía. En otras palabras, como la provincia no adhirió a la LREN ni al CCyC para los casos de responsabilidad del Estado, se podrá aplicar analógicamente

cualquier normativa, siempre que se adecúe con el hecho, teniendo más preponderancia la ley nacional en los supuestos genéricos de responsabilidad del Estado.

Sin embargo, esta solución podría llegar a ser problemática. Por un lado, parecería razonable aplicar el CCyC de manera analógica frente a un caso de silencio legislativo. Esto porque es una norma de derecho común que es vinculante para todas las provincias. En contraposición, la LREN es una norma de carácter nacional que únicamente resulta aplicable para el Estado Nacional y aquellas provincias que hayan adherido a ella.

Por lo tanto, parecería ser que la justificación de conveniencia que plantea el Juez no es suficiente para sostener la aplicación de la LREN en caso de una laguna normativa. Esto porque, bajo el mismo criterio, podría permitirse la aplicación de una ley provincial de responsabilidad del estado o incluso de una ley de otro estado nacional, debido a su adecuación al caso en concreto. Esta solución, no está por más decir, resultaría totalmente contraria a la Constitución Nacional, y en especial a su artículo 31.



Conclusión

La discusión en torno a la responsabilidad del estado ha ido evolucionando a lo largo de los años. Tal como se presentó al comienzo del trabajo, por largos años la discusión estaba centrada en la rama del derecho a la que pertenecía la responsabilidad estatal. En este sentido, grandes doctrinarios discutieron si la responsabilidad del estado pertenecía al derecho privado o al derecho público. Si bien la jurisprudencia ya había tomado partido por la tesis del derecho público, la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado N°26.944 llegó en 2014 para formalizar dicha decisión.

Con la creación de la LREN, la discusión ha cambiado, y hoy se desdobra en dos cuestiones. En primer lugar, qué hacer ante un supuesto de responsabilidad del Estado que no está regulado en la LREN. En segundo lugar, qué hacer frente a un caso de responsabilidad del Estado en una provincia que no ha adherido a la LREN, ni tampoco ha sancionado su propia ley de responsabilidad del Estado.

Sobre el primero de los puntos, la LREN, tal como hemos visto, si bien recepta la doctrina y jurisprudencia pasada, deja de lado numerosos supuestos de responsabilidad del Estado. En contraste con la Ley de Responsabilidad del Estado de Mendoza, que prevé la aplicación del CCyC para diversos supuestos de responsabilidad del estado, la LREN es una clara demostración de la pretensión del legislador de excluir, en la mayor medida posible, la aplicación de un sistema de normas y principios del derecho común.

A su vez, se analizó cómo se debería proceder en caso de un supuesto de responsabilidad del Estado no previsto en la LREN. De esta manera, se determinó que, primeramente, se deberá recurrir a las normas de derecho administrativo. En el caso negado de que no se hallare respuesta en el derecho administrativo, se podrán aplicar por analogía las normas generales de derecho privado.

Sobre el segundo punto, se han analizado las tres soluciones posibles frente a una laguna normativa o silencio legislativo: 1) declarar a pedido de parte o de oficio la inconstitucionalidad de los artículos 1764 a 1766 del CCyC; 2) aplicar por analogía las normas del CCyC, o 3) aplicar por analogía la LREN.

En este sentido, es necesario analizar el denominador común que tienen estas tres opciones. Es así, que podemos ver que las tres soluciones propuestas se basan en la idea de respetar la autonomía de las provincias para definir una legislación aplicable para la responsabilidad del Estado.

De esta manera, ante el silencio del legislador, y con el fin de evitar la irresponsabilidad total del estado provincial, la jurisprudencia y doctrina ha optado por defender la autonomía de las provincias y a la vez garantizar el derecho a un resarcimiento por daños injustamente causados a través de una aplicación por analogía de las normas más acordes al caso particular (ya sea el CCyC o la LREN).

En conclusión, a seis años de la sanción de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado, son tan solo tres provincias las que han adherido a la LREN, y sólo cuatro provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han sancionado su propia ley provincial. Los ciudadanos de las 16 provincias restantes se encuentran en un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica respecto al ordenamiento aplicable para los daños que sus estados respectivos les pudieran causar.

Sin embargo, lejos estamos de una irresponsabilidad de los estados provinciales. La jurisprudencia existente, aunque heterogénea, tiende hacia la aplicación por analogía del Código Civil y Comercial o de la LREN. Al respecto, parecería ser que la solución correcta sería aplicar por analogía la normativa del CCyC. Esto porque es una norma de derecho común que es vinculante para todas las provincias (artículo 75 inciso 22 de la CN), en contraposición con la LREN que es vinculante únicamente para el Estado Nacional y aquellas provincias que, en ejercicio de sus facultades, hayan elegido adoptar dicha ley para su responsabilidad provincial.

Bibliografía

Barreto. Fallos 329:759 (CSJN, 21 de marzo de 2006).

Caparroz, Luciano. *Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado con particular referencia a la provincia de Santa Fe*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

Cassagne, Juan C. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

Comadira, Julio R. *El acto administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

—. *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*. Buenos Aires: Suplemento de derecho Administrativo, 2002.

De kemmeter, Alejandro Pablo, y Oscar Enrique Giglio. *Régimen jurídico de la responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de USAL, 2015.

Ferrocarril oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios. Fallos 182:5 (CSJN, 3 de octubre de 1938).

Fiorini, Bartolomé. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1968.

Gaitán, Romina. «La responsabilidad del Estado desde el derecho administrativo.» En *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.

Ganadera Los Lagos SA c/ Nación Argentina. Fallos 190:142 (CSJN, 27 de junio de 1941).

Gelli, María Angélica. *Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: La Ley, 2014.

L.M.C/M.G. p/ Daños y Perjuicios. Causa N°253.156 (Décimo Segundo Juzgado Civil de Mendoza, 2016).

Lagarde, Fernando M. «La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales.» En *Responsabilidad*

del Estado. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.

Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires. Fallos 195:66 (CSJN, 1943).

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

Organización Coordinadora Argentina SA c/ Secretaría de inteligencia del Estado. Fallos 321:174 (CSJN, 17 de febrero de 1998).

Perrino, Pablo E. *La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos*. Buenos Aires: El Derecho, 2015.

Pullés, Fernando R. García. *La responsabilidad del Estado en el contexto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

Reiriz, María G. «Responsabilidad del Estado.» En *El Derecho Administrativo, Hoy*. Buenos Aires, 1996.

Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios. Fallos 335:2333 (CSJN, 27 de noviembre de 2012).

Rosatti, Horacio. «Competencia para legislar sobre la responsabilidad del Estado en Argentina.» En *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, Análisis Crítico y Exegético*, de Horacio Rosatti. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

Sala, Sara. *Irresponsabilidad del estado por hechos o actos de los concesionarios o contratistas de servicios públicos*. Buenos Aires: Sistema Argentino de Información Jurídica, 2016.

Sammartino, Patricio Marcelo. «Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente.» En *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.

*Seibane Sandra Marcela y Otro c/ Dirección General de Cultura y Educación y Otro s/
Pretensión Indemnizatoria. Causa N°13.901 (Juzgado de Primera Instancia en lo
Contencioso Administrativo N°2 del Departamento Judicial de San Isidro, 2019).*



Universidad de
San Andrés