

## LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - 26.944-

Por Pedro Aberastury \*

### I. Introducción

La ley 26944, en adelante LRE, fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 8/8/2014. El proyecto fue elaborado en consonancia con el Proyecto de modificación del Código Civil para regular, específicamente, la responsabilidad del Estado. De esta manera el Ejecutivo modificó lo actuado por la Comisión Redactora y estableció que este cuerpo normativo, por ser de derecho público, debía independizarse del código de fondo. Hoy, por no haber sido dictado el nuevo código, no tiene explicación jurídica alguna que se haya sancionado esta ley y, por el contrario, convive actualmente con las normas que han servido de base para establecer las líneas doctrinarias y jurisprudenciales que han permitido reconocer el resarcimiento por un daño ocasionado por el Estado, ya sea por una actividad legítima o ilegítima, y la desprolijidad se demuestra en tanto el legislador no ha tenido la precaución de declarar inaplicable el art. 1112 del código de Velez.

Las discusiones parlamentarias, tanto en comisiones como en el momento que fue tratada en cada uno de los cuerpos, no han tenido mayor relevancia jurídica por haber impuesto la mayoría su opinión, sin tener en cuenta ninguna de las objeciones realizadas por los representantes de la minoría y sin que, prácticamente, se hayan debatido los temas que podrían haber sido de interés. Compare el lector este debate con el que tuvo lugar cuando se sancionó la ley 48 y comprobará que nos encontramos ante un retroceso que no le hace bien a la República<sup>2</sup>.

Si bien el proyecto fue elevado expresando que se tenía en consideración la doctrina jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ello no es así o expresado de otra forma, es una verdad con un alto porcentaje de mentira, como se demostrará más abajo. A tales efectos, podemos verificar la presencia de tres grandes bloques: a) aquel que recoge la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, b)

---

\* Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Administrativo. Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Administrativo – Facultad de Derecho - UBA -. Profesor Titular de Derecho Administrativo –Universidad de Belgrano-. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado

<sup>2</sup> ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, ed. Lexis Nexos, Bs. As., 2006, pag. 23.

aquel que va en contra de esta doctrina y, c) el que innova sobre la materia.

Lo notable y, a su vez, lo más criticable de esta ley es que, de su lectura, no puede concluirse si, ante un caso concreto, el Estado debe indemnizar al sujeto pasivo del hecho dañoso pues los supuestos de reconocimiento son tan generales que, en realidad, más allá de plasmar la línea jurisprudencial y doctrinaria mayoritaria, siempre nos encontraremos ante una cuestión de interpretación para conocer si un daño es materia de resarcimiento. A su vez, se la ha estructurado de manera tan rígida que no contempla reparaciones justas ante conductas disvaliosas del Estado.

Vale como ejemplo lo ocurrido en materia de reconocimiento de reparaciones, luego del advenimiento de la democracia en nuestro país, en 1983. El legislador dispuso, en diversos cuerpos normativos, el reconocimiento a diversos estamentos de perjudicados por el gobierno de facto de 1976/1983<sup>3</sup>.

Se trae a colación este marco normativo pues la solución brindada, en los citados textos, nunca podría haber sido reconocida aplicando la LRE, en la medida que no facilita la reposición al estadio anterior a que tuvo lugar el evento dañoso, es decir, no contiene una previsión para atender este tipo de situaciones y lo deja librado sólo a un marco indemnizatorio pecuniario y

---

<sup>3</sup> Se dictaron una serie de leyes para reconocer los perjuicios ocasionados por la aplicación de las llamadas leyes de prescindibilidad, es decir, aquellas leyes que permitían separar al agente sin invocación de causa, violando de esta forma la garantía constitucional de la estabilidad, previsto en el art. 14 de la Constitución Nacional. De esta forma, la ley 23.053, que dispuso el reingreso al cuadro permanente activo de los agentes del servicio exterior de la Nación, declarados prescindibles por razones políticas; la ley 23.117 que reincorporó a los trabajadores de las empresas del Estado que hubieran sido cesanteados por causas políticas y gremiales durante dicho período; igualmente, se procedió con los docentes, en 1985, por ley 23.238, en cuanto posibilitó su reincorporación y el reconocimiento del tiempo de cese a los efectos laborales y previsionales; la ley 23.523 hizo lo propio con los trabajadores bancarios despedidos por razones políticas, en cuanto se les concedió una preferencia de ingreso. Por otra parte, aquellas personas que tuvieron que exilarse por motivos políticos o gremiales, mediante el dictado de la ley 23.278 se les permitió el cómputo de inactividad a los fines jubilatorios. En cuanto a las reparaciones en efectivo, cabe mencionar la ley 24.043, que comprendió a las personas que durante la vigencia del estado de sitio hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o que siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares. Asimismo, a las personas declaradas en desaparición forzosa, conforme lo dispuesto en la ley 24321, que extendió a los causahabientes, en virtud de la ley 24.411, el beneficio reparatorio. Nótese las distintas situaciones fácticas que determinaron la sanción de las leyes 24.823 y 25.914, que debieron ser aclaradas por el legislador para que los beneficiarios pudieran acceder a las indemnizaciones establecidas.

muchas veces restringido; es decir, comparando el resarcimiento previsto en el régimen legal mencionado y las previsiones contenidas en la LRE, consideramos que el legislador no ha actuado con la finalidad de consagrar el fin de la arbitrariedad estatal sino, más bien, para consolidar restricciones al reconocimiento de la misma, por lo que una vez más sostenemos que se ha perdido una oportunidad de poder reglamentar razonablemente la tutela judicial efectiva en esta rama del derecho público<sup>4</sup>.

## II. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

### II.1. Introducción

Nos ocuparemos en este trabajo de analizar la LRE, en cuanto a los principios generales que ha incorporado y su diferenciación con el régimen del derecho común.

Prescribe el art. 1º que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa y, en los arts. 3 y 4, se establece la imputabilidad material de la actividad al órgano estatal. Desde nuestra perspectiva, estos vocablos tipifican el sistema de la responsabilidad del Estado y, por tanto, constituyen *caracteres esenciales* de la misma, que la diferencian de los contenidos de la responsabilidad del derecho común.

El legislador adoptó la terminología utilizada por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con algunas diferencias que mas abajo examinamos. Al no conceptualizar cada uno de estos vocablos, la falta de explicación de la terminología utilizada no permite su aprehensión por parte de aquél que no ha transitado por el derecho público. En efecto, tanto la doctrina administrativista como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la utilizan con un determinado contenido mientras que, en otras disciplinas, estas palabras pueden tener significados y alcances diferentes.

Como hemos expresado anteriormente<sup>5</sup>, la evolución del reconocimiento de la responsabilidad estatal tuvo su origen en la falta personal del agente del

---

<sup>4</sup> ABERASTURY, Pedro, *El Proyecto de Ley sobre la Responsabilidad del Estado - Una oportunidad perdida-* en DPI Cuantico, Año 1, N°2, del 10/12/ 2013. <http://www.derechopublicointegral.com/administrativo/diario-administrativo-nro-2-10-12-2013>.

<sup>5</sup> ABERASTURY, Pedro, *Principios de la responsabilidad del Estado* en “Responsabilidad del Estado”, Director ABERASTURY Pedro, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2007, pág. 7 y ss.

Estado que producía el daño. La posibilidad de extender esta falta personal al Estado fue el origen de esta rama del derecho y la encontramos en la noción francesa de “détachable”, es decir, recortada de tal forma del servicio sobre el que se ha realizado el comportamiento reprochable que, sin entrar a apreciar el funcionamiento mismo de la administración, se reconoce que el obrar del agente ha sido el perjudicial. Así puede considerarse que este recorte se da tanto en forma material (en caso que ocurra la falta fuera del momento en que se cumple el servicio) o psicológica, en la medida que se pueda constatar que la conducta no se condice con las prácticas administrativas normales<sup>6</sup>.

Ello asumía una gran relevancia en la medida que, en el derecho francés, se dirimía la competencia de quien intervendría en el conocimiento del caso: si se trataba de una falta personal la competencia le era atribuida al Poder Judicial; si se trataba de una falta del servicio, la cuestión era de conocimiento de los tribunales administrativos por lo que entraba dentro de la jurisdicción del Consejo de Estado Francés. Conforme a lo expuesto, el derecho administrativo francés evolucionó como una rama autónoma al derecho civil, en cuanto se rige por principios propios.

En consecuencia, en Francia fue determinante la diferencia entre la falta personal y la falta de servicio pues, a partir de ella, se extraería el régimen jurídico que le sería aplicable. Según la clásica fórmula de Laferrière, “Hay falta de servicio si el acto que genera perjuicio es impersonal y revela a la administración más o menos que da motivo al error. La falta personal, por el contrario, es la que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia”<sup>7</sup>.

En nuestro país, judicialista por antonomasia, este conflicto de competencias no tuvo mayor aplicación pues no contamos con tribunales administrativos de la administración que resuelvan en forma definitiva un determinado conflicto<sup>8</sup>. Sin embargo, adquirió relevancia, por la recepción del derecho administrativo francés en nuestro derecho, pero con connotaciones y significados propios, en tanto ello posibilitó el control de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores a todo tipo de actos, emanados de los otros poderes.

---

<sup>6</sup> LOMBARD, Martine, *Droit Administrative*, 4º ed., Dalloz, París, 2001. pág. 462/3.

<sup>7</sup> Pero no cualquier falta sino, conforme el arrêt Blanco, se determinó que la falta no debía ser ni general ni absoluta.

<sup>8</sup> ABERASTURY, Pedro, *La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos*, en Jurisprudencia Argentina, Número Especial, “El caso Angel Estrada”, 2005-III, del 31/08/2005.

## II.2. Responsabilidad objetiva

Previo a introducirnos en el análisis de la LRE, debemos recordar que el vocablo responsabilidad objetiva proviene del derecho español, en la interpretación del art. 139 de la LRJAP, en cuanto dispone el derecho de los particulares a ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos, por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, con excepción de la fuerza mayor. Así, los autores diferencian la responsabilidad por actuación culpable o negligente de la responsabilidad objetiva sin falta, que comprende la responsabilidad por actos administrativos válidos, por la creación de situaciones de riesgo objetivo y por actos administrativos no fiscalizables (o no anulables) en la vía contencioso administrativa<sup>9</sup> como principios generales que rigen la responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta terminología ha sido adoptada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al establecer el principio de la responsabilidad objetiva en el caso *Vadell*, en forma concordante con la sentencia dictada en el caso *Ferrocarril Oeste* pero advirtiendo que la falta del servicio torna en *innecesaria* la identificación de la persona que ha actuado, es decir, en el derecho administrativo argentino la falta es impersonal por lo que la noción de dolo o culpa del derecho civil se traslada a la manera en que se debe cumplir el servicio. Tanto en el *funcionamiento regular o irregular del servicio*, no se valora subjetivamente la actuación del agente sino la prestación del servicio y, a partir de ello, se deberá apreciar si el daño causado al administrado es motivo de reparación<sup>10</sup>.

De esta explicación surge que el vocablo -objetivo-, que caracteriza a la responsabilidad estatal, se distingue del sistema del Código Civil pues la noción de falta que se hubiere producido *en y/o en ocasión del servicio*<sup>11</sup>, ya no es mas la conducta de una persona con su voluntad, sino la visión objetiva del servicio tal cual ha sido cumplido, regular en caso de responsabilidad legítima e irregular o defectuoso en caso de

---

<sup>9</sup> GARRIDO FALLA, Fernando - PALOMAR OLMEDA, Alberto, - LOSADA GONZALEZ, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 340.

<sup>10</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*, T. 99, Rev. ED, pág. 940.

<sup>11</sup> Se trata de lo que en derecho francés se refiere a “faute de service”, cuando se encuentra claramente identificado el hecho y “faute du service” en el caso contrario. ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *La Responsabilité Administrative*, Hachette, Paris, 1992, pág. 59.

responsabilidad ilegítima, sin que esta explicación signifique relevar de responsabilidad al agente o funcionario que ha actuado con dolo o culpa.

### II.3. Imputación de la conducta

El Estado es una persona jurídica y su conducta se la puede imputar a través de la teoría del órgano: la adopción de esta teoría permite que esta imputación se la puede realizar, tanto cuando proviene de una conducta legítima o ilegítima<sup>12</sup>, con independencia de la persona física que lo ha generado por lo que se deben clarificar los mecanismos de imputación.

Es necesario recordar que el Estado realiza distintas funciones por lo que la clasificación, siguiendo a estas en consonancia con la asignación de competencias establecidas en la Constitución Nacional, permite clarificar su estudio, por las particularidades propias del ejercicio de cada función estatal. Sin embargo, esta clasificación no significa excluir la aplicación de los caracteres que nos encontramos analizando pues, cada una de las funciones participa de los esquemas generales básicos de imputación y, de lo que se trata es no sólo rescatar los rasgos comunes de las tres funciones estatales, constitucionalmente clasificadas -administrativa, judicial y legislativa-, sino también los rasgos particulares de cada uno de ellas<sup>13</sup>.

Es claro que los principios civilistas sirven de base para fundar, sin dificultades, la responsabilidad de los funcionarios, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, tanto frente a terceros como en relación a la administración por la existencia de un texto expreso, tal el artículo 1.112 del Código Civil Argentino; o aun, a falta de texto expresamente referido a los funcionarios, por aplicación de las disposiciones generales de la responsabilidad civil, pudiendo entenderse que para el caso del derecho público, dicha norma participa del carácter público. Es la tesis sostenida por Cassagne<sup>14</sup>, que compartimos, y que, en este momento, no se encuentra derogada por lo que, al tratarse de una norma de derecho público, tiene plena aplicación en el marco general de responsabilidad.

---

<sup>12</sup> PERRINO, Pablo, *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita*, Rev. ED del 28.12.1999.

<sup>13</sup> Nos remitimos para mayor profundidad de las cuestiones típicas a los trabajos obrantes en: ABERASTURY, Pedro, Director, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.

<sup>14</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 29.

Tanto en los precedentes *Devoto y Ferrocarril Oeste*<sup>15</sup>, que permitieron la evolución de esta disciplina, como en el caso *Vadell*<sup>16</sup>, que repitió el *obiter* de *Ferrocarril Oeste*, se independizó la imputación, en relación a quien realiza la conducta, del carácter objetivo de la falta, estableciendo que quien se compromete a prestar un servicio lo debe realizar adecuadamente<sup>17</sup>.

Si la prestación del servicio se encuentra a cargo del Estado, éste debe responder pues a él le es imputable la conducta dañosa, concluyendo en que esta imputación es *directa*. Dicho de otra manera, ya no interesa el o los agentes que pudieran haber intervenido en la comisión del hecho, para determinar la imputación de la conducta al Estado, pues la imputación no pasa a través de ellos<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> USLENGHI, Alejandro Juan, *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*, en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 49.

<sup>16</sup> Fallos: 306:2027. Se sostuvo: “5°) Que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la Provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. En este sentido cabe recordar lo expresado en Fallos: 182:5, donde el Tribunal sostuvo 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".- Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas".- 6°) Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver Fallos: 259:261; 270:404; 278:224; 288:362; 290:71;; 300: 867). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.- " CSJN - 18/12/1984 Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización", Fallos: 306:2027.

<sup>17</sup> Aunque este principio fuera recortado recientemente en la causa “Friar S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA s/ daños y perjuicios” (F. 1331.XL) del 26/9/2006, Fallos: 329:3966.

<sup>18</sup> La LRE, establece en el art. 1° que la responsabilidad es objetiva y directa. La norma

En cuanto a la imputación, en una primera acepción significa determinar cual es la persona generadora de la conducta que ha producido un daño. La LRE se aleja de la terminología que viene siendo utilizada en el derecho público pues, en lo que aquí interesa, pareciera que el legislador ha dado mayor relevancia en determinar de donde proviene el daño que referir si el daño, en si mismo y a pesar de su existencia, es motivo de reparación. Por ello es que la doctrina ha realizado una diferenciación explícita entre imputación y atribución, en cuanto esta última significa considerar que nos encontramos ante un deber de reparar el perjuicio<sup>19</sup>.

De acuerdo con ello, a la hora de interpretar su significado, podemos señalar que, en la responsabilidad del Estado, el factor de imputación es directo, tanto en una situación que emerge de una conducta legítima como ilegítima, en la medida que no es necesario probar que existió una relación jurídica entre el agente y el Estado, a diferencia de la regla establecida en el art. 1113 del Código Civil, para alcanzar a la persona jurídica Estado<sup>20</sup> pues lo que se constata es la prestación del servicio y en esto concordamos con lo dispuesto en el art. 3 inc. b) y 4 inc. b) de la LRE, con los reparos expuestos.

Por lo tanto, en el derecho administrativo argentino, cuando se emplea la fórmula *imputación directa*, por oposición a la indirecta, nos estamos refiriendo a la conducta de la administración que genera un efecto disvalioso, con independencia a la actuación del agente que pudo haber intervenido. Cuando nos referimos a la *falta de servicio*, en realidad nos estamos refiriendo al *factor de atribución*, como fundamento o razón que determina la obligación de indemnizar el perjuicio causado y, en este supuesto, disentimos con la LRE en cuanto reserva este último concepto, únicamente, a la falta de servicio por la prestación irregular del mismo.

*Conforme con este desarrollo, la imputación es directa y la atribución es objetiva, aplicable tanto a los casos de una actuación legítima o ilegítima, ya sea por el normal o anormal funcionamiento del servicio.*

---

restringe la falta de servicio únicamente al caso de responsabilidad por actividad ilegítima; en la actividad legítima, el art. 4 inc. d) dispone como requisito la falta del deber jurídico de soportar el daño.

<sup>19</sup> ABERASTURY, Pedro, *Principios de la responsabilidad del Estado* en “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Director ABERASTURY Pedro, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.

<sup>20</sup> Nótese que el art. 3, inc. b) de la LRE establece como requisito del accionar ilegítimo a la “imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal”, y el art. 4, inc. b) dispone: “Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal”, sin emplear en ambos casos el vocablo atribución.



Consideramos que esta terminología, a pesar de no haber sido receptada por la LRE, se encuentra subsistente para clarificar las condiciones de procedencia de la reparación.

Podemos concluir en que la Responsabilidad del Estado ha tenido recepción legislativa con características propias y diferentes a las del derecho común.

### **III. PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN**

#### **III.1. Introducción**

Los arts. 3 y 4 de la LRE establecen los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal, tanto por actividad legítima como ilegítima.

Se sigue la doctrina jurisprudencial que, en forma pacífica, ha venido aplicando la Corte Suprema que establecen los requisitos de admisibilidad, similares a los del derecho común, tales como: a) daño cierto, b) Imputabilidad a un órgano estatal; c) relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

A estos se les añade los propios del derecho público, que lo particularizan como tal, tal la existencia de una falta en el cumplimiento del servicio y la ausencia de deber jurídico de soportar el daño, en caso de actividad lícita.

Todos estos requisitos se los puede encontrar en los fallos que han sido materia de interpretación por la doctrina.

#### **III.2. Daño cierto**

En relación al daño, la CSJN ha dicho siempre que debe ser cierto, es decir, concreto, susceptible de ser mensurable. Así, podemos citar entre tantos otros, el caso *Serradilla*<sup>21</sup> donde se dejó en claro, en el considerando 8, “Que en tales condiciones corresponde determinar el alcance de la indemnización pretendida, comprensiva como regla del daño material y el moral, a cuyo fin es necesario examinar los requisitos ineludibles para la procedencia del reclamo, esto es, la existencia de daño cierto, la relación de causalidad entre las conductas reprochables y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a los estados demandados (conf. Fallos: 315:2865; 320:266), partiendo siempre de la premisa insoslayable

---

<sup>21</sup> "Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", del 12 de junio de 2007, Fallos: 330: 2748.

en esta materia de que la indemnización de los perjuicios lleva implícita la realidad de los mismos y su determinación requiere la comprobación judicial de tal extremo (Fallos: 312:1599), excluyendo de las consecuencias resarcibles a los daños meramente eventuales o conjeturales en la medida en que la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado (Fallos: 307:169, y sus citas)”.

En este fallo ejemplificador se deslindó el daño conjetural o eventual del concreto y tanto en los casos que se invoca el daño por actividad legítima o ilegítima, la Corte Suprema ha requerido la prueba del daño con especial certeza, por lo que yuxtapone el daño con la relación causal<sup>22</sup>, y es en esta dirección que debe interpretarse a la LRE, al referir que el daño debe ser cierto, tanto en el art. 3 inc. a) como en el art. 4, inc. a).

Hemos criticado, al principio del trabajo, que el legislador identifica el daño con su cuantificación en dinero pues ello significa restringir la amplitud del reconocimiento y, de esta manera, se aleja del criterio de lo que es justo. Por otra parte la inclusión del daño *actual*, solo en el caso de la responsabilidad por actividad lícita, llama la atención pero, conforme la jurisprudencia citada, solo puede referirse a que no se reconoce el daño eventual o conjetural. Nótese que, porque una conducta que produce un daño haya cesado, no por ello se pueden desconocer los efectos causados, que permanecen subsistentes, tanto para el pasado como para el futuro pues, de lo contrario su interpretación altera la integralidad de la reparación.

### III.3. Imputabilidad

La distinción entre imputación y atribución, en cuanto uno expresa el origen, la fuente de donde proviene el daño, y el otro el deber de resarcirlo lo hemos desarrollado en el punto II precedente, al cual nos remitimos *brevitatis causae*.

Sin embargo, reiteramos que, sin perjuicio de que la LRE no distingue entre imputación y atribución, esta distinción se encuentra subsistente. Ello así en la medida que entendamos que el vocablo imputación no se utiliza conforme la terminología del derecho común sino que, se lo debe apreciar, en cuanto el origen de donde proviene el evento que ocasiona el daño y con la implicancia de que, sin daño, no existe imputación.

---

<sup>22</sup> Fallos: 332:1367

Debemos clarificar, además, que dicha imputación no significa excluir la responsabilidad del agente en la medida que éste haya incurrido en una conducta ilegítima. Basta para ello mencionar, entre muchos otros, la sentencia dictada in re: *Hotelera Río de la Plata*, en cuanto allí la Corte Suprema afirmó que: “La idea objetiva de la falta de servicio, encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del C.C. que establece un régimen de responsabilidad por los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, lo cual pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público”<sup>23</sup>, lo cual concuerda con lo dispuesto en el art. 3, inc.d) de la LRE.

En la responsabilidad por una actividad legítima del Estado, el daño que se infringe al particular, producido por un acto y/o ley, formal o material, por definición no puede encontrarse comprendida en una conducta culposa o dolosa por lo que al funcionario no le alcanza la responsabilidad por el daño ocasionado. El resarcimiento sólo podrá serle atribuido al Estado<sup>24</sup>.

En la falta de servicio, por su incumplimiento irregular, la imputación al Estado no significa excluir al agente que intervino ni la posibilidad de hacerlo mediante un título subjetivo<sup>25</sup> o prohibir las acciones en su contra y/o a los terceros que tienen a su cargo brindar el servicio. Por tanto, la restricción establecida en el art. 6 de la LRE<sup>26</sup>, la consideramos ilegítima pues afecta todo el sistema jurídico al contravenir **el principio de unidad legislativa**; no se puede relevar de culpa a quien ha actuado con ilicitud. A su vez, es contradictoria con lo establecido en el art. 9 en cuanto dispone 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 ...”.

### III.4. Nexo causal

<sup>23</sup> C.S.J.N. in re: "Hotelera Río de la Plata S.A. c/ Prov. de Bs.As.", del 4/9/85. Fallos: 307:821.

<sup>24</sup> Cfr. Art. 4 inc. a) de la LRE que no hace mención a la falta de servicio pero si la establece para el caso de la actividad ilegítima.

<sup>25</sup> Conf. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte general, T. II, págs. 20/ 26, con cita de Fallos 255:321.

<sup>26</sup> Prescribe el art. 6: “Art. 6º- 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”.

Bustamante Alsina sostuvo que “El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa”<sup>27</sup>.

Así se elaboraron una serie de teorías, tales como la de la equivalencia de condiciones, la de la causa próxima, la de la condición preponderante o de la causa eficiente<sup>28</sup>, todas las cuales recibieron objeciones. El código civil recepta la teoría de la causa adecuada, conforme surge de lo dispuesto en el art. 906 del Código Civil, cuando se expresa que: “En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”<sup>29</sup>. Ello unido a lo dispuesto por el art. 901 del mismo en cuanto dispone que las consecuencias inmediatas de un hecho son las que acostumbran suceder mientras que las mediatas son por la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto<sup>30</sup>.

La LRE dispone, para el caso de la reparación por actividad ilegítima, en el art. 3 c), “Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue” mientras que, para la actividad legítima, en el art. 4 c) “Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”. De lo expuesto resulta que, en ambos supuestos, ha adoptado la teoría de la causalidad adecuada pero en el caso de la actividad legítima torna más exigente la demarcación del *iter* causal.

---

<sup>27</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 217.

<sup>28</sup> ABERASTURY, Pedro, *La relación de causalidad en la Responsabilidad del Estado*, en Homenaje a la Dra Graciela Reiriz, Depto de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, ed. Rubinzal Culzoni, 2008, pag. 223 y ss.

<sup>29</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, op. Cit., págs. 219/221.

<sup>30</sup> Nótese la inconsecuencia del art. 1º de la LRE con el art. 3 inc. c) en la medida que aplica la solución propugnada en el Código Civil y que se encuentra mejor expuesta en este último.

La adecuación se refiere a una previsibilidad en abstracto de lo que un hombre medio pudiera imaginarse con un mínimo de sentido común en cuanto a lo que acontecería. La LRE, al adoptar para ambos supuestos, la teoría de la causalidad adecuada ha ratificado la aplicación que ha venido haciendo la jurisprudencia sin controversia alguna.

En tanto se trate de una actividad ilegítima, proveniente del Estado, lo que interesa es que el hecho productor del daño tenga por efecto la previsibilidad que ocasionaría un daño ya sea proveniente por una acción u omisión del Estado. En este caso, y por oposición a lo regulado en el art. 4, se acepta plenamente la concurrencia de concausas que hubieran podido afectar la adecuación.

En el deber de reparar por una actividad legítima, el legislador ha implementado mayores exigencias al referirse al *iter* causal. Así, considera determinante la exclusividad del nexo causal y que sea directo e inmediato. De acuerdo con ello se le exige a la víctima que, con su actividad, no haya dado motivo a la intervención estatal que tiene por fin evitar consecuencias dañosas<sup>31</sup>; se trata de una valoración legítima de la administración, que dispone la medida legítima para un mejor cumplimiento del interés público o una conducta que se le asemeje. A su vez, también se le exige que con su actividad, la víctima no haya dado motivo a una interferencia que pueda interrumpir el *iter*<sup>32</sup>.

En la causa *Ledesma*, a propósito de una acción de reparación por una conducta legítima del Estado, la Corte estableció que “... No resulte óbice para ello el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal, toda vez que resulta necesario acreditar –aún desde este punto de vista- la existencia de una *relación, inmediata y exclusiva*, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue, sin intervención extraña que pudiere influir en el nexo causal”<sup>33</sup>.

Para reparar una consecuencia dañosa la Corte Suprema agregó una serie de exigencias, mas allá de la atribución objetiva de responsabilidad: una relación inmediata, que no debe ser confundida con una cuestión temporal sino lo que normalmente este hecho puede producir y exclusiva, en la medida que no existieran otra serie de conductas que pudieran influir en la concreción del daño. En otra oportunidad expresó que debía ser directa e inmediata o relevante<sup>34</sup>. Así, citando a Goldenberg puede afirmarse que “La

---

<sup>31</sup> Fallos: 31:273

<sup>32</sup> Odol S.A.I.C. c/ Estado Nacional, del 11-5-1982, Fallos 304:651

<sup>33</sup> Fallos: 312: 2022

<sup>34</sup> Caso Gómez, del 30.6.98. Fallos: 312:1656

relación de inmediatez supone que entre hecho y resultado no haya interferencia alguna en el iter causal<sup>35</sup>, pero ello no significa excluir una causal concurrente, es decir, no cualquier interferencia es motivo de interrupción del nexo causal, tiene que ser un hecho relevante que permita concluir que se lo quiebra totalmente.

El nexo causal se interrumpe, en el derecho civil, en la medida que el daño es producto de una causa ajena o producto de una actividad negligente o culposa de la víctima y, en la medida que el reproche sea imputable totalmente a la víctima; por imperio de lo dispuesto en el art. 1111 en el Código Civil, no corresponderá que sea resarcida, pero se acepta la culpa concurrente.

En este caso, no nos encontramos con actuación negligente o culposa de la víctima sino que de lo que se trata es de aleccionar cuando, en cierto tipo de actuación estatal, es necesario que la víctima haya actuado de tal manera que su conducta sea suficiente para destruir el nexo causal. En *Ledesma*, lo que refirió la Corte era que el régimen jurídico, en base al cual se solicitaba la indemnización, era un régimen jurídico existente y consentido por la actora por lo que no podía establecerse una indemnización sin un análisis integral del sistema instrumentado. Igualmente, se expresó en la causa *Rebollo* que no existía un nexo de causalidad para atribuir la responsabilidad<sup>36</sup>.

Dentro de este contexto, en el caso de una actividad legítima proveniente del Estado, no se puede llegar a una solución en base a una concepción parcial sino lo que debe tenerse en miras es el contexto global del cuerpo jurídico, del cual nace la obligación de resarcir, por lo que consideramos que en *Ledesma* no se trató de analizar la relación causal y su interferencia por obra del particular afectado sino del sometimiento a un determinado régimen jurídico.

Concluyendo, para el caso de la responsabilidad por actuar legítimo, la valoración del nexo causal es más estricto en tanto lo que se requiere es que exista un concepto de inmediatez, donde la víctima no haya concurrido a su producción<sup>37</sup>, pero no por ello cualquier interferencia tiene virtualidad para

---

<sup>35</sup> GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 55.

<sup>36</sup> Fallos: 320:867

<sup>37</sup> Así, en el caso *Ledesma* (Fallos: 312:2023) se recepta la posición de Tawill, en cuanto establece como requisito del nexo causal que sea directa, inmediata y exclusiva. Nos permitimos disentir en cuanto al rango de la exclusividad, por las razones anteriormente expresadas, en la medida que la exclusividad sea tomada como

interrumpir el nexo causal; debe ser objeto de una ponderación razonable y proporcionada la conducta de la víctima en relación a la interrupción del *iter causal*<sup>38</sup>.

### III.5. Falta de servicio

El legislador se refirió a la falta de servicio, en el caso de la procedencia de la reparación por actividad ilegítima, englobando esta falta tanto en los casos de una acción o una omisión.

Como hemos expresado, en el caso *Ferrocarril Oeste*<sup>39</sup>, la Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de referirse a la falta de servicio cuando sostuvo 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". Así, consideramos que la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas"<sup>40</sup>.

Disentimos con el criterio establecido en la LRE pues la falta de servicio, en la medida que se le extrae la noción de culpa, la encuadramos en el funcionamiento y tanto el cumplimiento regular como en el incumplimiento irregular del servicio se puede ocasionar un daño que sea susceptible de reparación.

---

especialidad del perjuicio sufrido por el particular. En realidad, en el caso citado, no se desestimó la demanda por un problema de especialidad sino por la conducta desarrollada por el actor, en cuanto a la exclusividad del daño. TAWILL, Guido S., *La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia*, 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 95.

<sup>38</sup> Esta interpretación se aprecia más aún en la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función judicial, donde no se indemnizan las consecuencias de una detención preventiva legítima o se la interpreta con mayor rigurosidad, que ha sido receptada por la LRE, en el art. 5, cuando dispone que: "Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización". Cfr. USLENGHI, Andrés, *La Responsabilidad del Estado por su Actividad Judicial*, en en "Responsabilidad Extracontractual del Estado", Director ABERASTURY Pedro, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.

<sup>39</sup> Fallos: 182:5

<sup>40</sup> ABERASTURY, Pedro, *Principios de la responsabilidad del Estado en "Responsabilidad Extracontractual del Estado"*, Director ABERASTURY Pedro, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.

### III.6. Ausencia del deber de soportar el daño. Sacrificio especial

Tradicionalmente, la doctrina civilista puso el enfoque sobre la víctima a efectos de indemnizar el perjuicio causado. Posteriormente, se avanzó en la teoría objetiva del riesgo, para que la víctima pudiera obtener su resarcimiento a través de la inversión de la carga de la prueba, por la utilización de la cosa que, de por sí, generaba riesgos, sin dejar de incluir la responsabilidad de la guarda de la cosa, es decir, sin alterar el concepto de culpa pero cuidando a la víctima para que pudiera ser indemnizada.

En el derecho administrativo, la visión se asienta en la comunidad y en el efecto que puede infringir una conducta de la administración. Vale como ejemplo, uno de los primeros casos en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de intervenir, desestimando la indemnización en cuanto el particular debía soportar el daño aunque ello implicara la privación de su derecho de propiedad. Se trató del caso *Saladeristas Podestá, S. y otros c/ Pcia de Buenos Aires*, del 14 de mayo de 1887 ya citado. Una ley prohibió el funcionamiento de este tipo de establecimientos por afectar a la salud pública en el Riachuelo de Barracas y la norma tuvo por objeto alejarlos de la ciudad por tratarse de establecimientos insalubres. La Corte expresó en el considerando 7 que: “Que siendo esto así y deduciéndose que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tienen ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que éstos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones, como un título que les da el derecho de mantener sus establecimientos a despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar o el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin a estos peligros, los manda cesar, o modificar las condiciones de su explotación”<sup>41</sup>.

Marienhoff opinó sobre el caso expresando que si la Administración se hubiere conducido de otra forma, sería responsable por los daños que hubiera generado a los particulares que habitaban dicha zona, lo cual permitía considerar que la propia actividad del establecimiento era lo que había generado el dictado de la norma discutida. Ello significa que el propio accionar del particular, sobre una actividad que afectaba a la población, era la condición necesaria para que el Estado hubiera actuado determinando la prohibición. “Las personas afectadas por esas prohibiciones carecen de derecho a ser indemnizadas por cuanto se ha considerado que el quebranto económico que sufren se debe a su propia

---

<sup>41</sup> Fallos: 31:273



culpa, por lo que tales consecuencias deben imputárselas a si mismas... Como lo advirtió Duguit, en estas hipótesis la responsabilidad del Estado surgiría, más bien si no hubiere sancionado la ley de referencia”<sup>42</sup>.

Se trató de dos conductas legítimas, tanto la instalación del establecimiento industrial cuando originariamente se instaló y la norma sancionada por el Estado que prohibió, posteriormente, la explotación de este tipo de establecimientos.

Existen otros supuestos similares como la destrucción de cosas muebles peligrosas para la salud o seguridad de los habitantes (leyes de policía sanitaria animal y/o vegetal) donde se establece no sólo que la administración actúe, a pesar de lesionar el derecho de propiedad de los administrados, disponiendo, en ciertas ocasiones, una indemnización. Es la tirantez entre la lesión del derecho de propiedad y el interés de la población, que es deber del Estado preservar.

Para fundamentar la procedencia de la reparación, entre el deber de soportar el daño a consecuencia de una conducta legítima y la privación del derecho por un accionar legítimo de la administración, además de las pautas expuestas, se han elaborado distintas teorías y la LRE ha adoptado la denominada teoría del sacrificio especial<sup>43</sup>.

En consecuencia, el origen y la aplicación de la teoría del sacrificio especial se basa en constatar que el afectado ha sido objeto de un agravio desigual y excepcional, en comparación con la de otros individuos, sobrepasando el límite de lo que el poder público puede “normalmente” imponer al individuo.

### **III.7. Exención de responsabilidad**

La exención general de responsabilidad, prevista en el art. 2, esto es, daños producidos por caso fortuito o fuerza mayor o por el hecho de la víctima o por un tercero por quien el Estado no debe responder, implica suprimir todo factor de imputación lo cual, en los hechos, significa que el Estado jamás responda si se lo interpreta con los alcances allí mencionados.

---

<sup>42</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Tratado...* cit, pág. 748.

<sup>43</sup> Cfr. SAENZ, Juan I., Bases del Regimen de Responsabilidad del Estado en la Argentina: Teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia, en “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Director ABERASTURY Pedro, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.

En efecto, cuando en el art. 6 de la LRE se dispone que el Estado no debe responder ni aún en forma subsidiaria por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos, solución que mas arriba criticáramos, si bien se busca plasmar la línea jurisprudencial expresada en el caso *Colavita*<sup>44</sup>, en realidad se ha buscado, bajo la máscara de respetar una doctrina jurisprudencial, limitar el deber de indemnizar pues al entrar en la cuestión fáctica, esa doctrina fue parcialmente soslayada en el caso *Bea*<sup>45</sup> lo cual no podría ocurrir de respetarse al pie de la letra lo querido por el Legislador<sup>46</sup>.

Asimismo, la redacción de esta norma no permitirá que se indemnicen a los perjudicados por los hechos derivados de los accidentes con gran cantidad de víctimas por el mal estado de los servicios públicos concesionados y producidos por el negligente control del Estado concedente, en especial, del servicio ferroviario, entre otros casos en los cuales se produjeron reales desastres y ello viola el principio general de un Estado de Derecho cuando el deber de vigilancia se torna esencial en todo lo referido al servicio público que monopoliza el Estado<sup>47</sup>.

O sea, la lectura conjunta de los arts. 2 y 6 nos lleva al convencimiento de que se pretende evitar que se extienda al Estado el deber de resarcir el daño a aquellas personas que han sido sujeto pasivo de una irregular prestación del servicio. Así expuesta, la norma resulta inconstitucional pues viola expresamente las reglas consagradas en la Constitución Nacional ya mencionadas y se aleja del criterio jurisprudencial que viene siendo aplicado pacíficamente.

La injusticia e inequidad es evidente. Por un lado se invocan distintas causales tales como la fuerza mayor que, en realidad, comprenden a los hechos del soberano por lo que su limitación ha sido fuertemente cuestionada por los administrativistas ya que se trata de la propia parte la que ocasiona el daño sin indemnizar; por el otro se limita el quantum de la indemnización en casos de actividad legítima estatal y, directamente, no se la reconoce en cuanto se hayan producido daños por la actividad judicial legítima. En cuanto a este último caso, cabe referir que este precepto es tan general que comprende al universo de todos los supuestos, como surge del

---

<sup>44</sup> Fallos 323:318

<sup>45</sup> Fallos: 333:1623

<sup>46</sup> Cfr. El voto en disidencia de los Dres. Nazareno y Bossert.

<sup>47</sup> CSJN: Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - M° V E Inf. - Sec Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC), del 24/6/2014.

precedente *Mollard*<sup>48</sup>.

#### IV. EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN

Uno de los principios que enmarcan a la responsabilidad civil, desde la época de los romanos, es el principio *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro; tiene cabida en la medida que ello significa convivir dentro de una comunidad determinada. En un Estado de Derecho, al particular se lo coloca en un plano de igualdad frente al Estado por lo que el referido principio rige también en esta relación pues, reiteramos, se trata de un principio general de nuestro derecho, y pretendemos haber superado la barrera del absolutismo y del totalitarismo que consagró la expresión *The King can do no wrong*. Si bien el Estado puede invocar potestades públicas, las mismas no pueden ser de tal magnitud que signifiquen aniquilar los derechos reconocidos constitucionalmente.

Nótese que la interpretación del derecho de propiedad ha permitido la evolución del concepto y una mayor ampliación del mismo, considerándose actualmente, que comprende a muebles e inmuebles, elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor y que este concepto amplio ha sido receptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>49</sup>. Asimismo, se han protegido, en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas<sup>50</sup>.

La CorteIDH ha receptado el principio de la *Restitutio in Integrum*, por lo que, es evidente, que no pueden ser desconocidos estos precedentes. Así, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>51</sup>, se dispuso que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el

---

<sup>48</sup> Fallos: 328:4794

<sup>49</sup> Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr.102; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; y Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 129.

<sup>50</sup> Cfr. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 102.

<sup>51</sup> , del 21/7/1989 Serie C N° 7

restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. Asimismo, en el caso que ella no fuera posible se la sustituye con una indemnización que repare todos los perjuicios sufridos<sup>52</sup>.

La LRE no establece el alcance de la reparación en el caso de una conducta ilegítima pero sí la limita en el caso de una actividad lícita.

En consecuencia, las limitaciones contenidas en este último caso, tales como considerar que la responsabilidad por una actividad legítima es excepcional y que no se admite la procedencia del lucro cesante, puede llegar a controvertir la garantía establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional.

Cabe reiterar que, en el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*<sup>53</sup>, se consideró inaplicable una ley por contravenir los derechos humanos de los peticionantes por ser incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver párrafo 148) por lo que el control de constitucionalidad y de convencionalidad será motivo de aplicación en los supuestos de una aplicación irrazonable de las limitaciones contenidas en la LRE.

En nuestro derecho y por efecto de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re *Winkler*<sup>54</sup>, la privación del ejercicio del derecho de propiedad o de sus atributos esenciales, por una actividad legislativa, debe ser indemnizada siendo el fundamento de la responsabilidad estatal la justicia y la seguridad jurídica y el corolario la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad, tutelado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

El criterio de expandir los efectos del instituto expropiatorio a las reparaciones derivadas por actividad legítima fue seguido por la Corte Suprema en *Corporación Inversora Los Pinos*<sup>55</sup>, *Cantón*<sup>56</sup>, y *Motor Once*<sup>57</sup>,

---

<sup>52</sup> Caso Aloeboete y otros vs. Surinam, sentencia del 10/9/93 Serie C N° 15. Cfr. una sistematización de estos precedentes en NASH ROJAS, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988-2007) 2da ed., Univ. De Chile, Chile, pag. 104 y ss.

<sup>53</sup> Sentencia del 2 de Febrero del 2001 Serie C 72.

<sup>54</sup> *Winkler Juan Leon c/ Nación Argentina*, del 09/8/1983. Fallos: 305: 1045.

<sup>55</sup> Fallos: 293:617 del 22.12.1975.

<sup>56</sup> Fallos: 301:403, del 15.5.1979.

entre los mas citados por la doctrina. Sin embargo, en los casos *Sánchez Granel*<sup>58</sup>, *Jucalán Forestal*<sup>59</sup> y *Malma Trading*<sup>60</sup> se extendió la indemnización al lucro cesante.

Las diferentes interpretaciones que surgen de los fallos citados, en apretada síntesis, se refieren a la aplicación, en forma analógica o subsidiaria, de los principios de la ley de expropiación a la extensión del resarcimiento por privación del derecho de propiedad por una actividad legítima del Estado.

Lo cierto es que un instituto específico del derecho público, tal cual es el expropiatorio, regulado en el art. 17 de la Constitución Nacional, se lo ha expandido al régimen general de indemnización por actividad legítima olvidando, los que propugnan tal aplicación, que, en el caso, nos encontramos con una excepción, tal cual surge de la citada norma y que el principio general es la inviolabilidad de la propiedad.

Consideramos que, en el caso *Jacarandá*, es donde se brinda la pauta interpretativa que nos encontramos examinando. Allí se discutió la procedencia del lucro cesante y se lo rechazó por considerar que no había sido demostrado. Así, dijo la Corte, “que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina de Fallos: 310:2824). En Fallos: 312:2022, considerando 16, se enfatizó que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”<sup>61</sup>. Igual temperamento se siguió en el caso *Zonas Francas* donde no se desestimó el rubro lucro cesante sino que se consideró que no había podido ser acreditado<sup>62</sup> como, así también, en el reciente caso *Malma Trading* ya citado.

De acuerdo con ello, en todos los casos el juez debe aplicar lo que considera justo y equitativo y desestimar y declarar inconstitucionales

---

<sup>57</sup> Fallos: 312:659, del 9.9.1989.

<sup>58</sup> Fallos: 306:1409, del 20.9.1984.

<sup>59</sup> Fallos: 312:2266, del 23.11.1989.

<sup>60</sup> "Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento" del 15/5/2014.

<sup>61</sup> El *Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento* del 28 de julio de 2005; Fallos: 328: 2654.

<sup>62</sup> *Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios*, del 09-06-2009; Fallos: 332:1367.

aquellas normas que consagran una manifiesta inequidad<sup>63</sup>. En efecto, se ha sostenido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuen a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar, especialmente, que las normas legales mantengan coherencia para que su aplicación, en el caso concreto, no resulte contradictoria con los derechos tutelados en la Ley Fundamental<sup>64</sup>.

En *Rodríguez Pereyra*<sup>65</sup>, la Corte Suprema tuvo oportunidad de examinar la limitación a la extensión del resarcimiento y, consideramos que este fallo enmarca la correcta pauta interpretativa. Se sostuvo que, conforme lo dispuesto por la CorteIDH, el Poder Judicial debe realizar no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana por lo que, al efectuar el referido control y referirse a la norma que establecía una indemnización única, nuestro mas Alto Tribunal consideró "18) Que en lo que interesa al caso, esta Corte ha dicho que el "principio general" que establece el art 19 de la Constitución Nacional, según el cual se "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero", se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación", y que la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (conf. Fallos: 308:1118 y 327:3753)".

Asimismo, por su importancia debe remarcarse que en el considerando 19 del citado fallo se expresó "Que en cuanto a la protección de la integridad de la persona, esta Corte ha resuelto reiteradamente que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo,

---

<sup>63</sup> Fallos: 307:906; 308:163, entre otros.

<sup>64</sup> Flores, María Leonor y otros c/ Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A. , Fallos: 307: 906. En ese caso, en la disidencia del Dr. Augusto César Belluscio se sostuvo que la indemnización tarifada establecida por el art. 4° de la ley 21.274 está en pugna con principios constitucionales, y por tanto, en los casos en que no es posible la restitución del empleo, deben compensarse los daños efectivamente producidos.

<sup>65</sup> Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, del 27.11.2012, Fallos: 335:2333.

con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre muchos otros)”.

Por ello, terminó concluyendo que al principio *alterum non laedere* debe otorgársele toda la amplitud necesaria para no alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, conforme lo dispuesto en su art. 28, por lo que, al tratarse de la interpretación de la Corte Suprema de nuestra Norma Fundamental, podemos concluir que la LRE se ha excedido en el ejercicio de su actividad reglamentaria.

## V. PRESCRIPCIÓN

Luego de establecer el principio de la responsabilidad del Estado, que es objetiva y directa, y sistematizar las condiciones de procedencia conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se dispone que las disposiciones del Código Civil no le son aplicables a este Instituto, ni en forma directa ni subsidiaria, en contra de lo expresado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos *Dulcamara*<sup>66</sup>, *Barreto*<sup>67</sup>, *Filcrosa*<sup>68</sup>, *Rodriguez Pereyra*, del 27/11/2012, entre tantos otros, por lo que no se clarifica si son algunos o todos los Títulos los comprendidos en esta directiva de interpretación. Todo ello, sin perjuicio de sostener que, en cuanto al núcleo, evidentemente rige el principio de la analogía para poder compatibilizar al derecho público con el privado y que los principios generales del derecho que se encuentran volcados en el código civil serán enteramente aplicables<sup>69</sup>.

Sin embargo, la exclusión marcada por el legislador es inconstitucional en la medida que incurre en una reglamentación irrazonable y, por tanto, viola el principio contenido en el art. 28 de la Constitución Nacional. Asimismo, con este tipo de reglamentación se incurre en la prohibición contenida en el art. 29 de la misma.

Se unifican los plazos de prescripción lo cual, en una primera impresión,

---

<sup>66</sup> Fallos: 313:376.

<sup>67</sup> Fallos: 329:759

<sup>68</sup> Fallos 326:3899

<sup>69</sup> LINARES, Juan Francisco, *Caso Administrativo no previsto*, en Serie Ensayos Jurídicos, Nro 19, ed. Astea, 1976, pag. 112. Este recordado autor consideraba que frente a una laguna debía referirse a los principios generales del derecho y que estos se encuentran comprendidos en el C.Civil, por lo que su aplicación es subsidiaria y no por vía de la analogía.

adquiere significancia pero, como todo jurista conoce, este instituto no es solamente el plazo sino, p. ej., a partir de cuando se entra a computar el mismo, los efectos interruptivos y cualquier otra sistemática prevista en las normas civilistas que pretendería ser inaplicable. A su vez, si se trata de una norma sancionada por el Congreso de carácter local<sup>70</sup>, le alcanza la interpretación realizada por la Corte Suprema en cuanto se trata de facultades delegadas por las Provincias y éstas carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos: 285:209; 320:1344, entre muchos otros) por lo que consideramos de dudosa legitimidad<sup>71</sup>.

Consideramos que no se ha logrado volcar en la LRE todos los frutos que han surgido, a partir de la doctrina jurisprudencial que nuestro más Alto Tribunal le tocó elaborar, desde principios del siglo pasado por lo que la LRE ocasiona mayores restricciones a los particulares que los beneficios que se intentan reconocer.

## VI. RESTRICCIONES AL IMPERIUM

El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva no sólo implica reconocer el acceso a la justicia, en forma rápida y eficaz, de acuerdo con lo dispuesto en el juego de los arts. 18, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, sino que el juez pueda, en forma imparcial e independiente, reconocer los derechos violados por lo que, las atribuciones que la Constitución le concede a tal fin, no pueden restringir la actividad que desarrolle para ejecutar sus pronunciamientos. En el caso que una norma prohíba tal ejercicio, se la considerará inconstitucional en tanto afectará nuestra mas Alta Norma Fundamental.

Para ello se le otorga constitucionalmente al Juez un poder de *imperium*, que constituye un factor de independencia insoslayable en un Estado de Derecho. Cualquier norma que lo restrinja contraviene el sistema constitucional vigente.

Cabe referirse, entonces, a la prohibición de aplicar al Estado la denominada sanción pecuniaria disuasiva.

El artículo primero de la LRE estableció, como hemos referido, la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil al instituto de la

---

<sup>70</sup> Adviértase para ello lo dispuesto en el art. 11 de la LRE.

<sup>71</sup> Hasta tanto no se modifique el Código Civil y adopte este plazo.



responsabilidad del Estado a lo que sumó la improcedencia de imponer una sanción pecuniaria disuasiva al Estado, sus agentes y funcionarios.

En el debate mantenido en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, se polemizó respecto de los alcances de esta prohibición, en primer lugar, en cuanto alcanzaba a las astreintes y, por otra parte, en cuanto a la constitucionalidad de la prohibición por parte del Juez de ejercer su imperium.

A los efectos de poner claridad sobre el punto, es necesario considerar que, en el Código Civil, nos encontramos con regulaciones que hacen al derecho común, en cuanto a lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional pero también nos encontramos con regulaciones de derecho público, p. ej. todo lo referente al dominio público y la naturaleza jurídica de los entes estatales, y como surge del actual art. 666bis del Código Civil, con relación a la regulación de las denominadas astreintes<sup>72</sup> o sanciones conminatorias, figura esencialmente de carácter procesal por lo que esa mención genérica en lugar de aclarar genera confusión, es decir, el legislador ha normado el punto genéricamente y de manera desafortunada.

Tanto la sanción conminatoria como la sanción económico disuasiva, son medidas que puede imponer el Juez con finalidades distintas por lo que corresponde su análisis para determinar el alcance de la norma en comentario. En cuanto a la primera, se trata de una figura procesal que se encuentra incorporada en el código de fondo y en el Código Procesal Civil y Comercial, de la Nación, art. 37, que tiene por finalidad que un mandato judicial sea cumplido, no debiendo ser necesaria una sentencia alcanzada con el valor de cosa juzgada. Procede cuando el incumplimiento es injustificado y persistente y para que se haga efectiva es necesaria una disposición judicial que así lo declare y, si bien procede a pedido de parte, ello no significa que el juez deba necesariamente concederla<sup>73</sup>. Es una condena conminatoria porque es una herramienta dirigida al cumplimiento del mandato judicial y es sancionatoria en la medida que se efectiviza a través de una pena en dinero con destino al acreedor. Sin embargo, cuando ha sido aplicada en contra del Estado se ha resaltado, en numerosos precedentes no solo su carácter provisional sino que ante el cambio de postura del Estado renuente puede ser dejada sin efecto. Concluimos

---

<sup>72</sup> La palabra astreinte proviene de la lengua francesa *astreindre*, que deriva de la acepción latina *adstringere*, que significa apretar, estrechar, contraer, es decir, que genera una coacción para lograr determinada conducta. (FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 501).

<sup>73</sup> C. Nac. Civ., sala G, 30/9/83, "G. de P., E. v. P., S. J.", LL 1984-B-43

entonces, que no se encuentra afectada su vigencia por lo dispuesto en el art. 1° de la LRE.

Con respecto a la sanción pecuniaria disuasiva la encontramos regulada expresamente en la ley 26361, que la incorporó a la ley 24240, art. 52 bis<sup>74</sup>, de defensa del consumidor.

En dicho cuerpo legal se la trata como multa civil que se le puede imponer al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a favor de la víctima; se la aplica en forma conjunta con el monto indemnizatorio, en la medida que se determine una ilicitud en dicha conducta y que, generalmente, se la considera grave. Es decir, se trata de una sanción que se adiciona a la indemnización en la medida que exista una grave inconducta del obligado y que tiene por objeto, además, corregir las conductas futuras por el efecto disuasivo que ella, en si misma, conlleva.

Si esta prohibición se la interpreta en forma conjunta con las limitaciones a la extensión de la reparación a cargo del Estado por hechos del concesionario del servicio público, evidentemente, tiene por finalidad limitar los alcances de la facultad del Juzgador en los graves casos que han ocasionado accidentes por la falta de vigilancia, que tenía a su cargo el Estado como concedente de un servicio público y extensiva a los funcionarios y agentes.

En ambas figuras, brevemente analizadas, nos encontramos con una conducta renuente a cumplir por el obligado, ya sea ante un mandato judicial o ante un incumplimiento que podría ser de origen contractual.

En el caso de las sanciones conminatorias, han sido receptadas sin mayor discusión en la medida que las prerrogativas del Estado no constituyen un obstáculo infranqueable para el cumplimiento de los mandatos judiciales, de ahí que, las sanciones conminatorias constituyen un mecanismo idóneo para la consecución de ese objetivo, especialmente cuando se trata del cumplimiento de una obligación de hacer<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> "Art. 52 bis. Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b, de esta ley".

<sup>75</sup> Cam. Fed. Contencioso - Administrativa Capital, sala 1ª, 21 septiembre 1989,

En relación a la sanción pecuniaria disuasiva, mas allá de sus diferentes finalidades, tiene por objeto que el obligado corrija su actuación mediante una multa y/o una pena que alcance cierto peso, es decir, que ambas, por diferentes caminos, tienen por objeto la corrección de una conducta.

Igualmente, y denominada de otra forma, encontramos que es potestad del Juez la imposición de multas en caso de temeridad o malicia, conforme se dispone en el art. 45 del CPCCN<sup>76</sup> por lo que, perfectamente, ante una defensa que el juez considere maliciosa, podrá imponer una multa que puede oscilar entre el 10 y el 50% del monto objeto del pleito.

Consideramos, por tanto, que se trata de figuras procesales distintas que se enmarcan dentro de las facultades del Juez por lo que, conforme lo expresado, a través de la improcedencia establecida en el art. 1° de la LRE se configura un avance sobre el *imperium* del Juez en tanto establece una prerrogativa para una de las partes, impropia de la paridad de armas que debe regir en un proceso por lo que la reglamentación altera y desconoce los derechos reconocidos en la Constitución Nacional en cuanto el requisito de ser juzgado por un juez imparcial e independiente, contraviniendo las directivas contenidas en el art. 28.

## VII. COLOFON

La Ley de Responsabilidad del Estado ha demarcado el ámbito de responsabilidad estatal, tanto en su vertiente legítima como ilegítima; ha reconocido que el derecho público se rige por un sistema distinto al del derecho común aunque se haya excedido al tratar de colocarlo mas allá del sistema jurídico que nos rige, por lo que la labor de intérprete será relevante para reintegrarlo al mismo.

Es encomiable que se haya reconocido que la responsabilidad es objetiva y directa y que la imputación también sea directa pero es criticable la falta de pautas expresas, en la medida que no toda lesión al derecho de propiedad es

---

"Meneguzzi, Guillermo D y otro c/ Gobierno Nacional", J.A. 1990 - II, p. 454.

<sup>76</sup> Art. 45. - Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de \$ 50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria.

indemnizable y, por otra parte, tratar de evitar que le alcance la responsabilidad por la actuación indebida de los concesionarios de servicios públicos y de los funcionarios.

La mayor dificultad de esta disciplina estriba en la actuación legítima del Estado, pues el ejercicio razonable de sus poderes propios no puede ser materia de indemnización aún cuando genere perjuicios pero, básicamente, no ha resuelto el problema de interpretación que permita demarcar el límite para que tal privación se torne en indemnizable, salvo la pauta referida a la aplicación de la teoría del sacrificio especial.

A la hora de determinar si procede la indemnización por una actividad legítima, se debe recurrir a un criterio de razonabilidad y de proporcionalidad, donde se analice la situación desigualitaria creada por la norma, acto o conducta, para establecer la especialidad del perjuicio y se tenga por configurado el deber de reparar, lo cual no ha sido volcado en la norma en comentario.

La Ley 26944 constituye un avance en el estudio de la materia pero no recepta sino que, en muchos aspectos, contraviene la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello determinará que su aplicación no sea pacífica; por el contrario será fruto de precedentes controvertidos que, por último, le tocará a nuestro mas Alto Tribunal, darle fin; sin embargo, será un largo camino que nuestros legisladores podrían haber evitado si la mayoría no hubiera actuado con tanta obsecuencia y si la minoría hubiera marcado las desviaciones que contiene la norma, no sólo respecto a la jurisprudencia dominante sino a la falta de respeto al sistema integral que nos rige.

En conclusión, seguimos sosteniendo que este cuerpo normativo es una oportunidad perdida pues persigue, en definitiva, limitar la responsabilidad del Estado y ello no es saludable para un Estado de Derecho si las condiciones impuestas son desigualitarias, desproporcionadas e irrazonables.