

EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

(A ser publicado en: *Los Aspectos Constitucionales del CCyCN*, Directores: Alberto Dalla Via y Alberto Garcia Lema, ed. Rubinzal Culzoni, 2015)

Por Pedro Aberastury*

I. Introducción

La puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación¹ ha comprometido los principios generales que han gobernado al Instituto de la Responsabilidad del Estado. El análisis que se realiza en el presente trabajo se refiere, específicamente, a los aspectos constitucionales involucrados en la medida que, sus artículos 1764 a 1766, establecen la inaplicabilidad del Capítulo sobre daños a la responsabilidad del Estado. De aceptarse tal tesis, la reglamentación de esta Institución se encontrará a cargo de las Provincias.

La marcada separación entre el derecho público y privado, que no fuera obra de la Comisión Redactora, es la razón de la inaplicabilidad referida lo cual contradice con otra serie de normas obrantes en el CCyCN que delegan en las autoridades públicas la complementación de los principios en él desarrollados² o, directamente, asume materias propias del derecho administrativo³, incurriendo en una contradicción sistémica⁴.

Los principales planteos constitucionales que pueden desarrollarse se

* Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Administrativo. Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Administrativo – Facultad de Derecho - UBA -. Ex -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.

¹ Ley 26994 dispuso la puesta en vigencia, a partir del 1° de agosto de 2015 y la derogación de la ley 340, 1869, que aprobó el Código redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

² Tal el caso del artículo 2560 que posibilita la delegación, en materia de prescripción, a las legislaturas locales, con lo cual la prescripción liberatoria quedará sujeta a lo que el legislador provincial considere conveniente alejándose del principio de uniformidad que ha regido sobre esta institución jurídica. Asimismo, todo lo referido a las limitaciones al dominio privado, conforme el art. 1970 y ss., a los Conjuntos Inmobiliarios, arts. 2073 y ss, Cementerios Privados, arts. 2103 y ss. y/o a la mención a los contratos administrativos y contratos de la administración, conforme el art. 1193, donde se prevé la aplicación subsidiaria del Nuevo Código, entre otros.

³ Tal el caso de la regulación de los bienes sujetos al dominio público, art. 235, la clasificación de las personas jurídicas públicas o privadas, art. 145 o la prohibición del contrato de arbitraje, art. 1651.

⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado el carácter sistémico al destacar que la interpretación de las leyes y preceptos constitucionales debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:297; 277:213; 279:123, 281:179; 296:372, entre muchos otros).

centran en el alcance de las facultades delegadas por las Provincias a la Legislatura Nacional para el dictado de los códigos de fondo y si esta separación, entre lo público y lo privado, puede afectar el principio de la unidad legislativa, establecido por nuestros constituyentes para asegurar la unidad de la República y convalidado por la invariable jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo que debe ser materia de análisis es si la pauta interpretativa referida es constitucionalmente factible o contraría el sistema establecido por nuestros constituyentes, teniendo en cuenta las finalidades propias del derecho común y las del derecho público.

La reforma introducida implica el reconocimiento de las potestades provinciales pero alterando la estructura del cuerpo normativo en su conjunto, lo cual induce a dudas respecto a la constitucionalidad de tal solución jurídica.

El legislador ha normativizado la responsabilidad del Estado mediante la introducción de un mandato imperativo categórico de interpretación referido a la no aplicación de la normativa del derecho común, tanto en forma directa como subsidiaria, que permite poner en duda la razonabilidad del sistema creado, tanto desde una visión general como en caso de su aplicación para determinados casos particulares. De esta manera se ha excedido en su tratamiento pues ha entrado en el ámbito de decisión del juzgador en cuanto al mecanismo para superar las lagunas normativas.

Los principios generales del derecho, que permiten sostener el deber de responder entre las personas privadas, son los mismos que establecen que el Estado debe responder cuando ocasiona un daño a los particulares. De seguirse en forma rigurosa la pauta interpretativa, estos principios generales no podrán ser aplicados en forma directa y ello significa un condicionamiento al juzgador que afecta su independencia.

Un Estado de Derecho no puede considerarse como tal si desconoce los principios que lo tornan responsable y estos principios no han sido tenidos en cuenta por el legislador nacional, al establecer que no se aplican al Estado, ya sea Nacional, Provincial o Municipal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las reglas y/o principios generales para el reconocimiento de daños que conforman al derecho común sin perjuicio que estas reglas generales se encuentren sujetas a la adaptación propia del sistema del derecho público.

Ha llamado la atención la previa sanción de la ley 26.944⁵, de Responsabilidad del Estado, cuyo ámbito de competencia abarca al Estado Nacional únicamente y donde se ha invitado a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a su cuerpo legal, expresando en su artículo primero que “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, lo cual extrovierte que era ya intención del Ejecutivo, como autor del proyecto, sustraer del código de fondo todo lo referido a la responsabilidad estatal para posibilitar que las Provincias pudieran darse sus propias normas sobre la materia, modificando el anteproyecto de la Comisión Redactora⁶. En realidad, el exabrupto así expuesto fue rectificado por el Legislador del CCyCN en la medida que restringe su aplicación, únicamente, al capítulo de daños y no a su totalidad salvando, parcialmente, el embate que afecta en cuanto a su legitimidad.

Debe recordarse que el fundamento del reconocimiento de la responsabilidad del Estado es que éste debe responder por las consecuencias dañosas de su accionar y el deber de responder se trasluce, tanto en la relación del Estado con el resto de los Estados, en el plano internacional, como en el plano interno, en relación con los individuos que lo habitan por lo que se examinará si estos fundamentos han sido alterados por el CCyCN. Ello sin perjuicio de reconocer que el legislador provincial no procederá irracionalmente cuando legisle sobre el tema, lo cual no es puesto en duda⁷ y un ejemplo es que cuando se legisló sobre el punto, caso de la Provincia de Santa Cruz, al dictar la ley de responsabilidad del Estado Nro. 3396, se suavizaron los alcances de las exenciones de responsabilidad

⁵ La Ley 26.944, de Responsabilidad del Estado, que rige en el ámbito federal, fue votada en la Cámara de Diputados con fecha 27/11/2013 y en la Cámara de Senadores el 2/7/2014.

⁶ El anteproyecto había sido redactados conforme a lo siguiente:

ARTÍCULO 1764.- **Responsabilidad del Estado.** El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

ARTÍCULO 1765.- **Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

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

⁷ Cfr. SILVA TAMAYO, Gustavo E., “La responsabilidad estatal en la ley 26.944”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, N° 97, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 98.

tanto al Estado como a los funcionarios consagrados en la ley 26.944, que parecería que fue la finalidad del Ejecutivo al proyectar la norma y al no permitir la introducción de reformas cuando se la debatió. Respecto de la ley recientemente sancionada por la Provincia de Chubut, ley 560, se repitió, en esencia, lo establecido por la ley nacional.

II. Antecedentes del Instituto

1) *El Estado en juicio*

Para llevar una mayor claridad al tema planteado, es necesario realizar una breve mención al reconocimiento de la demandabilidad del Estado, ya que no constituye una cuestión menor en la vigencia de nuestro Estado de Derecho y ha tenido una real incidencia en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

Hemos referido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue la que permitió, a través de sus sentencias, el reconocimiento de esta Institución, primeramente a través de una interpretación que llevó a fundamentarla en la responsabilidad indirecta por el hecho de sus agentes y, mas tarde, al receptar la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Código de Vélez al ámbito público⁸ por lo que su admisión se desarrolló durante todo el transcurso del Siglo XX, debiendo desatacarse la actuación de la doctrina a tales efectos.

El desarrollo de esta Institución se realizó de manera conjunta con la posibilidad de admitir que el Estado pudiera ser llevado ante un Juez y, por consecuencia, demandado ya que una solución como la establecida en la XI Enmienda a la Constitución de Filadelfia, no podía ser admitida sin violar la Constitución de 1853/1860, en su conjunto⁹.

La posibilidad de llevar a juicio al Estado, aunque resistida en su época, tempranamente fue aceptada en nuestro país, no sólo a través de la evolución de la jurisprudencia sobre el punto sino por la sanción de la ley 3952, de Demandas contra la Nación, en un todo de acuerdo con la interpretación armónica de los arts. 16, 18, 109, en forma conjunta, y en

⁸ ABERASTURY, Pedro, *El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con particular referencia a la del Estado Legislador*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 229.

⁹ La misma dispone: "El Poder Judicial de los Estados Unidos no será constituido en el sentido de extenderse a los juicios de derecho o equidad, iniciados o seguidos contra uno de los Estados Unidos por ciudadano de otro estado, o por ciudadanos o súbditos de un estado extranjero".

base a lo establecido en el art. 116.

El camino transitado para demandar al Estado no fue sereno pues hubo de superar, por sobre todas las cosas, el viejo concepto de soberanía que derivaba de una concepción monárquica del Estado. Así hemos sostenido¹⁰ que, en un primer momento, la jurisprudencia de nuestro mas Alto Tribunal no tuvo una postura definida, a pesar de lo dispuesto en el ya mencionado art. 116 de la Norma Fundamental al no definir si el Estado, además de estar en juicio como parte actora, conforme se lo reglamentara en la ley 48, podía ser demandado sin más.

En las discusiones parlamentarias que dieron lugar a la ley 48, los legisladores debatieron las distintas posturas de la época y al no llegar a un acuerdo, respecto a la posibilidad de restringir el entonces artículo 100, triunfó la tesis de Mármol de repetir textualmente el mencionado artículo en lugar de reglamentar su intervención, para que su solución fuera determinada jurisprudencialmente, a pesar que quien sería el primer Presidente de la Corte Suprema intervino en su redacción adoptando la posición que el Estado Nacional no podía ser demandado¹¹.

Fue evidente que existieron dos corrientes, que iban consolidándose en distintos frentes, tal cual fue la adopción del anteproyecto de Código Civil, como ley de la Nación, donde se aceptó la idea del codificador Velez Sarsfield, que propugnó *la libre demandabilidad del Estado*, al establecer en el artículo 42 que “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”, al no distinguir entre personas públicas y privadas.

Gorostiaga, como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, se ocupó que el tribunal recepcionara la doctrina contraria pero no a través de la adopción de una tesis absoluta, sino estableciendo que la Nación no podía

¹⁰ ABERASTURY, Pedro, *Justicia Administrativa*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p.22 y ss.

¹¹ “Varios argumentos fueron utilizados para adherir a una u otra postura. Los impulsores de la restricción al derecho de acudir a un tribunal de justicia lo fundamentaron, no sólo en la 11ª enmienda de la Constitución de Filadelfia, que prohibió las acciones judiciales contra el gobierno de la unión. Asimismo, en el hecho que en la legislación comparada no existía precedente alguno que pusiera en manos del Juez el juzgamiento de otro poder del estado. La postura, que dio prevalencia a la tesis contraria, se fundamentó precisamente en que, si bien el modelo de nuestra Constitución era la americana, no por ello perdía originalidad al haber sido redactada atendiendo las necesidades y la cultura del país. De esta manera, nada impedía adoptar una solución distinta. En efecto, en las discusiones parlamentarias se citaron a ilustres comentaristas, tales como Story, Hamilton y Tocqueville, que adoptaron la postura que la unión podía ser demandada”. ABERASTURY, Pedro, “*Justicia Administrativa*”, op. cit., p.22 y ss.

ser llevada a juicio sin su consentimiento, salvo que fuera parte actora¹². Así podemos citar el caso *Vicente Seste y Antonio Seguich*¹³, fallado por la Corte el 29/09/1864, donde se expresó que “El poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del gobierno de la república pues, por el artículo 86 de la Constitución, se declara que es el jefe supremo de la nación quien tiene a su cargo la administración del país”, que fue reiterado en *Domingo Mendoza*¹⁴ y *Juan Carlos Gomez*¹⁵, de 1865. Unos años más tarde, en *Aguirre Carranza*, del 25/11/1880¹⁶, se acepta el criterio de que debe existir una venia legislativa para que el Estado pueda ser llevado a juicio y habiendo existido en el caso, por ley 675 de 1874, se acepta la posibilidad que se accione contra el Estado con una autorización legislativa previa.

La aceptación de esta postura significó superar la discusión política y doctrinaria y admitir que la Nación podía ser parte demandada en un juicio. Esta interpretación se fundamentó, claramente, en la compatibilización de los preceptos emanados del artículo 18 y el artículo 100 (hoy 116) de la Constitución.

Sin embargo, se realizó ya en esa época una distinción entre el Poder Ejecutivo Nacional, que no podía ser demandado sin autorización del Congreso, de sus dependencias o creaciones por la ley, tales como bancos, ferrocarriles, administraciones de aduana “*porque la regla es que no basta que la Nación tenga interés en la causa para ser considerada parte demandada, sino es necesario que sea ella misma, por medio de su Poder Ejecutivo o administrador, la afectada por la demanda. Y por otra parte, las dependencias, reparticiones o empleados inferiores serían demandables no por esta cláusula sino por la que se refiriera a las causas regidas por las leyes del Congreso*”¹⁷.

Cuando se dicta la ley 3.952, de demandas contra la Nación, se encontraba vigente la teoría de la doble personalidad del Estado por lo que,

¹² Se trató de la tesis sustentada en el debate por Elizalde y Gorostiaga frente a la postura de Velez Sársfield, Quintana y García, que no culminara en la adopción de una determinada solución legal, como surge de la ley 48. –ver Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados del año 1863, I, P 301. Cfr. GAUNA, Juan Octavio, *El proceso administrativo en el orden nacional argentino*, Derecho Procesal Administrativo 1. Homenaje a Jesús González Pérez, Dir. Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, pág. 29.

¹³ Fallos: 1:322.

¹⁴ Fallos: 1:485.

¹⁵ Fallos: 2:36.

¹⁶ Fallos: 22:385.

¹⁷ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Estrada Editores, Buenos Aires, 1951, p. 605, con cita de Fallos 19:160.

originariamente, sólo comprendió a las llamadas causas civiles, quedando sujetas a la venia legislativa, la autorización para demandar cuando el Estado actuaba en base a sus potestades públicas, cuestión que la reforma de 1932¹⁸ remedia ya que acepta la demandabilidad del Estado en la medida que se deduzca un reclamo administrativo previo, sin distinción alguna, como una forma de permitir al Estado revertir la situación que ocasione un perjuicio al particular por el reconocimiento en sede administrativa, evitando la contienda judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente *Sociedad Protectora de Animales*, de 1902, estableció la doctrina que las acciones civiles contra la Nación, como persona jurídica, sólo proceden cuando hubiere precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste¹⁹.

Bielsa defiende la distinción expresando que la misma tiene por fundamento en qué esfera del derecho ha nacido y en ejercicio de qué atribución (poder público) o de qué capacidad (sujeto de derecho) se ha creado el acto²⁰.

Para sostener esta teoría, considera que emerge del concepto de *soberanía* en el orden externo y en el *poder público* en el orden interno y que ello es necesario para el conocimiento de la competencia pues, en este último caso, la competencia será contenciosoadministrativa²¹; pero estas premisas traen como consecuencia que determinados actos del poder público no puedan ser materia de revisión judicial, por violentarse el principio de separación de poderes y los preceptos en estudio, que emergen del CCyCN, participan de esta antigua y superada doctrina.

Debemos recordar la distinción realizada por Sanchez Viamonte, en cuanto *“El Estado federal significa el establecimiento constitucional de jurisdicciones delimitadas, en las que las provincias se reservan una cierta autonomía, no soberanía, e imponen tal condición, no para entrar en un*

¹⁸ Ver ley 11.634.

¹⁹ Fallos 98:378; doctrina que continuó en Fallos: 123: 360;124:39, 299.

²⁰ *“Consideramos, pues, que la doctrina de la doble personalidad implica un progreso institucional de orden jurídico porque en sustancia la personalidad de derecho público (la de derecho civil siempre ha existido en el orden de intereses privados) es un desprendimiento parcial del poder del estado (latu sensu) para someterse al régimen general de las personas jurídicas, dejando de ser entonces un mero poder de imperio. Ella se coloca en el plano de los derechos subjetivos que respecto de otro sujeto adquiere y atribuye”*. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Ed. La Ley, Bs. As., 1964, T.I., p. 198.

²¹ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, op. cit, T.I., p. 200.

pacto federal, sino para mantenerse pacífica y normalmente dentro de la unidad política nacional, de la que se reconocen partes integrantes"²².

Para Bielsa, la aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado significó la sustracción de distintos actos emanados del ejercicio del poder público, al conocimiento de los jueces, en consonancia con el origen tradicional del derecho administrativo francés, a partir del arrêt *Blanco*²³, fallado por el Tribunal de Conflictos, pues la división de competencias establecida significó que todas las decisiones de contenido administrativo no podían ser de conocimiento de los jueces que conforman el Poder Judicial, sino que sólo podían ser de conocimiento y tratamiento de los tribunales administrativos, que dependían estructuralmente de la administración central.

El mayor detractor de esta teoría, en esa época, fue Bullrich, quien sostuvo que las diversas actividades que puede realizar el Estado no permiten adjudicarle una doble personalidad²⁴. Pero no se debe olvidar que lo relevante no era la actuación del Estado como poder público sino la posibilidad de imputarle responsabilidad por su actuación y que estuviera obligada a reparar el daño que su conducta ocasiona.

Finalmente, al modificarse la ley 3952 por el dictado de la ley 11634, en 1932, como hemos expresado, se eliminó la división entre lo público y lo privado²⁵, cuestión típica de la aplicación de la doble personalidad del Estado y, actualmente, mediante la reforma del Código Civil, se ha actualizado esta división, que implica que el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal, siempre actuará en su faz pública pues el derecho civil parecería que no se le aplica, al menos en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, lo cual trae muchas dudas.

2) El reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado

Una vez que se aceptó la posibilidad de demandar al Estado Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, responsabilizó

²² SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Kapeluz, Buenos Aires, 1958, p.78.

²³ Cfr. LUCHET, Just, *L'Arrêt Blanco – La Thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Recueil Sirey, 1935, Paris, pág. 133 y ss.

²⁴ BULLRICH, Rodolfo, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, ed. Guillermo Kraft Ltda., Bs As, 1942, pág. 127/8. Distintas críticas a la teoría de la doble personalidad del Estado: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, ed. TEA, Bs As, 1950, T. II, p. 159/163.

²⁵ La libre demandabilidad del Estado, a su vez, fue receptada en el Título IV de la ley 19.549, de Procedimiento Administrativo.

tempranamente al Estado en una serie de precedentes tales como los casos *Dughera*²⁶, de 1910, *Saenz Peña*²⁷, de 1916, *Banco de Londres o Spinetto c/ Gobierno Nacional*²⁸, de 1918.

El desarrollo de esta Institución, tanto en el derecho administrativo argentino como en el derecho comparado, se realizó a partir de la noción de la falta personal para luego evolucionar hacia la falta de servicio y su diferencia radica en la posibilidad de sustraerla del servicio como tal, en la medida que ese comportamiento no tenga relación con el servicio²⁹. Así se ha explicado, en forma clara, que “*La falta de servicio se genera cuando es innecesaria la identificación de la persona que ha actuado, es decir cuando la falta es impersonal por lo que la noción de culpa se traslada a la idea de falta y ésta entendida como “funcionamiento irregular del servicio o defectuoso de la administración, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función (el servicio) y el daño causado al administrado”*³⁰.

La noción de falta de servicio se independiza de la voluntad del accionar del agente (su actuar doloso o culposo conforme a una valoración subjetiva) para poder atribuirlo, en forma objetiva, a la administración pues lo que se debe demostrar es el incumplimiento legal o reglamentario y no las razones que determinan el accionar del agente³¹.

La doctrina, tradicionalmente, ha realizado la explicación del reconocimiento de la responsabilidad en base a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes *Devoto*³² y *Ferrocarril Oeste*³³. En el primero de ellos se partió de la responsabilidad individual del agente para luego alcanzar al Estado a través de la responsabilidad indirecta por el hecho de los dependientes, conforme el art. 1109 del código de Velez, que establecía el principio de que todo el que ejecuta un hecho que por culpa o negligencia genera un daño, debe reparar el perjuicio,

²⁶ Fallos: 112:79.

²⁷ Fallos: 124:22

²⁸ Fallos: 129:5.

²⁹ ABERASTURY, Pedro, *Principios de la Responsabilidad del Estado*, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury, Director, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 9 y ss.

³⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*, T. 99, Rev. ED, p. 940.

³¹ PERRINO, Pablo E., *Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional* en *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, Nidia Karina Cicero, directora, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, T. II, p. 497 y ss.

³² Fallos: 169:111

³³ Fallos: 182:5

interpretado conjuntamente con el original art. 1113 que disponía que se extiende la obligación a la persona, respecto a los daños causados por los que están bajo su dependencia. Luego se la receptó en base a lo dispuesto en el art. 1112 del mencionado Código. Posteriormente, se consideró la aplicación subsidiaria de dicho precepto a la responsabilidad del Estado y se afirmó que la responsabilidad era directa, porque se independizaba del agente que cometía la falta y su relación jurídica para con el Estado, es decir, no era necesario extrovertir la existencia de una actuación culposa o dolosa y demostrar la relación de dependencia del funcionario, del carácter objetivo de la falta, al relacionar la atribución del deber de responder con la manera, adecuada o inadecuada, de cumplir el servicio, tal cual lo refiriera el Alto Tribunal en el caso *Vadell*³⁴.

Pero este aserto, quien se compromete a prestar un servicio lo debe realizar adecuadamente, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo había enunciado en el caso *Ferrocarril Oeste* y en *Vadell* se extendió su interpretación pues, a partir de este último precedente, la falta de servicio se constituyó en factor de imputación directa y objetiva de la responsabilidad del Estado, a pesar de recurrir a la aplicación subsidiaria del art. 1.112³⁵.

Los principios civilistas sirvieron de base para fundar, sin dificultades, la responsabilidad de los funcionarios, por los actos ilegítimos cometidos en

³⁴ Fallos: 306:2027: "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.

³⁵ SAENZ, Juan Ignacio, *Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia*, en Responsabilidad Extracontractual del Estado: Ley 26.944, Dir. Pedro Aberastury, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 101.

el ejercicio de sus funciones, tanto frente a terceros como en relación a la administración por la existencia de un texto expreso, contenido en el citado artículo 1.112 del anterior Código Civil Argentino; o aún, a falta de texto expresamente referido a los funcionarios, por aplicación de las disposiciones generales de la responsabilidad civil, aunque los administrativistas, para considerar su aplicación, entendieron que se trataba de una norma de derecho público insertada en el mencionado código³⁶.

Para poder imputar responsabilidad a la administración a partir del hecho de un funcionario, se debió superar la teoría que no admitía la atribución del daño a una persona jurídica, propias del siglo XIX, que en nuestro país fuera receptada en la redacción del antiguo art. 43 del Código Civil³⁷.

Una vez consolidada tal posibilidad, paralelamente, se comienza a abrir paso la posibilidad de requerir indemnizaciones al Estado cuando, mediante su actividad legítima, se provocaba un daño a una persona, teniendo en cuenta el precedente del Consejo Estado Francés en el caso *La Fleurette*³⁸, de 1938, aplicando el principio de la igualdad ante las cargas públicas en tanto una persona no debía soportar sobre sus espaldas un daño que beneficiaba al resto de la comunidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a reconocer tal situación, en base a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, pudiendo mencionarse los casos *Laplacette*³⁹, *Corporación Inversora Los Pinos*⁴⁰ o *Winkler*⁴¹. En este último se confrontó el ejercicio razonable de los poderes propios, que no puede ser fuente de indemnización para terceros, con el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del Estado de Derecho, que es la “la justicia y la seguridad jurídica y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la

³⁶ 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, p. 29.

³⁷ ABERASTURY, Pedro, *Principios de la Responsabilidad del Estado*, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury, Director, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 11.

³⁸ En el arrêt *La Fleurette*, del Consejo de Estado Francés, del 14-6-38, se sostuvo: “nada, ni el texto mismo de la ley o en sus antecedentes, ni dentro de todas las circunstancias del asunto, permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbía normalmente; que esta carga, que fue creada dentro del contexto general, debe ser soportada por la colectividad”, que será el pago por la reparación del perjuicio causado por el Estado. Para ello ponderó, también, que el producto fabricado no afectaba la salud pública

³⁹ Fallos 195:66

⁴⁰ Fallos 293:617

⁴¹ Fallos 301:1045,

inviolabilidad de la propiedad”, en cuanto sufrió una alteración en su derecho de propiedad que le impidió totalmente su ejercicio⁴².

Una vez aceptada la posibilidad de indemnizar por una actuación legítima del Estado, el problema derivó en aplicar o no normas específicas del derecho público en materia de indemnización por una actividad reputada como legítima, situación que la Corte Suprema tuvo ocasión de referir en el caso *Canton*⁴³, donde se aplicó analógicamente el alcance indemnizatorio previsto en la ley de expropiaciones, es decir, una indemnización restringida mientras que dentro del marco contractual, en el caso *Sánchez Granel*⁴⁴, se otorgó una indemnización plena pues alcanzaba al lucro cesante. También, en el caso de la revocación de actos administrativos, se puede mencionar la sentencia dictada en el caso *Motor Once*⁴⁵, que estableció la prohibición de instalar estaciones de servicio en la planta urbana de un edificio destinado a vivienda revocando, de esta forma, la autorización oportunamente otorgada; el Ministro Petracchi, en su disidencia, sustentó la posición del derecho a una indemnización plena mientras que la mayoría consideró que la reparación no debía derivar en soluciones irrazonables⁴⁶.

Para concluir con esta breve reseña podemos señalar la postura del reconocimiento pleno de la indemnización en los casos *Juncalán Forestal*⁴⁷, por la inundación de campos por obras hidráulicas, el caso *El Jacarandá S.A.*⁴⁸, en cuanto se brinda la pauta interpretativa de su aceptación pero que debe ser demostrado acabadamente, doctrina que continuó en *Zonas Francas*⁴⁹, donde no se desestimó el rubro lucro cesante sino que se consideró que no había podido ser acreditado como, así también, en el caso *Malma Trading*⁵⁰, interpretando el Alto Tribunal que la interpretación del derecho de propiedad conduce a reconocer una

⁴² ABERASTURY, Pedro, *El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con particular referencia al Estado legislador*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, 1985, p. 247/248.

⁴³ Fallos 301:403

⁴⁴ Fallos 306:1409

⁴⁵ Fallos 312:649

⁴⁶ CONDE, Analía, *La Responsabilidad del Estado por su función Legislativa*, en ABERASTURY, Pedro, *Principios de la Responsabilidad del Estado, en Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury, Director, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 169 y ss. .

⁴⁷ Fallos 312:2266.

⁴⁸ El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento" del 28 de julio de 2005; Fallos: 328:2654.

⁴⁹ "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.

⁵⁰ "Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento" del 15/5/2014.

indemnización plena. La postura de restringir el alcance indemnizatorio fue sostenida en sus disidencias, en los casos referidos, por la Dra. Highton, al fundamentarla en los principios de la justicia distributiva, contradiciendo en este aspecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la tutela del derecho de propiedad⁵¹.

III. Fundamento constitucional del Instituto

De los antecedentes expuestos puede concluirse que la jurisprudencia fundamentó el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en los derechos y garantías receptadas en la Constitución Nacional, lo cual fue compartido por la doctrina⁵². Ello tuvo lugar no sólo por la ampliación del alcance del derecho de propiedad sino por la significativa evolución del principio de libertad, establecido en el artículo 19 de la misma como, también, por considerar que un Estado de Derecho es aquél que respeta los derechos fundamentales de los individuos que lo conforman⁵³.

Cabe resaltar que el Instituto no tiene por única finalidad posibilitar el reconocimiento de la reparación del daño causado por el Estado sino que va mas allá pues consiste en salvaguardar al ciudadano, cuando el Estado no se ajusta a las reglas del Estado de Derecho, brindándole protección. Si no existe tal herramienta de protección o la misma se utiliza de manera arbitraria o irrazonable se produce un avasallamiento al Estado de Derecho⁵⁴.

⁵¹ SACRISTAN, Estela B., *Fundamentos Iuspublicistas de la Responsabilidad del Estado (Una visión desde la justicia distributiva y Conmutativa)*, en *Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la ley N° 26.944*, Coordinadores Ivanega, Miriam M.-Rivero Ortega Ricardo, Revista RAP Año XXXVII, Buenos Aires, 2015, p. 67 y ss.

⁵² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº I, 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 251-252; HUTCHINSON, Tomás, *Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado*, en *Revista de Derecho de Daños*, 2010, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 108; COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº II, Abeledo-Perrot, 2012, p. 1511; REIRIZ, Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Ed. Eudeba, Buenos Aires 1969, p. 42, entre muchos otros

⁵³ CASSAGNE, Juan Carlos, *La Responsabilidad del Estado: Fundamento Constitucional y su Regulación por una Ley Administrativa*, en ABERASTURY, Pedro, *Principios de la Responsabilidad del Estado*, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Pedro Aberastury, Director, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 61 y ss.

⁵⁴ “El fundamento de la exigencia de responsabilidad de la Administración Pública es hoy día obvio por aplicación, en último término, de las consecuencias del Estado de Derecho que impone la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico como cualquier otro sujeto de derecho. El asunto no es el fundamento de la responsabilidad, cuestión que a estas alturas es indiscutible, sino determinar los casos en que se produce esa responsabilidad (...) El compuesto de potestades y limitaciones sobre su ejercicio que se recoge en normas constitucionales y legales configura un régimen jurídico específico, un subordenamiento integrado en el sistema jurídico general del Estado. Y es en el contexto de ese compuesto normativo concreto en el que debe interpretarse la responsabilidad extracontractual de la

El sometimiento del Estado al Derecho y no a la norma permite aventar la existencia de un Estado totalitario; su existencia se afirma en el reconocimiento de derechos fundamentales, que el legislador no puede avasallar, lo cual conduce a que si el Estado genera un perjuicio debe responder frente al sujeto pasivo de la lesión, restituyendo el derecho fundamental conculcado.

El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado se encuentra expresado en la existencia de un régimen donde el Derecho preexiste a la actuación del Estado y la actividad de éste se subordina al ordenamiento jurídico⁵⁵. Para ello se deben salvaguardar los derechos reconocidos constitucionalmente donde el gobernante no seguirá intereses personales por sobre los intereses de la comunidad⁵⁶. Para su preservación, el constituyente originario consideró necesaria la unidad del sistema jurídico de fondo y las Provincias delegaron en el Poder Legislativo nacional el dictado de la normativa pertinente.

Este sometimiento a una Norma Suprema la encontramos no sólo en los artículos 15, 16 y 116 sino, también, consagrada en la Reforma de 1994, al introducir en el Capítulo Segundo “Nuevos Derechos y Garantías” de la Parte Primera al artículo 43, cuando establece una acción judicial para hacer frente a actos u omisiones de autoridades públicas que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley y al integrar a los Tratados de Derechos Humanos, conforme el art. 75 inc. 22 a los derechos reconocidos.

La finalidad del constituyente fue enunciada en el Preámbulo, al disponer que el dictado de la Constitución persigue el objeto de *constituir la unión nacional y afianzar la justicia*; a partir de ella no podemos predicar que exista una relación de *desigualdad jurídica* entre el Estado y sus habitantes y, más aún, según la Provincia en que se encuentre a efectos de determinar

Administración”. CORDERO VEGA, Luis, *La Responsabilidad de la administración del Estado*, 2º ed. actualizada, Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2010, p. 125.

⁵⁵ Conf.”Leiva, Amelia Sesto de c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca”. CSJN 19.9.89. Fallos: 312:1686.

⁵⁶ ROSATTI, Horacio, *Competencia para legislar sobre Responsabilidad del Estado en la Argentina*, en en “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, Director ROSATTI, Horacio, Rubinzal-Culzoni Editores, 1º ed., Santa Fe, 2014, pág. 36/7.

el círculo de derechos de sus habitantes⁵⁷.

Joaquín V. Gonzalez distingue entre unión nacional y unidad nacional y refiere que las unidades orgánicas deben complementarse: “*Nación, Estado, Provincia, en cuanto se componen de individuos bajo un régimen común, con el objeto de ayudarse y prosperar por sus esfuerzos combinados, necesitan crear un gobierno*”⁵⁸. El régimen común para prosperar, el constituyente lo realizó a través de la unificación del derecho común.

Esta interpretación se basa en la medida que recordemos lo estatuido en el artículo 15, que dispone que una ley especial reconocerá las indemnizaciones correspondientes por consecuencia de la abolición de la esclavitud, que establece una regla general de responsabilidad del Estado con un ámbito de competencia territorial amplio, a pesar de tratarse de una norma de derecho público y el precepto contenido en el artículo 16, en cuanto establece la igualdad de todos sus habitantes frente a la ley, que hemos considerado, desde hace tiempo, como el primer precepto normativo del cual deriva la responsabilidad del Estado⁵⁹.

La finalidad del Instituto es proteger los derechos constitucionales reconocidos a los particulares conforme a los principios que rigen a nuestro sistema jurídico, y las leyes que reglamenten su ejercicio no puede desconocerlos⁶⁰. Por lo tanto, la reglamentación de la responsabilidad estatal no puede violentar el principio de *progresividad*, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado como integrando a nuestro derecho⁶¹ y el principio *pro homine*, de tal manera que el derecho

⁵⁷ “La historia de la Constitución Argentina se ha desarrollado alrededor de la libertad, y la filosofía de la constitución es la filosofía de la libertad”. BIDART CAMPOS, Germán J., *Historia e Ideología de la Constitución Argentina*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1969, p.99.

⁵⁸ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, op. cit., p.94/5.

⁵⁹ ABERASTURY, Pedro, *El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con particular referencia a la del Estado Legislador*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 229.

⁶⁰ CILURZO, María Rosa, *La responsabilidad el Estado por Actividad Legítima*, en “*Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*”, Director ROSATTI, Horacio, Rubinzal-Culzoni Editores, 1º ed., Santa Fe, 2014, pág. 55; CANDA, Fabián O., “La responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y en la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, N° 97, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 1.

⁶¹ Cfr. El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. M. 1488. XXXVI; REX Madorrán, Marta Cristina c/

de propiedad quede en peligro. Si ello ocurriera no sólo se violentarían los principios de nuestra Norma Fundamental sino que se pondrá en peligro nuestro sistema jurídico.

En uno de los últimos casos dictados, in re *Rodríguez Pereyra*⁶², la Corte Suprema tuvo oportunidad de examinar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto su Artículo 21 expresamente protege a la propiedad privada y a la persona en el derecho al uso y goce de los bienes. Asimismo, establece que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. En relación a la indemnización justa, esto se encuentra aclarado en el art. 63 de la misma al disponer que se garantiza al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados en forma conjunta con la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, reiterando el derecho al pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Se sostuvo que, conforme lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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 más 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)".

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 de acuerdo con lo dispuesto en su art. 28. Así, expresó que: "En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de

Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación, del 03/05/2007, Fallos: 330:1989.

⁶² Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, del 27.11.2012, Fallos: 335:2333.

reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972; 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4º; 316:1949, considerando 4º; entre otros)”⁶³.

A ello se suma que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado aplicable la indemnización compensatoria mediante el instituto de la *restitutio in integrum*, a partir del caso Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)⁶⁴.

IV. El principio de la unidad legislativa

1) Introducción

Siguiendo con estos lineamientos nos encontramos con derechos operativos y un cinturón de barreras protectoras que aseguran los derechos de los ciudadanos en los códigos de fondo. Al establecerse en el CCyCN que el Estado no se sujetará en forma directa (aunque limitado al derecho de daños) al mismo y al delegar en el art. 2560 en las autoridades locales lo referido a la prescripción, lo que ha realizado el legislador es eliminar una barrera de protección que siempre estuvo al alcance del individuo y permite, en consecuencia, que el Estado pueda avanzar sobre los derechos de los particulares.

Recordemos que el sistema constitucional que ideó Alberdi no fue estrictamente federal sino que preservó ciertos estatutos de tipo unitario, por lo que, en realidad, nuestro sistema es mixto y pivotea entre estamentos federales y unitarios pero que los primeros tienen mayor preponderancia respecto a los segundos, sobre todo en la autodeterminación política, económica y administrativa.

⁶³ Consideramos que la ley 26944 y las leyes provinciales de Chubut y Santa Cruz ya citadas desconocen expresamente esta jurisprudencia.

⁶⁴ Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C N°. 7. Entre otros: Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N°. 151, párr. 149, entre muchos otros.

Joaquín V. Gonzalez entendió que, en relación al dictado de los códigos de fondo, se trató de una innovación respecto del de Estados Unidos y afirma que “una legislación diferente en cada Provincia habría sido, sin duda, un grave obstáculo para el desarrollo de la vida civil y el afianzamiento de la justicia...El Poder de dictar códigos no significa el de legislar dentro del territorio de las Provincias, porque aquéllos son ley común de todo el pueblo de la Nación”.⁶⁵

El filtro de constitucionalidad debe ser interpretado no sólo a través del mandato contenido en el artículo 75, inciso 12, sino conforme a las limitaciones y condicionamientos establecidas en el Artículo 126 cuando se expresa que “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación... ni dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después de que el Congreso los haya sancionado...” y también a la luz de los preceptos que disponen la autonomía provincial por sobre el Gobierno Federal, tal el caso del Artículo 121, en cuanto dice que “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”.

2) La división entre el derecho público y el privado

La postura del sistema implementado por el CCyCN, y anteriormente por la Ley de Responsabilidad del Estado nacional, se basa en estructurar una división de las ramas jurídicas en compartimientos estancos, entre la aplicación de las normas de derecho común y las de derecho público y, a su vez, interpretar que los Estados Provinciales pueden darse sus propias normas sobre la materia, incluidas las referidas a la prescripción, resquebrajando la unidad sistémica del derecho⁶⁶. De esta forma, el particular, frente a un mismo hecho de naturaleza similar, podría estar sujeto a distintas regulaciones de tal forma que el individuo, dependiendo del lugar donde se produzca y del alcance fijado por el legislador local, se encuentre sujeto p. ej. a recibir o no una determinada indemnización.

Para sostener la mentada división, que conduce a la plena autonomía legislativa provincial, de la cual se encuentra inmerso el CCyCN, se considera que el derecho administrativo es local y por tanto sujeto a la

⁶⁵ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, op. cit., p. 453.

⁶⁶ PARELLADA, Carlos A., *Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944*, en “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, Director ROSATTI, Horacio, Rubinzal-Culzoni Editores, 1º ed., Santa Fe, 2014, pág. 55.

autonomía legislativa provincial⁶⁷ y que ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Barreto*⁶⁸.

En efecto, este precedente ha sido tomado por la doctrina que adhiere a la división entre estas dos ramas jurídicas cuando, en realidad, se trató de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se ocupó de restringir su jurisdicción originaria, prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y, de esta forma, revertir el precedente *De Gandia, Beatriz Isabel*⁶⁹, del 6 de octubre de 1992, en cuanto a que se entendía causa civil en los términos del art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, que ocasionara una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, los que se caracterizan por la existencia de gran variedad temática sobre la responsabilidad patrimonial de los estados provinciales por haber incurrido en la llamada falta de servicio.

Afirmó la Corte que ello afecta “los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución” (Cfr. Consid. 7). La restricción de su jurisdicción originaria se vio recientemente acotada en el caso *Anadon*, del 20 de agosto de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la vía establecida por el art. 24, inc. 6º, ap. a) del decreto-ley 1285/58.

Fundamentar la mentada división en las facultades no delegadas por ser causa civil, conforme la trayectoria de los precedentes de nuestra Corte, no es razonable. En efecto, en *Barreto* se sostuvo que la jurisdicción originaria se debía sostener en el caso que se sustentara únicamente en el derecho común y no en virtud de la existencia de un acto proveniente de la autoridad pública, en ejercicio de esta actividad, aunque se aplicara el derecho de fondo (Considerando 8). Más adelante, en el considerando 10, con cita de doctrina nacional, la Corte sostuvo que, en tanto el daño provenga de la actuación del Estado provincial como consecuencia del ejercicio imperativo del "poder de policía de seguridad", entendido como una "potestad pública" propia del Estado, la regulación de esta materia le

⁶⁷ Ver el interesante comentario BUSTELO, Ernesto, *Código Civil y Comercial de la Nación – Su aplicación al ámbito del Derecho Administrativo*, en Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo, Nidia Karina Cicero, directora, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, T. II, p. 825 y ss.

⁶⁸ CSJN, “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 21/3/06.

⁶⁹ Fallos: 315:2309

corresponde al campo del derecho administrativo y por ende es de resorte exclusivo de los gobiernos locales.

Sin embargo, al fundamentar la distinción entre lo público y lo privado, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el considerando 12, que se considera, a los efectos del presente trabajo, como un factor principal de interpretación, cuando se expresa que:

12) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.). Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso (Fiorini, op. cit., primera parte, pág. 92 y sgtes.; Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231).

De acuerdo con el artículo 75, en cuanto manda al Congreso, en su inciso 12, dictar los códigos de fondo sin alterar las jurisdicciones locales, en lugar de integrar al sistema jurídico, asegurando el principio de la igualdad, atendiendo a sus especiales diferencias para establecer diferentes regulaciones sobre un determinado tópico, el legislador nacional, tanto al dictar la ley de responsabilidad del Estado 26944 y el CCyCN, ha adoptado un sistema cuya lectura, realizada de manera conjunta, permite afirmar que ha alterado el sistema constitucional con la posible vulneración de los derechos fundamentales de los habitantes.

Los constituyentes de 1994 ratificaron el principio de la unidad legislativa al establecer, en el art. 41 de la Constitución, que “*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección (en materia de ambiente), y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*”.

La directiva constitucional de interpretación, en materia de daño ambiental,

que el constituyente estableció claramente, es la complementación y/o integración por lo que puede ampliarse a todo el derecho público por lo que el legislador nacional debe establecer los presupuestos mínimos, complementados con la jurisdicción local, no admite la total delegación legislativa contenida en el CCyCN, no sólo en cuanto a la Responsabilidad del Estado sino también en materia de prescripción y se considera que, en este aspecto, no puede avanzarse como lo hizo la ley 26.944 pues contraviene a la Norma Fundamental.

En el mismo caso *Barreto*, en el considerando 12 transcripto, la Corte se ocupó de reiterar que todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños **no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica** ya que constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas incluso al Derecho Público.

De ello puede concluirse que tampoco se trata de un atributo exclusivo y excluyente del legislador local todo lo atinente al sistema de responsabilidad del Estado y tampoco puede aceptarse que pueda ser delegada la materia de prescripción cuando se aplique el derecho público local⁷⁰.

La Constitución recepta el principio de la unidad legislativa y sin que se desconozca la posibilidad de regular las modalidades de aplicación en el caso del derecho público, debemos respetar este principio receptado constitucionalmente.

3) Las directivas de interpretación

La completividad de los sistemas fue abordado por Linares, en su breve pero enjundiosa obra *Caso administrativo no previsto*⁷¹. Sostuvo que podían darse tres clases de contiendas donde se realizara: a) la aplicación de las normas civiles, a pesar de la existencia de normas provinciales que especialmente regulen el punto, al tildarlas de inconstitucionales, b) la aplicación en forma subsidiaria de las normas civiles, en cuanto no existiera regulación administrativa sobre el tema y, c) que se las aplique por analogía.

⁷⁰ PARELLADA, Carlos A., *Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944*, en “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, Director ROSATTI, Horacio, Rubinzal-Culzoni Editores, 1º ed., Santa Fe, 2014, pág. 68. : LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., *La prescripción liberatoria en la reciente ley de responsabilidad del Estado*, Rev. La Ley 2014-D, 1063.

⁷¹ LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, p 17/18.

El legislador, con la directiva expuesta en los arts. 1764 y 1765, determinó que los dos primeros supuestos no le eran aplicables a la responsabilidad del Estado. Además, omitió expresarse en forma clara en el art. 1764 sobre la aplicación analógica de sus normas en caso de que existiera una laguna normativa referida a la responsabilidad del Estado o según el lenguaje de Linares, un caso no previsto.

El artículo 2 del CCyCN nos indica que se debe recurrir a las leyes análogas, entre otras pautas interpretativas, por lo que si el art. 1764 indica que las disposiciones del Capítulo 1 del Libro tercero no le son aplicables, de manera directa o subsidiaria, mientras que el art. 1765 establece que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo, ya sea nacional o local, según corresponda, nos está indicando que, ante un caso no previsto, se debe aplicar la interpretación por analogía.

Señalaba Linares que siendo los intereses en un caso predominantemente públicos y en otros predominantemente privados, *“en uno actúa el Estado como poder público superior a todos los demás sujetos de derecho y en el otro no; actúan los administrados y el Estado mismo, pero como un sujeto cualquiera, en pie de igualdad. Cabe preguntar qué valor científico tiene esta distinción de tan importantes consecuencias, pues si las leyes son mandatos u órdenes del legislador, como postula generalmente esa doctrina, ¿ en virtud de qué atribución el órgano ejecutor de ella se arroga la facultad de declarar que el Código Civil, por ejemplo (pese a no contener éste norma expresa que lo declare inaplicable al Estado) no es vigente en toda una extensa zona de la conducta humana administrativa y se lanza a explicitar la norma legal aplicable con el amplísimo arbitrio que ello supone?”*⁷²

Así este autor considera que no existe una interpretación lógica que permita excluir a las normas de derecho común *in totum* a la conducta administrativa y finaliza expresamente que es partidario de la aplicación subsidiaria de las normas del derecho común al derecho público.

Es la tesis sostenida por Jorge Saenz, en cuanto la aplicación del derecho común a los contratos celebrados por la administración puede ser realizada, sintetizando la integración del sistema y teniendo en cuenta la aplicación directa de las normas de derecho común en la medida que existiera un

⁷² LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, op. cit., p 91/92.

incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado y pudiendo modular su aplicación, en ciertos aspectos por el Derecho Administrativo, en tanto esta disciplina puede completar el sistema pues puede derogar o completar el sistema contenido en las normas civiles⁷³.

Ello ha sido sostenido, invariablemente, por la Corte Suprema en diferentes precedentes de los cuales se considera el más relevante el caso *Filcrosa*⁷⁴ por ser trascendente en el criterio de aplicar subsidiariamente las normas del derecho común. La razón de aplicar los códigos de fondo responde a una clara hermenéutica que se encuentra en las fuentes de la Constitución Nacional.

Alberdi consideró que el principio de la unificación legislativa era necesario en el derecho de fondo o común. Expresó que *“La idea de nuestros federales no era del todo errónea, y sólo pecaba por extremada y exclusiva. Como los unitarios, sus rivales, ellos representaban también un buen principio, una tendencia que procedía de la historia y de las condiciones normales del país”*⁷⁵.

En diferentes épocas y con distintas clases de argumentaciones, se ha sostenido la preeminencia de las normas del derecho público por sobre las restantes, comprensivas del derecho común, ya que se considere que son imperativas y, de esta manera, su desconocimiento o no acatamiento conlleva la nulidad o por tratarse de normas de atribución, por encontrarse motivado en razones de interés público, mejor servicio, interés general, utilidad pública, el buen funcionamiento del servicio o conceptos parecidos, lo cual permitió que Bielsa dijera que se trataba un derecho desigual⁷⁶.

⁷³ SÁENZ, Jorge A., “Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad “contractual”) en el derecho administrativo argentino”, en *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Director ROSATTI, Horacio, 1º ed., Rubinzal-Culzoni Editores, , Santa Fe, 2014, p. 401.

⁷⁴ Fallos: 326:3899

⁷⁵ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Angel Estrada y Cía S.A. Editores, Buenos Aires, 1943, Cap. XXII, p.149.

⁷⁶ “El predominio del interés público sobre el privado que se expresa en la fórmula de “derecho de desigualdad”, explica todo un sistema de privilegios de la Administración pública, privilegios que en el Estado de derecho se ejercen en toda la actividad del poder de policía, en la ejecutoriedad de las decisiones administrativas, en el poder discrecional (no arbitrario), en el poder disciplinario y la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo objeto y fin es asegurar el imperio del derecho en la Administración pública. Este derecho es de doble orden: derecho subjetivo “de” cada administrado; derecho objetivo “para” todos los administrados. De ahí la gran división de los recursos jurisdiccionales en contenciosos de plena jurisdicción y contenciosos de anulación de actos administrativos irregulares...La separación del derecho público y del derecho privado, la creación de instituciones propias del derecho y la institución de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, todo eso es consecuencia necesaria de las transformaciones de orden político, económico y social que en el Estado se producen

Esta tesis la hemos confrontado⁷⁷ expresando que sostener el plano de desigualdad al cual se encuentra sometido el particular por encontrarse dentro de la normativa del derecho público, es como reconocer que en este plano no existe un control externo. Precisamente, el contenido de la desigualdad ha dado origen a la responsabilidad del Estado de lo cual se desprende que, no por ser de cumplimiento obligatorio, ello significa que el Estado puede desconocer los derechos de los particulares⁷⁸.

En lugar de sostener la preeminencia de una norma sobre otra, situación que sólo axiológicamente puede ser sostenida ya que el art. 31 de la Constitución Nacional no permite otra interpretación, se ha creado un sistema donde se proclama la total independencia de las normas emanadas de las legislaturas provinciales, de derecho público, respecto del Instituto comentado en relación al sistema normativo común. Esta división, en nuestro sistema constitucional, no puede ser admitida. Basta comparar la Constitución de los Estados Unidos de Norte América con nuestro sistema constitucional, donde si existe una total separación del derecho común y administrativo en cada uno de los Estados.

Es más, no fue la finalidad de los que intervinieron en la redacción de nuestra Constitución pues tuvieron conciencia que *“La constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados en ella, como se ha visto más de una vez... Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar o escamotear las libertades y garantías constitucionales”*⁷⁹.

Coincidimos con Perrino en cuanto no se trata de deslindar los distintos ámbitos de la actuación sino, más bien, buscar en las fronteras de estos dos sistemas el ámbito de encuentro y de cooperación⁸⁰. Lo actuado por el legislador nacional, tanto al sancionar el CCyCN como al dictar la ley

cada vez en forma mas decisiva. Toda construcción jurídica o legal que prescinda de esa transformación será superficial y precaria”. (BIELSA, Rafael, *Estudios de Derecho Público I*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, pág. 196 y ss.).

⁷⁷ ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 77.

⁷⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo* cit, p. 257. Sostiene este autor que por más que el legislador haya receptado el carácter de orden público y la norma prescriba el carácter retroactivo, “el juez no podría liberarse de la limitación constitucional que ampara el derecho de propiedad”.

⁷⁹ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Angel Estrada y Cía S.A. Editores, Buenos Aires, 1943, Cap. XVI, p.97/98.

⁸⁰ PERRINO, Pablo E., *Responsabilidad por actividad estatal legítima –Proyecto de ley de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos*, en Rev. La Ley del 18-6-2014.

26.944 ha ocasionado, en la práctica, la desintegración del carácter fundante de nuestro sistema jurídico al desconocer el principio de la unidad legislativa.

Los únicos perjudicados serán los derechos de los particulares pues se ha erosionado el ámbito de aplicación de su derecho común con afectación del principio de seguridad jurídica.

El Derecho público, es indudable, tiene especificidades propias ya que su finalidad se diferencia del derecho privado. No sólo se ocupa de las estructuras organizativas de la administración y del ejercicio de las potestades previstas en las leyes, persiguiendo el interés público sino que su actuación requiere ajustarse al ámbito de competencias que le son propias y que se encuentran previamente autorizadas por la ley. Asimismo, debe reconocerse que existen asimetrías en las relaciones jurídicas con los individuos pero éstas, si bien las encontramos usualmente, no permiten afirmar que el Derecho público y, especialmente el Derecho administrativo, se encuentren fuera del resto del ordenamiento jurídico o no se integran dentro de su contexto.

Hemos recordado muchas veces que *“el derecho administrativo es el derecho constitucional concretizado”*⁸¹, feliz frase del Presidente del Tribunal Constitucional Alemán, Fritz Werner, en cuanto ajusta al derecho administrativo dentro de las normas constitucionales y al sistema que de él dimana por lo que, por más que consideremos que el derecho administrativo es público y local, no por ello se lo puede sustraer de los principios generales que emanan del sistema jurídico de donde proviene.

No se trata de considerar a ambas ramas del Derecho como compartimientos estancos o contrapuestos, como lo hiciera el redactor de la ley 26.944, sino de encontrar vías de convergencias, reconociendo que forman parte de un único sistema jurídico, de un mismo ordenamiento general; existe una complementación que permite la interrelación de ambas ramas, no en un plano de subordinación sino dentro de un plano de convergencia. Las características propias del derecho público no son antitéticas con el derecho común⁸².

⁸¹ DVB1, p. 527.

⁸² FABIANO, Aidilio G., *“La responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil y en la ley 26.944, desde el diseño constitucional santafesino”*, en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, N° 97, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 25. Es muy interesante lo que afirma este autor cuando pues la propia constitución santafesina realiza un reenvío al derecho común, en su art. 18.

Se ha expresado que “*El Derecho público y el privado tienen que separarse, en tanto establecen modelos normativos diferentes para situaciones diversas, en las que los ciudadanos se relacionan con otros sujetos jurídicos privados o también con el Estado organizado. Ambos regímenes jurídicos se consideran como arsenal de mecanismos de protección y acción. Los dos regímenes no dejan de tener relaciones. Más bien están entrelazados entre ellos*”⁸³.

Mucho se ha escrito al respecto pero lo cierto es que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha mantenido invariable en cuanto a la aplicación subsidiaria de las normas del derecho común al derecho administrativo ya que la facultad del Congreso Nacional, de dictar los códigos de fondo, le permite establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta pero no sobre todos los aspectos sino en relación a los derechos que el derecho común observa⁸⁴. A pesar suyo, el CCyCN incurre en esta integración al reglamentar materias que se consideran propias del derecho público salvo en lo que concierne a la responsabilidad del Estado⁸⁵ a pesar de tratarse de una institución troncal⁸⁶.

Lo concreto es que el derecho público no se encuentra al margen de la unidad general del derecho⁸⁷, salvo en los supuestos en los que se admita que se “efectúen las discriminaciones que resulten impuestas por la

⁸³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 298.

⁸⁴ Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda. Fallos: 326:3899.

⁸⁵ “disposiciones de derecho administrativo que están en el Código Civil tales como las referentes a bienes del dominio público, expropiación, arrendamiento de bienes públicos; la reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.; no son de derecho civil y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas” GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, FDA, Bs As, 2013, T. I., Cap. VIII, p.3.

⁸⁶ “El sistema norteamericano exhibe una gran diversidad sustantiva y procesal⁸⁶ que no representa el mejor modelo a seguir y habría que ver si al replicarlo en nuestro país no se alterará el principio de unidad de legislación común que consagra el art. 75 inc. 12 de la C.N., bajo la premisa que también hay normas de derecho público que constituyen derecho común como las prescripciones del Código Civil referidas a la condición jurídica de las personas públicas y al dominio público. Y la ley nacional de responsabilidad del Estado implica que las Provincias que se adhieran a ella, conservan los poderes no delegados (art. 121 C.N.) para regular las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio” CASSAGNE, Juan Carlos, *La Responsabilidad del Estado: Fundamento Constitucional y su Regulación por una Ley Administrativa*, en *Principios de la Responsabilidad del Estado*, en *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, ABERASTURY, Pedro., Director, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 61 y ss.

⁸⁷ Así en el caso que comentamos se realizó la cita de Fallos: 313:1366, en el considerando 17, señalando que “esta Corte ha admitido la aplicación de la legislación civil al ámbito del Derecho Administrativo” Fallos: 190:98 y 321:174.

naturaleza de lo que constituye la sustancia del Derecho Público”⁸⁸.

No existe razonamiento lógico para no aplicar, ante la reparación de un daño ilegítimo, el sistema normativo del derecho común⁸⁹ en forma subsidiaria para completar las lagunas normativas que se produzcan pues el principio de derecho *alterum non laedere* es común a ambos ordenamientos y, se considera, que constituye un principio constitucional el cual debe respetarse. Nótese que las condiciones de procedencia sustentadas en la ley 26.944 son muy áridas y tienen que ser materia de interpretación por lo que nada avasalla al derecho público local la aplicación subsidiaria del derecho común en este aspecto⁹⁰.

De lo que se trata es de robustecer la necesaria unidad legislativa y hacer respetar la entidad de bienes y derechos tal como los estructura el derecho común, de vigencia nacional (art. 31 de la Constitución Nacional)⁹¹; se trata de principios generales que regulan cualquier disciplina jurídica, como se afirma en *Rodríguez Pereyra*⁹².

4) La interrelación entre ambos ordenamientos

En la temática en estudio, la interrelación entre ambos ordenamientos tiene gran incidencia debido a los antecedentes históricos que determinaron el reconocimiento de la responsabilidad estatal en nuestro país.

Numerosos temas convergen en los principios del derecho común, tales como el del enriquecimiento sin causa, el deber de reparar los daños por causa de delitos o cuasidelitos, la aplicación de la prescripción. En el supuesto de una actuación ilegítima, el Estado podrá ser responsable por la aplicación de reglas propias del derecho público pero, el funcionario o empleado que ha sido causa fuente de esa conducta, no es ajeno, frente al

⁸⁸ Filcrosa S.A. Fallos: 326:3899, Considerando 17.

⁸⁹ CICERO, Nidia K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, N° 97, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 37; FABIANO, Aidilio G., “La responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil y en la ley 26.944, desde el diseño constitucional santafesino”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, N° 97

⁹⁷ Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 33

⁹⁰ La Corte Suprema sostuvo que “no basta apelar a la autonomía del derecho tributario para desconocer la uniformidad de la legislación de fondo perseguida mediante la atribución que se confiere al poder central para dictar los Códigos, según el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional (hoy art. 75 inc. 12); uniformidad ésta que no sería tal si las provincias pudieran desvirtuarla en su esencia, legislando con distinto criterio instituciones fundamentales de carácter común, so color del ejercicio de los poderes que les están reservados” Fallos: 269:373

⁹¹ Fallos: 235:571

⁹² Fallos: 335:2333.

particular agraviado y se le aplicarán las reglas de la responsabilidad previstas en el derecho común⁹³.

Consideramos que en aquellos sistemas donde existen claramente dos sistemas de juzgamiento, tales como los tribunales administrativos cuyas decisiones tienen alcance de definitividad y aquellos que requieren una revisión judicial, la directiva de interpretación contenida en el CCyCN tendría cierta lógica, en la medida que ello ocasionaría la aplicación de una sistemática distinta pero, debe recordarse, se trata de sistemas constitucionales distintos al nuestro; en nuestro país, donde el juzgamiento de la administración siempre recae en un Poder Judicial independiente a la administración, tal premisa contraría nuestro sistema.

Sin perjuicio de recordar que existen situaciones en las cuales la Administración debe asumir los daños que causa cuando obra legítimamente, nos encontramos con dos sistemas jurídicos que serían aplicables al caso según quien sea imputado como generador del daño, el Estado o el funcionario, lo cual debemos repensar si es coherente.

Nótese que la mayoría de los principios se encuentran extrovertidos en el viejo Código Civil y en el Nuevo pero no se agotan en el mismo sino que pueden encontrarse otros principios en otros cuerpos normativos, aparte de los que emergen de la Constitución Nacional.

Se discute el alcance de su aplicación, en tanto se la deba realizar en forma subsidiaria o analógica. Si consideramos que es subsidiaria, nos encontraremos con que sus principios, a falta de norma expresa, son aplicables mientras que en la analogía partimos del presupuesto que el derecho común no tiene ninguna injerencia, por tratarse de una regulación normativa diferente⁹⁴.

Estas posiciones, sostenidas *in extremis* por los doctrinarios, parten de una premisa falsa, tal cual es desconocer las bases en las cuales se asienta nuestro sistema jurídico, el cual reconoce la influencia del derecho romano y no hemos podido desentendernos de los principios generales que hemos heredado del código napoleónico y que han sido trasvasados a nuestro

⁹³ Lo que no explica el legislador es la hipótesis de excepción que resultaría de aplicar el sistema del derecho común al responsable de un establecimiento educativo pues el art. 1767 no aclara si solo se refiere a los establecimientos educativos privados lo cual nos plantea serias dudas, por mala técnica legislativa, sobre su extensión.

⁹⁴ REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, op. Cit., p. 26.

código civil. Esto también ocurre pero, en una forma distinta en el derecho francés pues, una serie de normas han reconocido la intervención de los tribunales judiciales p. ej. cuando se trata de daños ocasionados por vehículos por la ley del 31 de diciembre de 1957, a efectos de no lesionar el derecho de las víctimas en el caso que el daño sea provocado por un vehículo particular o de la administración⁹⁵.

No puede pasarse por alto que el CCyCN ha constitucionalizado el derecho común en la medida que ha aceptado colocar como Principios, aquellas normas que forman parte del Derecho Público, o sea que ha integrado a su normativa aquellos principios *ius publicistas* que no pueden ser desconocidos en el ordenamiento jurídico por lo que no se explica, razonablemente, la contradicción incurrida entre el art. 1º y lo referido a la Responsabilidad del Estado.

El referido artículo 1º expresamente dispone, como norma interpretativa, que la resolución de los casos debe ser realizada de acuerdo a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos y el artículo 2º establece que, además de éstos, la directriz es que los principios y los valores jurídicos se apliquen de modo coherente con todo el ordenamiento⁹⁶. O sea que, mientras que en la primera parte se invoca la coherencia, más adelante se la contradice cuando se trata de la responsabilidad del Estado, producto de las modificaciones realizadas en el Ejecutivo al Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora antes de su envío para ser tratado.

En el derecho público nos encontramos con una hipótesis reparatoria no contemplada en el derecho común salvo en contadas excepciones, tal cual es el deber de indemnizar por hechos que no son contrarios al ordenamiento jurídico y, en este supuesto, el sistema general de responsabilidad del derecho común no le es directamente aplicable pero, en el caso de que el Estado incurra en una actividad ilegítima, nótese que la propia ley 26.944 y el CCyCN incurren en una contradicción irrazonable pues, por un lado no aplican su normativa en el caso del Estado pero sí a los funcionarios, lo cual frente a un mismo hecho se pretenden aplicar

⁹⁵ VEDEL, George, *Droit Administratif*, Themis, París, 1980, p. 447.

⁹⁶ Estos expresan: ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. ARTÍCULO 2º.- Interpretación. 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.

ordenamientos distintos⁹⁷.

Debe tenerse especialmente en cuenta que la división entre el derecho público y el privado ha sido utilizada, en innumerables ocasiones, para vulnerar el régimen Republicano que nos hemos dado en la medida que se han restringido los derechos de los particulares y el desconocimiento del principio de la unidad legislativa permite alterar el contenido Republicano que enmarca la Constitución que nos rige.

5) El caso no previsto: La falta de regulación provincial

Como hemos venido sosteniendo, el CCyCN ha consolidado un mandato categórico de no aplicación de sus normas al Instituto de la responsabilidad del Estado. Afortunadamente, no convalidó la interdicción de aplicación en forma integral, como lo refiriera el redactor de la ley 26.944⁹⁸, y ahora reiterado en la ley de responsabilidad chubutense⁹⁹, sino en forma específica pues refiere que el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero no le es aplicable en forma directa y subsidiaria, por lo que podríamos agregar que, únicamente, este Capítulo no le es aplicable al Instituto.

La diferencia entre esta redacción y la contenida en el art. 1º de la ley 26944 permite afirmar que las pautas de interpretación contenidas en el art. 2º del CCyCN, en cuanto dispone: “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”, sí le son aplicables.

Si analizamos por exclusión esta directiva de interpretación, al no serle aplicable ni directa ni subsidiariamente el mencionado Capítulo, corresponderá su aplicación de manera analógica y no sólo por el art. 2º, sino por mandato constitucional.

Al haber sido derogado el art. 1112 del Código de Velez, se sacudió la base de la estructura interpretativa que, en forma pacífica, la jurisprudencia desarrolló durante el siglo pasado. Nos encontramos con una laguna

⁹⁷ Nótese que el art. 9 formula la responsabilidad del funcionario en caso de haber actuado con culpa o dolo, situación que no se admite en caso del Estado pues el requisito es la falta de servicio (cfr. art.3 inc. d)).

⁹⁸ Consideramos que se ha derogado la directiva de no aplicación contenida en el art. 1º de la ley 26944 por tratarse de una ley especial posterior la que ha innovado en este aspecto.

⁹⁹ Art. 1º de la ley 560, Pcia del Chubut.

normativa en el caso de las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no han dictado una ley regulando este Instituto.

Un análisis de los preceptos contenidos sobre el tema en las constituciones Provinciales de nuestro País, nos indica que se receptó principalmente la responsabilidad del agente en el caso de Catamarca (art. 47) y Córdoba (art. 14 y 42) mientras que en las Constituciones de las Provincias de Jujuy (art. 10), La Rioja (art. 48), Misiones (art. 80), Rio Negro (art. 55), Salta (art. 5), San Juan (art. 43), Santa Fe (art. 18) y Tierra del Fuego (art. 188) prevén la responsabilidad de la provincia y podemos completar la enumeración con la de la Provincia del Chaco que, en su art. 24, reconoce la responsabilidad por error judicial.

Es llamativo y contradictorio, para el mandato contenido en el art. 1764 del CCyCN, lo referido en la Constitución de la Provincia de Santa Fe en la medida que el art. 18 realiza una remisión expresa al derecho común – ahora prohibido¹⁰⁰.

Al solo efecto de compatibilizar la validez de esta cláusula constitucional con el art. 1764, debemos sostener que el legislador nacional no tiene atribuciones para derogar una cláusula constitucional provincial preexistente, conforme la argumentación que se desprende del art. 31 de la Constitución Nacional pues ello significará contravenir lo normado en los arts. 121, 123 y 126. Por otra parte, una norma constitucional provincial podrá tener la total atribución de contradecir una norma del derecho de fondo, que no contiene una reglamentación del derecho sino un mandato de interpretación.

Hemos expuesto que la base del reconocimiento de la responsabilidad del Estado se asienta en los derechos y garantías constitucionales, principalmente en el derecho de propiedad y el libertad. Asimismo, se lo reconoce expresamente en el art. 15 y en el art. 16 y la protección del derecho de propiedad no sólo lo encontramos en el art. 17 de la Constitución sino en el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que, en la medida de haber sufrido un daño, es necesaria una indemnización justa conforme su art. 63.

¹⁰⁰ “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”.

Respecto al resto de las provincias que aún no han dictado ley alguna sobre la materia, consideramos que la solución al tema se centra en la aplicación de los referidos artículos y en los arts. 31, 43 y 75, inc. 22 de Constitución Nacional, en consonancia con la directiva del artículo 2° del CCyCN, al caso. Estas cláusulas constitucionales son operativas y se aplican directamente a los efectos de reconocer la responsabilidad del Estado Provincial, en caso de no contener normas al respecto y sostenemos que corresponde la aplicación subsidiaria del derecho común, a pesar de lo normado por el legislador, por tratarse de un caso no previsto.

En estos casos nos enfrentamos ante una laguna normativa total y el juez no puede dejar de fallar por la existencia de un caso no previsto pues afectará la seguridad jurídica. Las normas constitucionales son claras y será de entera aplicación lo dispuesto en el art. 28 que dispone: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

La interpretación de la Constitución Federal permite sostener que se acepta y se recepta la responsabilidad estatal, tal cual lo ha venido interpretando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es su intérprete final y que el caso no previsto no es suficiente para no reconocer la responsabilidad estatal provincial o de la Ciudad de Buenos Aires y deberá resolverse aplicando los principios arriba enunciados.

V. Conclusiones

El CCyCN, en lo que se refiere específicamente a la responsabilidad del Estado, ha intentado independizarlo del sistema que rige al derecho común. Sin embargo, la independencia del derecho administrativo local por sobre el derecho común no puede ser tratada como carente de limitaciones.

Reconocemos que el derecho público y el derecho privado persiguen finalidades distintas pero esto no es suficiente para considerarlos compartimientos estancos donde pareciera que no existen vasos comunicantes entre ellos.

Para conseguir este objetivo, se induce a aplicar las normas del derecho común al Instituto de la responsabilidad del Estado de manera analógica pero, en primer lugar, la interrelación, entre los arts. 1764 y 2 del CCyCN, no se encuentra claramente expuesta por lo que se debe realizar un esfuerzo interpretativo a tal fin, al conjugar el mandato de interpretación allí

contenido no en forma directa sino en forma residual; en segundo lugar, si fuera así, en la medida que el código se ha constitucionalizado, a partir de lo dispuesto en su art. 1º, la razón de su aplicación analógica es contradictoria pues el CCyCN reglamenta los derechos contenidos en ella, conforme el art. 14 y cc. de la Constitución, sin desnaturalizarlos conforme el art. 28.

Lo preocupante es que, desde una visión del sujeto pasivo de la lesión, la aplicación analógica de las normas del CCyCN afecta su círculo de protección, en tanto sus derechos se encuentran reglamentados y, a su vez protegidos, por el código de fondo. Esta regresión en materia de protección produce una alteración de los derechos reconocidos, en contra de lo normado en el mencionado art. 28 y con afectación del principio de progresividad, que emerge de la Convención Americana de Derechos Humanos, integrado a los derechos y garantías por lo dispuesto en el art 75 inc. 22 de la misma y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considera de observancia obligatoria¹⁰¹.

La finalidad del derecho público se centra en la sociedad y el privado es individualista, en tanto trata las relaciones entre los particulares. La prevalencia de un sistema por sobre otro o su estudio a partir de compartimientos estancos, no ayuda al razonamiento ni al sistema general prevaleciente.

No existe una jerarquía normativa entre la cosa pública y la privada, para responder a la pregunta respecto a si una es suprema sobre la otra pero, evidentemente, existen *puntos de colisión y de injerencia recíprocos* entre ambos sistemas. El problema reside en considerar si la responsabilidad estatal constituye un sistema normativo que debe encontrarse incluido dentro del derecho común o existe un ámbito de aplicación para que, dentro de nuestro marco federal, cada Provincia legisle sobre el tema.

Nuestra Constitución se somete al Estado al Derecho pero entendiéndolo como un sistema integrado que el legislador no puede desmembrar. Los principios generales de derecho han sido receptados por nuestra cultura desde la época romana. En materia de responsabilidad, el principio *alterum non laedere* se encuentra inmerso en el derecho común pero forma parte

¹⁰¹ Cfr. las directivas de interpretación contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica, en GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., *Sinergias Internas e Internacionales en Materia de Responsabilidad del Estado*, en *Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la ley N° 26.944*, Coordinadores Ivanega, Miriam M.-Rivero Ortega Ricardo, Revista RAP Año XXXVII, Buenos Aires, 2015,p. 56.

del derecho público. En la medida que su aplicación permita llegar a un resultado diverso, cuando se trate de un mismo supuesto de hecho pero se tenga sólo en consideración la persona que es demandada, según se trate de una persona pública o privada, y variando de Provincia en Provincia según el criterio del legislador local, se afectará la igualdad jurídica pues, en realidad, lo que desconoce es el precepto constitucional que emerge del artículo 75, inciso 12, el de la *unidad legislativa*, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha defendido a ultranza en diversos precedentes de distinta índole.

A través de la aplicación de concepciones arcaicas del derecho administrativo, se han justificado muchas veces, en mayor o menor medida, injustos avasallamientos de los derechos reconocidos constitucionalmente a los particulares por lo que su evolución nos indica que *el derecho administrativo se encuentra determinado por el ordenamiento constitucional de su entorno* y, necesariamente, no puede ir en sentido contrario sin afectar al Estado Republicano.

El legislador no puede restringir la aplicación de los principios y reglas del derecho común, conforme el art. 1764 del CCyCN cuando establece “Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” y menos aún cuando se la amplía a toda la normativa del Código Civil, en el art. 1º de la ley 26944¹⁰² por lo que consideramos que, sólo en determinados casos y cuando los principios del derecho público colisionen con el derecho de fondo, su aplicación lo será en forma analógica mientras que, en el resto de los casos, a pesar de lo estatuido por el legislador, la aplicación deberá ser realizada de manera subsidiaria pero, siempre atendiendo a las particularidades del derecho público, para que no se lo desnaturalice.

La Constitución Nacional es la que le fija los límites al Estado y el legislador como parte del mismo, no puede excederse en las facultades que constitucionalmente se le otorga. Al Juez se le ha asignado la función de controlar que no se sobrepasen estos límites. Ello revela que aún continuamos con la idea de Prosper Weil en cuanto el derecho administrativo es un derecho político y a través de éste se pretende incursionar en ideologías que pueden ser contrarias al Estado de Derecho

¹⁰² Consideramos que una armónica interpretación de ambos preceptos nos lleva a considerar que el Nuevo Código no sólo deroga y aclara, por una cuestión temporal, el precepto contenido en la ley 26.944 sino que, por aplicación del Código de fondo y por la invariable jurisprudencia sobre el punto, en el caso de normativa provincial, ésta no puede ir en contra de las facultades delegadas constitucionalmente, teniendo prevalencia el Nuevo Código por sobre la normativa provincial en el caso específico.

como sistema.