

## Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de responsabilidad del Estado

Por Carlos A. Parellada

I. Introducción. II. Las dudas sobre la constitucionalidad y la convenionalidad de la Ley 26.944. III. Ámbito de vigencia territorial de la Ley. IV. Ámbito de vigencia material de la Ley. V. La responsabilidad del Estado regida por esta Ley ¿Única responsabilidad del Estado? VI. Responsabilidad del Estado: objetiva y directa. VII. La inaplicabilidad directa y subsidiaria de las normas del Código Civil. VIII. Exclusión de la sanción pecuniaria disuasiva. IX. Los requisitos de la responsabilidad extracontractual del Estado. X. La irresponsabilidad del Estado por los perjuicios resultantes de la actividad de los concesionarios o contratistas de servicios públicos. XI La responsabilidad de los funcionarios y agentes. XII. Prescripción de la acción de daños contra el Estado y sus agentes. XIII. Los silencios de la Ley de Responsabilidad del Estado. XIV. A modo de conclusiones

Introducción:

El día 7 de agosto próximo pasado ha quedado promulgada tácitamente la Ley 26.944. El 8 de agosto fue publicada en el Boletín Oficial y entró a regir el día 17 de agosto de 2014. A partir de ese día los daños ocasionados por el Estado quedan regidos por esas disposiciones legales.

Hay que destacar que se trata de una ley de gran trascendencia por varias razones. En primer lugar, en razón de haber constituido uno de los puntos esenciales del derecho administrativo del siglo XX (1), por la frecuencia con que la actuación y la omisión del Estado es fuente de daños a los particulares; también lo es en virtud de que la responsabilidad del Estado implica la asunción de las consecuencias lesivas de aquélla actuación mediante los fondos públicos, o sea, los aportados por los ciudadanos a la caja común.

Hasta estos días ha tenido una evolución doctrinal muy interesante a la que han contribuido tanto la doctrina civil –con el enriquecimiento de criterios venidos de todas las ramas jurídicas- como la administrativa, en la convicción que se trata de un tema propio (2). Esta cuestión que se presenta –a veces- como central, tiene en nuestro modesto criterio una trascendencia menor, dado que la división del abordaje de los temas desde una u otra rama del derecho, no puede estar por encima de la unidad ontológica del ordenamiento jurídico (3). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que el principio ‘alterum non laedere’ no es propio de ninguna disciplina jurídica sino común a todas ellas, en tanto enraíza en el art. 19 de la Constitución Nacional (4), excepto los daños justificados en los que no estamos ante daño resarcible.

En el ámbito doctrinal la Jornadas en Conmemoración de la Reforma del Código Civil, llevadas a cabo en la Univ. John F. Kennedy, entre los días 25 y 27 de junio de 1998, sostuvieron en consonancia que “la teoría general del daño es unitaria y comprende el derecho público y privado”.

En el ámbito jurisprudencial esa evolución fue acuñada por sucesivas decisiones de la Corte Suprema de Justicia que superaron la injusta doctrina de la irresponsabilidad del Estado –en paralelo con la irresponsabilidad de las personas jurídicas- de neto cuño monárquico, y avalada por la doctrina de la ficción que inspiró Savigny (5) y reemplazó el originario art. 43 C.Civ., a cuyo abandono contribuyeron las ideas republicanas que inspiraron las democracias modernas.

Hasta el presente, la cuestión de los daños ha recibido un tratamiento unificado desde el derecho común aplicado subsidiariamente con los ajustes que impone el carácter público de la actuación del Estado en su carácter de poder estatal. Todos coincidimos –civilistas y administrativistas- en que el Estado no puede ser un garante de cualquier daño que sufran los habitantes de la Nación, sino que debe responder por los daños que encuentran su causa adecuada en los actos u omisiones en que incurra, que no sean justificados, o sea, que no deban ser soportados por quien los sufre (6).

Antes de ahora, hemos expuesto nuestra convicción de que ese régimen no debía ser abandonado, por ser el que enraíza en la concepción de la Constitución Nacional, inspirada en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, ideólogo del federalismo argentino en el cual el derecho común –comprensivo de las fuentes de las obligaciones- es establecido uniformemente en el territorio nacional, sin perjuicio de su aplicación por los órganos provinciales. (7) (8) Pero es, además, el que mejor se adecua a las tendencias modernas de la convergencia entre los principios del derecho público y privado que defendiera el maestro Werner Godschmidt (9) y que inspiraron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Juristas creada por Decreto No. 191/2011 (10).

La nueva ley dictada cambia el ángulo, sobre la base de la idea que la responsabilidad del Estado, que encuadra claramente en una fuente de la obligación de resarcir es un tema exclusivamente local, no perteneciente al derecho común, que debe quedar regido por las diversas leyes que se dicten en cada una de las jurisdicciones provinciales y –posiblemente- municipales, aunque convocando a su unificación en el art. 11 de la L.R.E. mediante la invitación a las Provincias a adherir a sus disposiciones.

Las dudas sobre la constitucionalidad y la convencionalidad de la Ley 26.944.

Tenemos la convicción, que desde nuestro modesto ángulo no puede ser sino nominada como ‘duda’ hasta tanto los tribunales se expresen sobre la compatibilidad de la Ley con la Constitución Nacional, que las normas invaden el marco de los poderes delegados por las provincias a la Nación de acuerdo a lo establecido por el juego de los arts. 1, 75 inc. 12, 123 y 126 de la Carta Magna (11). También creemos que la restricción con que se ha legislado la responsabilidad del Estado, podrá conducir a su inconventionalidad en muchos casos concretos, en los que en virtud de los obstáculos colocados por la norma y sus silencios puedan dar lugar a que no resulte eficaz la garantía de los derechos humanos reconocidos por el Estado Argentino en los Pactos Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional. Sobre esta

cuestión nos hemos pronunciado antes de la vigencia de la ley, y allí remitimos.  
(12)

Son los derechos afectados los que determinan la naturaleza del derecho que los resguarda. El derecho a la reparación es un correlato del derecho lesionado. En el caso del derecho a la vida, a la integridad corporal o moral, a la propiedad, etc. no se ponen en juego ni se afectan derechos públicos subjetivos sino derechos del hombre cuya tutela corresponde al derecho común.

Sin perjuicio de ello, y obviando ese criterio que mantenemos, como se podrá advertir a lo largo de estas líneas, hemos aceptado la participación en esta obra conjunta, en el convencimiento de que sólo se exponen reflexiones provisionales ya que sería necesario un estudio y diálogo más profundo que requiere mayor tiempo del que disponemos; pero, también, que exponer nuestra primera visión, cuyo acierto o error se demostrará en el futuro a través de los pronunciamientos que vayan recayendo en los casos que convoque la aplicación de la nueva normativa, tiende a contribuir al debate que se abre a partir de la vigencia de este cuerpo legal. Primordialmente, porque la construcción colectiva del Derecho exige la contraposición de razones que los operadores jurídicos buscamos controvertir en pos de la obtención de soluciones justas que satisfagan las inquietudes de los justiciables, hombres concretos que tienen concretas aspiraciones de justicia a las que se busca responder, desde ángulos de mira diversos.

#### Ámbito de vigencia territorial de la Ley

La Ley es una ley nacional del Congreso de la Nación en su carácter de legislatura de la Nación, y convoca a la adhesión de las provincias (art. 11). De este modo rige, conforme lo establece el art. 1, la responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, en todo el territorio de la República sujeto a la jurisdicción nacional.

No rige, según resulta de la invitación a las provincias a adherirse, la responsabilidad por los daños provocados por los Estados Provinciales ni por el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni las Municipalidades. Los daños provocados por dichos entes se rigen por las normas que existen en el ámbito dichos entes públicos, las que en verdad son escasas.

En general, las Constituciones provinciales declaran la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, algunas sin establecer un régimen especial de responsabilidad; algunas determinan que los funcionarios responden en forma personal (art. 188, C.P. Tierra del Fuego).

La Constitución de la Provincia de Santa Fe establece que 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” (art. 18 C.P. Sta Fe). En principio, creemos que se

encuentran impedida de adherir a la convocatoria del art. 11 toda vez que su propia constitución le impone que su responsabilidad quede sujeta las normas del derecho común (13).

La Constitución de Santa Cruz, en su art. 17, dispone: “Toda ley, decreto u orden contrarios a los principios, derechos o garantías que esta Constitución consagra, no podrán ser aplicados por los Jueces. Todo individuo que por tales leyes, decretos u órdenes sea lesionado en sus derechos, tiene acción civil para pedir indemnización por los perjuicios que se le hayan causado, contra el empleado, funcionario o mandatario que los hubiera dictado, autorizado o ejecutado”; por su parte, el art. 18 prevé que todo funcionario o corporación pública de carácter administrativo a quien se haya impuesto un deber expresamente determinado es responsable por el perjuicio material y moral que sufre cualquier persona por la falta de cumplimiento de tal deber.

La responsabilidad de los funcionarios por los daños ocasionados está consagrada en la mayoría de las provincias argentinas; en algunas constituciones se establece que son responsables solidariamente con el Estado Provincial (art. 14 C.P.Córdoba; art. 49 C.P.La Rioja).

Las situaciones de daño por las que responden se describen de distintas formas: a) “por el mal desempeño de sus funciones” (art. 14, C.P.Córdoba; art. 49 C.P.La Rioja); b) lisa y llanamente, por el daño civil (art. 10 ap. 2 C.P.Jujuy); c) por la violación “por acción u omisión de los derechos, libertades y garantías... con arreglo a las normas del Derecho común” (art. 43 C.P.San Juan); d) “por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones” (art. 25 segundo párrafo C.P.Formosa); e) “con motivo o en ejercicio de sus funciones” (art. 55 C.P.Río Negro; art. 188 C.P.Tierra del Fuego); f) “por los daños que resulten de las violaciones a sus deberes y a los derechos que se enuncian en la Constitución Nacional, en la presente y en las leyes y demás normas jurídicas que en su consecuencia se dicten (art. 188 C.P.Tierra del Fuego; art.48 C.P.Mendoza últ. párrafo); g) por “las faltas y delitos cometidos en el desempeño de sus cargos” ... “no pudiendo excusar su responsabilidad civil...” (arts. 47 y 48 C.P.Catamarca).

La Constitución de La Pampa, aunque no hay norma general sobre la responsabilidad del Estado, contiene varias disposiciones sobre la responsabilidad de los Ministros del Poder Ejecutivo (art. 84), los miembros del Poder Judicial (art. 88), los empleados comisionados al efecto del cumplimiento de las sentencias del Superior Tribunal de Justicia (art. 97), del Contador y Tesorero de la Provincia (art. 106), de la Policía de Seguridad y Defensa (art. 108), carece, en cambio de norma general sobre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, salvo aquéllos que autoricen mortificaciones más allá de lo que la seguridad exija en las cárceles (art. 15). No se especifica que tal responsabilidad sea administrativa o por daños.

Solamente la Constitución de la Provincia de Tucumán otorga a la Legislatura a dictar la ley de responsabilidad de los empleados públicos (art. 67 inc. 22), sin determinar el tipo de responsabilidad a que se refiere. Cabe interpretar que es la administrativa, pues responsabilidad por los daños

causados es una fuente de las obligaciones establecida por el art. 1112 del Código Civil, por lo que no podría ser regulada en el orden provincial.

De la apreciación de las disposiciones constitucionales provinciales puede colegirse que en colectivo argentino existe la convicción de que el Estado, los funcionarios y agentes públicos deben responder por los daños que ocasionan, se presupone fuera del campo de los daños justificados, o sea, aquéllos que resultan del legítimo ejercicio de las competencias que corresponden a su funciones regularmente ejercidas, como ocurre cuando el órgano competente ejerce el poder tributario dentro de los márgenes constitucionales; en tal caso, aunque hay lesión patrimonial –disminución de orden patrimonial- no existe daño resarcible.

#### Ámbito de vigencia material de la Ley

El art. 1 primer párrafo determina el ámbito material, estableciendo que rige “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas”.

A estar a los términos de la norma comprende los daños que encuentren causa en la actividad e inactividad, lo que equivale en la terminología usual de la responsabilidad, a los causados por acción u omisión.

Queda una cierta incertidumbre con respecto al régimen al cual quedan sujetos los daños causados por las cosas de propiedad del Estado, los resultantes de las actividades peligrosas del Estado y los daños causados los dependientes del Estado. Ninguno de esos tres aspectos son abordados por la nueva normativa. No puede descartarse la posibilidad de que se vuelva sobre la distinción de los supuestos en que el Estado actúa como tal en el ámbito del derecho público y los supuestos en que actúa en el ámbito del derecho privado, íntimamente conectado a la teoría de la doble personalidad del Estado; y que dicha distinción se termine aplicando las normas –prima facie- excluidas a los daños que se interpreten ocasionados actuando en el ámbito privado, como la responsabilidad por las cosas o por los hechos ajenos al ámbito del estricto ejercicio del poder estatal.

Sin perjuicio del incierto camino que adopte la jurisprudencia, en orden a los daños causados por la intervención activa de las cosas que pertenecen al Estado resultará fácilmente argumentable –sin perjuicio de la admisibilidad o no del argumento por los tribunales- que no son acciones (actividad) propias del Estado ni de sus órganos, sino consecuencias de la intervención activa de las cosas. (14) Recurrir a ese argumento no haría más que reforzar el criterio de que tales daños deberían quedar en el ámbito de las normas del derecho común, pues allí donde concurre una misma razón no se advierte por qué correspondería una solución diversa. Tampoco puede olvidarse que en la materia de la responsabilidad por daños, por su carácter distributivo de males, el silencio importa una decisión: que lo soporte la víctima.

Las actividades peligrosas del Estado no tienen normativa específica en la L.R.E.; en cambio, la interpretación prevaleciente de la doctrina privatista y la jurisprudencia de los tribunales, en virtud de la cual el art. 1113

C.Civ., las comprende (15), lo que lleva a la inconsecuencia de que los particulares individualmente quedan sujetos a dicha responsabilidad, en cambio, colectivamente la comunidad no les responderá por los daños que ellas les cause. Lo mismo sucederá si se aprobara el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, con media sanción del Congreso de la Nación (art. 1757). Ese vacío legal estaría producido por efecto de la propia L.R.E., que excluye la aplicabilidad de las normas del Código Civil ya sea en forma directa o subsidiaria (art. 1 párrafo tercero de la L. 26.944). En tal caso, la alternativa es recurrir al argumento de que ese daño no deriva de su actuación como poder público, y que ese es el ámbito exclusivo de la L.R.E., por lo que quedarían sujetos al derecho común.

De no apelar a ese argumento, queda el recurso a la analogía a los fines resolver la cuestión. Sin embargo fácil es advertir que la responsabilidad quedaría sometida a las normas que se ha intentado desplazar, lo que –al menos- resulta paradójico.

En otro orden de ideas, la alusión al objeto del daño como “bienes o derechos de las personas” evita pronunciarse sobre las concepciones que se han contrapuesto en el Derecho acerca del quid del daño (16). La referencia a ‘derechos’ y la omisión de la referencia a los ‘intereses legítimos’ puede dar lugar a pensar –como se sostuvo en el pasado- que el objeto del daño sólo está constituido por la lesión a un derecho subjetivo, o sea, a un interés protegido por el ordenamiento jurídico y no a los que carecen de dicha protección, pero no son contrarios a Derecho. Cabe destacar que esta conceptualización del daño, limitada a la afectación de ‘derechos’ es inarmónica con el concepto de daño absolutamente prevaleciente en la doctrina nacional y que, de completarse exitosamente el trámite legislativo, se consagrará en el art. 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que de acuerdo a dicha norma proyectada “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

La prudencia y habilidad interpretativa de los jueces deberá ponerse en ejercicio para superar esta diferencia frustrante del principio de igualdad en la imposición de las cargas públicas (art. 16 C.N.), ya que no es razonable que el quid del daño dependa de quién lo infrinja: si es un particular, alcanzar a los intereses no reprobados por la ley, y si el Estado, limitarse a los derechos subjetivos. Una hermenéutica sistemática del ordenamiento jurídico coherente con el principio de igualdad de trato y de distribución de las cargas públicas debe conducir a interpretar que la referencia literal a los ‘derechos’ de las personas incluye los intereses no reprobados por la ley. Pensemos, por ejemplo, que el daño material provocado a la concubina por la muerte de su conviviente no podría ser indemnizable si ha sido causado por su deficiente atención en sanatorio privado (17), y no indemnizable, cuando derive de la mala praxis en que se incurriera en un hospital público por afectar un interés no reprobado por el Derecho sin protección jurídica que lo eleve a la categoría de derecho subjetivo. La irrazonabilidad de las soluciones disímiles de los dos hechos dañosos tan similares, sobre la sola circunstancia de que por el primer daño responde una persona jurídica privada y por el otro el Estado llevaría el

estigmatización de la equivalencia que señalara el maestro Germán Bidart Campos al señalar que “irrazonabilidad, inconstitucionalidad, arbitrariedad e injusticia pueden considerarse sinónimos” (18).

La responsabilidad del Estado regida por esta Ley ¿Única responsabilidad del Estado?

Cabe comenzar por aclarar que la Ley 26.944 no es la única que se aplica a la responsabilidad por daños que causa el Estado ni siquiera dentro de su ámbito espacio-material de vigencia. En efecto, la responsabilidad por los daños ocasionados por la actividad estatal queda también regida por la Ley de Defensa del Consumidor que en su artículo 2 (Ley 24.240), según su texto ordenado por Ley 26.361 define al proveedor en los siguientes términos: “... la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”. En particular, el capítulo VI de la Ley 24.240 establece los deberes que quien preste servicios públicos domiciliarios y las consecuentes responsabilidades que pueden alcanzar al Estado en su carácter de proveedor.

La Constitución Nacional en su art. 42, especialmente en el tercer párrafo, pero íntimamente vinculado con los derechos que reconoce a los consumidores en general, consagra el deber del Legislador de proveer la protección de quienes reciben o deben recibir los servicios públicos y control de quien los presta, sin atender a carácter público o privado del prestador o del servicio prestado.

De modo tal que cuando el Estado actúe en el marco de las relaciones de consumo sus acciones y omisiones quedarán atrapadas por las normas tuitivas del derecho del consumo.

Esta constatación permite concluir que la responsabilidad del Estado no queda regida únicamente por la nueva Ley que se ha dictado, sino que otras normas que originan responsabilidades pueden ser convocadas para suplir los vacíos que ella deja, a los fines de reconstruir la integridad del ordenamiento que una pretendida interpretación restrictiva y atendida a los términos literales podría afectar.

Esa conclusión adquiere importancia, ya que la L.R.E. en su art. 1 tercer párrafo excluye la aplicación del Código Civil creando una serie de lagunas normativas y dkelógicas que impondrán recurrir a la integración analógica, creando la paradójal situación de imponer al intérprete llenarlas con las normas que –en principio- se han pretendido eludir. Por ejemplo, ante la inaplicabilidad directa o subsidiaria de las normas de la responsabilidad de los dueños de los establecimientos educativos por los daños sufridos o causado por los alumnos menores (art. 1117 Código Civil y 1767 del proyectado C.Civ.Com.) el recurso a la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, permite suplir la ausencia de solución normativa y asegurar la vigencia del

principio de igualdad de trato, que impone una solución similar ante situaciones dañosas similares.

También cabe destacar que el artículo 10 de la L.R.E. establece que “las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador”. El examen de los antecedentes parlamentarios permiten advertir que se trata de un texto introducido por las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General de la Cámara de Diputados, que no figuraba en el Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo, que tiende a asegurarse que no quedara el Estado excluido de su responsabilidad laboral, frente a la seguridad social, etc.. O sea, que puede concluirse asertivamente que el Estado sigue respondiendo en el ámbito del derecho laboral en la medida que a él se le aplica, por ejemplo, por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de sus empleados, la responsabilidad patrimonial frente a los entes de la seguridad social, etc..

Consecuentemente, puede llegar a interpretarse que la finalidad de la ley es únicamente regular la responsabilidad estatal nacional por los daños ocasionados en su carácter de poder público, o sea, los derivados del ejercicio de las funciones administrativas, legislativas y judiciales. Ello evoca el criterio de los actos de imperio –como diversos de los actos de gestión-, aunque es claro que esa limitación no surge de los términos literales del art. 1 que exhiben una vocación de comprensión totalizadora de los daños causados por el Estado y vedan irrestrictamente la remisión al Código Civil.

Responsabilidad del Estado: objetiva y directa.

El segundo párrafo del art. 1 de la L.R.E. consagra que “la responsabilidad del Estado es objetiva y directa”.

En definitiva, consagra el criterio que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case “Vadell” (19). En dicho caso, el Alto Tribunal adoptó el criterio que la responsabilidad del Estado es directa, en virtud del art. 1112 del Código Civil y que no era necesario fundarla en el art. 1113 primer párrafo del Código Civil. En el considerando 6º el Tribunal, alterando el criterio que venía consagrando en anterior integración, sostuvo: “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”.

La conceptualización de lo que es la responsabilidad directa e indirecta no es tan pacífica. Una parte de la doctrina entiende que las personas jurídicas tienen una responsabilidad directa por los hechos de sus órganos, pues en el ámbito jurídico, la actuación del órgano se imputa directamente a aquélla. Enseña Gordillo que “el Estado actúa a través de sus órganos que son desempeñados por personas físicas, cuya voluntad, manifestada en el ámbito de sus funciones, se imputa al Estado considerándose como suya propia” (20). La persona humana que desarrolla el rol del órgano es ‘como si’ actuara la persona jurídica, dado que sus acciones u omisiones se identifican o imputan a



la persona jurídica. La discrepancia tiene un carácter más gramatical que esencial, ya que se trataría de usar lingüísticamente el impropio giro de que la culpa se atribuye a la persona jurídica (21).

Otro sector doctrinal, entiende que la responsabilidad directa es la surge del propio hecho –sea de una persona jurídica o humana-, en tanto que la indirecta es la que surge por la acción u omisión de otra persona –sea una persona jurídica o humana-.

En el Derecho Comparado, se encuentran otras conceptualizaciones, como por ejemplo, la que le atribuye a la responsabilidad directa la significación de que es el Estado quien responde al reclamo indemnizatorio de los particulares cuando las actuación de los servidores públicos les ocasionan daños, y que el Estado se reserva el derecho de repetir lo pagado contra los autores. (22) Sin embargo, en otros regímenes jurídicos, se entiende que la responsabilidad de la persona jurídica es directa aún en el ámbito de las personas jurídicas privadas, y así lo ha decidido desde antiguo la sala de Casación Civil de la Corte Constitucional de Colombia, tal como se analiza el pronunciamiento identifica como T-909-11 al resolver la acción de tutela instaurada por el Andrés Santamaría Garrido-Defensor del Pueblo, Regional Valle del Cauca c/Centro comercial Cosmocentro y la empresa de seguridad Fortox” (23).

No faltan quienes refiriéndose específica aplicabilidad de estas clasificación al Estado, entiende que puede ser directa cuando el daño emana de la actuación de los órganos en el ejercicio de sus funciones e indirecta cuando deriva de la actuación de los dependientes o de sus cosas (24).

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se entiende que “es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”. De este modo, en la concepción inspiradora de este cuerpo normativo proyectado (25) se puede ser responsable directo no obstante que la conducta actuada no sea propia sino ajena, es suficiente con que haya sido actuada por otra persona distinta del deudor u obligado, siempre que éste sea el que tiene a su cargo el control sobre quien haya actuado. Así, el empleado del comercio entrega una cosa distinta de la comprometida; la persona titular del comercio es quien ha incumplido la obligación. Por ello, puede afirmarse que no se presenta colisión entre la expresión de que la responsabilidad del Estado es directa, contenida en el segundo párrafo del art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado recientemente aprobada y la disposición del art. 1749 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, en el anteproyecto elaborado por la Comisión de juristas no se calificó la responsabilidad del Estado de ‘directa’ – aunque se señalaba que era objetiva-, en forma coherente con el criterio que evitó –siempre que fuera posible- las calificaciones que no tuviera trascendencia prescriptiva, respondiendo a la idea que la ley sólo debe dar soluciones sin enrolarse discusiones de orden doctrinal.

Señalar que es objetiva significa restarle relevancia jurídica a la culpabilidad, en sus formas de dolo o culpa. Consecuentemente, el Estado no

podría alegar la falta de culpa para eximirse de responsabilidad. La consideración del factor de atribución de la responsabilidad estatal, si debe ser único o puede ser múltiple requeriría un desarrollo que excede nuestra intención abarcar en estas líneas.

La inaplicabilidad directa y subsidiaria de las normas del Código Civil.

La aplicación subsidiaria -en su utilización frecuente- consiste en que un cuerpo legal convoque a completar sus disposiciones a otro (26). En el caso que analizamos se usa a la inversa, para vedar que ese otro cuerpo legal auxilie propia integración de la L.R.E. En efecto, el tercer párrafo del art. 1 de la ley, reza: “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Esto importa, en cierta forma, romper la unidad sistémica del orden jurídico y considerar que existe una incompatibilidad entre el derecho público y privado, volviendo al carácter fundamental de la summa divisio que se le atribuyera en otras épocas, y que, precisamente, hoy se relativiza admitiendo la comunicabilidad de los principios de uno y otro.

No obstante, los términos absolutos de la norma, se advierte que la doctrina -en cualquiera de sus vertientes, civil o administrativa- la relativiza (27), pues lleva al absurdo pretender que pueda prescindirse en forma absoluta de las normas que constituyen, al decir del maestro Guillermo A. Borda, “el telón de fondo del resto del derecho” (28).

Exclusión de la sanción pecuniaria disuasiva.

El último párrafo del art. 1 de la Ley 26.944 dispone la improcedencia de la aplicación de las sanciones pecuniarias disuasivas para el Estado y sus agentes y funcionarios.

Se utiliza la correcta terminología del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, superando la imprecisa designación de ‘daños punitivos’ con que ingresara desde el ámbito anglosajón a nuestro léxico jurídico.

El primer inconveniente que se advierte, es si esa exclusión comprende aún a la disposición del art. 50 de la Ley de Protección al Consumidor. La circunstancia de que se traten de dos leyes especiales dificulta la interpretación, pues convierte en relativa la pauta decisoria de la secuencia temporal: “ley posterior deroga la anterior”. Bajo la supuesta vigencia futura del Código Civil y Comercial de la Nación, no dejará de existir la controversia a que puede dar lugar, aunque el numeral 1094, segundo párrafo, dará argumento a la prevalencia de la normas tuitivas del consumo, que mejor protegen el interés general de la tuición del consumidor, por sobre el interés individual de los funcionarios.

Otra cuestión que se nos plantea es la razón por la cual se excluye la función sancionatoria de la responsabilidad respecto a los funcionarios, en consuno con la inaplicabilidad de las condenaciones conminatorias (29). Desde nuestro ángulo, no es posible ponderar que

prevalezca el interés de dar tranquilidad a los funcionarios por sobre su actuación con menosprecio de los derechos de incidencia colectiva (30) o la desobediencia a los mandatos judiciales. Tratándose de sanciones cuya aplicación recae sobre la persona que ejerce la función (órgano-persona y no órgano-institución), nos parece que no existen intereses públicos comprometidos ni advertimos que ello contribuya a la defensa del federalismo.

En verdad, toda disposición sobre la responsabilidad de los funcionarios y agentes en cuanto persona no puede quedar bajo la normativa provincial, pues se trata de su responsabilidad personal y no funcional. En torno a este tema remitimos a las reflexiones vertidas en el capítulo XII.

Los requisitos de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.

La L.R.E. establece en dos normas las especies de responsabilidad extracontractual del Estado: por acciones y omisiones contrarias a derecho y por acciones legítimas. El art. 3 fija los requisitos de la responsabilidad por actividades o inactividades 'ilegítimas'; el art. 4, los de la actividad 'legítima'. Se aparta de la terminología usual que se refiere a lo 'ilícito' y lo 'lícito'.

Nos detendremos sólo en ciertos aspectos que suscita cada una de esas especies. En el campo de la responsabilidad por actividad ilícita, se establece que el daño indemnizable debe ser cierto, conforme un criterio unánimemente aceptado. El daño hipotético no es indemnizable.

Sienta la regla de que la carga de la prueba del daño pesa sobre quien lo invoca, principio que es igualmente unánime, excepto para los daños, en principio, presumidos. Es sabido que buena parte de la doctrina entiende que los art. 1084 y 1085 del Código Civil, consagran una presunción iuris tantum de daño, a favor del cónyuge y los herederos forzosos. Por su parte, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación contiene una disposición similar –aunque más amplia en materia de beneficiarios de la presunción– en los incs. b y c del art. 1745. La disposición expresa de la ley especial provoca la incertidumbre acerca de si esas presunciones están excluidas por la art. 1 tercer párrafo o si quedan al amparo de la relatividad que se afirma de ella (31). En nuestra opinión, la interpretación sistémica del ordenamiento, no debe llevar a distinguir según quien haya sido el dañador, pues no es una pauta razonable para la distribución de la carga probatoria.

También es preocupante la disposición cuando afirma que el debe ser "mensurable en dinero". El término "mensurar" equivale a "medir", y significa "comparar una cantidad con su respectiva unidad, con el fin de averiguar cuántas veces la segunda está contenida en la primera" (32). Ciertamente, la utilización de la palabra es problemática para establecer si lo que el legislador pretende consagrar es una solución excluyente del llamado "daño moral" o "daño extrapatrimonial" (33), especialmente, porque puede dar lugar a desencuentros interpretativos en la materia. En esta materia, prevalece el criterio de que el resarcimiento no se dilucida en base al criterio de apreciación cuantitativa, sino que se apela a la función satisfactiva del dinero, o

sea, a las satisfacciones sustitutivas que puede procurarse la víctima dañada en sus afecciones legítimas. Por ello, la indemnización del mal llamado 'daño moral' no se fija sobre la base de una mensura o medición de lo no mensurable.

Sin perjuicio de ello, creemos que no puede interpretarse en forma restrictiva y literal. Una hermenéutica que conduzca a la no indemnizabilidad del daño extrapatrimonial sufrido como consecuencia de la actividad ilícita del Estado, importaría un escandaloso retroceso en la evolución del derecho argentino, que agravaría los principios pro persona (34) y de progresividad. La lectura de la norma no puede hacerse dando prevalencia a semejante interpretación literal, pues por encima de lo que las leyes parecen decir es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, porque en esa indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la inteligencia razonable y sistemática así lo requiere (35). Es suficiente citar como simple, pero revelador, ejemplo de la irrazonabilidad a la que conduciría la interpretación en materia de actos discriminatorios sostener que el Estado que ha incurrido un acto de este tipo no debe indemnizar el daño extrapatrimonial –que es el que más a menudo se provoca- en virtud de que no puede ser medido en dinero.

El inc. b del art. 3 establece entre los requisitos de la responsabilidad por actividad ilícita del Estado "la imputabilidad material de la actividad o inactividad de un órgano estatal". Con respecto a la hermenéutica de quienes quedan comprendidos en el concepto de órgano, se puede prever que se abre un abanico interpretativo amplio entre el criterio restrictivo que entiende que sólo abarca a los funcionarios que expresen la voluntad del Estado y excluyen a los empleados, y la opinión que asimila a todos los servidores estatales, cualquiera sea el grado en la escala jerárquica (36), de la cual participamos.

El problema que puede traer el criterio limitativo de la imputabilidad material es su desarmonía con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que responsabiliza al Estado no solamente de los daños que provocan sus agentes, sino también por aquéllos particulares –y con mayor razón, si son agentes públicos- que presenten una relación de tolerancia, complicidad o aquiescencia por parte de agentes estatales o revelen una falta de diligencia para prevenir un acto dañoso mediando conocimiento de la situación de riesgo cierta, inmediata y determinada o cuando ha procedido a delegar la prestación de servicios públicos. (37) Es cierto, que se ha considerado que esos casos no son propiamente hechos de otros, sino que se trata de una atribución al propio comportamiento estatal por no actuar con la debida diligencia frente a los actos de esos terceros, por lo que serían encuadrables en la falta de servicio. (38)

En el inc. d del art. 3 la ley establece como único factor de atribución de la responsabilidad por actividad ilícita la 'falta de servicio', lo que parece notablemente deficiente en orden a las razones en virtud de las cuales el Estado debe responder, salvo que se produzca un ensanchamiento de su

conceptualización que llegue a comprender los casos de responsabilidad por las cosas de que se sirve.

No cabe descartar que la jurisprudencia se oriente por el carril de ampliar el concepto que se viene sosteniendo a los fines de comprender los múltiples casos que quedarían fuera del estricto concepto de 'falta de servicio', pero que se ha considerado que movilizan la responsabilidad estatal, por la vía de la responsabilidad del Estado como principal; por ejemplo, lo que sucede con los daños producidos por los agentes de las fuerzas de seguridad, estando fuera de servicio, con el arma de la repartición y que, en algunos casos (39), están obligados a portar.

En particular, debe advertirse que para los supuestos de omisiones, la nueva norma del art. 3 inc. d establece "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

Tradicionalmente, se ha exigido la existencia de un deber, pero no se consideraba esencial que fuera expreso, sino que podía surgir de modo implícito (40). La exigencia de que el deber impuesto en forma expresa se limitaba a los casos en que se perseguía daños en virtud de la omisión del ejercicio del poder de policía, pero no se vinculaba a la configuración de la falta de servicio en sí misma.

Los requisitos de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita.

El art. 4 de la L.R.E. establece los requisitos del nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños que causa el Estado por las decisiones que en el marco de habilitación de sus competencia, cuando impone un sacrificio especial a determinadas personas en pos del logro del interés general.

La Comisión del art. 191/211 había proyectado una norma que perseguía consagrar una responsabilidad limitada en cuanto a su extensión. Así, en el numeral 1766 se propuso establecer: "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".

La norma vigente establece algunas particularidades en torno al daño que según el inc. a debe ser 'cierto y actual'. La utilización de estas categorías de daño, no ha sido feliz, en nuestro criterio. En efecto, la categoría del daño 'actual' que se opone al 'futuro'. El problema es que la actualidad o futuridad requiere de un momento o punto referencial (41), que la L.R.E. ha omitido. (42) La cuestión tiene trascendencia pues tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros, pues no se trata de clases paralelas sino lógicamente autónomas.

Se ha dispuesto, en el art. 5, adoptando un criterio de política legislativa que se ha controvertido tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, que no es indemnizable el lucro cesante. Hay que admitir el carácter polémico de la cuestión sin olvidar que muchas veces el único menoscabo que causa, por ejemplo, la ejecución de una obra pública, en los comerciantes vecinos es lucro cesante, pues terminada la obra no existe en el patrimonio de la víctima sino una pérdida de ingresos. De modo que se trata de un daño actual –patrimonio disminuido por la pérdida de ingresos- que proviene del lucro cesante al momento de formular la demanda o resolver el pleito. Los jueces deberán decidir qué prevalece si la veda de la indemnizabilidad del lucro cesante o el carácter actual del daño. Si se decidiera por la última alternativa, podrán quedar fuera algunos daños emergentes que revisten el carácter de futuros en relación al momento del ocurrencia del hecho dañoso.

El inc. c del art. 4 de la L.R.E. se aparta del criterio de la causalidad adecuada –que consagra el art. 3 inc. c para la responsabilidad extracontractual proveniente de acto ilícito- para establecer una “causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”. Se reitera la exigencia en el segundo párrafo del art. 5 al establecer que la indemnización – en estos casos- “comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública”. Prescribe, además, que para la apreciación del quantum indemnizatorio no se deben tomar en cuenta “circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

En este caso, el factor de atribución es el sacrificio especial de la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurando la afectación de un derecho adquirido. Esta disposición muestra igualmente avaricia en la protección, al requerir que se configure la afectación de un derecho adquirido. Una vez más, el legislador evidencia actuar con indiferencia hacia los intereses legítimos, cuyo sacrificio puede ser merecedores de la protección resarcitoria, aunque no alcancen la categoría de derechos subjetivos, tal como sucede con la confianza legítima.

La irresponsabilidad del Estado por los perjuicios resultantes de la actividad de los concesionarios o contratistas de servicios públicos

El art. 6 de la L.R.E. dispone: “El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

Más allá de la crítica que merece la técnica legislativa de regular en forma de doble negación, es necesario reparar en que la norma sólo impide la hacer efectiva la responsabilidad “cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”, o sea, que a contrario sensu, puede interpretarse que no impide que se efectivice la responsabilidad del Estado, cuando el daño

resulte de la falta de fiscalización o ejercicio de las facultades de contralor que correspondan al Estado.

Tal hermenéutica evitaría entrar en colisión con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia. En efecto, ha afirmado la Corte que “si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación y en la forma lo más efectiva posible”. (43)

Hay que tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho –siguiendo el criterio de la CIDH (44)- ha decidido que los jueces están obligados a efectuar el control de convencionalidad de las normas del derecho interno de oficio (45).

En consecuencia, los jueces están obligados a juzgar si las normas legales (de cualquier materia que fueran (46)) de orden interno se ajustan a los principios de la Convención, a la luz de la jurisprudencia de la CIDH, y deben abstenerse aplicar aquéllas que agraven el derecho indemnizatorio de las víctimas de la actividad dañina del Estado o frustren el derecho a la reparación integral tal como lo comprende el Tribunal supranacional.

La responsabilidad de los funcionarios y agentes.

El art. 9 de la L.R.E. establece que “la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen”.

La disposición tiene su fuente en el art. 1112 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que establece la responsabilidad de los funcionarios públicos. Dejo a un lado, las numerosas interpretaciones a que diera lugar la fuente indicada, por exceder los límites propuestos para estas líneas (47). La responsabilidad personal de la ‘persona humana’ que se desempeña en una función pública o privada, no puede ser regulada por el derecho que regle la función pública o privada de la persona. No cabe duda, en nuestro criterio, que la responsabilidad personal es materia del derecho común. Más allá de la relatividad de los límites de las disciplinas jurídicas, no puede admitirse que el derecho laboral reivindique para sí la potestad de reglar el art. 1113 primera parte del Código Civil, que establece la responsabilidad del principal por los daños causados por sus dependientes, porque su vocación normativa comprende las consecuencias de la relación de trabajo. Mutatis mutandi, no nos parece que se justifique que el derecho administrativo reivindique para sí el reglar la responsabilidad estrictamente civil de los funcionarios.

Las consecuencias de los hechos personales de los dependientes y de los funcionarios públicos son sustancialmente materia del derecho común. Las provincias, la ciudad autónoma de Buenos Aires y las municipalidades carecen de competencia legislativa para reglar las consecuencias de los hechos personales de las 'personas humanas'. En este sentido, no dudamos que la norma es inconstitucional, en cuanto sustrae una materia sustancial del derecho común, y que las provincias y la Nación en su ámbito local no pueden ejercer la facultad de reglar la responsabilidad por los hechos personales de quienes desempeñen funciones públicas (48).

Prescripción de la acción de daños contra el Estado y sus agentes.

El art. 7 de la L.R.E. establece: "El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene reiteradamente establecido el criterio que sostiene que las Provincias no pueden establecer plazos de prescripción (49) ni la fijación del momento de inicio de un plazo de prescripción (50), ni aún en el marco del derecho público por ser una materia estrictamente comprendida en el marco del derecho común de las obligaciones (51). De modo tal, que las leyes provinciales que se puedan dictar deberían ajustarse –para evitar el reproche del Alto Tribunal- a las normas de carácter nacional que están establecidas en el Código Civil, que –hoy- establece el art. 4037 de dicho cuerpo legal. (52)

Sin embargo, la L.R.E. invita a los entes provinciales a adherir a una norma que el Congreso de la Nación ha dictado en su carácter de Legislatura local nacional, que fija un plazo de prescripción de tres años para la acción que persiga la indemnización extracontractual de daños causados por la actividad del Estado. Fácil es advertir que el plazo fijado busca coincidencia con la disposición proyectada en el Código Civil y Comercial de la Nación, con media sanción del Congreso de la Nación, con la que es de esperar que conviva en un futuro próximo. En efecto, el cuerpo legal proyectado fija un plazo genérico de cinco años, siempre que no se prevea uno diferente (numeral 2560), y otro, especial de tres años para la acción de responsabilidad civil (numeral 2561).

Sin embargo, una adaptación de las leyes de carácter local a la normativa vigente –antes de la aprobación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación- provocaría una futura discordancia. En este tema se advierte la importancia y necesidad de la uniformidad de legislación en materia de fuentes y extinción de obligaciones, tal como lo ha defendido nuestro más Alto Tribunal.

Los silencios de la Ley de Responsabilidad del Estado.

No sólo preocupan las disposiciones de la Ley, también los vacíos que crea y deja en el ordenamiento jurídico.



Se omite –como ya hemos destacado- legislar sobre la responsabilidad por los hechos de las cosas de su propiedad o bajo su guarda y por las actividades riesgosas que desarrolla. En particular, se omite reglar su responsabilidad como dueño de los establecimientos educativos, aunque en este caso –como hemos señalado- pueda superarse por la vía de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

También se guarda silencio sobre la responsabilidad como principal de los empleados públicos, que provoca que muchos casos que no encuadren propiamente en falta de servicio, queden –en principio- sin resarcimiento. Tales casos, que quedaban normados en el ámbito de la responsabilidad del Estado en su carácter de principal, aún con posterioridad a “Vadell” (53) quedan –ante el silencio legal- en una laguna, a cuya cobertura se ordenan diversas tendencias. Por un lado, el criterio restrictivo que ya venía sosteniéndose en el sentido que el Estado no debe responder por los daños que no fueran causados en el ejercicio de sus funciones (54), creando una situación de desigualdad con los particulares; por otro lado, un amplio criterio de ‘falta de servicio’ que llevaría a comprender en ella los supuestos en la portación obligatoria del arma haya dado ‘ocasión’ al daño, como ocurriera en la recordada causa ‘Furnier’ (55). Tampoco es posible descartar la aplicación del art. 1113 del C.Civ. (daños derivados de la actividad riesgosa), lo que en el supuesto de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, convocaría la aplicación del art. 1757, en razón de la análoga situación que reglan. La actividad de la seguridad pública que requiere armar a ciertos miembros a los fines de la defensa social es una actividad riesgosa por los medios empleados y resulta que debe ser resuelta sobre la base de la analogía con las mismas normas que se aplican a los entes privados. En tal caso, el Estado es quien dirige y controla, la comunidad la que obtiene provecho de dicha actividad.

El vacío de derecho o axiológico se presenta en los supuestos que puedan quedar al margen de la responsabilidad del Estado, en virtud de la inexistencia de su responsabilidad como principal, y se vea frustrado el efectivo resarcimiento de derechos garantizados a través del sistema interamericano de derechos humanos. En este ámbito, el ofrecimiento del derecho únicamente de la responsabilidad personal del agente puede ser insuficiente para satisfacer la garantía que ha asumido la República Argentina a la luz del art. 2 de la C.A.D.H. En los casos en que por la conexidad u ocasionalidad de los daños causado el Estado no respondería, nos encontraríamos en colisión la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene reiteradamente resuelto que un Estado no puede eximirse de responsabilidad alegando que sus normas de derecho interno no prevé reparaciones por la violación de los derechos humanos, ya que los Estados que conforman el sistema interamericano han asumido el compromiso de adoptar las medidas legislativas necesarias para que los derechos humanos sean efectivos (56). No satisface el requerimiento del tribunal el cumplimiento formal de colocar un responsable si es sabido que él no podrá afrontar eficazmente la reparación del derecho lesionado. Y bien, es absolutamente claro que normalmente los agentes públicos a los que se suministra dichas armas son personas que viven de su sueldo –ciertamente muy limitado- y, en consecuencia, no ostentan capacidad económica para afrontar las consecuencias pecuniarias del daño

producido, sino en una ínfima proporción en relación a los daños causados. (57) Precisamente, esa es una de las razones que fundan la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y de la interpretación amplia que de los hechos cuyas consecuencias se extienden aquél que ha puesto una condición relevante del daño sufrido por las víctimas (58), que con alta probabilidad no hubieran sufrido el daño de no haberse armado al autor.

La Corte Interamericana ha mostrado particular preocupación por la eficacia de los remedios destinados a la reparación de los actos violatorios de los derechos humanos, destacando que ellos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de tales derechos, habiendo rechazado que ellos resulten ilusorios (59), como resulta –en nuestro criterio- la sola responsabilidad personal de los agentes.

A modo de conclusiones.

Las inquietudes que solamente hemos esbozado –sin mayores profundizaciones- no son las únicas que suscita esta Ley, sino las que hemos pretendido plantear. Sin embargo, ellas nos permiten concluir que la L.R.E. es una ley que rompe la armonía del sistema jurídico argentino, que había logrado a través de los pronunciamientos judiciales –especialmente de la Corte Suprema de Justicia- un equilibrio razonable entre los intereses públicos comprometidos y el derecho al resarcimiento a cargo de la comunidad.

El esfuerzo legislativo que se evidencia por obstaculizar la resarcibilidad de los daños, mediante requisitos absolutos que deberían admitir flexibilizaciones, ponderaciones de los derechos en juego, y la desarmonía de ciertos conceptos, puede llevar a comprometer la responsabilidad internacional de la República Argentina. Por ello, creemos que su aplicación requerirá que los jueces sean muy prudentes en la interpretación que se haga de esta Ley y que deberán estar atentos a que las decisiones sean coherente con el sistema de responsabilidad estatal que resulta de nuestra participación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Deberán empeñarse en evitar que esta paradoja entre mayor responsabilidad internacional y menor responsabilidad interna, que señalara el maestro Gordillo (60), termine constituyendo un bumerán.

La alternativa que se ofrece es un claro retroceso a la distinción de actos de imperio y de gestión, que al radicar la distinción en la conducta del dañador –y no siempre en resguardo de intereses públicos-, no es propio de un sistema fundado en la centralidad de la persona humana.

Parellada, C.A. “Algunas inquietudes...”

#### Bibliografía

1 GORDILLO, Agustín “Tratado de derecho administrativo” F.D.A.  
[http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo20.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf)

2 Es muy destacable la contribución que la doctrina administrativa ha hecho al tema, superando el dogma surgido de una deformada idea de soberanía que, como bien señala el maestro CASSAGNE, no se podía permitir, por la justicia y el progreso de la ciencia jurídica, “por más tiempo el mantenimiento de un principio tan lesivo a los derechos del hombre, en cuanto que sin el reconocimiento de la responsabilidad del Estado carecían de sentido las garantías que los ordenamientos constitucionales o supremos de cada país estatúan, precisamente, para la protección de tales derechos” (“Curso de derecho administrativo”, Bs.As., La Ley, 2011, 10ª ed.act. y ampliada, To. I pág. 387/8, No. 2 del Cap. I “Teoría general de la Responsabilidad del Estado”). Decía MARIENHOFF: “La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues una consecuencia lógica del complejo de principios propio del ‘Estado de Derecho’. No es concebible un Estado de Derecho ‘irresponsable’” (“Tratado de derecho administrativo”, Bs.As., LexisNexis-Abeledo Perrot, 1997, To. IV, pág. 727, No. 1633)

3 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R. “La responsabilidad del Estado. Enfoque jurídico-privado” en “Responsabilidad del Estado”, Tucumán, Ed. UNSTA, 1982, pág. 55 y sgtes.; CERUTI, Raúl Alberto “Un ensayo sobre los fragmentos del Derecho, sus territorios, fronteras y accidentes, y sobre la posibilidad de sus costuras” [http://www.beevoz.com/2013/10/24/iurisnauta/#\\_ftn1](http://www.beevoz.com/2013/10/24/iurisnauta/#_ftn1).

4 CSJN, agosto 5-1986 “Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino” Fallos 308:1118 y LLOnline AR/JUR/2036/1986.

5 Siguiendo ese criterio y por su confluencia con la teoría de la acción que fundó la responsabilidad extracontractual, el Estado era irresponsable pues para que exista conducta voluntaria debía ser realizada con discernimiento, intención y voluntad; la persona jurídica no tenía voluntad, por lo tanto no era responsable extracontractualmente. En cambio, no presentaba obstáculo a la responsabilidad contractual, pues podía superarse a través de la teoría de la representación (arts. 36 y 42 C.Civ.). La superación definitiva de la teoría de la irresponsabilidad de las personas jurídicas, dejada a un lado por la jurisprudencia evolutiva de la Corte Suprema de Justicia de la nación, originó la reforma del art. 43 a través de la Ley 17.711.

6 CSJN, marzo 6-2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros” Fallos 330:563, donde con razón se afirmó: “La mera existencia de un poder de policía correspondiente al Estado es insuficiente para atribuirle responsabilidad por un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo hasta tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”

7 PARELLADA, Carlos A. “Responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos” L.L. To. 2013-E pág. 840 y AR/DOC/3185/2013; En igual sentido, y en el mismo ejemplar del diario L.L. del 16 de setiembre del

2013, con fundamentación parcialmente coincidente se pronunciaron Juan José CASIELLO “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, en el Proyecto de Código” L.L. To. 2013-E pág. 833 y LLOnline AR/DOC/3319/2013 y Ramón D. PIZARRO “La responsabilidad del Estado y los empleados públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Cód” L.L. To. 2013-E pág. 855, RCyS 2013-X pág. 5 y LLOnline AR/DOC/2710/2013; con anterioridad el maestro cordobés había expuesto su opinión en “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas del derecho público provincial” en LLCórdoba To. 2011 pág. 1159 y AR/DOC/6116/2011

8 El carácter de ley nacional de la L.R.E. no implica, por sí, el ser suprema a los términos del art. 31, pues la Corte ha dicho que “El principio establecido por el art. 31 de la C.N. no significa que todas las leyes dictadas por el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales; lo serán si han sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución ha conferido al Congreso expresa o implícitamente” (CSJN, diciembre 9-1957, “Gimenez Vargas Hnos. S.C.I. c/Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza” Fallos 239:343). En este supuesto, entendemos que la Ley nacional declina una atribución que se le ha conferido a la Nación, al renunciar a reglar una materia propia de la responsabilidad patrimonial o por daños.

9 Aut.cit. “Introducción filosófica al Derecho”, Bs.As., Depalma, 1976, pág. 327 y 328/9, Nos. 344 y 347.

10 Véanse las ideas que se exponen en los Fundamentos que acompañaron al Proyecto, especialmente, cap. I Aspectos valorativos, Constitucionalización del derecho privado.

11 Nuestra ‘duda’ se ha suscitado sobre las reflexiones que han vertido destacados juristas que hemos citado en nota 7 y las reflexiones expuestas por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en la conferencia pronunciada el 21 de marzo de 2013, organizada junto con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de La Plata y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, disponible en [www. /vimeo.com/62599608](http://www.vimeo.com/62599608); parece compartir la duda LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. “La prescripción liberatoria en la reciente ley de responsabilidad del Estado” L.L.Supl. diario 11/8/2014 –a integrarse al To. 2014-D-, quien expresa al comenzar su análisis de dicha temática “suponiendo siempre que esta ley fuera constitucional...”

12 Reflexiones vertidas en el cap. II del artículo que citamos en nota No. 7.

13 En contra: ROSSATTI, Horacio D. “La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica”, R.Der.Daños To. 9 Responsabilidad del Estado, pág. 73, especialmente, en nota al pie No. 29 en la pág. 91; VERDALA, Armando “La reforma al Código Civil. Responsabilidad del Estado y de los funcionarios” J.A.Supl.Der.Administrativo 2014 fasc. 10, pág. 39, cap. IV I)

14 ALESSI, Renato “Instituciones de derecho administrativo”, Barcelona, Bosch, 1970, To. II pág. 513, No. 342.

15 MOSSET ITURRASPE, Jorge “La responsabilidad objetiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012” en Rev.Der. de Daños 2014-1, “Problemática actual de la responsabilidad civil – I-, pág. 59 y su cita, por todas las posibles, S.C.J.Bs.As, agosto 25-1998 L.L.Bs.As. To. 1998 pág. 1348.

16 Un prolijo análisis de la polémica en CALVO COSTA, Carlos A. “El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, J.A. To. 2012-IV pág. 1507, especialmente cap. II; véase también PIZARRO, Ramón D.-VALLESPINOS “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Bs.As., Hammurabi, 2009, To. 2 pág.636, No. 536; GALDOS, Jorge “Responsabilidad extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales pautas directrices” en Rev.Der. de Daños No. 9 –Responsabilidad del Estado pág. 25, especialmente cap. II.

17 El criterio al que se alude en el texto es el pacíficamente consagrado por la jurisprudencia y la doctrina en la actualidad. Similar criterio inspira las soluciones que surgen del art. 1741 –para el daño moral- y 1745 inc. b del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación antes mencionado.

18 Aut.cit., “Derecho constitucional”, Bs.As., EDIAR, 1964, To. I pág. 230.

19 C.S.N., “Vadell, Jorge Fernando c/Prov. Buenos Aires” Fallos 306:2030; L.L. To. 1985-B pág. 3; LLOnline AR/JUR/1824/1984; J.A. To. 1986-I pág. 213; E.D. To. 114 pág. 217; IJ-XXIII-762; MJ-JU-M-8454-AR; Rubinzal y Culzoni Online J 105044/09

20 Gordillo, Agustín “Tratado de derecho administrativo”, Bs.As., F.D.A., 2013, To. 8 pág. 545 y [http://gordillo.com/pdf\\_tomo8/capitulo16.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo16.pdf), No. IV.9 del cap. XVI

21 Ver voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en la causa “Pretrosur S.R.L. en J. Dirección Provincial de Vialidad c/Pretrosur S.R.L. y ot.p/Ord. s/Casación” del 12 de setiembre de 1984. Puede consultarse en la obra de la autora “Daños causados por los dependientes”, Bs.As., Hammurabi,1992, Anexo II en pág.185.

22 Murillo Morales, Jaime “La teoría objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado” [http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La\\_teor%C3%ADa\\_objetiva.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_teor%C3%ADa_objetiva.pdf) (consulta del día 24/7/2014). En este mismo sentido, Verdala entiende que el art. 9 de la L.R.E. “se aplica sólo para la ‘falta personal del funcionario en el ejercicio del servicio’ dado que la ‘falta de servicio’ imputable en forma directa y objetiva al Estado se regula en forma expresa en el art. 1º del proyecto” y más adelante, señala que la supresión de la responsabilidad de la regulación de la responsabilidad por el hecho del dependiente, “no tiene mayor efecto” en función de la responsabilidad directa del Estado. (VERDALA, Armando “La

reforma...” J.A.Supl.Der.Administrativo 2014 fasc. 10, pág. 19, cap. II in fine y pág. 28, cap.IV, 3).

23 C.C.Colombia, sala Casación Civil, junio 30-1962, publicada en G.J. To. XCIX pág. 86, según lo afirma el magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-909-11.htm>; Sobre los fundamentos, crítica y consecuencias véase TAMAYO JARAMILLO, Javier “De la responsabilidad civil. De la responsabilidad extracontractual”, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1999, To. II pág. 193 y sgtes, No. 679 y sgtes.

24 ALESSI, Renato “Instituciones...” cit., To. II, pág. 513, No. 342. En posición crítica a esa posición MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado...” cit. To. IV pág.755, No. 1647.

25 Con media sanción otorgada por la H.Cámara de Diputados.

26 Por ello se señala que “la supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión de la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes” (Castrillón y Luna, Víctor M. “La aplicación supletoria del Código Civil federal en materia mercantil y su constitucionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1649/18.pdf>).

27 CASSAGNE, Juan Carlos “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, Supl.L.L. Constitucional, mayo 2014 No. 3, pág. 3, especialmente, cap. VI; VERDALA, Armando “La reforma al Código Civil. La responsabilidad por daños del Estado y sus funcionarios” cit., J.A.Supl.Der.Administrativo 2014 fasc. 10, pág. 17, cap. II a). LÓPEZ HERRERA, Edgardo “La prescripción liberatoria...” cit. L.L.Supl. diario 11/8/2014, cap. I.

28 BORDA, Guillermo A. actualizado por Guillermo J. Borda “Tratado de derecho civil. Parte general”, Bs.As., La Ley, 2008, 13ª.Ed., To. I pág. 35 No. 21

29 El art. 804 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación –con media sanción-, que prevé las sanciones conminatorias (llamadas tradicionalmente ‘astreintes’) dispone en su última parte: “La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo”.

30 Tal el presupuesto fáctico para la aplicación de la sanción disuasiva en el art. 1714 del Anteproyecto, que no ha pasado al Proyecto de Código Civil y Comercial, con media sanción. La norma proyectada originariamente rezaba: “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”

31 Véase cap. VII.

32 Primera acepción atribuida por el Diccionario de la Real Academia Española, 22ª.Ed., 2001, en <http://lema.rae.es/drae/?val=mensura>.

33 Sobre la cuestión de la importancia de la terminología respecto de este tipo de daños, véase nuestra opinión en “El daño moral. La evolución del pensamiento en el derecho argentino” en Pérez Fuentes, Gisela M. (Coord.) “El daño moral en Iberoamérica”, pág. 15, especialmente No. 2. Véase HUTCHINSON, Tomás “El daño a la vida de relación, una nueva tipología del perjuicio” en “Responsabilidad del Estado”, Bs.As., U.B.A.-Rubinzal y Culzoni, 2008, pág. 33 y sgtes.

34 Caballero Ochoa, José L. “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1ª., segundo párrafo, de la Constitución)” en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>.

35 Criterio surgido de innumerables pronunciamientos de la CSJN; por todos: setiembre 29-1992 “Flores, Feliciano R. y otra c/Provincia de Buenos Aires” Fallos 315:2157.

36 CSJN, abril 28-1998 “Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros” Fallos 321:1124, L.L. To 1998-C , 322 con nota de Jorge Bustamante Alsina, en esa decisión se sostuvo que “La responsabilidad del Estado y sus agentes por acto ilícito no es una responsabilidad indirecta, dado que la actividad de los órganos funcionarios o agentes del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen es considerada propia de éste, quien debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas; conf. GORDILLO, Agustín “Tratado...” cit. en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo15.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo15.pdf), No. 15 y sinopsis 10 y [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo6.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo6.pdf). Nos. 1 a 3 y sinopsis 3. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R. en Belluscio, A.C. (Dir.)-Zannoni, E.A.- “Código Civil y leyes complementarias”, Bs.As., Astrea, 1984, To 5 pág. 404/405, No. 4 de la glosa al art. 1112.

37 MEDINA ARDILLA, Felipe “La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano” <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo “La responsabilidad internacional del estado por el hecho de terceros” [http://www.acj.org.co/o/activ\\_acad.php?mod=posesion%20montealegre%20lynett](http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20montealegre%20lynett);

38 MORENO FERNÁNDEZ, Abel G. “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización” [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2122688.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2122688.pdf)

39 En el caso de la Policía Federal Argentina, de acuerdo con la O.D. No. 115 del 16 de junio de 1999, la portación fuera de los servicios ordinarios o adicionales es optativa, y no obligatoria. Conf. LORENZ, Mariana “Policía Federal Argentina: Los derechos humanos internacionales y la legislación nacional en tensión” su ponencia en el 7º Encuentro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade - 23 a 25 de maio de 2012,

40 CASSAGNE, Juan C. "Curso de derecho administrativo", Bs.As., La Ley, 2011, To. I pág. 424, No. 3; CORREA, José Luis "Responsabilidad del Estado por los daños producidos al finalizar un evento deportivo" L.L.Gran Cuyo 2010 (noviembre) pág. 949 y LLOnline AR/DOC/5009/2010, cap. IX; RITTO, Graciela B. "Responsabilidad del Estado" L.L.Gran Cuyo 2012 (julio) pág. 687; BOULIN VICTORIA, Ignacio A. "Nuevos perfiles de la responsabilidad del Estado por omisión" L.L.Gran Cuyo 2011 (febrero), pág. 1 y LLOnline AR/DOC/150/2011, cap. II a; TRIGO REPRESAS, Félix-LÓPEZ MESA, Marcelo "Tratado de la Responsabilidad Civil" Ed. La Ley, Bs. As., 2004, Ta IV, pág. 122; NISNEVICH, Alejandro D. "Responsabilidad del Estado en materia de salud. Falla del servicio" LLOnline Córdoba 2012 (noviembre) pág. 1061, y LLOnline AR/DOC/3680/2013, No. 5. LLERENA, Baldomero "Concordancias y comentarios al Código Civil argentino", Bs.As., Lib.Ed. La Facultad, 1931, To. IV pág. 143, glosa al art. 1074, No. 2. En la jurisprudencia: CNCont.Adm.Fed, sala IV diciembre 2-2013 "H., M. A. y otro c. E.N. - Servicio Penitenciario Federal s/ daños y perjuicios" LLOnline AR/JUR/102762/2013; CCont.adm.San Martín, junio 28-2011 "Bertini, Mónica A. v. Estado Provincial" LLOnline 70071235; C4aCivComMendoza, marzo 10-2010 "Suárez, Leonardo Gustavo c. Y.P.F. S.A. y/o Repsol - Y.P.F. S.A. y otros" LLOnline AR/JUR/16397/2010; CNCiv., sala M, agosto 20-2009 "Vanneste, Paola c. Terminator SRL y otro" RCyS 2010-VI , 107 con nota de Graciela B. Ritto y LLOnline AR/JUR/32239/2009

41 MOISSET de ESPANÉS, Luis "Reflexiones sobre el "daño actual" y el "daño futuro", con relación al daño emergente y al lucro cesante" E.D. To. 59 pág. 791 y <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdanoactualyfuturo>, especialmente, cap. III ap. b).

42 VERDALA, Armando "La reforma..." cit., J.A.Supl.Der.Administrativo 2014 fasc. 10, pág. 24, cap. IV 1)., advirtió el problema en el art. 3 inc. a del Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo, interpretando la norma a la luz del criterio mayoritario de la doctrina que entiende que el punto referencial es el momento del juzgamiento del daño.

43 CorteIDH, julio 4-2006 "Caso Ximenes Lopes v. Brasil" [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)

44 C.I.D.H., setiembre 26-2006 "Almonacid Arellano c/Chile" párr. No. 124; dijo el Tribunal en ese caso: 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y



que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” Conf., ídem, agosto 12-2008 “Heliodoro Portugal c/Panamá”, en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf), especialmente párr. No. 180; ídem, noviembre 26-2010, “Cabrera García y Montiel Flores c/México” en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf), especialmente párr. No. 225; ídem, febrero 24-2011, “Gelman c/Uruguay” en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf), especialmente párr. No. 193; ídem, noviembre 23-2011 “Rodillo Pacheco” en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf), especialmente párr. No. 339.

45 C.S.J.N., julio 13-2007, “Mazzeo, Julio Lilo y ots.” Fallos 330:3248, L.L. 2007-D pág. 401 con nota de Calogero Pizzolo; L.L. to. 2007-D pág. 426 con nota de Eduardo S. Barcesat, L.L. To. 2007-F pág. 158 con nota de Claudio D. Gómez, L.L. To. 2008-A pág. 350 con nota de Juan María del Sel; J.A. To. 2007-III pág. 573, J.A. To. 2007-IV pág. 598 y LLOnline AR/JUR/2751/2007; conf. C.Nac.Trabajo, sala VI, julio 13-2007 “F., C. E. T. v. Losada, Antonio M. y otro” Abeledo Perrot Online AP/JUR/2293/2012. REVIRIEGO, José A. “El control de convencionalidad del juez argentino a la luz de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las causas ‘Forneron’ y ‘Furlan’.

46 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída conferencia pronunciada el 21 de marzo de 2013, organizada junto con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de La Plata y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, disponible en [www.vimeo.com/62599608](http://www.vimeo.com/62599608). En general: BAZÁN, Víctor “Acerca de ciertos desafíos temáticos de la justicia constitucional en Latinoamérica” J.A. To. 2010-I pág. 1187 y Abeledo Perrot Online 0003/014854; “Sobre la materia administrativa: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á. “Título: El control de la Administración Pública y el reto de la incorporación de los criterios internacionales en materia de protección de los derechos humanos” J.A. To. 2009-I pág. 370; sobre la procesal: de los SANTOS, Mabel “Principales tendencias de la reforma procesal en la Argentina”, J.A. To. 2009-II pág. 1352, cap. III y Abeledo Perrot Online 0003/014456; en el derecho laboral: SERRANO ALOU, Sebastián “El iura novit curia y la primacía constitucional en caso de accidente y/o enfermedad del trabajo. Jurisprudencia de la Corte Suprema” RDLSS 2011-14-1226. En contra, sosteniendo que no existe un control de convencionalidad por fuera del control de constitucionalidad: ROSATTI, Horacio D. “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina” en L.L. To. 2012-A pág. 911; GELLI, María A. “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Bs.As., La Ley, 2005, 3ª.Ed., pág. 714/715, No. 4.1.

47 Remitimos al respecto a: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R. en Belluscio, A.C. (Dir.)-Zannoni, E.A. (Coord.). “Código Civil y leyes complementarias”, Bs.As., Astrea, 1984, pág. 403, glosa al art. 1112; PIZARRO, Ramón D. “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, Bs.As., Astrea, 2013, To. 2 págs. 344 y sgtes., No. 159;

48 Conf. en la inconstitucionalidad de la norma del art. 1766 del P.C.C.C.N. – sustancialmente idéntico al art. 9 de la L.R.E.- PIZARRO, Ramón D. “Responsabilidad del Estado...” cit., To. 2 pág. 560/561, No. 209.

49 CSJN, setiembre 30-2003 “Municipalidad de Avellaneda s/inc. de verif. en: Filcrosa S.A. s/quiebra” Fallos 326:3899, L.L. To. 2004-A pág. 42; L.L. To. 2004-D pág. 267 con nota crítica de Juan F. Dogliani “Plazo de prescripción para el cobro de tributos municipales” en pág. 264, fundada en la autonomía del derecho tributario; Imp. To. 2003-B pág. 2112; D.J. To. 2003-3 pág. 605; J.A. To. 2003-IV pág. 727 y LLOnline AR/JUR/1976/2003.

50 En tal sentido se ha declarado la inconstitucionalidad del pronunciamiento que dio prevalencia al art. 91 del Cód. Tributario de la Provincia de Córdoba por sobre el plazo del art. 3956 en orden al momento de inicio del curso de la prescripción, en virtud de entender que las provincias carecen de competencia para apartarse de los plazos de prescripción estipulados por el Congreso Nacional, por lo que tampoco podría modificar la forma en que se computan (CSJN, noviembre 1-2011 “Fisco de la Provincia c/Ullate, Alicia I p/Ejecutivo s/Recurso directo” F 391.XLVI –sin cita de Fallos-, Imp. To. 2012-3 pág. 211 y LLOnline AR/JUR/70680/2011 y dictamen de la Procuración General de la Dra. Laura M. Monti en [http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2011/monti/may/5/fisco\\_de\\_la\\_prov\\_f\\_391\\_l\\_xlvi.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2011/monti/may/5/fisco_de_la_prov_f_391_l_xlvi.pdf) ).

51 LOPEZ HERRERA, Edgardo S. “La prescripción liberatoria...” cit., LL. L.L.Supl. diario 11/8/2014 –a integrarse al To. 2014-D-.

52 En la doctrina, CASSAGNE, Juan C. distingue entre la responsabilidad por acto legítimo e ilegítimo, dejando el primer supuesto al amparo de la norma genérica del art. 4023. (“Curso...” cit., To. I pág. 422, No. 2 E) del Cap. II del Título Tercero)

53 CSJN, setiembre 27-1994 “Furnier, Patricia María c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” Fallos 317:1006, J.A. To. 1995-II pág. 193; L.L. To. 1996-C pág. 558 y LLOnline AR/JUR/751/1994 y ABELEDO PERROT 1/30099; CSJN, noviembre 24-2004 “Cossio, Susana Inés c/ Policía Federal y otro” Fallos 327:5295. El tribunal entendió que “basta que la función desempeñada haya dado ocasión para cometer el acto dañoso para que surja dicha responsabilidad, pues es obvio que el hecho no se habría producido de no haberse suministrado al agente el arma en cuestión”, aunque el agente se encontrare fuera de servicio; CCivCom.Min.Viedma, febrero 4-2013 “Chazarreta, Gustavo David c. Provincia de Río Negro s/ordinario” LL Online AR/JUR/3350/2013; Conf. Correa, José Luis “Responsabilidad del Estado por

disparo de arma de fuego de personal policial” L.L. To. 2005-A pág. 1487, especialmente cap. IX.

54 CORONEL, Germán A. “Responsabilidad extracontractual del Estado por acto ilícito de sus dependientes en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. (Una adecuada interpretación a la luz del Derecho Administrativo de la relación causal funcional)” R.D.Daños (Rubinzal y Culzoni) To. 9 pág. 345, especialmente cap. IV, excluyéndose el ejercicio aparente de las funciones.

55 Véase cita al pie de página No. 49; conf. VERDALA, Armando “La reforma al Código...” cit. J.A.Supl.Der.Administrativo 2014 fasc. 10, pág. 28, cap. IV d) 3.

56 CortelDH, febrero 28-2003, “Caso ‘Cinco Pensionistas vs. Perú’ párrafo 164. Se dijo allí que el “deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile); Ídem, setiembre 2-2004 “Caso ‘Instituto de reeducación del Menor’ vs. Paraguay”, párrafo 205; Ídem, setiembre 18-2003 “Caso ‘Bulacio’ vs. Argentina párrafo 142

57 GORDILLO, Agustín [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo8/capitulo16.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo16.pdf), No. 13.

58 Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado, anotando un fallo de la C.Nac.Civ., sala G, en “Aspectos destacables de un fallo sobre la responsabilidad del principal” J.A. To. 2010-II pág. 273.

59 CortelDH, febrero 28-2003, “Caso ‘Cinco Pensionistas vs. Perú’ párrafo 136; Ídem, agosto 24-2010 “Caso ‘Comunidad Indígena Xákmok Kásek’ vs. Paraguay” párrafo 140; Ídem, noviembre 24-2010 “Caso ‘Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)’ vs. Brasil” párrafo 143.

60 Su ponencia a la XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Bs.As., 2005, en <http://gordillo.com/articulos/art13.pdf>