https://doi.org/10.24215/25916386e162

Una provincia sin ley. Acerca de la responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires

POR **PEDRO LUIS ARROUY**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Un poco de historia lejana.- III. Un poco de historia reciente.- IV. Estado actual de la regulación en las provincias argentinas.- V. Necesidad de una pronta regulación en la provincia de Buenos Aires.- VI. Soluciones ante carencias de normas. La integración.- VII. Aplicación judicial de la responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires.- VIII. Conclusión.- IX. Referencias.

Resumen: la reforma al Código Civil y Comercial de 2015 trajo consigo, entre otros cambios, novedades relevantes en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. El objetivo de este trabajo es hacer un rápido repaso al estado actual de la cuestión, señalando cómo la responsabilidad estatal ha sido regulada tanto por la jurisdicción federal como por algunas provincias argentinas. En ese marco, me concentraré en la inconveniencia de prescindir por completo de las disposiciones previstas por la legislación Civil, según lo dispuesto por el Código Civil y Comercial y por la ley 26.944. Así, abordaré los caminos recorridos por las diferentes provincias de nuestro país, poniendo especial énfasis en la situación de la provincia de Buenos Aires, la cual, al momento de este trabajo, carece de regulación en materia de este tipo de responsabilidad. Indicaré los posibles mecanismos de integración que se encuentran en el ordenamiento jurídico, particularmente la analogía y los principios jurídicos, ejemplificando cómo las cortes provinciales han tenido que recurrir a ellos. Finalmente, apoyaré la necesidad de que la provincia más grande del país regule su propia responsabilidad de bienes públicos, incluyendo principios que son comunes a todo el sistema constitucional.

Palabras claves: responsabilidad patrimonial del Estado - Derecho constitucional - Derecho administrativo - Legislación provincial

(*) Abogado, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Esp. en Derecho Administrativo, Universidad de Belgrano (UB). Prof. Titular regular de Derecho Constitucional y Prof. Adjunto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Investigador en el Programa de Incentivos (Categoría V). Investigador del Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Sociales y Jurídicos (CIEP) y Facultad de Ciencias Humanas (UNICEN).

A Province without Law. About the responsibility of the State in the province of Buenos Aires

Abstract: *the Reform to the Civil and Commercial Code of 2015 brought with it, among other changes, relevant developments in matters of State patrimonial responsibility. The objective of this work is to make a quick review of the current state of the matter, pointing out how state responsibility has been regulated both by the federal jurisdiction and by some Argentine provinces. Within this framework, I will focus on the inconvenience of completely dispensing with the provisions provided by Civil legislation, as provided by the Civil and Commercial Code and by Law Nº 26944. Thus, I will address the paths traveled by the different provinces of our country, placing special emphasis on the situation of the Province of Buenos Aires, which, at the time of this work, lacks regulations regarding this type of liability. I will indicate the possible integration mechanisms found in the legal system, particularly the analogy and legal principles, exemplifying how provincial courts have had to resort to them. Finally, I will support the need for the largest province in the country to regulate its own responsibility for public goods, including principles that are common to the entire constitutional system.*

Keywords: *patrimonial responsability of the state - Constitutional right - Administrative law - Provincial legislation*

I. Introducción

La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, entre muchas modificaciones, trajo importantes novedades en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado o como veremos seguidamente, sería más apropiado decir, de los Estados.

En este trabajo se pretenderá hacer una rápida reseña del estado actual de la cuestión, indicar cómo ha sido regulada la responsabilidad del Estado en la jurisdicción federal y por algunas provincias argentinas, para, luego, detenernos en la situación de la provincia de Buenos Aires, la cual a la fecha de este trabajo carece de normas que regulen este tipo especial de responsabilidad. Esta carencia normológica implica importantes desafíos para todos los operadores del sistema jurídico. Desde los legisladores, a los que no solo se les plantea la necesidad de legislar en la materia y evaluar los límites de sus potestades legislativas; pasando por los abogados y abogadas que recurren a los tribunales pretendiendo responsabilizar al Estado provincial por sus hechos dañosos y, finalmente, a los Jueces y Juezas que deben fundar sus decisiones en derecho vigente. No poseer una norma positiva requiere que el intérprete judicial deba hacer un esfuerzo interpretativo mayor, muchas veces en límite de sus competencias constitucionales. Veremos que el ordenamiento jurídico, en su totalidad, con sus mecanismos de integración

normativa, nos puede dar alternativas que solucionen, por lo menos transitoriamente, esta carencia legislativa.

II. Un poco de historia lejana

La historia de desencuentros entre nuestros legisladores y la responsabilidad de Estado no es nueva y se remonta a los inicios de nuestra Nación. Quizás a renglón seguido de una de las más encomiables y humanitarias declaraciones de nuestros constituyentes originarios encontramos el primer reconocimiento a su responsabilidad patrimonial por su actuación constitucional. El artículo 15 de la Constitución Nacional sostiene: "En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República". Luego de declarar la libertad física y jurídica de las personas que estuvieran subyugadas por la esclavitud, el Estado asumió la obligación de reparación con los esclavistas por su decisión emancipadora. A los que, lejos de situarlos en una actitud reñida con lo ilícito, los legitimó como titulares de un derecho que debía ser reparado. Cuarenta años antes, la Asamblea del Año XIII había declarado la libertad de vientres, por lo que las crónicas históricas sostienen que no eran muchas las personas que se encontraban, en 1853, en esa terrible condición. Claro está que el número no disminuye el oprobio de esta situación.

Estudios históricos (Candioti Magdalena, 2021) revelan que, aunque, no hubo "leyes especiales" que determinaran indemnizaciones para los propietarios de esclavos, en 1860 el gobernador Leiva de Santa Fe estableció comisiones para determinar cuántos expropietarios de esclavos recibirían las compensaciones del gobierno federal, existiendo procesos de registración y tasación.

Mertehikian (2006) destaca que la sanción de la ley 224 (1) del 29 de septiembre de 1859 dictada por el Congreso de Paraná, fue una de las primeras leyes que dispuso un régimen de responsabilidad general. En ella se estableció: "La Confederación Argentina desde la instalación de su Gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país".

Es sumamente interesante el intercambio epistolar entre Mertehikian y el Prof. Marienhoff, en torno a esta ley, en donde este último le resta mayor

(1) Ley 224. Paraná, 29 de septiembre de 1859.

trascendencia como fundamento de la responsabilidad del Estado en el Derecho Argentino (2), remitiéndose a los tradicionales fundamentos constitucionales donde el destacado jurista encuentra las fuentes de la responsabilidad del Estado.

Más allá de esta discusión histórica, cierto es que el camino de la responsabilidad del Estado siempre estuvo carente de regulaciones específicas, requiriendo de la interpretación de los tribunales los límites y alcances de esta. Así, en los primeros años de la Nación, la Corte Federal sostuvo la indemandabilidad del Estado Nacional en el caso "Seste y Seguich" (3) (1864) afirmando la necesidad de previo consentimiento del Congreso mediante una "venía legislativa". La ley 3952 del año 1900 permitió la demandabilidad del Estado, formulando como requisito previo el agotamiento de la vía administrativa.

Años después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Tomas Devoto" (4), pese a la vigencia del artículo 43 del Código Civil, reconoció la responsabilidad indirecta del Estado, recurriendo por primera vez al Código Civil, encontrando en sus artículos 1109 y 113 los fundamentos subjetivos y objetivos para responsabilizar al Estado.

Posteriormente, en el caso "Ferrocarril Oeste" (5) (1938) la Corte Suprema sostuvo la inaplicabilidad del artículo 43 del Código Civil en los casos en donde el Estado fuera responsable patrimonialmente por su actuación derivada del poder público y afincó por primera vez la responsabilidad del Estado en el artículo 1112 del Código Civil, aunque también recurrió a las previsiones del artículo 1113 del mismo ordenamiento Civil.

Finalmente, y varias décadas después, el Tribunal Federal en el caso "Vadell" (6) (1984) fundó la responsabilidad el Estado exclusivamente en el artículo 1112 del Código Civil. Fallos posteriores, como "Zacarias" o "Mosca (7)" (2007) han fortalecido los argumentos que emergerían del artículo citado, desarrollando en ellos el concepto de falta de servicio como factor de atribución.

---

(2) "La mencionada ley del Congreso de Paraná es posterior a la Constitución nacional de 1853, en cuyos principios esenciales debe hallarse en definitiva el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. De manera que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, la referida ley del Congreso de Paraná no introdujo, en lo pertinente, un derecho nuevo: éste ya existía a través de la Constitución nacional de 1853".

(3) CSJN, Fallos 1:117.

(4) CSJN, Fallos 169:111.

(5) CSJN, Fallos 182:5.

(6) CSJN, Fallos 306:2030.

(7) CSJN, Fallos 330: 563.

Esta posición, aunque asentada, no ha sido consolidada en la doctrina judicial de los tribunales, por cuanto en muchos supuestos se recurría a normas como el artículo 1113 del Código Civil, por fuera de la idea de "falta de servicio", para responsabilizar al Estado en aquellos eventos dañosos ocurridos en lugares alcanzados por el concepto de bienes del dominio público, según la enumeración formulada por el artículo 2340 del mismo Código.

Todas estas tribulaciones, que no pudieron ser resueltas ni aun por los reiterados precedentes de la Suprema Corte de Justicia, debían ser ordenadas por el legislador local. Posiblemente, haya un principio de solución en el ámbito federal por la tan esperada intervención del legislador nacional al regular normativamente la responsabilidad del Estado Nacional. Tal paliativo fue parcial, por lo menos geográficamente, puesto que, como hemos visto, la saga de la Ley 26.944, sumada a la regulación del Código Civil y Comercial, habilitaron a los Estados provinciales a regular su propia responsabilidad, lo que, a la fecha, lejos de ser un hito a la autonomía federal, es un conjunto de incertidumbres jurídicas.

III. Un poco de historia reciente

El anteproyecto de la comisión redactora (8) introdujo, como uno de los supuestos especiales de responsabilidad, la responsabilidad del Estado. Lo hizo en los artículos 1764 a 1766. Allí, como en varios otros institutos del nuevo Código Civil y Comercial, se plasmó la jurisprudencia más reciente de la Corte suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en este caso en materia de responsabilidad del Estado. El texto proyectado receptaba legislativamente conceptos que habían sido por muchos años extraídos directa, subsidiaria o analógicamente, según la opinión de diversos autores, del artículo 1112 del Código de Vélez. La responsabilidad del Estado era objetiva, directa y su factor de atribución, para los casos en que esta responsabilidad fuera ilícita, era la falta de servicio.

Como normas interpretativas, la comisión redactora añadió que, para estimar la responsabilidad del Estado, el Juez debía apreciar: la naturaleza de la actividad; los medios de que disponía para brindar el servicio; el lazo que unía a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Estimaciones que había elaborado, casi textualmente, la jurisprudencia reciente de la CSJN cuando tuvo oportunidad de juzgar la responsabilidad del Estado.

(8) Mediante el decreto 191 del Poder Ejecutivo (23/02/2011) se dispuso la creación de la Comisión de Juristas que tendría a su cargo la elaboración de un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. La Comisión estuvo integrada por los entonces ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y por la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci. Texto del anteproyecto y sus fundamentos. http://www.colabogados.org.ar/archivos/proyecto-reforma-ccyc-anteproyecto-de-codigo-civil.pdf

Como novedad, también se legisló en materia de responsabilidad lícita, a la que por años se llegó por medio de la interpretación de la Constitución Nacional, las distintas leyes de obra pública y principalmente por la ley de expropiación. Se señaló también, como lo venía haciendo la jurisprudencia, que el factor de atribución era el sacrificio especial y no portar el deber jurídico de soportar el daño. Como novedad a la continuidad jurisprudencia se fijó como reparación solo el daño emergente y no el lucro cesante, posición jurisprudencial solo sostenida por la Dra. Highton de Nolasco en minoría en distintos fallos de la CSJN.

Todo esto parecía un buen avance en materia regulatoria, se podría estar de acuerdo o no, pero finalmente habría una regulación razonable y equilibrada.

El proyecto elevado por el Poder Ejecutivo Nacional (9) (PE) suprimió lo proyectado por la comisión y descartó explícitamente que el Código Civil y Comercial pueda regular la responsabilidad del Estado. Este destino puede verse, por lo menos, desde dos afirmaciones:

1. El Código Civil no puede regular la responsabilidad del Estado, puesto que esta es una cuestión de derecho público ajena a cualquier regulación de una Ley Civil y Comercial, debiendo en tal caso ser regulado por una ley específica en la materia.

2. La responsabilidad del Estado nacional y de los Estados provinciales es una materia de derecho público local exenta de la posibilidad de regulación por parte de la Legislatura Federal por ser una atribución no delegada por las provincias a la Nación.

Así, el Legislador nacional reguló, dentro del Código Civil y Comercial de la Nación (10), de manera negativa la responsabilidad del Estado, señalando que:

> **Artículo 1764.** Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.
>
> **Artículo 1765.** Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

(9) Proyecto presentando mediante mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nº 884/2012. Puede consultarse: *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación* - 1a ed. - Buenos Aires: Infojus, 2012. E-Book. ISBN 978-987-28449-1-2.

(10) Ley 26.944. BO Nº 32985 (08/10/2014) y Fe de erratas del BO 10/10/2014.

> **Artículo 1766.** Responsabilidad del funcionario y del empleado público. 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 se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Sobre la base de estos artículos, el legislador nacional hizo una sinergia de ambos postulados que referimos en párrafos precedentes. Por un lado, se estableció que en el marco de una ley que regule las relaciones civiles y comerciales no puede haber estipulaciones de derecho público y que para juzgar la responsabilidad patrimonial del Estado no podrá utilizarse ningún tipo de integración normativa que provenga del derecho privado, ni haber ningún diálogo de fuentes entre estas. Por otro lado, señaló, en un hecho trascendente para las provincias, que la responsabilidad de Estado y de los funcionarios públicos es de naturaleza local, estadual y propia de las legislaturas provinciales y, por tanto, regulable por el Congreso Nacional solo en cuanto a la responsabilidad del Estado Federal. A cada una de las provincias y posiblemente, atendiendo a la autonomía municipal que establece el artículo 123 de la Constitución Nacional, llegar a que cada uno de los municipios del país pueda regularse en esta materia (11).

El primer problema que advertimos como *la huida del derecho privado* (12) fue parcialmente solucionado con la sanción de la Ley 26.944, que incluso entró en vigencia antes del Código Civil y Comercial y que estableció la responsabilidad del Estado Federal, señalando desde su artículo 1: "Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

Valga hacer notar en este punto que la ley es más tajante en la separación entre el derecho público y el derecho privado que la propia normativa del Código Civil y Comercial, puesto que mientras este sostiene que es inaplicable el Capítulo 1 (Responsabilidad Civil), la Ley 26.944 sostiene que el Código Civil, sin indicar capítulo o materia, es inaplicable a la responsabilidad del Estado.

---

(11) Esto no parece una idea remota a cuenta de la más reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de autonomía municipal. En el caso "SHI" (Fallos 344:1151) destacó que, sobre la base de la autonomía dadas por las constituciones provinciales, existen municipios que cuentan con facultades de legislar en las materias que define y que le son exclusivas "en la búsqueda de un municipio ampliamente participativo y eficaz".

(12) Esta expresión hace referencia a un movimiento que pretendía fundamentalmente lo contrario sostenía la necesidad de "huir del derecho administrativo hacia el derecho privado". Esta escuela de pensamiento, en la cual tenía una gran influencia las teorías neoliberales de la década de los años 80 pretendía que las organizaciones administrativas y sus relaciones con los administrados se vinculen mediante normas o principios del derecho privado. Entre muchos trabajos puede verse: (Martín-Retortillo, 1996, pp. 25-68).

En una cuestión a la que volveremos en párrafos venideros, entendemos que una interpretación literal de esta exclusión sería excesiva, inconveniente e inconstitucional, puesto que no hay dudas que dentro del Código Civil y Comercial, como en la anterior regulación Civil, hay institutos de derecho común que trascienden la posible división entre derecho público y privado, piénsese solo por citar algunos ejemplos: los principios de buena fe, el abuso de derecho, el concepto de bienes y cosas, la capacidad de las personas, el concepto de personas jurídicas públicas, el ejercicio de los derechos personales, reales o la prescripción, el concepto de daño, dolo o culpa, la relación de causalidad o supuesto de caso de fuerza mayor, entre otros.

Sin perjuicio de ello, con sus bemoles y sus críticas, el Estado Federal con la Sanción de la Ley 26.944 venía a completar un esquema de responsabilidad patrimonial del Estado que, como veremos, no fue recogido unánimemente por las provincias y que a más de siete años de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial —CCiv. y Com.—, en muchos casos, sigue ausente.

IV. Estado actual de la regulación en las provincias argentinas

Distintas jurisdicciones dictaron normas de responsabilidad del Estado adhiriendo a la ley nacional, así lo hicieron: Santiago del Estero (13); La Rioja (14); Catamarca (15). Por su parte, algunas provincias adhirieron con la incorporación de supuestos especiales, como es el caso de Santa Cruz (16). Finalmente, encontramos provincias que regularon su régimen propio de responsabilidad del Estado, como Chubut (17); Mendoza (18); Río Negro (19); Entre Ríos (20) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (21).

Estas regulaciones también han tomado distintas posturas frente a las restricciones que traería el CCiv. y Com. Un primer grupo conformado por la Ley I 560 de Chubut y Ley 6325 de Ciudad Autónoma de Buenos Aires sigue la redacción del

(13) Ley 7179 sancionada el 14/09/2015 y publicada el 17/09/2015.
(14) Ley 10004 sancionada el 03/08/2017 y publicada el 05/09/2017.
(15) Ley 5536 sancionada el 16/05/2018 y publicada el 06/07/2018.
(16) Ley 3396 sancionada el 16/10/2014 y publicada el 27/11/2014.
(17) Ley I-560 sancionada el 18/06/2015 y publicada el 10/08/2015.
(18) Ley 8968 sancionada el 09/05/2017, promulgada el 11/05/2017 y publicada el 11/05/2017.
(19) Ley 5339 sancionada el 30/11/2018, promulgada el 15/12/2018 y publicada el 27/12/2018.
(20) Ley 10.636 sancionada el 06/11/2018 y publicada el 23/11/2018.
(21) Ley 6325 sancionada el 27/08/2020, promulgada el 14/09/2020 y publicada el 16/09/2020.

artículo 1º (tercer párrafo) de la Ley nacional en cuanto determinaba la inaplicabilidad directa o subsidiaria del Código Civil.

En un segundo grupo encontramos las leyes de responsabilidad del estado que no solo no vedan la integración con el CCiv. y Com., si no que realizan remisiones expresas a su articulado para la regulación de determinadas cuestiones, ejemplo de ello son: el artículo 7 de la Ley 10.636 de Entre Ríos (respecto del plazo y cómputo de la prescripción, aunque previendo los efectos del reclamo administrativo previo). El artículo 6 de la Ley 5336 de Río Negro (que establece que las disposiciones del CCiv. y Com. de la Nación se aplicarán en forma supletoria en lo atinente al daño resarcible en los supuestos de responsabilidad ilegítima del Estado y en el artículo 17 al remitir a los supuestos de dispensa de la prescripción regulados en el Código de fondo de derecho privado).

La ley 8.968 de Mendoza es posiblemente la que más atiende a la convivencia de ambos sistemas, haciendo varias remisiones al CCiv. y Com. Por ejemplo: en el artículo 2º al prever a la costumbre como fuente de derechos personales o colectivos, en los supuestos allí previstos y de conformidad con el artículo 1 del CCiv. y Com. y del artículo 62 de la Ley 3918 (Código Procesal Administrativo) que prevé las condiciones para que la costumbre pueda servir como fuente jurídica para sustentar las decisiones judiciales, en el artículo 4 respecto del plazo y cómputo de la prescripción, en el artículo 5 consagrando el principio de reparación plena respecto de la responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 1740 del CCiv. y Com., pero dejando a salvo las limitaciones que establece esta ley, las que pudieren surgir de leyes especiales o la prerrogativa de atenuación asignada al juez por el artículo 1742 del CCiv. y Com. y, por último, en el artículo 14, la remisión al artículo 1767 del CCiv. y Com. respecto de la responsabilidad de los establecimientos educativos.

Un tercer grupo que no ha efectuado ningún tipo de regulación, Buenos Aires, está dentro de este tercer supuesto. En este caso, no solo estamos ante la tensión que pudiere haber entre la Ley de Responsabilidad del Estado y el CCiv. y Com. si no que no encontramos en un estadio anterior y más problemático, que es la falta total de regulación.

V. Necesidad de una pronta regulación en la provincia de Buenos Aires

Esperablemente en unos años este trabajo será reflexión de una coyuntura, en la cual la provincia de Buenos Aires recorrió sin ley la responsabilidad del Estado. La ultraactividad del derecho transitorio ha posibilitado que durante los años que siguieron a la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, la doctrina judicial

que emanara de los artículos 1112, y en menor medida el 1113 del Código Civil de Vélez fue aplicable a los casos que se sucedieron bajo la vigencia del derogado Código (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

Ahora bien, los hechos no se acaban, los daños continúan, las responsabilidades deben ser juzgadas y las decisiones de los Jueces llegan después de las demandas. Tanto aquellas como estas deben ser fundadas en derecho aplicable fruto de normas vigentes. ¿Pero en qué derecho? ¿Sobre qué normas?

Se han ensayado varias respuestas a este dilema. Algunos sostienen la continuidad de la aplicación del Código Civil y Comercial, ya sea de manera directa, subsidiaria o analógica.

Veamos, las primeras dos posibilidades. La aplicación directa o subsidiaria son descartadas de plano por el artículo 1764 del Código Civil y Comercial para regular la responsabilidad del Estado federal y provincial, puesto que aunque el artículo hable del Estado, no cabe otra interpretación que sostener que se está refiriendo a todos los Estados del sistema federal que componen la república, incluido el federal por supuesto, esta interpretación se alcanza al advertir que cuando el legislador nacional sancionó dicho artículo lo hizo en el marco de las competencias que le da el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

Otra posibilidad que se ha planteado ante la carencia normativa sería la de hacer una aplicación subsidiaria, atento la naturaleza administrativa, de la Ley nacional 26.944 de responsabilidad del Estado. Entendemos que tal posibilidad es desaconsejable por cuanto, aunque regule una materia análoga, no es posible la aplicación subsidiaria de una norma de sistemas normativos distintos.

La aplicación subsidiaria pertenece al método sistemático de interpretación de la ley y consiste en relacionar una norma con aquellas otras que integran una institución jurídica. Este modelo requiere concretamente de una relación de género a especie entre la disposición que se pretende aplicar supletoriamente y aquella cuyo contenido quiere explicitarse. Dentro de un mismo sistema, la fórmula general viene a cubrir el vacío de la fórmula particular (Justo y Egea, 2016). En muchos supuestos, las normas particulares hacen una permisión de tal aplicación supletoria hacia un ordenamiento general, pero siempre dentro del mismo universo jurídico (normas específicas de procedimiento a la ley de procedimiento administrativo; normas con naturaleza punitiva administrativa a los códigos procesales penales, etc.).

Ahora bien, trasladar una norma de un ordenamiento jurídico distinto sería como resolver un caso no previsto en la ley de procedimientos administrativos

bonaerense con la aplicación del decreto-ley 19.549 o aplicar el Código Procesal Civil y Comercial federal en el ámbito de los tribunales provinciales. Tal posibilidad, así planteada, brindaría al intérprete la posibilidad de echar mano a cualquier sistema comparado de responsabilidad, ya sea el federal o el de cualquier provincia de nuestro país que regule tal situación, lo que no es constitucionalmente válido.

Cabe aclarar, finalmente, que, en la aplicación subsidiaria o supletoria no hay, en verdad, tarea de interpretación ni laguna alguna, solo un caso de aparente normación incompleta que, *imperio legi*s, se cubre por aplicación directa de otra norma (Karl Larenz, 1994).

Sin perjuicio de ello, como señalamos en párrafos anteriores y venideros, es imposible desentenderse por completo de las regulaciones que ha hecho el legislador en el Código Civil y Comercial y que trascienden la división entre derecho público y derecho privado. Si lo que pretendemos es la plenitud y coherencia de nuestro sistema jurídico, ignorar nociones de daño, culpa, relación de causalidad, caso fortuito o fuerza mayor, por citar solo algunos, sería no solo desaconsejable metodológicamente, sino impracticable sistémicamente. En refuerzo de esta idea, es importante señalar que la ley 26.944, aunque en su artículo 1 señala enfáticamente que no serán aplicables las normas del Código Civil y Comercial, en su artículo 2º trae la idea del caso fortuito o fuerza mayor para eximir al Estado, sin definir su alcance, por lo que uno infiere que se está refiriendo a la regulación que de estos institutos hace el Código Civil en el artículo 1730. Como este, tantos otros ejemplos que se advierten del análisis de la Ley 26.944 y que se parangonan con cualquier otra futura ley de responsabilidad del Estado provincial.

Una interpretación literal y descotextualizada del artículo 1 de la Ley 26.944 y del artículo 1764 del CCiv. y Com. acabaría confrontando las competencias del legislador nacional con las del provincial. Por ello, como primera idea, creemos que la inaplicabilidad total del Código Civil y Comercial al sistema de responsabilidad del Estado —cualquiera fuere este— es contraria a la división multinivel del poder (Nación - Provincias - Municipios) y a las competencias que las propias provincias han delegado al Gobierno Federal (artículo 75 inc. 12). Todo lo hasta aquí formulado no invalida la posibilidad de que los Estados provinciales regulen su propia responsabilidad. Esta teoría ha sido robustamente sostenida, desde hace mucho tiempo, por los Profesores Perrino y Gambier (1996) y parecería que, con las previsiones señaladas, se compadece más con el sistema federal en que se ha organizado la Nación. De hecho, a poco que se analice la legislación provincial, por citar el caso que nos es más cercano, veremos que históricamente se han regulado, para supuestos particulares, reglas de reparación patrimonial en materias típicamente

locales o concurrentes con el Estado federal, como son la materia ambiental (22), la obra pública (23) o el empleo público (24).

Un muy importante hito en este deslinde fue formulado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Barreto, Alberto Damián" (25) del año 2006, donde el Tribunal trazó nuevos contornos al concepto de "causa civil" (26), excluyendo su jurisdicción originaria a los actos derivados de la actuación de los Estados provinciales en materia de derecho público. Con citas de Marienhoff, Fiorini y Forsthoff, se sostuvo que "se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del 'poder de policía de seguridad' entendido como una 'potestad pública' propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado" (27). Este precedente cobra mayor relevancia en tanto fue uno de los fundamentos que valoró del Poder Ejecutivo en los considerandos del proyecto de ley de la Ley 26.944 y también de los cambios que se hicieron al anteproyecto del Código Civil y Comercial.

Oyhanarte (h), Martin y Tonelli, Pablo (2013) han considerado que esta lectura del fallo "Barreto" es equivocada, puesto que el *holding* del caso se refiere a una cuestión procesal, cuál sería la competencia originaria de la Corte y no a la responsabilidad del Estado, también esta postura asume que dos de los Magistrados votantes en este precedente, el Dr. Lorenzetti y la Dra. Highton fueron los redactores del anteproyecto en donde la norma federal regulaba la Responsabilidad del Estado, por lo cual mal podrían haber afirmado en un anteproyecto de ley lo que habían negado en una sentencia.

---

(22) Artículo 6º Ley 11.723: el Estado Provincial y los municipios tienen la obligación de fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente, siendo responsables de las acciones y de las omisiones en que incurran.

(23) Artículo 38 Ley 6021 "(...) El contratista será indemnizado por daños consistentes en la destrucción, pérdida o avería de materiales certificados o de obra ejecutada que tenga por causa directa hechos culposos de empleados de la Administración en el desempeño de tareas inherentes al empleo, por hechos naturales o por actos de Poder Público, que reúnan en todos los casos los caracteres de causa fortuita o de fuerza mayor (...)".

(24) Ley 14.657.

(25) CSJN, Fallos 329: 759.

(26) Artículo 24 inc. 11 del Decreto Ley 1285/58.

(27) CSJN, Fallos 329: 759.

Coincidimos que la lectura que hiciera el Poder Ejecutivo del fallo "Barreto" para fundar la división tajante del Derecho Administrativo del Derecho Privado en el proyecto de ley que luego dio luz a la Ley 26.944 es sesgada, por cuanto la Corte en el considerando 12 de aquel fallo, con claridad sostuvo también 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 aún 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, 1968, primera parte, pp. 90 y ss.). 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, 1968, primera parte, pp. 92 y ss.; Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231)".

El "holding" del caso "Barreto" comprendió la delimitación de la Corte Suprema del concepto de "Causa Civil" para determinar su competencia originaria por distinta vecindad o extranjería (artículo 116 y 117 de la Constitución Nacional) (Oyhanarte [h] y Tonelli, 2013).

Otro precedente que se debe considerar en este rompecabezas es lo manifestado por la Corte Nacional en el precedente "Rodríguez Pereyra (28)" del año 2012, allí la Corte se expidió, entre otras cuestiones (29), sobre el alcance de la reparación patrimonial que se le debía al dañado. Recordemos que en el caso un conscripto reclamó al Estado Nacional una indemnización con sustento en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil por las lesiones que sufrió mientras cumplía con el servicio militar obligatorio. En su defensa, el Estado sostenía la aplicación de la Ley 19.101 de personal militar (artículo 76, inc. 3, apartado c, texto según ley 22.511) que fijaba un tope máximo a las indemnizaciones que sufrieran los conscriptos y excluía las reglas generales establecidas en el Código Civil para determinar los rubros indemnizatorios.

(28) "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s. daños y perjuicios", R. 401. XLIII., sentencia del 27/11/2012.

(29) Uno de los puntos más trascendentes de este fallo fue la ratificación de la corte de la posibilidad que le caben a los jueces de declarar la inconstitucionalidad de oficio., cuando esta sea manifiesta.

Sostuvo entonces el Tribunal, que la constitucionalidad de un régimen especial de responsabilidad —en el caso, el del estatuto del personal militar— debe sostenerse a través de la ponderación de dos factores: (*a*) el alcance de los derechos constitucionales invocados; y (*b*) si los daños causados encuentran su debida reparación.

Desarrollando este argumento, la Corte Nacional afirmó que la Constitución Nacional en su artículo 19 ha establecido un principio general por el cual se "prohíbe a los hombres perjudicar a los derechos de un tercero", que 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 (30).

VI. Soluciones ante carencias de normas. La integración

Ante la ausencia de norma se plantea la necesidad de elaborarlas, en palabras de Ciuro Caldani (2020) "integrar el ordenamiento normativo". Para ello se pueden emplear elementos propios o ajenos al sistema. Recurriendo a la autointegración, o a la heterointegración, respectivamente. En el primer caso, acudimos a soluciones dadas por el propio orden normativo existente, ósea la justicia formal, en el segundo se debe buscar por fuera del ordenamiento normativo, recurriendo a la justicia material (el deber ser ideal del valor). Como métodos de auto integración encontramos *la analogía* y a los *principios generales* del mismo orden normativo que debe integrarse. La heterointegración prescinde del orden normativo y busca en la *justicia materi* (Bidart Campos, 1997).

VI.1. La analogía

Como enseña Carlos Santiago Nino, la analogía consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos. Claro que este procedimiento no se aplica mecánicamente y, cuando se lo aplica, deja al juez un amplio margen de arbitrio, ya que todo caso imaginable se parecerá a otro en algún aspecto y se diferenciará de él en otros muchos (Nino, 2017).

La analogía es un método de construcción jurídica, que se aplica frente a casos semejantes en sus características, pero diversos en su estatus normativo. Unos están contemplados en las fuentes formales aplicables y los otros, no. Es sobre estos

(30) Considerando 18. Con citas de los Fallos 308:1118 y 327:3753.

últimos que pesa la situación de carencia normativa. Circunstancia que, sin embargo, puede ser remediada acudiendo a la solución prevista para los primeros. Aquí, el conflicto se resuelve acudiendo a la máxima romana que indica: donde se da la misma razón, allí debe haber igualmente la misma disposición jurídica (31).

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el recordado caso "Los lagos" (32) al juzgar la invalidez de los actos administrativos, recurrió a la analogía del artículo 1037 y siguientes del Código Civil "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta disciplina", también habiéndolo hecho para integrar lagunas en materia de contratos administrativos (33) y con relación a la responsabilidad del Estado (34).

Este es el criterio que también ha sostenido Juan Carlos Cassagne (1991). El que ha manifestado que la analogía tiene un gran campo de aplicación en el derecho administrativo debido a su autonomía y a su condición de derecho nuevo y, por tanto, con carencia de normas escritas. Este sistema de integración normativa fue expresamente señalado por el Poder Ejecutivo, en la elevación del proyecto de Responsabilidad del Estado (35), como posibilidad interpretativa.

Desde ahora advertimos que unos de los principales problemas de la carencia de norma es la inevitable discrecionalidad que portará el intérprete, el juez en nuestro sistema constitucional, a la hora de tener que decidir una cuestión no regulada, debiendo recurrir a métodos hermenéuticos como los descriptos. Como bien refiere Carlos Balbín (2016), la decisión —agregamos la necesidad— de rescribir las reglas del derecho privado a partir de los principios del derecho

(31) *Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispotitio juris esse debet.*

(32) CSJN, Fallos 190: 142.

(33) Fallos 300:679; 301: 292; 311: 2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312: 696 y causa "SA Organización Coordinadora Argentina", ED 177-749, con nota de Comadira, Julio R., "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por legitimidad del contrato administrativo en cumplimiento".

(34) CSJN, Fallos 300: 143; 304:7 21; 306: 1409; 308: 451 y 318: 1959.

(35) La aplicación analógica del Código Civil es admitida en el Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo al Congreso del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios y Agentes Públicos, en el cual se expresa: "La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos: 190: 142, 310: 1578 y 321: 174, entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (Fallos: 321:174)" (Mensaje Nº 1780 del 12/11/2013; http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2704).

administrativo, con el objeto de aplicarlas al derecho público, supone reconocer a los jueces un poder discrecional.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, a diferencia de otras provincias de nuestro país no solo carece, a la fecha, de una norma legislativa específica, sino también de una prescripción expresa en su carta constitucional (36).

Solamente podemos encontrar algún atisbo de recepción en el mandato que le ha hecho el constituyente al legislador provincial en los incs. 7 y 8 del artículo 103 (37) de la Constitución provincial que asumiendo la competencia legislativa y que anticipando lo que vendría luce a la fecha más vigente e incumplido que nunca.

Así, señaló: Art. 103. Corresponde al Poder Legislativo: (...) 7. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades de todos los recaudadores de rentas y tesoreros de la Provincia y sus municipios. 8. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos.

Balbín (2016) señala que las reglas del derecho privado deben aplicarse al derecho público en caso de lagunas (caso administrativo no previsto) y por vía analógica de segundo grado.

La analogía de primer grado tiene lugar cuando en caso de lagunas en el derecho administrativo recurrimos a otras reglas de derecho administrativo, mientras que la analogía de segundo grado ocurre cuando ante las lagunas del derecho administrativo se aplican las reglas del derecho privado. La analogía de primer grado procede cuando existe semejanza entre el supuesto de hecho (reglado normativamente) y el hecho no previsto (lagunas) y, a su vez, la solución es justa. En la analogía de segundo grado, además de las condiciones antes detalladas, el intérprete debe reelaborar la regla del derecho privado según los principios del

(36) Un análisis de las constituciones comparadas nos indica que se receptó principalmente la responsabilidad del agente en el caso de Catamarca (artículo 47) y Córdoba (artículo 14 y 42) mientras que en las Constituciones de las Provincias de Jujuy (artículo 10), La Rioja (artículo 48), Misiones (artículo 80), Rio Negro (artículo 55), Salta (artículo 5), San Juan (artículo 43), Santa Fe (artículo 18) y Tierra del Fuego (artículo 188) prevén la responsabilidad de la provincia y podemos completar la enumeración con la de la Provincia del Chaco que, en su artículo 24, reconoce la responsabilidad por error judicial. La Constitución de la Provincia de Santa Fe en su artículo 18 realiza una remisión expresa al derecho común (lo que colacionara con la actual redacción del Código Civil y Comercial).

(37) Artículo 103. Corresponde al Poder Legislativo: 7. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades de todos los recaudadores de rentas y tesoreros de la Provincia y sus municipios. 8. Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos.

derecho público. Esta tarea reconstructiva, señala el autor, es bastante incierta y libre porque, más allá de los enunciados básicos (regla primaria, principios generales y regla secundaria), lo cierto es que no se establece claramente cuáles son las directrices y el método a seguir.

VI.2. Los principios generales del derecho

Como nos demuestra Altamira Gigena (1972) en su trabajo sobre los principios Generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo, se han dado tantas definiciones de estos principios como autores se han dedicado al tema. Fiorini (1968) distingue los Principios Generales del Derecho de los Principios Generales del Derecho Administrativo. Los primeros corresponden a toda la teoría general del derecho, mientras que los segundos son exponentes exclusivos o derivados de la disciplina administrativa. Las diferencias que presentan no corresponderán a problemas de matices o graduaciones sino a rangos de distinta validez jurídica y referida a objetos diferentes. Esta discriminación particularizada sobre los Principios generales adquiere importancia —nos dice— pues sirve para esclarecer el oscuro problema de la interpretación analógica con normas provenientes del Código Civil, cuyo artículo 16 (hoy artículo 2 CCiv. y Com.) menciona que ante insuficiencia de su norma deberá recurrirse a los Principios generales del derecho. Este artículo expresa que estos principios se encuentran implícitos en sus normas y que será necesario recurrir a ellos, aunque no se los encuentre articulados expresamente en sus normas. Los Principios jurídicos cohabitan en toda rama normativa porque son esencia del Derecho. Fiorini (1968) enseña que, junto a los Principios generales de nuestro orden jurídico liberal, democrático y de respeto por la persona humana, se suman otros que sin tener rango inferior actúan para otro ámbito, pues se aplican para ciertas instituciones sobre negocios jurídicos provenientes de la libertad o de la voluntad individual. Que no son privativos del derecho privado, sino que también se dan en la actividad jurídica de la Administración Pública y que corresponden a la teoría general del derecho.

Los Principios generales del Derecho Administrativo se encuentran incardinados en el de la juridicidad, que manifiesta que no hay actividad administrativa si no hay norma autoritativa y teniendo en cuenta la satisfacción de intereses públicos. La satisfacción máxima de los intereses públicos destaca e intuye el contenido de los Principios de Derecho Administrativo que fundamentan la juridicidad.

Así se han destacado como principios generales del derecho administrativo, la legalidad, la juridicidad, el principio de responsabilidad estatal, la trasparencia, la participación, la descentralización, la eficacia, la tutela judicial continua y efectiva (Balbín, 2010), la confianza legítima (Coviello, 2004) la razonabilidad de las restricciones administrativas, la continuidad y eficacia de los servicios que satisfacen

necesidades colectivas, la línea jerárquica y la subordinación jerárquica en la organización administrativa, la potestad disciplinaria, etcétera.

Esta enumeración de principios es solo ejemplificativa, ya que no podría ser taxativa: a) por las obvias dificultades de semejante enumeración; b) porque esa tabla de principios habría que ampliarla de tiempo en tiempo, a medida que avanza el progreso humano; y c), porque si la tabla no es cerrada carece de mayor interés, y si es cerrada replantea el problema que el envío a los Principios generales pretendía resolver, o sea que caeríamos de nuevo en un vacío normativo en cuanto no resultaran suficientes los principios catalogados (Altamira Gigena 1972).

Ante la carencia de ley y lo complejo de encontrar normas que reúnan las características para ser utilizadas analógicamente, debemos volver a las fuentes en donde muchos de nuestros autores y jurisprudencia han encontrado la responsabilidad del Estado, esto es, en los principios de nuestra Constitución, así pues, Miguel Marienhoff (1965) y Julio Comadira (2003) enseñaban que el fundamento de la responsabilidad estatal se encuentra en el complejo de principios que inspiran y dan sentido al Estado de Derecho, receptados en nuestra Constitución Nacional, tales como la sujeción de los poderes públicos a la legalidad y el respeto de los derechos de los administrados; en particular, los derechos de propiedad e igualdad ante las cargas públicas. A estos preceptos, luego de la reforma constitucional del año 1994, debemos también encontrarla en el artículo 21 (38) y 63.1 (39) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En definitiva, el derecho positivo argentino reconoce a los principios generales del derecho como parte del ordenamiento jurídico vigente, así lo indicaba el Código Civil de Vélez (40) y así lo indica el Código Civil y Comercial en su artículo 2 (41).

---

(38) Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. 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. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

(39) 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

(40) Artículo 16. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

(41) Artículo 2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados so-

Particularmente la provincia de Buenos Aires cuenta con un mandato constitucional que instruye a los Jueces que ante la falta de ley deben aplicar los principios generales del derecho: "Artículo 171. Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de este, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de estos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Lo que hace incuestionable su aplicación al mundo del derecho en general y al administrativo en particular.

VII. Aplicación judicial de la responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires

Ante esta carencia normativa, los tribunales que no pueden dejar intervenir entre reclamos patrimoniales contra el Estado bonaerense han ensayado alternativas integrativas. Tomemos como ejemplo dos decisiones de Cámaras provinciales en lo contencioso-administrativo.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo del Departamento judicial de San Nicolás en la causa "Favaloro Florencia Evelina c/ Hospital Municipal Saturnino E. Unzue y Otros S/ Pretensión Indemnizatoria - Otros Juicios" señaló:

> **(...) si analizamos el Capítulo de la Responsabilidad Civil del Código Civil y Comercial de la Nación, vamos a ver que no existirían razones para excluir íntegramente tal regulación, sin perjuicio que hay cuestiones que requieren su adecuación al derecho público** [tal el caso de la determinación de los requisitos para que se configure la responsabilidad por actividad o inactividad ilícita, los necesarios para la responsabilidad por actividad o inactividad lícita, el tráfico de las cosas peligrosas o riesgosas de titularidad del Estado en poder de terceros, la actividad de terceros que por un vínculo convencional ejercen prerrogativas del Estado o el efecto respecto del curso de la prescripción del sistema impugnativo o de reclamación administrativa previa], **cuestiones que hasta la sanción de la Ley nacional fueron resueltas jurisprudencialmente precedentes -en la mayoría de los casos- emanados de la CSJN, por lo que, a falta de norma expresa, resulta un buen criterio rector recurrir a tales precedentes para determinar las pautas de integración normativa** (42).

---

bre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

(42) El resaltado me pertenece.

Posteriormente, los Jueces detallan los institutos que ha traído la reforma y que son de aplicación al caso:

> (...) en el articulado del capítulo destinado a regular la Responsabilidad Civil podemos ver cómo podrían resultar plenamente aplicables la Sección 1ª, el artículo 1708 respecto de las funciones de la responsabilidad; la Sección 2ª Función preventiva (la que podría resultar de trascendental importancia para evitar daños, su agravamiento o continuidad de los mismos, en el cumplimiento de cometidos estatales, por ejemplo en materia ambiental o de defensa del consumidor) y punición excesiva; Sección 3ª (Función resarcitoria); Sección 4ª Daño resarcible; Sección 5ª Responsabilidad directa; Sección 6ª Responsabilidad por el hecho de terceros (en este caso, teniendo en cuenta la aplicación de la teoría del órgano respecto de los dependientes, solamente podría aplicarse el último párrafo del artículo 1756, en un criterio que resultaría más favorable que el de falta de servicio, al receptar un factor subjetivo de atribución respecto de las personas internadas en establecimientos bajo su cuidado y control; la Sección 7ª, Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, podría aplicarse con excepciones; Sección 8ª Responsabilidad colectiva y anónima, ello en cuanto pueden darse cada uno de los supuestos, articulando tales factores de imputación cuando no resulte aplicable la teoría del órgano por concurrir con terceros en las situaciones previstas por las normas; Sección 9ª, Supuestos especiales de responsabilidad, aquí excluida la responsabilidad de las personas jurídicas (por su sustitución por la falta de servicio e imputación directa), todos los otros supuestos pueden dar lugar a responsabilidad del Estado, y, en lo que hace al caso, la regulación de la responsabilidad de las profesiones liberales es de gran trascendencia en aquellas actividades que requieran el necesario desempeño de profesionales y de la mano de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, tal el caso de las prácticas médicas en establecimientos sanitarios públicos; Sección 10ª Ejercicio de las acciones de responsabilidad y Sección 11ª Acción civil y acción penal —en el caso ya no civil sino administrativa—.

En definitiva, lo que propone la Cámara de San Nicolás es una interpretación analógica del CCiv. y Com. entendiendo razonablemente que no puede escindirse o limitarse la aplicación de este Código, incluso a falta de regulación, como es en nuestra provincia, nada impediría a que se apliquen soluciones basadas en principios comunes a los que rigen las relaciones de derecho privado, adecuándolas a la naturaleza propia de la cuestión regida por el derecho administrativo.

Por su parte, la Cámara en lo Contencioso Administrativo, con asiento en la Ciudad de Mar del Plata, tuvo una solución diferente, incluso entre sus miembros.

En la causa C-10393-BB1 "Vollers, Guillermo Christian c/ Autoridad del Agua y otros s Pretensión Indemnizatoria - Otros Juicios", el voto mayoritario fundó sus argumentos sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de justicia de la Provincia de Buenos Aires e incluso sobre sus propios precedentes, todos ellos juzgaron hechos anteriores al año 2015 y sin remisión a norma de responsabilidad alguna, aunque conviniendo en el caso que la administración había obrado de manera "antijuridica" (responsabilidad por omisión, relación de causalidad, reparación integral, falta de ruptura del nexo causal, etc.).

Por su parte, el Voto del Dr. Riccitelli, aunque adhiere parcialmente al voto de sus colegas, acomete la cuestión normativa —o la falta de ella— señalando que, de acuerdo con lo que surge de los artículos 1764, 1765 y 1766, las previsiones contenidas en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1 del Código Civil y Comercial de la nación no resultan aplicables —de manera directa ni subsidiaria— cuando lo que se pone en entredicho resultan ser acciones u omisiones que, emanadas de las personas jurídicas públicas, tengan entidad para comprometer la responsabilidad del Estado.

Indica que, la responsabilidad del Estado resulta ser una materia propia del Derecho Administrativo, cuyo carácter de "derecho local" importa un valladar para el legislador nacional, quien carece de atribuciones para abordar el tratamiento de un tópico cuyo abordaje solo compete a las legislaturas locales conformes los artículos 5, 75 inc. 12 y 121, Constitución Nacional.

Destaca que en la provincia de Buenos Aires todavía hoy el legislador local no ha manifestado la voluntad de adherirse al citado cuerpo legal, ni tampoco sancionó un régimen provincial especial en la materia; pero que esa situación no coloca en indefensión a los administrados, pues desde antaño la jurisprudencia ha sabido delinear los principios, pautas y recaudos que deben observarse para garantizar la efectiva materialización —claro está, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten— del instituto de la responsabilidad pública. Así, importa reconocer la plena vigencia, aún ante la ausencia de una regulación local orgánica sobre la materia, de un sistema de responsabilidad del Estado que, con basamento constitucional y jurisprudencial, permite juzgar las conductas, activas u omisivas de las personas jurídicas públicas.

Luego enfatiza que ha de tenerse presente que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia Nacional, que el principio general que establece el artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual se "prohíbe a los ‹hombres› perjudicar los

derechos de un tercero" —*alterum non laedere*—, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y regula cualquier disciplina jurídica (*cfr*. doct. CSJN Fallos 308: 1118; 327: 3753); destacándose que la violación de dicho **deber de no dañar a otro** genera la obligación de reparar el menoscabo causado y que 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, reparación que debe ser integral y que no se logra si los daños subsisten en alguna medida. Entiende que este **criterio para delinear el factor de atribución** de responsabilidad estatal ha sido recientemente reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Coihue SRL c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios" (43). Concluyendo, luego del análisis probatorio del caso, que se encontró "suficientemente acreditado el quebrantamiento **del deber de no dañar** a otro (...)" (44).

En este caso encontramos dos mecanismos de integración de los hechos al derecho ante la carencia normativa. Ambos destacan, el primer voto de forma implícita, el segundo de manera acabada, la necesidad de juzgar, aun sin norma regulatoria. En el primer voto se acude a los propios precedentes del tribunal, lo que a su vez se nutren de los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, precedentes estos, que fueron construidos con la interpretación que estos tribunales hicieron de las normas del Código Civil derogado (45). Por lo que habría una remisión, y aplicación indirecta, de aquellas normas por vía de la aplicación de fuentes jurisprudenciales.

Por su parte el Dr. Riccitelli, luego de descartar la aplicación de la legislación federal, civil y comercial, recurre a una integración fundada en principios constitucionales.

Ambas Cámaras asumen la imposibilidad de aplicación subsidiaria del régimen federal, el método al que recurren es la autointegración, por medio de la *justicia formal* (46), valiéndose, alternativamente, de dos procedimientos: 1) la analogía y 2) los principios generales del derecho.

---

(43) Fallos 344:3476.

(44) El resaltado me pertenece.

(45) El voto cita: Fallos 329: 2088; 330: 563; 333: 1623; 333: 1623 de la CSJN y Fallos: Ac. 93.859 "Mansilla" de la SCBA.

(46) Para el Trialismo, la elaboración se puede efectuar mediante dos tipos de procedimientos: la autointegración y la heterointegración. En el primer caso, se recurre a la justicia formal a través de la analogía, o de los principios generales del derecho positivo. La heterointegración, en cambio, se

Este sistema de la autointegración tiene en nuestra provincia rango constitucional, por cuanto el artículo 171 dice: "Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de este, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de estos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Y su correlato en el Código Civil y Comercial como norma de derecho común: artículo 2: 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. Al prescribir tales procedimientos hermenéuticos, el constituyente bonaerense y el legislador nacional, respectivamente, pretenden o presumen que en caso de lagunas la regla se debe encontrar en el ámbito de las leyes vigentes, esto es, sin recurrir a otros ordenamientos ni a fuentes diferentes de las leyes.

VIII. Conclusión

Responsabilizar patrimonialmente al Estado no ha sido una tarea sencilla. Desde su inmunidad soberana, al reconocimiento legislativo. En una posterior etapa, ante la ausencia de una regulación específica, los tribunales echaron mano de la regulación del Código Civil, evitando algunas restricciones del propio ordenamiento y sin que haya una regulación específica, encontraron en la idea del mandato o la representación alternativa para vincular al Estado por los hechos dañosos de sus agentes. La responsabilidad subjetiva de estos lució insuficiente, por lo que se consolidó la idea de la responsabilidad objetiva y directa y la fuente en donde se encontraba el factor de atribución, la falta de servicio, era en el artículo 1112 del Código Civil.

Toda esta construcción doctrinal y jurisprudencial no se elaboró en el afán de justificar la pertenencia de la responsabilidad del Estado en el derecho civil o en el derecho público, sino en entender que el fundamento de la responsabilidad patrimonial se anuda en principios constitucionales y que estos principios pueden estar reglados en distintas normas.

El Código Civil y Comercial sigue rigiendo numerosas cuestiones de orden público y establece conceptos jurídicos que son comunes a todo el ordenamiento jurídico nacional y que no pueden ser desatendidas o excluidas, así sea el Estado o un particular, el sujeto dañador.

---

efectiviza gracias al recurso de la justicia material, referida a los criterios de equidad y a las circunstancias del caso (Ciuro Caldani. 2020).

Como se ha señalado, el legislador federal ha manifestado expresamente la inaplicabilidad directa o subsidiaria de las normas del Código Civil y Comercial, y como ha dicho reiteradamente la CSJN "la inconsecuencia del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones" (47), ya que, "cuando la ley emplea determinados términos u omite, en su caso concreto, hacer referencia a un aspecto, es la regla más segura de exégesis que esos términos o su inclusión no son superfluos, sino que se ha realizado ello con algún propósito" (48). Ahora bien, sin desatender la coherencia del legislador, si no apelando a ella, la inaplicabilidad solo se podría referir, puntual y específicamente, a la regulación que hiciera en el Capítulo 1 del Título V (responsabilidad civil). Siendo posible la aplicación analógica del sistema general de responsabilidad ante la ausencia de ley local específica o de no encontrar respuestas en el derecho público local.

En cuanto a la aplicación del derecho federal en la materia (Ley 26.944) es inaplicable a la responsabilidad de los estados provinciales, ya sea de forma directa, subsidiaria o incluso analógica. Como afirma Balbín (2016) la relación entre el bloque de derecho administrativo federal y el derecho administrativo provincial es inexistente en términos jurídicos.

Es saludable reconocer a la responsabilidad del Estado como una materia de derecho público local y que cada provincia, e incluso tal vez los municipios, deban regular su alcance. Esto que podría parecer complejo en cuanto a la dispersión de 25 regulaciones distintas (23 provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Federal), no lo sería si acordamos que tales regulaciones deben estar sujetos a los principios que surgen de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos y las reglas de derecho común que establece el legislador nacional. La Corte Nacional en su actual composición ha destacado que hay institutos que son propios de la legislación común, aunque estén regulados en la legislación civil y que no están sujetos a la regulación local (49).

---

(47) CSJN, Fallos 341:727.

(48) CSJN, Fallos 318:1012.

(49) Un caso paradigmático es la prescripción en materia tributaria o de multa. En el precedente "Volkswagen" (Fallos 342: 1903) Sostuvo que "La prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, (...) y que, en consecuencia, las legislaturas locales no se hallaran habilitadas para dictar leyes incompatibles con las previsiones que al respecto contenían los códigos de fondo". Misma cita que utilizó en el caso "Alpha Shipping" CSJN; CSJ 001897/2018/RH001; de fecha 07/03/2023. No puede dejar de señalarse que ambos fallos tuvieron un voto en disidencia del ministro Rosatti, quien afirmó: "Las provincias cuentan no solo con competencia para regular lo relativo al nacimiento y exigibili-

En aras de mantener el principio constitucional de unidad de legislación, respeto a las competencias constitucionales y principalmente a los derechos a los ciudadanos, sería beneficioso que las regulaciones venideras de las provincias, en uso de sus facultades legislativas, asuman el compromiso de una legislación coherente en todo el territorio nacional, asumiendo que hay presupuestos mínimos asumidos en nuestras obligaciones internacionales (artículo 75 inc. 22) y regulaciones de derecho común (artículo 75 inc. 12) que deben ser respetadas y armonizadas. Por ello, no parecería constitucionalmente válida una normativa estadual que excluya la reparación plena, la limitación de la responsabilidad de los funcionarios públicos, que establezca la irresponsabilidad del Estado, la inexistencia de la responsabilidad lícita, por citar algunos ejemplos.

Finalmente, Bobbio (1998) enseña que los ordenamientos jurídicos tienen tres características fundamentales, la unidad, la coherencia y la plenitud. Siendo esta última la propiedad por la cual el ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se la denomina generalmente "laguna", plenitud significa "ausencia de lagunas". En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presenten, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema.

El jurista italiano nos dice que en un sistema caracterizado por el principio de que el juez debe juzgar todo caso mediante una norma perteneciente al sistema, la plenitud es algo más que una exigencia, es una necesidad, es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema. La norma que establece el deber que tiene el juez de juzgar todo caso con base en una norma perteneciente al sistema (en nuestro caso los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial y el artículo 168 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires son tributarios de estos principios) no se podría exigir si no se presupone que el sistema es completo, o sea, que tiene una regla para todos los casos.

En conclusión, la plenitud es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en los cuales valgan estas dos reglas: 1) el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presentan a examen; 2) y está obligado a juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema.

Es de esperar que este artículo prontamente sea una minúscula pieza de arqueología jurídica, cuando el legislador bonaerense haya asumido su mandato constitucional de regular la responsabilidad del Estado de la provincia de Buenos

---

dad de la obligación tributaria, sino también sobre los diversos modos de extinción, entre ellos, la prescripción".

Aires bajo la mejor luz de la Constitución Nacional y el resguardo a los Derechos Humanos.

IX. Referencias

Altamira Gigena, J. I. (1972). *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*. Astrea.

Balbín, C. F. (2010). *Tratado de derecho administrativo*. La Ley.

Balbín, C. F. (2016). *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo* (1ª ed.). Astrea.

Bidart Campos, G. (1997). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Ediar.

Bobbio, N. (1998). *Teoría general del derecho.* Debate.

Candioti, M. (2021). *Una Historia de la emancipación negra. Esclavitud y abolición en la Argentina* (1ª ed.). Siglo XXI.

Cassagne, J. C. (1991). *Curso de derecho administrativo*. La Ley.

Ciuro Caldani, M. Á. (2020). *Una teoría trialista del derecho. Comprensión iusfilosófica del mundo jurídico* (2ª ed.). Ed. Astrea.

Comadira, J. R. (2003). *Derecho administrativo. Acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Abeledo-Perrot.

Coviello, P. J. (2004). *La protección de la confianza del administrado*. LexisNexis.

Fiorini, B. A. (1968). *Manual de derecho administrativo*. La Ley.

Justo, J. B. y Egea, F. M. (2016). La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional. *La Ley* 2016-F, 924, Sup. Adm. (noviembre).

Kemelmajer de Carlucci. A. (2015). *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.* Rubinzal-Culzoni Editores.

Larenz, Karl (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel SA.

Marienhoff, M. S. (1965). *Tratado de derecho administrativo.* Abeledo-Perrot.

Mertehikian, E. (2006). La responsabilidad pública: Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema (1ª ed.). https://eduardomertehikian.com/media_/10.pdf

Nino, C. S. (2017). *Introducción al análisis del derecho* (2ª). Astrea.

Oyhanarte (h), M. y Tonelli, P. (2013). Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código. *La Ley* 15/03/2013, B.

Perrino, P. y Gambier, B. (1996). ¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado? *Jurisprudencia Argentina* (IV, 793).

Fecha de recepción: 31-03-2023 Fecha de aceptación: 27-10-2023