

Rodriguez Salto, P. (2017). "Propuestas para una ley pampeana de responsabilidad estatal" *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 7, Nº 1. Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 pp. 77-100. DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2017-v7n1a05>



PROPUESTAS PARA UNA LEY PAMPEANA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

PROPOSALS FOR A LA PAMPA'S LAW OF STATE'S RESPONSABILITY

Pablo Daniel RODRÍGUEZ SALTO*

Resumen

Se ha impuesto la tesis según la cual la Responsabilidad Estatal es un instituto de derecho público, correspondiendo constitucionalmente su regulación a las Provincias. Ante la ausencia de normativa local aplicable, el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa ha entendido que resulta aplicable analógicamente el Código Civil y Comercial. La Nación ha dictado la ley 26.944, que regula la materia en el ámbito federal, invitando a las Provincias a adherir a ella, para aplicar las mismas soluciones a su propio accionar. Con ese panorama, es necesario y conveniente dictar reglas para regular el instituto y/o adaptar la aplicación analógica del CCyC a los principios de derecho público pertinentes.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado - Derecho Público Provincial – Responsabilidad de los actos legales- Responsabilidad por Actos Lícitos

Abstract

The theory that considers the State's Liability as part of the public law, and that its regulation constitutionally corresponds to the Provinces has been imposed. In the absence of applicable local regulations, the Superior Court of Justice of La Pampa has determined that the Civil and Commercial Code applies by analogy. The national Congress has passed the law No. 26,944, which regulates the State's Liability at a federal level and encourage the Provinces to adhere to its provisions and apply them to their own actions. With this scenario, it is necessary and convenient to establish rules to regulate the State's Liability and/or adapt the application by analogy of the CCyC to the relevant public law principles.

Key words: State's Liability - Provincial Public Law - Lawful Acts Liability - Unlawful Acts Liability

*Abogado UBA. Especialista en Derecho de Daños de UBA. Correo: pablorodriguezsalto@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN. OPORTUNIDAD Y NECESIDAD DE DICTAR NORMAS LOCALES

Se discute doctrinariamente desde hace mucho tiempo si el instituto de la Responsabilidad Estatal es una materia propia del derecho público local, o bien del derecho civil, lo que tiene importancia fundamental respecto de quién posee competencia para regularlo (las Provincias –art. 121 CN-, o la Nación –arts. 75 inc. 12° y 126 CN-, según el caso). A partir del texto de los arts. 1764/1766 del Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante, “CCyC”-, sumado al dictado de la ley nacional 26.944, parece haber triunfado la primera solución.

Eso provocó una gran incertidumbre a partir del 01/08/2015 –fecha de entrada en vigencia del CCyC-, tanto respecto de la competencia para resolver los casos¹, como sobre la normativa aplicable. Afortunadamente, el STJ de La Pampa se expidió sobre ambas cuestiones en la causa “Varela”², brindando mayor seguridad jurídica a los justiciables y operadores del derecho. Allí resolvió que la competencia judicial correspondía a los tribunales de primera instancia –porque no se estaba ante un caso contencioso-administrativo³-, y que mientras no existieran normas de derecho local, había que aplicar análogicamente el CCyC⁴.

Sin perjuicio de ello, esa aplicación analógica del CCyC no resulta una solución total. Por ejemplo, porque se eliminó de su texto la regulación del factor de atribución por excelencia en la Responsabilidad Estatal, que es la falta de servicio⁵. En otro orden, la aplicación de la responsabilidad por riesgo de las cosas –y sobre todo por actividades riesgosas- puede dar lugar a soluciones inconvenientes, teniendo en cuenta el amplísimo espectro de cosas de titularidad del Estado, así como de las actividades que desarrolla.

Desde otro ángulo, debe decirse que resulta imposible no aplicar en alguna medida el CCyC –ya sea por vía analógica, subsidiaria o directa-, puesto que regula la teoría general de las obligaciones, inexistente en el ámbito del derecho público e imprescindible a la vez. La aplicación de diversas reglas contenidas en el Código Civil y, ahora, en el CCyC, la hacemos de modo automático, y a veces sin explicitar si es por analogía, por vía subsidiaria o por qué. Por ejemplo, el legislador nacional al dictar la ley 26.944 no aclaró si la obligación del Estado era concurrente o solidaria con otros posibles responsables del daño. Si bien previó un plazo de prescripción liberatoria de 3 años, nada dijo sobre su interrupción o suspensión. No reguló de manera completa el importantísimo tema de la causalidad⁶, etcétera. Esas respuestas no

¹ La Fiscalía de Estado de La Pampa empezó a plantear sistemáticamente excepciones de incompetencia, sobre la base que la responsabilidad estatal daría lugar a una cuestión contencioso-administrativa, cuya resolución correspondería al STJ.

² “Varela, Nicolás Mauricio c/ Provincia de La Pampa s/ Accidente Acción Civil”, del 24/05/2016, Expte. N° C-36/16 del registro del Superior Tribunal de Justicia (en adelante “r.S.T.J.”).

³ En un trabajo anterior (Rodríguez Salto, 2016:2 y ss.) me ocupé con mayor detenimiento de la arista procesal de la responsabilidad estatal. Aquí me centro en el problema de la normativa aplicable, pero limitándome mayormente a los supuestos de actividad ilegítima, por razones de espacio.

⁴ Confr. con esta solución, Cassagne (2014: apartado 4.1); Correa (2015:apartado IV); Bustelo (2015:924). Véase con provecho el meticuloso análisis que realizan de este tema Justo y Egea (2016:924 y ss.).

⁵ Esto va dicho aunque, a mi ver, se podría “elaborar” la misma doctrina en base a lo previsto en los arts. 1749 y 1763 CCyC.

⁶ Ramos Martínez (2015:capítulo IV, punto 3).

pueden obtenerse de otro lugar que del CCyC, sencillamente porque es en el único sitio donde están legisladas⁷, siendo sumamente peligroso afrontar la tarea faraónica de dictar normas para todos esos y otros temas.

Ante este panorama, resulta conveniente que la Provincia dicte una norma sobre responsabilidad estatal por daños causados a terceros, para lo cual se realizan las siguientes modestas sugerencias⁸.

II. PROPUESTAS DE ÍNDOLE PROCESAL

II.A) Competencia Material:

1) Como vimos, en la causa “Varela” el STJ de La Pampa resolvió que los reclamos de responsabilidad por daños contra el Estado corresponde que tramiten por ante los Tribunales de Primera Instancia, pero en ese caso el hecho motivador había ocurrido antes de la entrada en vigencia del CCyC, de modo que no regía la exclusión de aplicabilidad prevista en su art. 1764. El motivo dado en ese fallo –reiterando anteriores sentencias- fue que la contienda implicaba aplicar normas de derecho privado, y por eso la competencia no era contencioso-administrativa según el art. 3.º del Código Procesal Contencioso Administrativo (NJF 952, en adelante “CPCA”).

Si la Provincia decide dictar una norma que regule la materia, no cabrá duda que será derecho público local, lo que implicaría que ese argumento utilizado en el caso “Varela” deje de existir, y que la competencia procesal sea contencioso-administrativa. Como se advierte, ello implicaría la pérdida del derecho a contar con una segunda instancia ordinaria, con la amplitud de revisión que ello conlleva. A su vez, no parece que el STJ tenga estructura adecuada para producir el tipo de pruebas que son frecuentes en los procesos de responsabilidad por daños.

2) De modo que la primer propuesta consiste en que se excluya expresamente de la materia contencioso-administrativa los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, así como los supuestos de responsabilidad derivada de contratos no administrativos.

Habría que modificar el inc. “d” del art 2º CPCA, para que quedara redactada de una forma como la siguiente -y otra similar-: “para entender en demandas por responsabilidad del Estado derivada de contratos administrativos”.

A su vez, habría que agregar un inciso al art. 3º -que enumera las materias excluidas de la competencia contencioso-administrativa- que se refiera a la responsabilidad del Estado en materia extracontractual, así como derivada de contratos que no sean administrativos.

⁷ En base a estas omisiones, algunos autores se mofan de la pretendida intención declarada en la ley 26.944, de no aplicarse el CCyC en forma directa ni subsidiaria (Tanzi-Fossaceca, 2016:21 y ss.).

⁸ Hasta el momento de escribir estas líneas, tengo noticia que sólo dos provincias han avanzado sobre la materia en cuestión. Por un lado, Santa Cruz, que a través de su ley 3396 adhirió a la ley nacional 26.944, con una modificación en cuanto a la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por sus contratistas o concesionarios, e invitando a sus municipios a adherir también (Arias Cáu, 2015:198 y ss.). Por su parte, la ley 560 de Chubut reproduce las previsiones de los arts. 1 a 7 y 10 de la ley 26.944, introduciendo reglas particulares en torno a la competencia judicial aplicable, destacándose la imposición del reclamo administrativo previo como requisito (art. 12). En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios, sigue básicamente las previsiones del art. 9 ley 26.944 (Pulvirenti, 2016:20 y ss.).

Entiendo humildemente que no se justifica poner el acento de la distinción en torno a si la actuación del Estado esté dentro o fuera del “ámbito del derecho público” (tal como versa la norma aludida en primer lugar), ya que eso dejaría dentro de la materia contencioso-administrativa casos, por ejemplo, de accidentes de tránsito en los cuales participen vehículos oficiales como ambulancias y patrulleros. No me cabe duda que hay actuación subsumible en el ámbito del derecho público en ambos casos, pero no parece que eso sea suficiente para generar la competencia contencioso-administrativa, porque no deja de tratarse de un accidente paragonable al que se da entre personas privadas.

A mi ver, del mismo modo que el CPCA ha excluido de su ámbito materias que son naturalmente propias del contencioso-administrativo⁹, no existiría un inconveniente constitucional para que se proceda en la forma propuesta. La remisión que hace el art. 97.2.d de la Constitución Provincial a la “...forma y plazo que determine la ley...”, permite introducir esa excepción, motivada en evidentes razones prácticas y de mejor servicio de justicia.

II.B) Competencia Territorial:

La segunda cuestión que habría que aprovechar para enmendar es una injusticia que lleva varias décadas vigente en la provincia. Me refiero a la competencia territorial derivada del art. 1 NJF 888, que es la ley que regula el funcionamiento de la Fiscalía de Estado.

La Cámara de Apelaciones de General Pico ha interpretado que en materia laboral, la NJF 986 es norma especial posterior respecto de la referida NJF 888, de modo que la competencia territorial se rige por la primera aunque la relación se desarrolle entre un particular y la Provincia¹⁰. Esta interpretación es especialmente útil en materia de accidentes de trabajo y de relaciones laborales informales mantenidas con el Estado. En cambio, en cuestiones civiles se interpreta que la NJF 888 es norma especial respecto de las reglas contenidas en el CPCC¹¹. El art. 1 de la NJF 888¹², genera serios reparos, que paso a indicar:

1) **Alargamiento de la duración del proceso por causas achacables al abogado del reclamante**, ya que es mucho más difícil que los abogados podamos “estar encima” del expediente de la misma forma que podemos hacerlo cuando tramita un proceso en el Tribunal de nuestro domicilio.

2) **Alargamiento de la duración del proceso por causas achacables a los tribunales santarroseños**: la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa mantiene un considerable atraso en el dictado de las sentencias, desde hace por lo menos una década, sin que se observen signos de corrección. Este no es el lugar para analizar las causas de esa demora, pero una contribución bien puede provenir del citado art. 1 NJF 888, al concentrar la competencia territorial en las demandas de responsabilidad estatal. Sea esa una causa o no, el justiciable también pierde tiempo por tramitar su reclamo en dicha Circunscripción.

⁹ Por ejemplo, juicios de expropiación, apremios, interdictos o acciones posesorias contra actos de la administración (art. 3 incs. “e”, “f” y “h” CPCA), juicios de amparo en los cuales la violación manifiesta de derechos provenga de un acto administrativo, o de una ley provincial (art. 2°, ley 703), etc..

¹⁰ Exptes. N° 4163, 4165 y 5696 registro de la Cámara de Apelaciones (en adelante “r.C.A.”) de General Pico.

¹¹ Exptes. N° 2355, 4165 y 5571 r.C.A. de General Pico.

¹² En su parte pertinente, versa: “Los juicios en que la Provincia sea parte demandada, deberá promoverse y tramitarse ante los tribunales letrados de la ciudad de Santa Rosa, cualquiera fuera su monto o naturaleza”.

3) Mayores Costos para el Justiciable: litigar en una extraña jurisdicción siempre tiene mayores costos para el justiciable, ya sea en movilidad de su abogado, contratación de gestors, etc. También se le dificulta el traslado de los testigos que se domicilien en localidades que se encuentren en un radio de hasta 150 kms de Santa Rosa (art. 406 CPCC). Etcétera.

4) Desigualdad entre co-provincianos: Se genera una notoria desigualdad entre ciudadanos domiciliados en las distintas circunscripciones judiciales, ya que no existe una norma parecida al art. 1 NJF 888 pero con efecto inverso hacia circunscripciones judiciales distintas a la primera. Cuando la competencia territorial se establece en base a las reglas del CPCC, nadie tiene nada que decir, ya que esa norma rige en toda la Provincia por igual. Pero aquella otra norma genera una desigualdad que perjudica a los ciudadanos del “interior” de La Pampa, mientras que favorece a los de la capital provincial.

5) Posición Centralista: En un voto del Dr. Hugo Carlos Rodríguez ¹³, se lee que, según la opinión de ese eximio y siempre bien recordado abogado y Camarista, al dictar el art. 1 NJF 888, “...el legislador pampeano, **más centralista que otros**, comparte el punto de vista de la excepcionante, en cuanto a que es beneficioso para la comunidad que el Estado provincial goce en materia de competencia de un **amplio trato preferencial...**”. El Dr. Rodríguez decía entonces que, si bien esos motivos son opinables, no veía que la norma generara un impedimento para el acceso a la justicia, que permitiera declarar su inconstitucionalidad. De modo que la resolución del conflicto quedaba en cabeza de los legisladores (modificando la ley), y no de los jueces (declarando su inconstitucionalidad).

Por mi parte, me voy a permitir mencionar que en ese caso el reclamante se domiciliaba en Realicó, “a 180 km de Santa Rosa por ruta asfaltada”, según expresaba el mencionado camarista. ¿Se podría decir lo mismo ante un justiciable domiciliado en 25 de Mayo (410 kms), o en La Adela (275 kms) o Santa Isabel (285 kms), o Casa de Piedra (370 kms)? No se diga que en ninguna de esas localidades hay Juzgados Civiles, ya que la ley debe diseñarse para perdurar, y no pasará demasiado tiempo para que se establezcan, por ejemplo, en 25 de Mayo. Además, en cualquier caso, a cada uno de los habitantes de esas y otras localidades les queda más cerca el Tribunal de una localidad más cercana, como por ejemplo General Acha o Victorica.

La misma posición “centralista” campea en las disposiciones que llevan la competencia territorial hacia Santa Rosa cuando la Provincia o sus reparticiones actúan como actoras (inclusive en los apremios fiscales¹⁴, ya que no conocemos ni un sólo caso que se haya entablado en un tribunal de otra circunscripción judicial).

Como fuera, la postura “centralista” que ha adoptado el legislador pampeano (el de facto por acción, y los de iure por omisión) está en franca contraposición con la idea que pregona el actual gobierno provincial, en el sentido de “acercar el Estado a la gente”, descentralizando lo más posible sus dependencias. No invocaré la génesis de la NJF 888 como motivo

¹³ Cámara de Apelaciones de General Pico, Expte. Nº 4063 r.C.A.

¹⁴ Art. 113 del Código Fiscal, que permite sin pruritos, que la Provincia pueda iniciar el juicio de apremio ante cualquier Juzgado de la provincia, con independencia del lugar de ocurrencia del hecho generador del impuesto, ni del domicilio del contribuyente.

para derogarla, porque se trata de una cuestión netamente política, ajena a esta propuesta, pero hay sobrados argumentos para criticar su conveniencia e incluso su razonabilidad.

La única razón que puede justificar el centralismo es si se interpreta que los intereses estatales estarán mejor defendidos si los juicios contra la Provincia tramitan en Santa Rosa, antes que en otra ciudad. Esto implica considerar, en primer lugar, que los intereses del Estado, como representante legítimo de toda la sociedad, son más importantes que los de los particulares. Esa afirmación, que puede ser en principio verdadera, no tiene en cuenta que cuando se le reclaman, por ejemplo, daños y perjuicios a la Provincia derivados de un accidente de tránsito en el cual intervino un vehículo oficial, el interés estatal comprometido es sólo dinerario o financiero -y debo decir que de escasa entidad, comparado con el presupuesto anual-, mientras que el interés del justiciable puede ser su derecho a la salud y a la reparación del daño a su persona. ¿Puede predicarse, en esos casos, la preeminencia de lo estatal por sobre lo particular?

En segundo orden de cosas, la premisa implica inferir que el Estado no puede subdividir sus defensas en las distintas localidades donde existan Tribunales de Justicia. En el fondo, con este argumento se alega la escasez del recurso humano idóneo para atender procesos judiciales. Sin ánimo de formular críticas de tono político, francamente no observo que la Fiscalía de Estado cuente con pocos recursos humanos para cumplir con el cometido de tramitar las causas -sea como actor o como demandado- en todas las localidades donde haya Tribunales en esta Provincia. Lo que puede haber, seguramente, son razones de comodidad, que por supuesto las entiendo, pero que no son oponibles a los ciudadanos y/o contribuyentes, puesto que el Estado (al menos desde las Revoluciones Francesa y Americana en adelante) está para servir a las personas, y no al revés.

En cuanto al costo económico, simplemente se soluciona absteniéndose la Fiscalía de Estado de contratar nuevos empleados en Santa Rosa, para contratarlos en las otras Circunscripciones Judiciales. Proporcionalmente, resulta mucho más gravoso para el individuo defenderse en una circunscripción judicial ajena a su domicilio, que para el Estado hacerlo en las pocas que tiene nuestra Provincia de La Pampa, ya que el primero no puede repartir el costo de su defensa entre muchos procesos judiciales, como sí lo puede hacer el segundo.

6) De modo que, con la misma idea de “llevar el Estado hacia la gente”, habría que derogar la parte del art. 1 NJF 888 que obliga a litigar en Santa Rosa. El acceso a la justicia también es un derecho que debe brindarse al ciudadano de la manera más cómoda posible para él, del mismo modo que se intenta brindarle educación, asistencia sanitaria, etc.

II.C) Reclamo Administrativo Previo:

La responsabilidad extracontractual del Estado Nacional permanece excluida de la necesidad de formular reclamo administrativo previo, ya que la ley 26.944 no modificó la previsión del art. 32 inc. “b” de la ley 19.549¹⁵.

¹⁵Texto según ley 25.344. El texto original exceptuaba también a la responsabilidad contractual de la necesidad de formular reclamo administrativo previo, aunque la jurisprudencia había dicho que era necesario en esos casos impugnar el acto administrativo que rechaza la pretensión dentro del plazo del art. 25 de la LPA (CNContAdmFed, en pleno, 24/04/1986, ED 118-391; cfr. CSJN, *Fallos* 319:1476 y 327:2818).

La ley 560 de Chubut, como se refirió, establece expresamente la necesidad de formular el reclamo administrativo previo para poder reclamar daños contra el Estado.

Se ha argumentado a favor de la excepción prevista en el ordenamiento nacional, la carencia por parte de la administración de una organización adecuada para analizar la prueba y cuantificar los daños de origen extracontractual, en especial el daño moral. En cambio, en materia contractual existe una mayor práctica administrativa a la vez que mayor legislación, por ejemplo para medir mayores costos, etcétera (Gordillo, 2016: 15-16).

En la Provincia de La Pampa –al igual que en otras provincias-, el reclamo administrativo previo está fijado constitucionalmente con relación a todo caso contencioso-administrativo¹⁶, aunque la misma norma dispone que será “...de acuerdo a la forma y plazo que determine la ley...”. Por su parte, el art. 12 inc. “e” del Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo exceptúa las demandas de daños y perjuicios de la necesidad del reclamo administrativo previo, sin distinguir el origen de la responsabilidad en juego. A mi ver, eso debería continuar igual, ya que así se respeta de mejor modo el derecho a la tutela judicial efectiva (Cassagne, 2007: 112/113).

III. PROPUESTAS DE DERECHO MATERIAL

III.A) Elegir el CCyC antes que la Ley 26.944, pero con Reparos:

1) Uno de los inconvenientes que he escuchado para el caso que se dicten normas administrativas sobre responsabilidad estatal, relegando la aplicación de las reglas del CCyC, sería la imposibilidad de asegurar -en lo inmediato-, esos riesgos. En efecto, las pólizas de seguro de responsabilidad civil están diagramadas, valga la redundancia, para los supuestos de responsabilidad civil. De modo que si la responsabilidad estatal ya no se rigiera por el CCyC, podrían quedar sin seguro riesgos tan comunes como los derivados del uso de miles de automotores estatales, la mala praxis médica en hospitales públicos, los daños producidos en establecimientos educativos, etc..

Obviamente que pueden crearse pólizas acordes a la normativa administrativa que se dicte, pero será más difícil que surjan pólizas para cada ordenamiento administrativo provincial -ni hablar de los municipales que podrían legislarse-. La creación de supuestos particulares de responsabilidad estatal podría resentir el principio de mutualidad del seguro, lo que se traduciría en primas más caras a pagar por parte del Estado.

2) Otro motivo radica en que la ley 26.944 ya ha recibido críticas de expertos. Las principales fincan en que la responsabilidad extracontractual se regiría exclusivamente por el factor de atribución falta de servicio, sin contemplar casos especiales -como el supuesto de daños con intervención de cosas riesgosas, establecimientos educativos, etc.-¹⁷. También se critica la limitación del resarcimiento, excluyendo la reparación del lucro cesante, que en muchos casos puede resultar inconstitucional.

¹⁶ Art. 97.2.d de la Constitución Provincial.

¹⁷ Paradójicamente, la ausencia de esos factores de atribución “especiales”, permite que otro sector de la doctrina ya esté predicando que se aplicarían a la responsabilidad estatal por analogía, lo que genera grandes sustos entre los administrativistas, como se verá.

3) Ahora bien, como se han eliminado del CCyC las previsiones que tenía el Proyecto de la Comisión Redactora sobre la responsabilidad estatal, tampoco sería una solución completa declarar su aplicación a la responsabilidad estatal¹⁸. Una ley provincial debería reproducir el contenido de los arts. 1764 a 1766 del Proyecto en cuestión, ya que condensaban las soluciones seguidas por la CSJN en la materia luego de una larga evolución jurisprudencial, regulando la falta de servicio como factor de atribución específico, y también al responsabilidad por actividad lícita.

Además de esa base, debería declarar aplicable el resto del CCyC en forma subsidiaria; con lo cual, se encontrarían soluciones a una gran parte de los problemas que no han sido considerados en la ley 26.944, y que ya hemos citado algunos en este mismo trabajo.

Ahora bien, también es cierto que la aplicación indiscriminada de las normas civiles a la responsabilidad estatal podría generar inconvenientes, porque lo convertiría en garante de muchísimos daños prácticamente imposibles de prevenir o evitar, particularmente en los casos de responsabilidad derivada de la intervención de cosas riesgosas, y ahora también de actividades peligrosas. En efecto, el Estado es dueño de una cantidad enorme de cosas, de gran extensión y diversa localización, siendo imposible prevenir la producción de daños en todas ellas.

Por eso, la aplicación de las normas civiles debe tener en cuenta su adecuación a los principios de derecho público aplicables, principalmente el de que el Estado persigue el bien común y que, en el caso de muchas cosas de su dominio, no se puede predicar que las ha “introducido” en la sociedad, como fundamento del factor de atribución riesgo creado, sino más bien que se le atribuyeron con la formación del Estado mismo.

De modo que efectivamente hay limitaciones que establecer. Y es preferible establecer esos límites de manera expresa, puesto que ya se ha visto que ni el art. 1º ley 26.944 ni el art. 1764 CCyC han impedido que la doctrina predique la aplicación analógica de este último para los casos no previstos por la ley especial, incluyendo la responsabilidad por el riesgo de las cosas (Galdós, 2014:20 y ss.).

III.B) Los Factores de Atribución:

1) Como es sabido, el factor de atribución contesta a la pregunta de “por qué” se responde, de modo que lleva ínsito el criterio de justicia de la responsabilidad civil, pues son los criterios en base a los cuales se hace pagar el daño causado a una persona y no a otra.

En el sistema del Proyecto de Código Civil y Comercial, la regulación de la responsabilidad estatal se encontraba en los arts. 1764 a 1766, insertos dentro de la Sección 9ª, referida a “supuestos especiales de responsabilidad”. Si la especificidad del supuesto en cuestión radicaba

¹⁸ Actualmente, y si bien hemos aplaudido la solución del STJ de La Pampa en el ya citado caso “Varela” (declarando aplicable analógicamente el CCyC), no contamos con la regulación de la falta de servicio, que antes la jurisprudencia encontraba en el art. 1112 del Código Civil velezano. Hay quienes han sugerido la aplicación analógica de la ley 26.944 a las provincias (Bustelo, 2015:924). En su momento expresé mis dudas porque se trata de una ley que no tiene vigencia en los estados provinciales, de modo que no se podría utilizar analógicamente. Desde un ángulo más amplio se ha mencionado que la norma a aplicar analógicamente debe emanar del mismo órgano competente para regular la responsabilidad estatal a nivel local (Justo-Egea, 2015: punto IV.2.3, con cita de Linares, El Caso Administrativo No Previsto), lo que los lleva a rechazar la aplicación tanto de la ley 26.944 como del CCyC.

en que el sujeto responsable era el Estado, quedaba por resolver si se le aplicaba o no la responsabilidad como dueño o guardián de cosas y actividades riesgosas, entre otros casos.

Como esos artículos del CCyC ya no tienen las previsiones del Proyecto, no alcanza con declararlo aplicable, puesto que no regula la falta de servicio.

La decisión sobre qué factores de atribución recibir para la responsabilidad estatal pasa por elegir como sociedad qué consideramos justo sobre este tema. Hoy ya no se propicia que para responsabilizar al Estado haya que demostrar su culpa, pues ello obligaría a individualizar al agente estatal que intervino en la acción u omisión productora del daño. Se prefiere, por ello, la falta de servicio.

2) Falta de Servicio: El art. 1764 del Anteproyecto de CCyC proponía que “El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”.

Según los fundamentos del anteproyecto, se siguió la jurisprudencia de la CSJN, para la cual la falta de servicio se trata de una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, importando una apreciación en concreto que tiene en cuenta las circunstancias incluidas en la última oración del artículo recién transcrito¹⁹.

No es este el lugar para discutir sobre si la falta de servicio es un factor de atribución objetivo o subjetivo. Sólo diremos que cuando se alude a su objetividad, nos parece que se está queriendo significar que no hace falta individualizar al autor concreto de la acción o la omisión del hecho ilícito, y que la apreciación del funcionamiento anormal o irregular, si bien concreta, no se hace sobre la base de criterios subjetivos de los agentes involucrados²⁰. Pero si los criterios de valoración son concretos y se atiende, entre otros, a los medios de que dispone el servicio, no es tan fácilmente sostenible que se esté ante un factor objetivo de atribución en términos civiles, esto es, que la culpa no interese y que para eximirse haya que demostrar la causa ajena (art. 1722 CCyC²¹).

Por eso, nos permitimos sugerir que si bien es conveniente tomar el texto del art. 1764 originalmente proyectado, bien se podría eliminar la palabra “objetivamente”, ya que la innecesidad de individualizar al autor concreto de daño está presente en el texto, al igual que la apreciación sobre la base de parámetros concretos no subjetivos²². De otro modo,

¹⁹ El criterio fue acuñado por la CSJN en la causa “Zacarías c/ Provincia de Córdoba”, Fallos 321:1124. No está demás recordar que en ese mismo precedente se sostuvo que: “La obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar”. Se trata de una clara alusión a pautas contenidas en el art. 512 del Código Civil velezano, en cuanto regulador de la culpa civil.

²⁰ Por eso es que en Francia se la menciona como factor objetivo (Cassagne, 2005:60), sin que tenga que ver con lo que decimos a continuación en el texto.

²¹ Es que dentro del CCyC, la diferenciación entre factores objetivos y subjetivos pasa por la divisoria planteada en el texto, y no por la intervención de una persona física concreta en la producción del hecho dañoso. Como se verá, es muy importante considerar que la presencia de falta de servicio no implica tener que demostrar la causa ajena para eximirse, ya que de otro modo sería muy difícil exonerarse ante la omisión de deberes jurídicos genéricos, en contra de la doctrina de la CSJN.

²² De hecho, en esos mismos fundamentos del anteproyecto se lee que: “*Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva*” (negrita añadida).

calificada como objetiva, podría dar lugar a interpretaciones que exijan la causa ajena para eximir al Estado de responsabilidad, sobre la base de lo dispuesto en el art. 1722 CCyC, en contraposición con la idea de que el Estado no puede prevenir todos los hechos dañosos a través de su actividad. Piénsese, por ejemplo, en los casos del servicio de seguridad, cuando lo atribuido al Estado es la omisión de haber evitado el daño, respecto de lo cual la CSJN ha enfatizado que se trata de una responsabilidad de medios, y no de resultados²³, a valorarse sobre la base de los parámetros que se brindaron desde el citado precedente "Zacarías", seguido en "Mosca"²⁴.

Resumiendo, la "falta de servicio" es el factor de atribución por excelencia de la responsabilidad estatal, y puede darse tanto por acción como por omisión. Si bien no hace falta individualizar al autor inmediato de la actividad u omisión dañosa, la irregularidad del servicio se juzgará de acuerdo a las circunstancias concretas ya apuntadas, lo que implica, a mi ver, que estamos ante una responsabilidad de medios, y no de resultados²⁵.

3) Riesgo: Ante la situación actual de ausencia de ley provincial sobre el tema, la aplicación analógica del CCyC²⁶ permite echar mano por esa vía a los arts. 1757 y 1758 de ese cuerpo normativo, referidos a la responsabilidad por cosas y actividades riesgosas. La cuestión radica en decidir hasta qué punto esa solución es compatible con los principios de derecho público aplicables a la responsabilidad estatal.

Hay casos en que parece razonable aplicar el instituto de la responsabilidad por riesgo también al Estado, tanto porque no se advierten diferencias significativas con respecto a la responsabilidad civil entre particulares, como porque se trata de riesgos fácilmente asegurable.

3.a) Verbigracia, cuando se producen daños con intervención de vehículos de propiedad estatal²⁷.

En la mayoría de los casos, los vehículos estatales pueden provocar daños en pleno ejercicio de actividades lícitas del Estado, como por ejemplo, una persecución policial donde resulta dañado un tercero, o cuando colisiona una ambulancia que traslada a un enfermo, o simplemente cuando interviene en un accidente cualquier vehículo oficial que es utilizado para trasladar personal o bienes estatales de un lugar a otro.

No faltan quienes ven en estas hipótesis supuestos de actividad privada del Estado, y propician por eso aplicarles derechamente las reglas civiles. En lo personal, francamente no entiendo de dónde puede extraerse aquella premisa. Sólo concibo esa posibilidad –y esa solución– en dos familias de hechos. Por un lado, los supuestos marginales en los cuales el

²³ Si bien la Corte no usa esas expresiones, se refiere a que el Estado se exime demostrando que hizo lo razonablemente necesario y exigible, aunque el evento dañoso se produzca igual.

²⁴ Del 06/03/2007, *Fallos* 330:563. Resulta imprescindible la lectura del considerando 6° del voto mayoritario (Lorenzetti, Zaffaroni y Maqueda, adherido en lo principal por Highton), para comprender la doctrina de la Corte sobre la responsabilidad estatal por falta de servicio, especialmente en materia de omisiones.

²⁵ Sin perjuicio de que, cuando se omite cumplir un mandato legal expreso y determinado, el juzgamiento de que existió la achacada anomalía o irregularidad del servicio será mucho más sencilla.

²⁶ Recibida por el STJ de La Pampa en la ya referida causa "Varela".

²⁷ Téngase presente que fue precisamente ante la colisión con un vehículo oficial, que la CSJN adhirió a la tesis en contra de la anulación de los riesgos recíprocos, por lo cual hay que aplicar la responsabilidad por riesgo y no por culpa (22/12/1987, "ENTel c/ Prov. de Bs. As.", LL 1988-D-296).

agente estatal es provisto de un vehículo oficial tanto para su actividad pública como para su actividad privada (porque tiene el vehículo a su disposición y lo utiliza), y el accidente ocurre mientras desarrolla esta última. Por otra parte, cuando el vehículo pertenece a empresas del Estado que desarrollan actividad privada.

Pero en las hipótesis del comienzo, ¿hay responsabilidad por acto ilícito o lícito? En la causa "Valle"²⁸, la CSJN aplicó la regla del art. 1113, aunque también se advierte un reproche a la actuación policial concreta²⁹, de modo que bien podría entenderse que hubo ilicitud en el accionar estatal³⁰. En un pronunciamiento más reciente, la CSJN pareciera haber desechado la aplicación al Estado del riesgo creado por un vehículo del que resultaba guardián, prefiriendo juzgar la situación en base al factor falta de servicio³¹.

A mi ver, la aplicación a la víctima de un accidente de tránsito de los estándares de la responsabilidad por acto lícito podría resultar injusta, en cuanto a la limitación de los rubros indemnizables. A su vez, presupongo que la compañía que asegura vehículos oficiales tiene en cuenta para calcular la prima, entre otras cosas, los riesgos posibles, entre los cuales está precisamente los aquí imaginados. Por lo tanto, entiendo que se puede aplicar la responsabilidad por riesgo en la mayoría de los casos, salvo que se trate de un vehículo de emergencia (patrullero, ambulancia o autobomba). En este último supuesto, en virtud de ese permiso para transgredir normas de tránsito, lo que implica un aumento permitido del riesgo de generar accidentes, la cuestión debería resolverse como falta de servicio –si se utilizó irrazonablemente la franquicia legal³²–, o como responsabilidad por acto lícito, si no lo fue³³, pero sin límites cualitativos al resarcimiento.

3.b) Otro supuesto habitual de responsabilidad estatal por riesgo es el derivado de vicios u obstáculos en veredas, calles, rutas y espacios públicos (como por ejemplo escaleras), caída de árboles en veredas, cosas expuestas a caer, etc.³⁴. Siempre se han resuelto por aplicación del art. 1113 del Código Civil velezano, y no parece que quepa modificar el criterio hacia la falta de servicio, pues entraríamos en el campo de la omisión de un deber genérico de mantenimiento de dichos espacios u objetos.

No obstante, conviene recordar que, como bien ha precisado la CSJN, cuando la cosa riesgosa es inerte, inmóvil o inanimada, incumbe a la víctima demostrar que se encontraba

²⁸ Fallos 326:1299 (2003).

²⁹ El Alto Tribunal entendió que las circunstancias no justificaban que el móvil policial circulara a contramano y a alta velocidad por una calle de intenso tránsito, máxime cuando existían vías alternativas más aptas para el cumplimiento del servicio policial.

³⁰ A tono con esta idea, se interpreta que si bien las franquicias para que patrulleros, ambulancias y autobombas puedan violar ciertas normas de tránsito, no constituyen un derecho ilimitado sino que deben utilizarse razonablemente y para evitarse un mal mayor.

³¹ Fallos 333:1404, in re "Morrow de Albanesi" (2010), donde se tuvo en cuenta que el vehículo oficial circulaba a velocidad excesiva para la ocasión.

³² De hecho, en los fallos sobre el tema siempre se analiza la conducta de quien manejaba el vehículo para reprocharle alguna falta, siendo que no tendría ningún interés si la cuestión se resolviera exclusivamente en base al riesgo creado (a lo sumo la conducta a analizar sería la ajena, como posible eximente). Por eso me permito sugerir encuadrarlo bajo la órbita de la falta de servicio, ya que el análisis de conductas no es ajeno a lo que habitualmente hace la jurisprudencia en estas hipótesis.

³³ En este último caso, para distribuir entre toda la población la carga pública (el pago de los daños) que genera la actividad estatal en cuestión (art. 16 CN).

³⁴ Para un catálogo de jurisprudencia, ver Andrada (2008:67 y ss.) y López Mesa-Trigo Represas (2004:77/79 y 82).

en una mala posición o que tuvo un comportamiento anormal. Es decir, la víctima debe demostrar que la cosa era riesgosa en la ocasión³⁵.

3.c) Se responsabiliza también a entidades públicas como dueñas o guardianas de energía eléctrica³⁶, gas natural³⁷, y otros tipos de energías peligrosas.

Al respecto, nos encontramos ante “actividades de derecho privado”, aunque desempeñadas por el Estado, de modo que no habría obstáculo para aplicarle las reglas del CCyC.

La misma razón se da cuando el Estado asume actividades recreativas o turísticas con cosas peligrosas, como por ejemplo natatorios públicos³⁸, pistas de esquí³⁹, lagunas⁴⁰ y embalses⁴¹. Se trata de actividades que no hacen a la esencia del Estado, y por lo tanto es justo que debe aplicarse el mismo criterio de justicia que para los particulares; es decir, el CCyC.

3.d) La jurisprudencia también registra juicios por daños derivados de la *intervención de armas* de propiedad estatal, especialmente las de fuego. Cuando son utilizadas por personal de seguridad en cumplimiento del deber, los casos de daños a terceros⁴² deberían resolverse como supuestos de responsabilidad por actividad lícita⁴³, si el uso del arma fue razonable en atención a las circunstancias, y como falta de servicio si hubo un exceso⁴⁴.

Pero el problema mayor se presenta cuando el arma es usada para una finalidad diferente al servicio, e incluso cuando el agente se encuentra de franco. En estos supuestos se solía basar la responsabilidad estatal sobre la base de las leyes y reglamentos que obligan a portar el arma en todo momento, e incluso achacando al Estado darle un arma a quien no está en condiciones para usarla con responsabilidad (en una suerte de culpa en la elección y/o en la vigilancia⁴⁵), o meramente como garante de la acción de sus agentes (art. 1113, párrafo primero, Código Civil velezano).

A mi humilde forma de ver, no hay necesidad de recurrir a la responsabilidad refleja por el hecho del dependiente⁴⁶. Si el Estado obliga al agente a portar el arma en todo momento, “...para atender a episodios de desórdenes o emergencias similares que pudieran darse en su presencia, aun no encontrándose en ejercicio de sus funciones...”⁴⁷, es mi parecer que al utilizar el arma existe actuación **directa** por parte del Estado, a través del agente que la empuña. Ello es así aunque se encuentre franco de servicio, ya que desde el momento que

³⁵ CSJN, “O’Mill c/ Provincia de Neuquén”, Fallos 314:1505.

³⁶ CFed La Plata, Sala I, ED 56-525.

³⁷ CNFCC, Sala III, ED 168-14.

³⁸ En la Provincia de La Pampa me vienen a la mente, por caso, la pileta de la Municipalidad de Colonia Barón y las piletas con aguas termales en Bernardo Larroudé.

³⁹ Más allá de resolver cómo se conjuga la responsabilidad estatal cuando existe un concesionario. Obviamente, no desconozco que en La Pampa no existen.

⁴⁰ Laguna “Don Tomás” en Santa Rosa, laguna “Delfín Pérez” en General Pico, etc.

⁴¹ El embalse de Casa de Piedra.

⁴² Puesto que si el daño lo sufre el agente de seguridad la cuestión transita por otros andariveles.

⁴³ Con sus presupuestos específicos de sacrificio especial y ausencia del deber de soportar el daño, pero también aquí sin limitaciones cualitativas de rubros resarcibles.

⁴⁴ Pero no como daño derivado del riesgo del arma, a mi ver, porque responde dócilmente a la voluntad de quien la empuña, de modo que el daño no deriva propiamente del riesgo del arma sino del acto del agente.

⁴⁵ Causa “Scamarcia”, Fallos 318:1715 (1995), según la interpretación de Mertehikian (2001:353).

⁴⁶ En contra, Andrada (2008:74 y ss).

⁴⁷ SCBA in re “Villar c/ Juárez y Otro”, del 20/02/1996, citado por López Mesa-Trigo Represas (2004:73).

utiliza el arma entregada por el Estado con la finalidad antes mencionada, es el Estado quien está actuando –mal, obviamente–, a través de ese agente que es su órgano⁴⁸. Tampoco hay responsabilidad por riesgo porque el arma también aquí responde dócilmente a la acción del individuo. Lo mismo ocurre (responsabilidad directa) cuando, aún sin utilizar el arma, un policía franco de servicio e incluso sin uniforme, se identifica como tal y agrede injustificadamente a algunas personas⁴⁹, puesto que utiliza su cargo para cometer el ilícito. En todos los supuestos de este párrafo entiendo que el factor de atribución es la falta de servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, hay hipótesis especiales en que el arma se dispara sin intención, al ser manipulada para limpieza o cosas similares⁵⁰. Me parece que no hay dificultades en resolverlos como faltas de servicio, ya que “las circunstancias hablan por sí mismas”⁵¹ de un funcionamiento deficiente del servicio de que se trata.

3.e) En cuanto a la responsabilidad del Estado como dueño o guardián de cosas riesgosas o viciosas, los administrativistas (y algún civilista) han expresado su temor a aplicar ese factor de atribución, basados tanto en la gran cantidad y variedad de bienes de propiedad estatal, como a las soluciones que tomó la jurisprudencia, haciendo aplicación extensiva del instituto⁵².

Cuando se piensa en los casos en que la jurisprudencia aplica el factor riesgo creado al Estado⁵³, se observa que en algunos supuestos podría ser imposible tomar acciones preventivas del daño. Por ejemplo, piénsese en la posibilidad de que las personas se bañen a lo largo del río Colorado, que transita todo el límite sur de la Provincia, de modo que es imposible de controlar. En este tipo de hipótesis, resulta irrazonable aplicar la responsabilidad por riesgo, debiendo acudirse a la falta de servicio, cuyos parámetros permiten una exención más simple de la responsabilidad.

Pero no es sencillo aceptar la aplicación en general de este factor de atribución (riesgo creado con intervención activa de cosas), y a la vez pretender que en casos como el del ejemplo no se aplique. Tal vez quepa diseñar una regla según la cual la responsabilidad por el riesgo de la cosa se aplicará al Estado a condición de que: a) sea razonablemente posible ejercer una eficaz actividad preventiva⁵⁴, b) el dueño o guardián pudiera razonablemente asegurarse⁵⁵, y c) la cosa no sea viciosa.

⁴⁸ Confr. Merteikian (2001:111/115).

⁴⁹ CSJN, “Izaurrealde”, *Fallos* 322:2002 (1999).

⁵⁰ CNFCC, Sala II, LL 1983-C-535; CSJN, “Furnier”, *Fallos* 317:1006 (1994) y LL 1996-C-557, invocando el art. 1113 del Código Civil pero sin explicar cuál de sus supuestos se aplicaba.

⁵¹ *In re ipsa loquitur*.

⁵² Perrino (2004:167); Cassagne (2005:53 y ss.); Bustelo (2015:924). López Mesa (2004:83/84). No obstante, Perrino acepta que se aplique el factor riesgo creado al Estado, a condición de que “verdaderamente se reúnan sus presupuestos”, lo que parece querer excluir las aplicaciones extensivas. Cassagne, por su parte, lo tolera sólo en forma excepcional, y adaptándolo a los fines y características de la responsabilidad estatal. Por último, Bustelo lo admite por aplicación analógica del CCyC, pero dice que resultaría irrazonable hacerlo a todos los bienes del Estado, de modo que propugna verificar que verdaderamente exista analogía de situaciones.

⁵³ A que hemos pasado revista recién.

⁵⁴ Y más allá de que su realización no constituya una exigente, puesto que no estamos ante un supuesto de falta de culpa, sino que el parámetro propongo utilizarlo como limitador de cosas a las que aplicarles el factor de atribución riesgo.

⁵⁵ Esta regla, sugerida por la corriente del análisis económico del derecho, no nos resulta desconocida. Por ejemplo, es la solución que rige para la responsabilidad del fiduciario (art. 1685 CCyC), y también era la proyectada para el dador de leasing, aunque luego fuera eliminada por el Congreso del art. 1243 CCyC (tal vez por presiones de los principales dadores de leasing que son las entidades financieras).

Habría que evaluar, también, si se justifica o no que esa responsabilidad por riesgo cese cuando se transmita la guarda de la cosa a otra persona pública (una Municipalidad, por ejemplo), o privada (una concesionaria de servicios públicos, etc.). Pero la solución que se elija debería ser expresa.

4) Establecimientos Educativos: Hay doctrinarios⁵⁶ que propugnan que el Estado puede ser “proveedor” de los servicios educativos, en los términos del art. 2 de la ley 24.240⁵⁷, aplicándosele el factor de atribución “deber de seguridad” que prevé esa normativa (art. 5). De modo que, si se interpreta que hay relación de consumo entre el Estado y el alumno que asiste a un instituto educativo público, la responsabilidad no se registraría por la falta de servicio sino por la mencionada obligación de seguridad. Entonces, lo que se “evitaría” al no aplicarse el CCyC, seguiría resolviéndose de forma bastante similar por aplicación de la LDC⁵⁸.

Más allá de esa disquisición, a mi ver, la responsabilidad de los establecimientos educativos públicos es conveniente que se rija por lo dispuesto en el art. 1767 CCyC, ya que se le aplicó inequívocamente el art. 1117 del Código Civil de Vélez Sarsfield, sin mayores contratiempos. Los valores jurídicos en juego⁵⁹ justifican que se trate de una responsabilidad objetiva agravada.

5) Excluir el Riesgo de Actividad: Por otro lado, y a mi ver, el factor de atribución “falta de servicio”, excluye la posibilidad de aplicar a la responsabilidad estatal el factor “riesgo de actividad”, en la medida que no exista una cosa (o sea, que la mera actividad estatal sin el empleo de una cosa siempre se juzgue a la luz de la falta de servicio). Ello porque el texto del art. 1764 del Anteproyecto, que se propone seguir, se refiere al “ejercicio irregular de sus funciones”, y a continuación a la “actividad”. De modo que ante la actividad o inactividad estatal dañosa, el factor de atribución a aplicar será en principio la falta de servicio, y nunca el riesgo de actividad.

Sin perjuicio de ello, convendría establecer expresamente que no se aplica a la responsabilidad estatal ese fundamento del deber de responder. El motivo es que en el CCyC ha sido legislado con semejante amplitud que, si me permite el juego de palabras, resulta peligroso aplicar ese factor de atribución.

III.C) Autoría por parte del Estado:

1) De lo que se trata es de poder atribuir las consecuencias jurídicas de la acción u omisión de un agente, a la estructura estatal de la que forma parte.

⁵⁶ Lowenrosen (2016); Andrada (2017:5); Galdós-Valicenti (2016:727).

⁵⁷ “PROVEEDOR. Es 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”.

⁵⁸ No ingreso a analizar, por exceder el marco de esta ponencia, si la LDC se les puede aplicar a los Estados Provinciales, o si esa aplicación afectaría la división de competencias legislativas prevista constitucionalmente.

⁵⁹ Daños sufridos por menores de edad, que son sujetos de preferente tutela de acuerdo con la doctrina de la Corte en torno a la Convención de los Derechos del Niño (“protección especial” refiere el preámbulo, mientras que el art. 3.1 alude a “consideración primordial”).

Como se recordará, el Código Civil velezano se refería a las personas jurídicas en el art. 43, estableciendo que responderían por los daños que causaren quienes las dirijan o administren *en ejercicio o con ocasión de sus funciones*. Por su parte, el art. 1112 –más allá de su interpretación–, imputaba los actos u omisiones realizados por funcionarios públicos *en el ejercicio de sus funciones*.

Los arts. 3 y 4 de la ley 26.944 establecieron como primer requisito, tanto de la responsabilidad por actividad ilícita como lícita, la “imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal”, sin explicitar cómo se decide a cuestión.

2) En materia de responsabilidad estatal parece haber triunfado la teoría del órgano, según la cual, cuando actúa el órgano, actúa la persona jurídica estatal. Esta idea es la que permite sostener la responsabilidad directa del Estado por las acciones u omisiones de sus órganos.

Ahora bien, ¿cuándo actúa el Estado a través de sus órganos? La evolución de la jurisprudencia de la CSJN⁶⁰ demuestra que recurre con frecuencia a criterios elaborados para describir la “dependencia” aludida por el primer párrafo del art. 1113 del Código Civil velezano⁶¹. Pero es conveniente no mezclar las ideas y mantenerse en la buena doctrina de la responsabilidad directa, lo que permite alejar el riesgo de rechazar indemnizaciones de daños provocados por agentes estatales que se exceden de sus funciones⁶².

Se ha propuesto imputar aquellos perjuicios que deriven de la actuación del órgano obrando en el ejercicio real o aparente de su competencia, la cual opera tanto en términos expresos como razonablemente implícitos, siendo

...necesario que el daño sea provocado por la persona del agente o funcionario (órgano-persona) actuando en el ámbito del vínculo que se establece con la función asignada (órgano-institución). En todo lo que exceda ese ámbito, la responsabilidad recaerá en cabeza del agente (falta personal) y no en la organización a la cual pertenece... Sin embargo,... en caso de existir una duda razonable, el respeto de los derechos de la víctima impone que la responsabilidad recaiga sobre el Estado...⁶³

Entiendo que la norma a dictar sobre este aspecto de la cuestión debería aludir tanto al *ejercicio real o aparente* de la función, como a la *ocasión* de la misma, tal como lo preveía el citado art. 43 del Código Civil velezano y hoy lo hace el art. 1763 CCyC para la responsabilidad directa de las personas jurídicas.

Ya he expresado que el uso del arma reglamentaria para fines extraños a la función – como en el citado caso “Scamarcia” solo es posible porque el Estado obliga al agente a portarla, precisamente para utilizarla, legítimamente, en cualquier momento, si se presentan

⁶⁰ Mertehikian (2001:107/110).

⁶¹ Incluso después de dictar el fallo “Vadell”, donde sostuvo con énfasis que la responsabilidad estatal era directa.

⁶² Los casos paradigmáticos son los de policías que producen daños encontrándose de franco y en situaciones que poco tienen que ver con sus tareas, aunque utilizando las armas que les obligan a portar en todo momento (por ejemplo, precedente “Scamarcia” de la CSJN, Fallos 318:1715).

⁶³ Mertehikian (2001:112 y 115).

las circunstancias⁶⁴. De modo que la función del agente policial está siempre, si se me permite la expresión, latente en todo momento. Usa el arma para fines extraños porque parte de su función era portarla, aun estando de franco. De modo que no tengo dudas que la función constituye la ocasión que permite el daño con el arma reglamentaria en casos como el recién citado.

III.D) Responsabilidad de los Agentes Estatales:

1) El art. 1765 del Anteproyecto de CCyC preveía que “El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes”. Por su parte, el art. 9 de la ley 26.944 escogió una redacción más cercana al art. 1112 del Código Civil velezano.

No existen dudas respecto de la existencia de responsabilidad del funcionario, empleado o agente público, pareciéndome que es mejor el texto del anteproyecto, porque la norma federal puede llevar a pensar que es necesario una antijuridicidad formal, al aludir a “las obligaciones legales que le están impuestas”⁶⁵, cuando el criterio vigente en la actualidad es el de la antijuridicidad material (art. 1717 CCyC y la larga evolución doctrinaria que lo sustenta).

Al aludir tanto al “funcionario” como al “empleado público”, despeja dudas sobre la aplicación de acuerdo al rango y responsabilidad del agente, aplicándose a cualquiera, en la medida de su responsabilidad.

Sin embargo, vale incorporarle que el factor de atribución es subjetivo (culpa o dolo), como bien lo hace la ley 26.944⁶⁶. También es importante la mención de la concurrencia entre la responsabilidad estatal y la del funcionario, para desalentar posibles intentos interpretativos de exclusión entre una y otra, o de subsidiariedad. Finalmente, cabe mencionar que al aludir la norma al *ejercicio irregular de su cargo*, implica lo mismo que la locución “en el ejercicio de sus funciones”, utilizada por la norma federal⁶⁷.

III.E) Accidentes de Trabajo:

1) La ley 26.944 prevé en el párrafo 2° del art. 10° que “Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador”.

Ello debería significar que los casos de accidentes de trabajo sufridos por empleados,

⁶⁴ En ese sentido, el art. 32° de la Norma Jurídica de Facto 1034/80 de La Pampa (“Régimen para el Personal Policial”), establece que: “El personal de los Cuerpos de Seguridad y Técnico a los fines del artículo 26 de la presente ley, está obligado en todo momento y lugar a portar arma de fuego adecuada a las normas que se impartan”. A su turno, el art. 26 prevé el deber de actuar en todo momento para prevenir delitos y defender a los ciudadanos.

⁶⁵ Junyent Bas-Boretto (2014:apartado XI.1), quienes traen a colación lo ocurrido en la tragedia de “Once” por omisiones de funcionarios estatales en el control sobre el concesionario del servicio público, lo que implicaría una antijuridicidad material derivada de todo el ordenamiento jurídico.

⁶⁶ Según Andrada, existe consenso doctrinario en que el factor de atribución es subjetivo, agregando que la actuación irregular hace presumir su culpa, pesando sobre el agente la demostración de que actuó sin ella (2008:327).

⁶⁷ Naturalmente, los daños que provoque el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones lo harán pasible de responder bajo el mismo título que los particulares (esto es, en base al CCyC).

agentes o funcionarios estatales, se regirán por las normas del derecho común. No se aplica la ley 26.944, entre cuyas normas está el art. 1, que excluye la aplicación del CCyC. Pero la misma exclusión la tenemos en el art. 1764 del CCyC. O sea, si nos atenemos al tenor literal, que al accidente de trabajo no se le aplica la ley 26.944 por lo previsto en su art. 10, ni el CCyC por lo previsto en su art. 1764, ya que el supuesto encuadra obviamente como un caso de “responsabilidad del Estado”.

¿Qué normativa se les aplica a nivel nacional? Por lo pronto, las leyes del llamado “Régimen de Ordenamiento de la Reparación de Daños Derivados de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales” (título de la ley 26.773), debiendo considerarse dentro de ese “régimen” o “sistema” también la ley 24.557 y eventualmente la ley 27.348, así como todas las normativas reglamentarias de rango inferior.

Pero, ¿qué sucede con el art. 4º de la ley 26.773, que permite optar por “otros sistemas de responsabilidad”? Cuando el Estado Nacional sea el empleador –y se trate de una relación incluida en el régimen de riesgos del trabajo–, francamente no parece que pueda aplicarse en forma directa ni subsidiaria el CCyC, en base a lo que prevé el art. 1764. Seguramente se lo aplicará en forma analógica que, como hemos visto, no está vedado por la prohibición normativa referida.

2) Precisamente para salir de ese “limbo jurídico”, entiendo que hay que incluir un precepto expreso que establezca que el Estado en su carácter de empleador responderá por accidentes y enfermedades del trabajo con fundamento en las reglas del CCyC.

Pero habrá que tener en cuenta que ello podría implicar que el Estado Provincial responda por los daños sufridos por los policías en el cumplimiento del deber, por ejemplo, en enfrentamientos armados con delincuentes, a título de la indiscutible actividad riesgosa que ello implica (art. 1757 CCyC).

Otra arista a tener en cuenta es que la actividad policial de combatir el delito, incluso a través de enfrentamientos armados, constituye una obligación del servicio y, por lo tanto, una actividad lícitamente impuesta. De modo que desde el punto de vista del Estado, es lícito obligar a sus agentes policiales a realizar esa tarea que es, reitero, indiscutible y notoriamente riesgosa. Esto tiene suma importancia, ya que se suelen establecer limitaciones al resarcimiento cuando el daño deriva de actividad estatal legítima⁶⁸.

3) Hay que decidir si los principios de derecho público en juego consienten ese tipo de soluciones. La CSJN ha elaborado un criterio en torno a los daños sufridos por personal militar en ejercicio de sus funciones, resolviendo que cuando las normas específicas que regulan al personal militar no prevén el pago de una indemnización sino de una prestación de carácter previsional (lo cual sucede para casos de incapacidades muy importantes, generalmente superiores al 66%), es posible reclamar al Estado una indemnización del daño por la vía del derecho común; ello con independencia de si la víctima había ingresado voluntariamente al servicio (que es el supuesto del personal policial), o en cumplimiento de una obligación legal (por ejemplo, servicio militar obligatorio)⁶⁹.

⁶⁸ Principalmente se veda reclamar el lucro cesante, lo que implicaría dejar sin indemnizar el rubro “incapacidad sobreviniente”, que es acaso el más importante en estos supuestos de dañosidad.

⁶⁹ Casos “Mengual”, *Fallos* 318:1959 (1995) y “Bertinotti”, *Fallos* 315:2207 (1992).

En otro precedente posterior, la Corte trazó una diferencia entre daños ocurridos por “hechos accidentales” ajenos al combate, de aquellos otros sufridos en una “acción bélica o hecho de guerra”. Sostuvo que en el primer caso, cuando la ley específica no prevé una indemnización, se puede reclamar en base al derecho común (es decir, sigue la doctrina del caso anterior); pero en el segundo supuesto los daños son la

...consecuencia del cumplimiento de misiones específicas y legítimas de las fuerzas armadas, características del servicio público de defensa, que no origina responsabilidad del Estado nacional por su actuación ilegítima ni legítima, más allá de la expresamente legislada en normas específicas⁷⁰

agregando que respecto de su actividad legítima, en el caso no se observaba un sacrificio especial, toda vez que recaen sobre un sector de la sociedad –los militares de carrera-, y no en una persona o grupo limitado.

El panorama jurisprudencial se completa con el precedente “Rodríguez Pereyra”, en el cual la CSJN ratificó la declaración de inconstitucionalidad e inconveniencia –hechas de oficio en el caso⁷¹ - de las normas indemnizatorias contenidas en la legislación específica aplicable a los militares, por violar el derecho a una reparación integral, de modo que quedó habilitada la vía del derecho común⁷².

4) A mi humilde forma de ver, los principios de derecho público aplicables, a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, llevan a interpretar que haya que distinguir entre los distintos hechos dañosos. Así, cuando el daño deriva de un “acto de servicio” pero que no tiene relación con la finalidad principal de la policía, que es la de brindar seguridad, previniendo y reprimiendo el delito, no habría inconvenientes derivados de los principios de derecho público en juego, para que la solución se juzgue en situación de igualdad que los daños sufridos por trabajadores privados.

En cambio, cuando el daño deriva de esa actividad específica, no se puede hacer responsable al Estado más allá de los límites de las leyes específicas⁷³. La razón es que no se puede cargar al Estado con las consecuencias dañosas de una actividad lícita que está obligado a realizar, y para la cual paga a los agentes de policía, entre otras cosas, un suplemento por actividad riesgosa. En palabras de la Corte en la causa “Azzetti”, entiendo que así como allí se excluyó la “acción bélica” del rango de hechos indemnizables, aquí es correcto excluir la acción típicamente de prevención y represión del delito como hecho excluido de indemnización en base a las normas civiles. La actividad es lícita y no existe un sacrificio especial, sino que recae sobre todo el sector de los agentes policiales.

Pero para que no queden dudas, conviene que establecerlo expresamente en una norma.

⁷⁰ Caso “Azzetti”, Fallos 321:3363 (1998). Criterio anticipado en el voto de los Dres. Nazareno, Petracchi y Bossert en el citado caso “Mengual”.

⁷¹ Lo cual constituyó, acaso, la arista más relevante del decisorio.

⁷² Fallos 335:2333 (2012).

⁷³ Es decir, las leyes provinciales que prevén prestaciones indemnizatorias y previsionales, pero también las normas del “régimen de riesgos del trabajo”, cuando resulten aplicables. Es precisamente el seguro de tinte previsional, como lo es el de la LRT, la mejor manera de compatibilizar, en estos casos, el derecho de la víctima con los intereses estatales en juego.

III.F) Responsabilidad por Omisión:

La regla que trae el art. 3º, inc. "d", ley 26.944 ha sido ampliamente criticada, por referirse a una antijuridicidad formal, lo cual elimina la responsabilidad en un vastísimo rango de hechos ocurridos por omisión de control de parte del Estado.

Obviamente que no se puede convertir al Estado en un asegurador de todos los daños, y por eso no se lo puede condenar ante cualquier omisión de deberes generales. Pero la sana doctrina es la que ya había sido acuñada por la CSJN a lo largo de varios precedentes.

La cuestión, a mi ver, no pasa por limitar la responsabilidad a la omisión de deberes expresos y concretos, sino por tener presente que la responsabilidad en realidad no es objetiva –en el sentido ya explicado de que solo libere la causa extraña-. Para que el Estado responda por omisión, tiene que existir falta de servicio, y esa falta de servicio no se demuestra con la mera ocurrencia del daño, sino que lo que hay que demostrar es concretamente qué acción omitida por parte del Estado hubiera evitado el daño, así como la razonabilidad de que se pudiera llevar a cabo. Esos parámetros son los que figuran en el art. 1764 del Anteproyecto de CCyC, que he propuesto seguir en esta cuestión, y que no hacen más que reiterar lo fallado por la Corte in re "Mosca"⁷⁴.

Como lo ha dicho la Corte,

...la pretensión de ser indemnizado sobre... [la base de la falta de servicio] requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad⁷⁵.

III.G) Responsabilidad por Actividad Lícita:

1) En el art. 4º de la ley 26.944 se prevén como particularidades de este tipo de responsabilidad, que el daño deba ser actual, lo que implicaría excluir el daño futuro, por más que sea cierto. Se ha agravado la relación de causalidad, disponiendo que debe ser directa, exclusiva e inmediata⁷⁶. Por último, como obviamente no se concibe la falta de servicio en este ámbito, debe existir un sacrificio especial en el reclamante, que se califica como la afectación de un derecho adquirido⁷⁷, y también la ausencia del deber de soportar el daño. A su turno, el art. 5º se encarga de establecer que se trata de un supuesto excepcional de responsabilidad, que el lucro cesante nunca se indemniza sino solamente el valor objetivo

⁷⁴ Fallos 330:563 (2007), especialmente considerando 6º del voto mayoritario.

⁷⁵ Causa "Román", Fallos 317:1233, considerando 8º; criterio reiterado en "Cohen", Fallos 329:2088 (2006) considerando 10º.

⁷⁶ Se ve en estos requisitos la influencia del fallo de la CSJN in re "Revestek", Fallos 318:1531 (1995).

⁷⁷ En "Cirlaflin", ED 166-267, los jueces Petracchi y Boggiano destacaron la inexistencia de un derecho adquirido a favor de la parte actora, a que no se modificara el régimen cambiario, que fue lo que le causó daños. El mismo argumento se utilizó en "Revestek".

del bien y daños derivados en forma directa e inmediata de la actividad estatal. Tampoco se indemnizan circunstancias personales ni valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Por último, se aclara que la actividad judicial legítima no genera responsabilidad estatal.

De su parte, el art. 1766 del Anteproyecto de CCyC proponía que:

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.

2) Tal vez se trate de la cuestión peor planteada, y la crítica alcanza ambos regímenes referenciados. En primer lugar, parecen haberse escogido requisitos, sobretudo respecto al daño, derivados de los supuestos de actividad normativa lícita⁷⁸, cuando la responsabilidad estatal por actividad legítima es mucho más amplia.

El texto del Anteproyecto –que sigue en buena medida el art. 1676 del Proyecto de 1998–, resulta criticable en cuanto alude al “acto lícito”, cuando debería referirse a la “actividad lícita”, que puede darse no sólo por actos administrativos, sino también por leyes, e incluso por hechos, como es la actuación policial dañosa ya mencionada.

3) Pero definitivamente lo que genera mayor reparos es la limitación del resarcimiento. Es que probablemente los casos más frecuentes de responsabilidad por hechos o actos administrativos lícitos sean los daños derivados de obras hídricas y del acciona lícito de la policía de seguridad. En ambos casos, si no se indemniza el lucro cesante, se comete una seria injusticia, violándose el derecho de propiedad de la víctima, o incluso sus derechos personalísimos.

En materia de obras hídricas, no hay que quedarse sólo en el fallo “Laplacette”⁷⁹, que mandó pagar el valor de la tierra (y los alambrados) porque la inundación del predio rural lo inutilizó en forma definitiva. En “Juncalán Forestal”⁸⁰, la inundación del predio no sería permanente, de modo que lo que se privaba al damnificado era del uso temporario del predio. Si no se indemnizaba en ese caso el lucro cesante, la indemnización hubiera sido acaso muy baja (la inversión para volver a poner en condiciones el campo, que sería daño emergente futuro) comparada con el verdadero perjuicio (una rentabilidad razonable durante el tiempo que permaneciera inundado, que sería lucro cesante actual y futuro). En algunos fallos la Corte ha mandado a indemnizar incluso el daño futuro “cuando su acontecer se presenta con un grado de certeza objetiva”⁸².

⁷⁸ Fallos “Revestek” y “Cirlafin”, citados.

⁷⁹ Fallos 195:66 (1943).

⁸⁰ Fallos 312:2266 (1989). No nos basamos en “Gómez Álzaga I” (LL 1982-D-194) y “Gómez Álzaga II” (LL 1986-A-557, porque la Corte varió el fundamento jurídico del primero (acto lícito) al segundo (falta de servicio).

⁸¹ El criterio fue ratificado en los casos “Cachau”, “Estancias Marré” y “Prada”, Fallos 316: 1335, 1428 y 1465 (1993).

⁸² Casos “Gómez Álzaga” II (Fallos 307:1515, de 1985), “Terrero” I (Fallos 318:1440, de 1995) y “Terrero” II (Fallos 325:255, de 2002), etc. Los precedentes “Terrero” también tienen la importancia de haberse condenado a indemnizar por actividad lícita cuando dicha actividad se constituía en el 70% del factor causal de los daños, es decir que no era exclusiva, lo cual implica no seguir lo resuelto in re “Ledasma S.A.” (Fallos 312:2022, de 1989).

En torno a los daños derivados del actuar policial lícito⁸³, tenemos por ejemplo el caso “Toscano”⁸⁴, donde la víctima de un balazo en una pierna, ocurrido al reprimir la policía un tumulto, fue indemnizada en los rubros incapacidad sobreviniente –descrito como “daño material”- y daño moral. En “Rebesco”⁸⁵, la víctima de un balazo en el marco de un enfrentamiento policial con delincuentes, fue indemnizado también en los rubros incapacidad sobreviniente y daño moral. Es interesante la digresión que se ven obligados a realizar los miembros de la minoría para reconocer el pago de esos rubros tratándose de una actividad estatal lícita, acudiendo a “elementales razones de equidad y justicia”, por estar en juego la integridad física o la vida del damnificado.

Este brevísimo paneo de casos de responsabilidad por accionar lícito del Estado sirve para demostrar la tremenda injusticia contenida en la ley 26.944, así como en el texto del anteproyecto de CCyC. La cortapisa respecto del lucro cesante implica en muchos casos un avasallamiento injustificable del derecho de propiedad, y en otros supuestos –los más importantes-, la afectación grave de derechos personalísimos de las víctimas, de modo que devendría notoriamente inconstitucional.

4) La manera de no llevar la responsabilidad estatal por actividad lícita, perjudicando el normal desenvolvimiento de sus funciones, no radica en restringir apriorísticamente los rubros indemnizables.

Por el contrario, una buena aplicación de la necesidad de demostrar la relación de causalidad –que no tiene por qué diferenciarse de la causalidad adecuada vigente para la actividad ilegítima-, alcanza para rechazar aquellos reclamos de “ganancias hipotéticas” o “valores afectivos” y “circunstancias de carácter personal” a que alude el art. 5 ley 26.944.

La causalidad inmediata implicaría también eliminar el lucro cesante –en sus diversas vertientes, como por ejemplo la citada incapacidad sobreviniente-, ya que el daño deriva del hecho (la actividad lícita) en su conexión con otro distinto (“...la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables...” –art. 1746 CCyC-).

La relación de causalidad adecuada es el cartabón que, aplicado como corresponde, ahuyenta todo temor a desmesuras del sistema indemnizatorio en cuestión.

III.H) Prescripción Liberatoria:

Estimo correctas las reglas previstas en la ley 26.944 tanto respecto a la responsabilidad del Estado, como la de sus funcionarios, así como la acción de repetición del primero contra el segundo. En efecto, es útil para los justiciables que el plazo sea el mismo que en los casos de responsabilidad de los particulares, pues facilita su conocimiento.

⁸³ Conviene dejar de lado el raro precedente “Lozano Gómez” (*Fallos* 315:968, de 1992), sobre el cual entiendo que debió rechazarse la demanda, básicamente porque el daño se compensaba sobradamente con el lucro obtenido por el reclamante través de la actividad estatal supuestamente dañosa (fundamento insinuado en la última oración del considerando 10° del voto minoritario).

⁸⁴ *Fallos* 318:38 (1995).

⁸⁵ *Fallos* 318:385 (1995).

III.I) Aplicación Subsidiaria del CCyC:

Como norma de cierre, conviene declarar que para todos los casos no previstos, serán de aplicación las reglas del CCyC, y ello es sumamente importante, a la vez que imprescindible. En efecto, hay muchísimas cuestiones para cuya solución no se puede sino acudir al derecho común, por la sencilla razón de que el derecho público no las ha regulado.

Así, y a título de ejemplo, las cuestiones atinentes a la prescripción liberatoria distintas a la mera fijación del plazo (comienzo del cómputo, interrupción o suspensión de su curso, etc.); las consecuencias de que la responsabilidad del Estado sea concurrente con la del funcionario; los requisitos y clases de daños resarcibles; los caracteres de la relación de causalidad; las eximentes de responsabilidad⁸⁶; las responsabilidades cuando el Estado brinda cierto servicios⁸⁷; etc.

No se me escapa que esta decisión que propongo seguramente despertará alguna objeción, sobretodo relacionada con la aplicación del principio de la reparación plena (art. 1740 CCyC), lo cual puede generar algunos inconvenientes o riesgos interpretativos, especialmente en materia de responsabilidad por actividad normativa lícita. Por lo tanto, y más allá de lo dicho con respecto a los daños resarcibles en esa rama de la responsabilidad estatal, se puede salvar la objeción estableciendo que la aplicación subsidiaria lo será siempre que la solución normativa sea compatible con los principios de derecho público aplicables.

III.J) Invitación a Adherir a las Municipalidades:

Si la responsabilidad estatal es materia propia del derecho público local, ello implica que todas las Municipalidades también podrían pretender dictar su propio régimen de responsabilidad. Para que eso no se convierta en un caos, no sólo por las posibles soluciones distintas de un lugar a otro, sino incluso porque la publicidad de las ordenanzas municipales dista mucho de ser adecuada, sería conveniente invitar a las Municipalidades a que adhieran a la ley provincial que se dicte.

A su vez, sería bueno que esas adhesiones se realicen aclarando que implica la aplicación de la norma, con las modificaciones que pueda sufrir por parte de la Provincia, sin necesidad de nuevas adhesiones, y hasta tanto se decida lo contrario.

La ley provincial también debería declarar aplicable la normativa en las Comisiones de Fomento.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN:

Formulo estas propuestas desde la humilde posición que me toca desempeñar como abogado litigante, con la finalidad de que quienes conocen el tema más profundamente el suscripto, las puedan tomar apenas como disparadores para pensar cada una de las

⁸⁶ Que, verbigracia, en materia de responsabilidad extracontractual por acto ilícito, no son solo el caso fortuito, el hecho de la víctima o de un tercero extraño, sino también la ausencia de falta de servicio (de acuerdo a los parámetros ya mencionados).

⁸⁷ Por ejemplo, la responsabilidad del depositario (arts. 1370/1375), la del transportista terrestre (arts. 1286, 1291/1293 y 1297), etc. El Estado bien se puede encontrar en esas situaciones. Por ejemplo, alojando a niños en albergues públicos, o desarrollando por sí mismo el transporte público de pasajeros (vgr. si se extingue una concesión).

hipótesis. Pero obviamente soy consciente de que seguramente se me han escapado aspectos o aristas importantes.

Referencias bibliográficas

- Andrada, A. D.; (2008). *Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos*. Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Andrada, A. D.: "El Acotado Alcance de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944", *Responsabilidad Civil y Seguros* (2017-III), p. 5.
- Arias Cau, E. J.: "Comentario a la Ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz". *Anales de Legislación Argentina* (2015-3) p. 198 y ss.
- Bustelo, E., (2015), "Responsabilidad del Estado"; en Cicero, N. K. (Dir.), *Legislación Usual Comentada — Derecho Administrativo*, T. II. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Cassagne, J. C.: "El Fundamento Constitucional de la Responsabilidad del Estado y su Regulación por el Código Civil o por Leyes Administrativas". *La Ley* (2014-C): p. 885 y ss.
- Cassagne, J. C., (2005), "Reflexiones sobre los Factores de Atribución en la Responsabilidad del Estado por la Actividad de la Administración", en *Estudios de Derecho Administrativo*, T. XII, Mendoza, Ed. Dike.
- Cassagne, J. C., (2007), en Cassagne, (Dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*; T. I. Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Correa, J. L.: "Reforma del CCCN y Ley de Responsabilidad del Estado. Asunción Iuspublicista de la Reparación de Daños Causados por el Estado. Consecuencia procesal en Mendoza: 'necesidad de agotar la vía administrativa para demandar extracontractualmente o contractualmente al Estado'". *La Ley Gran Cuyo* (2015): p. 119 y ss.
- Galdós, J. M.: "La Responsabilidad del Estado en la Ley 26.944 por el Daño Causado por las Cosas de su Propiedad". *Responsabilidad Civil y Seguros* (2014-XII): p. 20 y ss.
- Galdós, J. M. Y Valicenti, E.: "Daños Causados y Sufridos por Alumnos Menores de Edad Durante la Actividad Educativa", *La Ley* (2016-E), p. 727.
- Gordillo, A.; (2016). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. 4º -El Procedimiento Administrativo-. Buenos Aires, Ed. Fundación de Derecho Administrativo. Disponible en www.gordillo.com.
- Junyent Bas, F. A. Y Boretto, M.: "Nuevo Régimen de Responsabilidad del Estado", *La Ley* (2014-A), p. 796.
- Justo, J. B. Y Egea, F. M.: "La Responsabilidad del Estado en las Provincias. Lagunas Normativas y Oportunidades de Progreso Institucional". *La Ley* (2016-F): p. 924 y ss.
- López Mesa, M. J. Y Trigo Represas, F. A.; (2004). *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. IV, 1ª edición. Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Lowenrosen, F. I.: "¿Los Usuarios de los Servicios de Educación y Salud Pública Deben Ser Considerados Consumidores en los Términos de la Ley 24.240? Una forma de eliminar diferencias con quienes acceden a esos servicios prestados por el sector privado". *elDial.com*, (2016), cita DC2120.
- Mertehikian, E.; (2001). *La Responsabilidad Pública*. Buenos Aires, Ed. Ábaco.

- Perrino, P. E., (2004), "La Responsabilidad del Estado Ocasionada por el Riesgo o Vicio de las Cosas", en *Estudios de Derecho Administrativo*, T. XI, Mendoza, Ed. Dike.
- Pulvirenti, O. D.: "Ley de Responsabilidad del Estado en la Provincia de Chubut". *La Ley Patagonia* (2016-febrero): p. 20 y ss.
- Ramos Martínez, M. F.: "La Responsabilidad Extracontractual del Estado por su Conducta Ilegítima Desde el Derecho de Daños". *La Ley Online* cita AP/DOC/972/2015.
- Rodríguez Salto, P. D.: "Responsabilidad del Estado: Competencia Procesal y Normativa Aplicable en la Provincia de La Pampa". Boletín Informativo N° 57 de la Caja Forense de La Pampa y en *La Ley Patagonia* (2016-octubre): p. 2 y ss.
- Tanzi, S. Y. Y Fossaceca (H.), C. A.: "Análisis Crítico de la Ley de Responsabilidad Estatal". *Responsabilidad Civil y Seguros* (2016-IX): p. 21 y ss.