

Piaggio, Lucas A.

La responsabilidad del Estado

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Piaggio, L. A. (2012). La responsabilidad del Estado [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/responsabilidad-estado-lucas-piaggio.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

LUCAS A. PIAGGIO

1. Introducción: evolución y fundamentos de la responsabilidad del Estado

El tema de la responsabilidad del Estado ha sufrido importantes vaivenes a lo largo de la historia. Durante mucho tiempo, en base a teorías de sesgo absolutista y bajo la idea –de raíz griega– de soberanía (sin restricciones), se sostuvo el dogma de la irresponsabilidad del Estado, al sostenerse que el monarca o rey no podía causar perjuicios (“*The King can do no wrong*”). Tal escenario no cambió mucho con la Revolución Francesa, dado que simplemente se sustituyó la soberanía del rey por la soberanía del pueblo, que traducía la voluntad general, infalible e ilimitada¹.

Sin embargo, ya en el siglo XIX, y por impulso del derecho europeo continental y, en especial, de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés², el principio jurídico de la irresponsabilidad fue dejado de lado. A partir de entonces, se han esbozado diversas teorías tendientes a justificar la responsabilidad del Estado cuando su actuación genera un daño a un particular, ya sea por su obrar regular o ilegítimo.

El derecho argentino, por su parte, también ha registrado una interesante evolución en este campo y ha construido una teoría general de la responsabilidad estatal, en la cual mucho ha tenido que ver la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en un primer período se hizo eco del dogma de la irresponsabilidad del Estado³, para luego pasar a reconocer paulatinamente la responsabilidad estatal⁴.

1. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, ED 99-937 y ss., en especial p. 938.

2. A partir de sus precedentes “Blanco” y “Pelletier”, dicho organismo concibió pretorianamente la doctrina de la *faute de service*, que es uno de los pilares sobre los cuales se asentará luego la teoría de la responsabilidad del poder público, como veremos en el presente trabajo.

3. Como remarca Alejandro USLENGHI, esto se debió, por un lado, a que la irresponsabilidad de las personas jurídicas que fluía de una interpretación gramatical del anterior art. 43 del Código Civil era extendida también al Estado (regla excepcionada en los supuestos en que existieran leyes especiales que admitieran la responsabilidad estatal), y por otra parte a la dificultad de demandar al Gobierno Nacional ante la justicia federal, cuando aquel se comportaba como poder público, dado que –según la interpretación del Alto Tribunal– se requería para ello su expreso consentimiento (Cfr. “Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita”, en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público –Jornadas organizadas por la Universidad Austral–*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 49-58, en especial pp. 51-53).

4. Tal evolución jurisprudencial ha sido abordada, entre otros, en los siguientes trabajos: CASSAGNE, Juan C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público –Jornadas organizadas por la Universidad Austral–*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 29-47; USLENGHI, Alejandro, *op. cit.*, p. 50 y ss.).

La ausencia de normas que específicamente regularan la materia no ha impedido que se esbozaran teorías en el terreno doctrinario y jurisprudencial, que basaron el fundamento de la responsabilidad del Estado en principios de derecho público, fundamentalmente en los artículos 16 (igualdad ante las cargas públicas) y 17 (garantía de propiedad y la consiguiente reparación de todo sacrificio patrimonial impuesto por razones de interés público) de la Constitución Nacional⁵. Como ha expresado nuestra Corte Suprema, el fundamento del principio de que “nadie debe dañar a otro” encuentra quicio en las expresas previsiones de la Carta Magna⁶.

La postura que mayor adhesión ha tenido en nuestra doctrina autoral es la del profesor Miguel S. MARIENHOFF, para quien el fundamento de la responsabilidad del Estado no es otro que el “*Estado de Derecho*” y sus postulados, que no reconocen poderes jurídicos absolutos e ilimitados a favor del Estado. Considera el reconocido jurista que esos principios (como los citados en el párrafo anterior) resultan de la Ley Fundamental, de las generosas expresiones de su Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho (“no dañar a otro”, “dar a cada uno lo suyo”, etc.) que también integran nuestro ordenamiento jurídico. Resume su posición con estas sabias palabras: “La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propio del “*Estado de Derecho*”. No es concebible un Estado de Derecho “*irresponsable*”. Lo contrario implicaría un contrasentido. “Estado de Derecho” y “responsabilidad” son, en este orden de ideas, conceptos correlativos”⁷.

Tal sustento fundamental de la responsabilidad del Estado ha sido de todos modos complementado con la aplicación y exégesis de ciertas normas contenidas en el Código Civil (en particular, el art. 1112), a las cuales ha recurrido la Corte Suprema de Justicia de la Nación –a falta de ordenamientos de derecho público que regulen la cuestión– para justificar la procedencia de acciones indemnizatorias de los daños derivados de los “actos de imperio o autoridad”, es decir, de la actuación estatal dentro del campo *iuspublicista*⁸.

La trascendente reforma esbozada en el Proyecto de Código Civil y Comercial (en adelante, el “Proyecto”) elaborado en base al Anteproyecto redactado por la Comisión Reformadora creada por el Decreto 191/2011 (con algunas modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional), que recientemente ha sido elevado como proyecto de ley al Congreso de la Nación, introduce cambios sustanciales precisamente en el régimen del citado cuerpo normativo que ha servido de base para el reconocimiento pretoriano de la responsabilidad estatal. Nos proponemos, entonces, analizar el contenido de las previsiones del Proyecto que regulan esta materia, a fin de comprender las dimensiones y derivaciones de la modificación propuesta.

2. Los cambios introducidos al régimen del Código Civil

El Proyecto prevé en la Sección 9^a del Capítulo I del Título V, los “Supuestos especiales de responsabilidad”. Tras consagrar la responsabilidad de la persona jurídica en general⁹, encontramos

5. Cfr. CASSAGNE, Juan C., “Las grandes líneas...”, cit., p. 32.

6. Fallos 308:1160, refiriéndose concretamente a lo establecido en el art. 19 de la Ley Fundamental.

7. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 724 y ss.

8. Una vez superado el dogma de la irresponsabilidad estatal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pasó a fundar la responsabilidad del Estado (nacional, provincial y municipal) en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil (caso “Devoto”, de 1933 –Fallos 169:11–). A partir de 1938, con el fallo “Ferrocarril Oeste” (Fallos 182:5), comenzó una etapa (que se extiende hasta nuestros días) en que el art. 1112 de ese mismo ordenamiento pasó a ser el sustento positivo fundamental en esta materia. En aquel caso, el Alto Tribunal lo correlacionó con lo dispuesto en el ya citado art. 1113. Pero a partir del precedente “Vadell” (Fallos 306:2030), de 1984, el art. 1112 pasó a ser el fundamento exclusivo de la responsabilidad aquiliana estatal, en base a la idea objetiva de la *falta de servicio* –por acción o por omisión–, cuando el Estado cumple defectuosa o irregularmente las funciones que le son propias. Cabe sin embargo destacar que dicha norma es aplicada por el Máximo Tribunal en forma subsidiaria a esta cuestión del derecho administrativo.

9. Art. 1763: “La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones”.

un par de escuetas disposiciones que se refieren específicamente a lo atinente a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos, estableciéndose básica y directamente que tanto una como la otra se regirán por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda¹⁰. Tal idea queda reforzada con la expresa veda de la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones contenidas en el citado Título V (que versa sobre “Otras fuentes de las obligaciones” y que regula, por ende, lo referido a la responsabilidad civil en general), a todo lo atinente a la responsabilidad estatal¹¹.

Es interesante remarcar que el texto de estos artículos es el que surge de las modificaciones introducidas al Anteproyecto original por el Poder Ejecutivo Nacional, que si bien ha hecho muy pocos cambios al extenso trabajo de la distinguida Comisión Reformadora, sí ha decidido alterar este capítulo. Y no se trata de reformas cosméticas, sino de cambios sustanciales al régimen de la responsabilidad estatal. Por de pronto, el trabajo original de la citada junta de juristas partía del principio inverso: el Código Civil puede regular la temática de la responsabilidad estatal; y de hecho así lo hacía detalladamente (incluyendo, por ejemplo, la regulación de un supuesto especial, como la responsabilidad por actividad lícita) en los tres artículos que luego fueron sustituidos por órgano ejecutivo¹².

Una segunda observación que corresponde efectuar respecto de las previsiones *sub examine*, es que las mismas hacen claro deslinde entre la responsabilidad del Estado en sí mismo (art. 1765) y la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, por “[l]os hechos y las omisiones [...] en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas (art. 1766).

Tal separación no es incorrecta, y de hecho toda la teoría de la responsabilidad estatal se asienta sobre la prístina división entre ambas esferas de responsabilidad. Mas sí llama la atención que para caracterizar a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos se utilice exactamente la misma fórmula prevista en el actual art. 1112 del Código Civil¹³, precepto que para buena parte de la doctrina¹⁴ y de la jurisprudencia (incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵) es el fundamento normativo positivo de la responsabilidad de la persona jurídica estatal (y no de la res-

10. Art. 1764: “Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Art. 1765: “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 rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

11. Art. 1766: “Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria”.

12. A continuación, transcribimos la redacción original de estos artículos del Anteproyecto.

Art. 1764: “Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. Según surge de los “Fundamentos” del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, expuestos por la Comisión Reformadora, dicho texto fue tomado de la doctrina judicial que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 321:1124).

Art. 1765: “Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables 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”.

Art. 1766: “Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad solo 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”.

13. Art. 1112: “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, son comprendidos en las disposiciones de este título”. Dicho título es el Título 9 del Libro Segundo, en la Sección Segunda, del Código Civil, denominado *De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delito*.

14. Entre otros, Juan C. CASSAGNE opina que el art. 1112 nada tiene que ver con la responsabilidad del agente público (“En torno...”, cit., p. 941).

15. Ver nota 8.

ponsabilidad individual o personal de sus agentes¹⁶). Dicho de otro modo, parecería que el Proyecto estaría reivindicando y dando la razón, casi un siglo después, al padre del derecho administrativo en nuestro país, Rafael BIELSA, para quien el citado precepto consagra la responsabilidad personal de los funcionarios, y no la del Estado¹⁷.

De todos modos, lo realmente gravitante es que a pesar del título de la Sección en que se encuentran insertas estas previsiones, en rigor ya no se está buscando regular a la responsabilidad del Estado como si fuera una “responsabilidad especial” del derecho civil, tal como era abordada en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1998, precisamente a fin de mantener la pretendida unidad del derecho de daños¹⁸. Por el contrario, se está pretendiendo excluir del ámbito del Código Civil y Comercial a la responsabilidad estatal, pretendiéndose que esta pase a estar exclusivamente gobernada por las normas sustantivas de derecho público nacional o local que regulen la cuestión, en la respectiva órbita.

En consecuencia, de sancionarse el Proyecto la responsabilidad estatal ya no se encontrará consagrada –como hasta ahora– en forma general en el Código Civil, por cuanto aquel documento no contiene una disposición similar o asimilable al mencionado artículo 1112, que quedará derogado. Por el contrario, las normas *sub examine* remiten directamente a lo que al respecto establezca la normativa nacional o local (según corresponda) dictada o que en el futuro se dicte; más aún, establecen

16. Actualmente, los empleados o funcionarios públicos eventualmente pueden llegar a responder frente al damnificado, no en base al artículo 1112 del Código Civil sino por su “falta personal” (regulada en el artículo 1109 del citado ordenamiento), que existe solamente cuando los hechos reprochados a tales agentes se aparten de lo que puede considerarse atinente al servicio, incluso en su funcionamiento defectuoso (Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 312). Como precisa Eduardo MERTEHIKIAN, para que proceda la responsabilidad del Estado por la doctrina de la falta de servicio (art. 1112 del Cód. Civ.), es suficiente con establecer que los daños han sido provocados por la actuación de un órgano del Estado en ejercicio real o aparente de la competencia conferida por el ordenamiento jurídico, en el sentido de que es necesario que dicho daño hubiese sido 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), con independencia de la esfera subjetiva de su autor. “En todo lo que excediese de ese ámbito, la responsabilidad recaerá, exclusivamente, en cabeza del funcionario y no en la organización de la que forma parte” (“Apuntes sobre la *falta de servicio* como fundamento de la responsabilidad del Estado – Administración en el derecho argentino”, en la obra conjunta *La primacía de la persona - Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 951-959).

17. Cfr. “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, JA, t. 43, p. 417. Su opinión ha venido siendo seguida hasta nuestros días por numerosos autores de prestigio, tanto en el campo del derecho civil (Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, T. IV-B, p. 113 y ss. y *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, T. II-B, comentario al Art. 1112, p. 449; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, T. II, p. 486 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y acordado*; dirigido por Augusto C. Belluscio, coordinado por Eduardo A. Zannoni, comentario al Art. 1112, Astrea, Buenos Aires, 1984, T. 5, pp. 403-421; GUSTAVINO, Elías P., “Responsabilidad del funcionario y de la Administración”, ED 116-398; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 472 y ss.; CAZEAUX, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, 1996, T. V, p. 736 y ss.; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones*, Astrea, 1997, p. 652; entre otros.) como del derecho administrativo (Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T.E.A., Buenos Aires, 1951, t. III, pp. 543 y ss.; MARIENHOFF, op. cit., 1974, t. III-B, pp. 381 y ss.; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, t. V, p. 122 y ss.; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 872 y ss.; y VÁZQUEZ, Adolfo R., *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, Buenos Aires, Ábaco, 1990, p. 324 y ss.). Por su parte, y más cercano en el tiempo, Agustín GORDILLO señala que por más que se utilice el art. 1112 para responsabilizar indirectamente al Estado, no dejará esa norma “de seguir teniendo su significación propia e indiscutible de responsabilidad de los funcionarios públicos” (*Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. II., p. XVI-30).

18. El artículo 1675 de aquella proyectada reforma establecía lo siguiente: “Con los alcances del artículo anterior [que afirmaba que las personas jurídicas responden por los hechos de quienes las dirigen o administran, realizados en ejercicio o con ocasión de sus funciones], el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios y empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor”. Dicho texto evocaba evidentemente la regla del art. 1112 del Código Civil y la doctrina de la falta de servicio, a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema hasta ese entonces (cfr. USLENGHI, Alejandro, op. cit., pp. 57-58).

expresamente la inaplicabilidad a la responsabilidad estatal de las disposiciones del Código Civil y Comercial que regulan responsabilidad patrimonial en general.

Por un lado, el Proyecto hace lugar a un viejo reclamo de gran parte de nuestra doctrina científica, que reivindica para las provincias la competencia para regular la cuestión atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁹. Para tal sector, que se enrola mayoritariamente en la consideración del artículo 1112 del Código Civil como una norma de derecho público²⁰, y –por tanto– razonablemente debería considerar que es una previsión disponible por las provincias dado que podrían legislar esta materia de manera diferente a la regulada en aquel precepto²¹, no debería causar alarma una reforma como la que motiva el presente comentario, que directamente elimina de la faz jurídica la regla consagrada en aquel precepto.

También podría suponerse que se está siguiendo el camino trazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en su actual integración) en el fallo “Barreto”²², en el cual se estableció –ante una demanda fundada en el art. 1112 del Código Civil– que para dirimir la responsabilidad del Estado (en ese caso, una provincia) por su actuación en el ámbito del derecho público, corresponde examinar esta última materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y es de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales (arts. 121 y ccds., Const. Nac.), y que, además, encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado²³. Sin embargo,

19. Por todos estos autores, cabe citar estas palabras de Miguel S. MARIENHOFF: “Todo lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando este haya desarrollado o ejercido su específica calidad de Estado, o sea cuando este haya actuado en la esfera del derecho público, constituye un poder no delegado por las provincias al Gobierno Federal, pues integra el *derecho administrativo*, que es un derecho local, y a cuyo respecto las provincias conservan sus poderes de legislación”. También sostuvo, sin embargo, que en el caso de que la respectiva provincia no hubiere sancionado un texto estableciendo alguna cuestión atinente a dicha materia, podrá “recurriarse a la aplicación *subsidiaria* de los preceptos del Código Civil. Mas si la provincia hubiere sancionado dicho texto, deberá aplicarse este y no otro” (*Op. cit.*, t. IV, p. 852).

20. Entre otros autores, Juan C. CASSAGNE sostiene que tal disposición, no obstante su ubicación en el Código Civil, configura una norma de derecho público que recoge la noción francesa de la “falta de servicio” como factor objetivo de atribución de responsabilidad estatal (Cfr. *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 285.). En nuestra opinión, el art. 1112 del Código Civil es una previsión de derecho público, de carácter federal (no obstante su ubicación en un Código de derecho común), que desarrolla normativamente el instituto general del derecho de la responsabilidad de la persona jurídica en lo que respecta al Estado Nacional y sus reparticiones públicas y a su actuación en el campo de la función pública. Así, se trata de un precepto que regula en forma “directa” y específica la responsabilidad de las personas jurídicas estatales nacionales, y al cual se puede eventualmente recurrir –a falta de regulación local en esta materia– en forma “anológica” para resolver los casos de responsabilidad extracontractual de las provincias y los municipios, por su actuación en el campo del derecho público (puesto que su actuaciones en el ámbito contractual o, en el general, en relaciones jurídicas regidas por el derecho privado, se rige en forma directa por las previsiones contenidas en los Códigos Civil y Comercial).

21. Cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 99.

22. Fallos 329:759. La doctrina judicial sentada en dicha causa ha sido reiterada por el Alto Tribunal en ulteriores pronunciamientos en los que se atribuía responsabilidad extracontractual al Estado local por diversas razones, tales como los daños y perjuicios causados por el ejercicio de funciones administrativas (“Krinsky, Dina Ruth c. Río Negro, Provincia de s/daños y perjuicios”, Fallos 329:1311), por el ejercicio del poder de policía de seguridad (“Aguilar, Patricia Marcela c. Rey, Héctor y otra -Provincia de Buenos Aires- s/daños y perjuicios”, 30/05/2006), de salud (“Ledesma, Luis c. Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios”, 11/7/2006 –LLLitoral, 2005-581–) y ambiental (“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios [daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo]”, 20/06/2006 –LA LEY, 2006-D, 88–); por los servicios penitenciarios locales (“Blackie, Paula Yanina y otros c. Córdoba, Provincia de s/daños y perjuicios”, 8/08/2006 –La Ley Online–), entre otros.

23. Considerando 10, con cita de MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, segunda edición actualizada, t. IV, nros. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, Primera Parte, Capítulo IV, pp. 82, 83, Segunda Parte, Capítulo I, pp. 1103, 1112, 1113, 1131; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 427. Esta idea fue completada en un fallo posterior de la Corte Suprema, dictado en la causa “Securfin c/Santa Fe” (Fallos 330:3447), en el que se estableció que para examinar la responsabilidad de la provincia demandada por los daños generados por errores cometidos por su Registro de la Propiedad Inmueble, debía estudiarse el régimen jurídico administrativo local que determina la organización, funcionamiento y sedes territoriales de registros de la propiedad, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades (leyes 4484, 6435 y su reglamentación, entre otras); cuestiones –todas ellas– cuya regulación, según el Máximo Tribunal, pertenece al campo del derecho administrativo local.

en este precedente se partió, como fundamento positivo de la pretensión resarcitoria derivada de la responsabilidad estatal, del art. 1112 del Código Civil (que en el Proyecto desaparece). Y el reenvío que allí se hizo al ámbito del derecho público local era con relación a la regulación de la función administrativa cuyo ejercicio defectuoso generó un daño, y no respecto del régimen de responsabilidad derivado de ese accionar lesivo.

En rigor, pensamos que la postura que realmente se ha recogido en el Proyecto es la de la profesora Graciela REIRIZ, quien desde hace algunas décadas viene advirtiendo que el Congreso Nacional carece de competencia delegada por las provincias para regular cuestiones de derecho administrativo (como la responsabilidad estatal), que es local; y que si bien puede regular la responsabilidad del Estado Nacional, metodológicamente no resulta acertado que normas federales, sobre esta cuestión, aparezcan mezcladas en un *corpus* de derecho común²⁴. Cabe destacar que esta línea de pensamiento fue seguida por otros autores, que también han reconocido y propiciado que las legislaturas provinciales y el Congreso Nacional sancionen leyes, cada uno en su órbita, sobre la cuestión bajo examen²⁵.

3. Nuestra opinión sobre la reforma proyectada

Debemos empezar diciendo que el Proyecto parte de un presupuesto correcto: la responsabilidad estatal es un capítulo perteneciente al ámbito del derecho público de carácter sustantivo²⁶; como tal debe ser regulado por la Nación y las provincias, mediante leyes federales y de derecho público local, en sus respectivas esferas. Tales regulaciones no hacen más que desarrollar normativamente el instituto general del derecho²⁷ de la responsabilidad de las personas jurídicas²⁸, recogido en el Código Civil (por una razón histórica, y no por una necesidad jurídica²⁹) y que también contempla

24. *Op. cit.*, p. 226. En igual sentido, CNACAF, Sala IV, “Amiano”, *cit.*, voto del Dr. Alejandro Uslenghi.

25. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, “Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado”, JA 1996-IV, pp. 793 y ss., en especial, p. 793; y PERRINO, Pablo, “Los factores de atribución de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita”, en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público –Jornadas organizadas por la Universidad Austral–*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 59-75, en especial p. 69.

26. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, p. 762.

27. El “instituto general del derecho” es una categoría a la que ha recurrido el Máximo Tribunal en la causa “Filcrosa” (Fallos 326:3899, consid. 6°), y a la que –a falta de su definición pretoriana en el citado precedente– en un trabajo anterior nos hemos atrevido a caracterizar como aquella que reúne a las “...figuras jurídicas fundamentales, que se encuentran presentes tanto en el derecho público como en el privado, ya sea porque constituyen una derivación directa de principios o derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, o bien porque son enunciados inmediatos de la lógica jurídica más elemental. Desde esta óptica, el listado de institutos generales del derecho no podría dejar de contener a los “principios generales del derecho” ni a aquellas teorías fundamentales que, aun sin reconocimiento legal expreso, han venido siendo reconocidas y aplicadas por el derecho judicial” (CARSOGLIO, Lucila y PIAGGIO, Lucas, “Prescripción en materia tributaria local: un debate no cerrado por el fallo “Filcrosa”, *Jurisprudencia Argentina*, 2008-I, Fascículo 6, 6/2/08, pp. 24 y ss., especialmente p. 31).

28. El principio general de la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños ocasionados por sus directivos, administrativos, dependientes y las cosas de su propiedad, constituye –a nuestro modo de ver– un “instituto general del derecho”, puesto que hace a la lógica jurídica más básica que, por imperio del principio troncal del derecho “*alterum non laedere*” (regla ha sido consagrada como garantía constitucional en el art. 19 de la Const. Nac.; cfr. Fallos 308:1160), esto deba ser así (cfr. CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 233), por más que en algún momento nuestro ordenamiento jurídico positivo (art. 43 del Cód. Civ., antes de la Ley 17.711) haya consagrado la regla contraria, felizmente alterada en la reforma de 1968.

29. En nuestro país la codificación del derecho común precedió a la sanción de leyes de derecho público; de ahí que los principios generales del derecho y, en general, los institutos jurídicos generales (comunes al derecho público y al privado) hayan sido originariamente receptados en los Códigos sancionados por el Congreso Federal en ejercicio de la atribución contenida en el art. 75, inc. 12, de la Ley Fundamental. En consecuencia, carecía de sentido que las legislaciones *iuspublicistas* que se fueron sancionando con posterioridad contuvieran una descripción general de los institutos jurídicos generales (como la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas) cuando ella ya emerge del Código Civil (cfr. CARSOGLIO, Lucila y PIAGGIO, Lucas, *op. cit.*, p. 30, con cita de CASSAGNE, Juan C., “El contrato administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 72).

el Proyecto; en este caso, se trata de personas jurídicas públicas y de su actuación en el campo del derecho público, de la cual se pueden derivar daños que deben ser resarcidos de conformidad con las leyes federales y provinciales que se dicten desarrollando aquel instituto jurídico general.

También en el referido código hallamos una regulación detallada del instituto general de la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin embargo, esa normativa únicamente les cabe –al menos en forma directa– a las personas jurídicas privadas o, más precisamente, a las personas jurídicas que actúen en el ámbito del derecho privado³⁰. En cambio, la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas estatales por su accionar en el ámbito del derecho público es del resorte de cada jurisdicción, nacional y local (en sus respectivas órbitas), pues forma parte de su derecho público.

En suma, el principio fundamental establecido en el Código Civil como instituto general de derecho, es que las personas jurídicas deben responder por los daños ocasionados por quienes la dirijan o administren, o bien por sus dependientes o las cosas de su propiedad. Esta máxima se violentaría o desvirtuaría si alguna provincia dispusiera la irresponsabilidad de las personas jurídicas públicas. Superado este obstáculo –que debe ser respetado por las regulaciones de derecho tanto privado como público–, nada obsta a que las provincias desarrollen normativamente el instituto de la responsabilidad estatal (v. gr. regulando los presupuestos para que se configure, el alcance del resarcimiento, etc.), a nivel local³¹.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, debemos preguntarnos ahora si nuestro ordenamiento jurídico está actualmente preparado para asimilar una reforma de semejante envergadura. En otras palabras, el interrogante es el siguiente: ¿las regulaciones nacionales o provinciales vigentes y aplicables en materias de responsabilidad estatal, a las que el Proyecto nos encomienda, alcanzan a suplir o compensar la futura ausencia de una previsión omnicompreensiva de la responsabilidad extracontractual estatal (nacional, provincial y municipal) en el ámbito del derecho público, como es –según la jurisprudencia de la Corte Federal– la contenida en el actual artículo 1112 del Código Civil (que desaparecerá en forma inmediata de aprobarse el citado Proyecto)?

A poco que se estudie el tema, se advierte que tanto en uno como en otro orden no existe una ley que regule de manera orgánica esta temática³²; al menos no con los alcances generales que se desprenden de la noción de *falta de servicio*, receptada en la citada norma del Código de Vélez Sarsfield como presupuesto para la configuración de la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

A nivel nacional, la responsabilidad patrimonial estatal está regulada en normas federales aisladas y especiales³³, que no cubren en forma genérica el fenómeno de la responsabilidad extracontractual derivado de la actuación ilícita del Estado Nacional. Desde hace tiempo se viene reclamando una regulación orgánica de esta materia por parte del legislador nacional (que tendría el carácter de derecho federal³⁴), a fin de despejar las dificultades existentes al momento de determinar la configu-

30. Esta aclaración encuentra explicación en que las personas jurídicas estatales pueden también actuar en el ámbito del derecho privado. Y la responsabilidad derivada de la actuación estatal en tal esfera (v. gr. gestión de bienes del dominio privado del Estado o los actos de comercio de bancos públicos), siempre se ha comprendido gobernada directamente por el derecho civil o comercial (legislación emanada del Congreso Nacional en ejercicio de la competencia asignada en el art. 75, inc. 12, de la Const. Nac.), siendo una situación extraña al derecho administrativo (Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pp. 761-762; CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno...”, *cit.*, pp. 937 y 939; GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 794; PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 69).

31. Ya hemos expuesto esta idea en un trabajo anterior: CARSOGLIO, Lucila y PIAGGIO, Lucas, *op. cit.*, p. 35.

32. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 798.

33. Cfr. PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 68. Tal autor ofrece, entre otros ejemplos de normas federales, los de la Ley 19.501, modificada por la Ley 22.511, que establece el régimen resarcitorio para el personal de las Fuerzas Armadas; la Ley 21.499, regulatoria del instituto de la expropiación por causa de utilidad pública; la Ley 24.403, que establece un resarcimiento para las personas privadas de su libertad durante la vigencia del estado de sitio impuesto por el último gobierno militar; etc.

34. El derecho federal se define en buena medida por exclusión, dado que está conformado por todas aquellas normas nacionales emanadas de las autoridades de la Nación, que no son leyes de derecho común (art. 75, inc. 12, Const. Nac.) ni de carácter local, sancionadas para la Capital Federal, los territorios nacionales y aquellos lugares que están sujetos a la jurisdicción nacional (art. 75, incs. 15 y 30, Const. Nac.).

ración de los presupuestos que permiten tener por acreditada la responsabilidad estatal y el alcance de la indemnización³⁵. Pero poco –y nada– se ha avanzado en ese sentido.

En el plano provincial el panorama no es menos muy distinto, dado que si bien son numerosas las normas de derecho público local de jerarquía constitucional³⁶ e infraconstitucional³⁷ que regulan diversos aspectos de la responsabilidad estatal, no dejan de ser regulaciones parciales que no alcanzan a abrazar en su totalidad el instituto jurídico que nos convoca.

Por cierto, en ausencia de normas específicas de derecho administrativo que regulen tal cuestión, siempre debería quedar expedita la aplicación de otros preceptos del Código Civil y de la legislación civil en general³⁸. Ahora bien, dos problemas se plantearían en este escenario. En primer lugar, ya hemos visto que el art. 1764 del Proyecto veda expresamente la aplicación “directa” o “subsidiaria” de las disposiciones contenidas en el Título que regula la responsabilidad en general, a todo lo atinente a la responsabilidad estatal³⁹. Por otro lado, y suponiendo que todavía subsista como último recurso la vía de la “analogía”⁴⁰, el ordenamiento civil, aun forzando la adaptación a las peculiaridades del derecho público que habilita el método analógico, poca ayuda podrá ofrecer en materia de responsabilidad estatal sin un precepto del tenor del art. 1112.

Con relación a esto último, es dable afirmar que recaer en la responsabilidad indirecta y subjetiva de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, cuyas reglas y principios se mantienen en el Proyecto *sub examine*⁴¹, trae aparejado, entre otros inconvenientes, la necesidad de forzar la figura

35. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 799.

36. Contemplan en genérica el deber estatal de reparar las constituciones provinciales de Misiones (art. 80), Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5°), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 48), Chaco (art. 72), Río Negro (art. 55), Formosa (art. 25) y Tierra del Fuego (art. 188). Por su parte, encontramos disposiciones sobre responsabilidad por error judicial las cartas magnas de Córdoba (art. 42, párrafo 2°), Chaco (art. 24), Chubut (art. 28), Formosa (art. 22), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 11), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro (art. 19), Salta (art. 5°), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art. 9°, párrafo 6°) y Tierra del Fuego (art. 40).

37. Del estudio efectuado por Pablo PERRINO, surgen los siguientes ejemplos de normas de la provincia de Buenos Aires regulatorias de ciertos aspectos de la responsabilidad estatal: A- Leyes sobre contrataciones administrativas: a) Ley 6.021 (t.o. 1996) de Obras Públicas, arts. 62, 64 inciso b; b) Ley 9.254, Concesión de obras públicas provinciales, (art. 9, incs. a y c) y Ley 9.645, Concesión de obras públicas municipales (art. 11, incs. a y b; y c) Decreto 3.300/72, Reglamento de contrataciones (art. 71). B- Empleo público: a) Ley 11.757, Estatuto del empleado municipal (art. 9, inc. b.2, último párrafo, y 24); b) Ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30); y c) Decreto-Ley 9.550 (t.o. 1995), del personal de la policía bonaerense (art. 116, inc. e). C- Leyes sobre limitaciones administrativas a la propiedad: a) Ley 5.708 (t.o. 1986), que regula la ocupación temporánea y expropiación por causa de utilidad pública (arts. 8-16); y b) Ley 8.398 de servidumbre administrativa de electroducto (arts. 11 y 12). D- Normas legislativas sobre responsabilidad estatal por error judicial: a) Ley 8.132; y b) art. 477 del Código Procesal Penal (Op. cit., p. 69, nota 60). También puede citarse el ejemplo de la Ley 7658 de la provincia de Santa Fe.

38. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 795.

39. Esta prohibición es diametralmente opuesta a la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia, plasmada en el leading case “Barreto” (con cita de FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, primera parte, p. 92 y ss.; y de Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231): “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...” (consid. 12).

40. En el art. 2° del Anteproyecto se hace referencia al recurso de las leyes análogas como criterio de interpretación normativa (“*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*”).

41. El art. 1753 del Anteproyecto sería el equivalente del 1113 del Código actual. Establece: “*Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas...*”. Por su parte, a pesar de la inexistencia en el Anteproyecto de una previsión igual a la del art. 1109 del Código Civil, puede decirse que se mantiene la culpa como principal factor de atribución de la responsabilidad civil, en ciertas previsiones (v. gr. Art. 1721: “*Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa*”; y Art. 1724: “*Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación*”).

del *dominus* o patrón (cuando en rigor los funcionarios y agentes públicos son órganos que expresan directamente la voluntad estatal⁴²) y de tener que individualizar al autor del daño y demostrar su obrar culpable o doloso, para solo así responsabilizar indirectamente al Estado. No es lo mismo fundar la responsabilidad directa del Estado en base una noción objetiva como la “falta de servicio”⁴³, que atribuirle una responsabilidad indirecta y de naturaleza subjetiva, lo cual obligará a la víctima de los daños causados por la estructura estatal a acreditar la culpa o dolo del agente interviniente⁴⁴, quien deberá ser previamente identificado para que responda la persona jurídica estatal de la que supuestamente depende⁴⁵.

Ciertamente, quedará como remedio *in extremis* la doctrina que surge de los actuales artículos 625 y 630⁴⁶ del Código Civil, que son aplicables a la conducta estatal y se conectan en cierto modo con la idea de la falta de servicio⁴⁷, y que también perdurarían en el nuevo Código unificado⁴⁸. Sin embargo, tampoco parece suficiente tal doctrina si no se la vincula y complementa precisamente con un precepto que consagre expresamente la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

4. Reflexiones finales

Si bien estamos ante una reforma que en esta materia va en la dirección adecuada, al reconocer implícitamente el Proyecto el carácter de derecho público de la regulación sustantiva de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación en ese campo del derecho, no podemos dejar de advertir y lamentar que a nivel federal y provincial el ordenamiento jurídico no está actualmente lo suficientemente desarrollado como para servir de sustento jurídico para las diversas situaciones que pueden presentarse en la temática bajo examen. Y este escenario se agrava al establecer el Proyecto la inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial que regularán el régimen de la responsabilidad patrimonial.

y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”).

42. Como bien dice la Corte Suprema *in re* “Vadell” (citado en nota 8), “...no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (consid. 6°).

43. La doctrina de la *faute de service* hace hincapié en el dato objetivo del incumplimiento o cumplimiento irregular o defectuoso del servicio (entendido en sentido amplio, como sistema o función administrativa) o de una obligación legal del Estado. Cabe destacar que cierto sector de la doctrina sostiene que la noción de falta de servicio entraña un factor de atribución que no deja de tener naturaleza subjetiva, aunque de distinta naturaleza que la culpa o dolo del derecho civil, porque no es necesaria la identificación del autor material del daño, sino que es el servicio en su totalidad el que, funcionando irregularmente, produce el daño (Cfr. REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, en la obra colectiva *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pp. 220-229, en especial p. 226).

44. Cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad...*, cit., p. 73.

45. Es interesante remarcar que de los propios “Fundamentos” del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, expuestos por la Comisión Reformadora, surge que el Estado debe responder por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, “sin que sea necesario identificar a su autor”, pues “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”. Recordemos, sin embargo, que el texto original de los artículos de dicho Anteproyecto referidos a la responsabilidad estatal han sido sustituidos por el Poder Ejecutivo.

46. Como señala la Corte Suprema en “Ferrocaril Oeste”, la doctrina que surge de estos dos artículos es que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (5° párrafo de los considerandos).

47. Cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad...*, cit., p. 67.

48. A grandes rasgos, puede decirse que los arts. 775 a 777 del Anteproyecto consagran una doctrina similar a la que emana de los actuales arts. 625 y 630.

No se nos escapa que lo verdaderamente importante en esta cuestión, habida cuenta de su fundamento constitucional y en principios generales de derecho público, no es si la responsabilidad del Estado se sustenta o no en un precepto positivo del Código Civil⁴⁹. Lo que en definitiva trasciende a cualquier disquisición normativa es que este instituto está en la raíz de nuestro Estado de Derecho, y se encuentra apoyado en derechos y garantías que nuestra Constitución Nacional reconoce y en principios jurídicos capitales.

Con todo, en términos de seguridad jurídica siempre es preferible que el ordenamiento infraconstitucional esté orgánicamente preparado para receptor y dar respuesta adecuada a un instituto tan importante como el de la responsabilidad del Estado. Quedarnos sin el debido sustento legal en esta materia, al menos hasta que a nivel nacional y provincial se la desarrolle y complete reglamentariamente, representa un retroceso normativo que –por lo menos durante esa transición– nos retrotrae, quizás, a etapas iniciales de la evolución jurisprudencial, perdiendo buena parte del terreno ganado desde la superación del dogma de la irresponsabilidad estatal. O nos deja en un escenario aún peor, dado que en aquel momento había, al menos, elementos normativos positivos inmediatamente disponibles –vía directa, analógica o subsidiaria– para avanzar rápidamente en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, que es lo que finalmente terminó ocurriendo.

En suma, de cara al inminente tratamiento parlamentario del Proyecto, sería prudente que más allá del reenvío a la legislación nacional y provincial en materia de responsabilidad del Estado, se mantenga una previsión como la del actual art. 1112 del Código Civil, dado que por más que sea una norma nacional y –a nuestro criterio– de carácter federal (que quedaría inserta en un código de derecho común)⁵⁰, siempre es preferible tener consagrada la responsabilidad estatal en una previsión normativa positiva que contemple la generalidad de los supuestos que puede abarcar la actuación ilegítima del Estado. Paralelamente, y vinculado con lo anterior, debería eliminarse la prohibición de la aplicación directa o subsidiaria de las normas del Código Civil, para que pueda acudir eventualmente a la noción de la *falta de servicio* receptada en aquella previsión, ante la eventual ausencia de regulación federal o provincial de alguna situación de responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación en el campo del derecho público. De todos modos, y a todo evento, siempre se podría recurrir a aquel precepto por la vía de la analogía⁵¹.

A partir de allí, bienvenido sea todo desarrollo normativo que las provincias y la propia Nación lleven a cabo para regular todos los supuestos generales y especiales de responsabilidad estatal (incluyendo la responsabilidad por omisión, actividad lícita, actividad judicial, etc.) en sus respectivas órbitas. En tal sentido, el futuro Código Civil y Comercial, al estar sustentado en una sana lectura constitucional de nuestro régimen federal, será una plausible invitación a que aquellas avancen regulatoriamente en esta materia.

49. Cfr. CASSAGNE, Juan C., “Las grandes líneas...”, *cit.*, p. 35. Según este autor, lo realmente importante son dos cosas: a) reconocer que se trata de una responsabilidad directa fundada en principios de Derecho Público (artículos 16 y 17 de la Const. Nac.); y b) aceptar que la culpa se excluye como factor de atribución sustituyéndolo por la figura de la falta de servicio originada en su funcionamiento irregular o defectuoso.

50. Ver nota 20.

51. Como sostiene la profesora Graciela REIRIZ, frente a un “caso administrativo no previsto” existe la posibilidad de recurrir, en primer lugar, a la aplicación analógica de normas administrativas, principios generales del derecho administrativo o principios generales del derecho. Puede ocurrir, así, que la norma a aplicar no esté estrictamente en la ley que rija específicamente la materia a resolver, sino en otras normas del derecho administrativo (cfr. *op. cit.*, p. 221). En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que si correspondiera recurrir el método de la analogía por ausencia de normas derecho público que regulen específicamente el caso a resolver, la búsqueda debería desembocar primeramente en normas del derecho público, y no en el derecho privado (CSJN, “Motor Once S. A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 9/9/89, Fallos 312:649; punto IV del dictamen de la procuradora fiscal, al cual adhirió el Tribunal; y “El Jacarandá S. A. c/Estado Nacional”, 28/7/05, Fallos 328:2654, considerandos 10 y 11 del voto de la Dra. Highton de Nolasco). Pues bien, siendo el actual art. 1112 del Código Civil una norma de derecho público (aunque de carácter federal), sería aplicable analógicamente a casos de responsabilidad provincial y municipal regidos por el derecho público local, cuando no haya una norma expresa que responsabilice a la persona jurídica provincial o municipal por su actuación ilegítima en ese ámbito.