



## Responsabilidad del Estado. Apuntes sobre la tensión constitucional que genera el proyecto de reforma, actualización y unificación del Código Civil y el Comercial.

*Por Alberto Biglieri*

Abogado, UNLZ.  
MBA Universidad de Baltimore.  
[albertobiglieri@yahoo.com.ar](mailto:albertobiglieri@yahoo.com.ar)



### Introducción

El Decreto 191 del 23/2/2011, creó la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

El producto elaborado por la Comisión, integrada por Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, regulaba la responsabilidad del Estado y sus funcionarios o empleados públicos en los artículos 1764 a 1766 del mencionado proyecto, en los que se dedicaba esencialmente a tratar las alternativas de la responsabilidad pública extracontractual, la emergente del accionar lícito del Estado y sus omisiones.

### 1. El proyecto original de la comisión redactora

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".

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

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*".

De estas líneas se debe resaltar que la intención de la Comisión estaba centrada en dejar establecidos, en el marco de la norma genérica del derecho privado común, una serie de principios:

La responsabilidad objetiva por falta de servicio (actuar ilegítimo). Se proyectó dejar de lado la exigencia de identificar al autor del hecho dañoso.

En la misma línea, se pretendía que para: "... establecer dicha responsabilidad, debía tenerse en cuenta para ello 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, lo que recepta de esa manera también la jurisprudencia de nuestra CSJN relativa a las "relaciones de especial sujeción" a las que acude dicho Tribunal a los fines de establecer o graduar la responsabilidad del Estado."<sup>1</sup>

También pretende imponer la noción de responsabilidad por actividad lícita con la limitación de resarcir únicamente el daño emergente y solo eventualmente las inversiones no amortizadas en los supuestos de que la decisión vaya en detrimento del desarrollo de la actividad. Esta idea toma, o pretendía tomar, un camino claro en referencia - y alternativa - a la sinuosidad que la CSJ ha establecido a lo largo del tiempo en este tipo de controversias.

Por último, se proyectó la atribución concurrente de la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos con el Estado ante los supuestos de daños causados por acciones u omisiones que se produzcan irregularmente en el ejercicio de sus funciones.

## 2. El Poder Ejecutivo Nacional, Proyecto de envío al Congreso

A su turno, el PEN recibió el proyecto elaborado por la Comisión, cuyos miembros tienen una carrera académica

1. CARDACCI MENDEZ, Ariel. en ERREIUS : "*La responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*"

y profesional brillante aunque con poca orientación al derecho público, y lo corrigió modificando los artículos que transcribimos al principio de esta manera:

Art. 1764 - "*Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*".

Art. 1765 - "*Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*".

Art. 1766 - "*Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*".

A mi entender se ha corregido correctamente el texto propuesto, pues nos encontramos ante una cuestión atinente a la distribución de competencias constitucionales.

No obstante, vale la pena reparar y profundizar en este estudio<sup>2</sup> pues, como lo desarrollaré en el punto siguiente, no comparto la inclusión de la Responsabilidad Pública en el Proyecto de Unificación, no empece a que se prepare un proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado Federal<sup>3</sup>, que impulsará un nuevo debate, ahora sí, sobre el fondo de la cuestión.

Como puede apreciarse, se ha eliminado toda la regulación relativa a la responsabilidad objetiva, directa, por actividad lícita y la concurrente con los funcionarios públicos declarando la "inaplicabilidad" de las normas de este título a la responsabilidad del Estado, ya sea directa o subsidiariamente, y se hace una remisión completa a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

La postura del proyecto reformulado por el Ejecutivo de remitir a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda no es novedosa, y fue esbozada, en principio, por los dictámenes de la entonces Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema, doctora Graciela Reiriz, y finalmente receptada por la CSJ en el caso "Barreto" al entender en una supuesta "falta de servicio" consistente en el comportamiento irregular del personal de la policía de la Provincia en la realización de la tarea de prevención de delitos, donde consideró que debía abandonarse la generalizada calificación del concepto de "causa civil" que venía aplicando a partir del fallo "De Gandía" del año 1992.

2. Para lo que recomiendo el trabajo citado de Ariel CARDACCI MENDEZ, en ERREIUS: "*La responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*" pues aun manteniendo discrepancias con nuestra postura, tiene una excelente y detallada investigación sobre la evolución jurisprudencial de la cuestión en estudio.

3. Como veremos más adelante, puede acordarse con similares características al presentado en 2006 por Vanossi, sin que ello implique una sujeción al sistema propuesto.

La CSJ en ese fallo reconoció no solo que la configuración de la falta de servicio requiere acudir necesariamente al derecho público local para determinar la irregularidad en el cumplimiento de las funciones que tenían a su cargo los agentes de la Provincia, lo cual pone en juego la autonomía provincial, sino también la circunstancia de que no se trata ello de una causa civil, a pesar de que la norma en que se sustenta la responsabilidad de la Provincia se encuentre en la utilización analógica del CC. Por mi parte me he expresado reiteradamente en coincidencia con que el alcance de los preceptos de la analogía exceden el ámbito del derecho privado constituyéndose, indudablemente desde la construcción jurisprudencial, en un bloque de normas – junto a los demás artículos de los Títulos Preliminares del Código Civil – aplicables complementariamente a todo el derecho.

Merece entonces, un breve desarrollo, la cuestión de la competencia legislativa para tratar la cuestión de la responsabilidad estatal, para luego concluir en algunos puntos básicos. Veamos:

### 3. El Artículo 75 Inciso 12 de la Constitución Nacional

#### 3.a ¿El derecho administrativo es de fondo o de forma?

La simplicidad con la que nos dedicamos a clasificar a las distintas ramas del derecho en ordenamientos de fondo o de forma, es una herramienta de gran utilidad a la hora de abordar el estudio del reparto constitucional de competencias legislativas que se plasma – principalmente – en las atribuciones del Congreso Nacional.

A esta enunciación, corresponde una aclaración inmediata: la competencia acordada a la legislador nacional por el constituyente en el artículo 75 inciso 12<sup>4</sup>, también conocida como la cláusula de los códigos (ex 67:11), no indica esa distribución ontológica, solo se limita a determinar de cuales derechos se ocupará el Congreso de la Nación, y cuales otros se han reservado las provincias<sup>5</sup>. La doctrina se ha referido, con el tiempo, a la cláusula de los códigos como derecho de fondo y ha sostenido que – en general– el legislador federal tiene un doble rol: es legislador nacional para tratar estas normas del 75:12 y se transforma en legislador local para dictar las normas formales o procesales que rigen el orden federal como otro orden local. Esta actividad, era

de visible notoriedad cuando el Congreso Nacional legislaba todo el derecho no delegado para los territorios nacionales y la Capital Federal. A partir de 1994, la provincialización de Tierra del Fuego y el reconocimiento de la autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, ha limitado la potestad legislativa del Congreso Nacional a la órbita de la estructura federal del Gobierno Central.

Entonces, las atribuciones legislativas del Congreso Nacional, distan de estar habilitando esa potestad sobre todo el derecho de fondo. Si las provincias se han reservado todo el poder no delegado, son estas las que pueden tratar y normativizar el amplio espectro de las relaciones jurídicas que no hayan sido EXPRESAMENTE delegadas por el constituyente. Pero es verdad, que la deformación del lenguaje coloquial de la abogacía nos ubica en esa primera clasificación según la cual tendemos a reconocer el derecho formal en manos del legislador local. Pues como ya dije, en esa condición también se encuentra el Congreso de la Nación en tanto que legislador procesal o formal del orden federal, y a su vez, pero a la inversa, la retención de las competencias residuales de las provincias se extiende a ámbitos sustantivos o de fondo, no delegados por el artículo 75:12.

El problema surge de la tensión existente entre la interpretación doctrinaria y la simple lectura del artículo e inciso en estudio: de la conjunción de las ordenes impuestas en el artículo referido a las atribuciones del Congreso de la Nación y de las facultades reservadas por las Provincias en los artículos 121 y 126<sup>6</sup>, solo se puede seguir que las relaciones jurídicas sustanciales que no son materia delegada de expresa mención constitucional, han quedado en manos de las Provincias, y entre ellas el Derecho Administrativo, formal y SUSTANCIAL.

#### 3.b Civil, Comercial, Penal, de Minería

La confusión que se genera al clasificar como derechos de fondo a los de la delegación de competencia legislativa que acordaron las provincias en favor del Congreso Nacional, surge de un abordaje sociológico y político antes que jurídico. Es verdad que la educación legal, ha contribuido, en especial por el hecho lógico de la relación inicial, con el derecho constitucional "iniciático" con esta confusión: la simplificación pedagógica que permite clasificar como derechos de fondo los establecidos por el constituyente en el – actual – artículo 75:12, y como derechos formales los reservados a las legislaturas provinciales, es un recurso lógico del docen-

4. Artículo 75, inciso 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, *en cuerpos unificados o separados*, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre *naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina*: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

5. Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

6. Artículo 126.- Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

te ante los estudiantes que probablemente como ya sostuve, se encuentren ante la sus primeras clases de la carrera.

El tiempo, el avance en los estudios y la incorporación de conocimientos, obliga a releer la norma constitucional y profundizar su análisis: los derechos de fondo o comunes (que en línea al desarrollo que vengo sosteniendo, prefiero llamarlos sustantivos) taxativamente enumerados en la "cláusula de los códigos" se corresponden con un listado excluyente de la delegación que las provincias hicieron a la Nación en el pacto fundacional. Esta nomina expresa y cerrada corresponde a la lógica que imponen las referencias del magno texto a "las facultades reservadas a las provincias". Entre ambos preceptos, construyen un sistema sólido y comprensible: los derechos enunciados en el 75:12 son de fondo o sustanciales y atribuidos expresamente al Congreso Nacional, pero esto no significa que los derechos de fondo o sustanciales sean únicamente los allí enumerados. El hecho de la enumeración expresa y taxativa se corresponde con las competencias del legislador. A los efectos de una división general del derecho en dos grandes grupos (sustantivos – adjetivos; fondo – forma; o común- procesal) el listado analizado es, solo, una enunciación de algunos derechos sustantivos.

La atribución de la cláusula de los códigos es subjetiva: comunica a quién los constituyentes le concedieron las competencias delegadas, y éstas solo son las enunciadas. No se corresponden con la generalidad de un tipo de derecho, ni intentan coincidir con una categoría objetiva de normas. Intentaré demostrarlo: el espíritu constituyente se inspiró en la necesidad de unificar las relaciones jurídicas sustanciales entre los habitantes de un nuevo país, cuya extensión y dispersión poblacional conspiraba profundamente contra el desarrollo de una cultura nacional, necesariamente uniforme.

El proyecto de Alberdi nutrido de diversas fuentes (EEUU, Cádiz, Chile, etc.) lleva en el tema que estamos abordando como condimento especial, su larga estancia en el país hermano que lo empapó de la lógica transandina: Chile es un país atravesado por la explotación minera como fuente principal de su economía – al menos lo era en su momento fundacional –. Si este concepto se hubiera replicado "localizándolo" en nuestro país, la lógica se inclinaría por adjudicarlo al Congreso Nacional, por ejemplo, la competencia sobre el derecho agrario que aparece, a ojos vista, como mucho más común para la vida económica argentina que la minería, circunscripta – en aquella comprensión de época – a las provincias y territorios cordilleranos.

Finalizando este subgrupo de posibles códigos, el derecho penal sin duda alguna se inscribe en las cuestiones del derecho común: es de fondo y sustantivo, pero tiene la particularidad de no recibir una precalificación del constituyente que se mantenga en el tiempo. Los hechos que merecen un reproche social de tal magnitud que el legislador nacional se vea motivado a tipificar para perseguir por medio de la acción pública, se corresponden a circunstancias culturales, sociales, políticas, económicas, religiosas, sexuales, etc., abordadas según el nivel de disvalor que le adjudique la opinión ciudadana de la época en que se tra-

te el proyecto. Es en resumen, una especie de delegación transgeneracional que ha atribuido el constituyente a los legisladores del futuro: no es estática la calificación de las conductas reprochables, surgen de la conjunción de una cantidad de factores como los que enumeré y que se anclan en distintos momentos o épocas (por ejemplo la Ley Penal Tributaria). Cuando el legislador nacional no entiende que el reproche social alcanza para tipificar la conducta como un delito, "devuelve" la delegación a las reservadas competencias provinciales – y se queda con la local –. Aquí nace el derecho sancionador administrativo.

### 3.c Trabajo y Seguridad Social

Dos renglones alcanzan para sostener con este ejemplo contundente la "confusión pedagógica" que denuncié líneas atrás: La Ley de contrato de trabajo, el contrato de trabajo doméstico, el Anses, y el INSSPJ (Pami), por citar algunos, conviven en armonía y paz con los regímenes de empleo público (nacional, provincial, autónomo o municipal), las profesiones liberales, el IOMA, el IPS o cualquier Caja Previsional de las Profesiones, sin tensión competencial legislativa alguna. Debo señalar que esta inclusión obedece a la "reposición" de la constitución histórica.

### 3.d Las leyes generales para toda la nación sobre naturalización y nacionalidad, bancarrotas, documentos públicos del estado, y juicio por jurados

Esta parte final del inciso 12 tiene demasiadas fuentes para analizar en este trabajo y demasiadas derivaciones en nuestra historia legislativa, pero vale la pena señalar que todo – a pesar que se habrá notado rápidamente la mezcla de cuestiones de fondo con formales – ha sido indubitablemente delegado y de ello no se sigue reserva alguna.

Dejaré, de todos modos, hechas algunas observaciones sobre la cuestión de la documentación pública<sup>7</sup>.

#### 3.d.1 Los documentos públicos del Estado

Esta delegación tiene íntima vinculación con la norma del artículo 7° de la Constitución Nacional<sup>8</sup>, que Gelli comenta como "principio de extraterritorialidad"<sup>9</sup> con fuente en la Constitución Norteamericana. En ese trabajo, el análisis se centra en la cuestión judicial, pero la cita a la norma fuente norteamericana es más amplia – alcanza a la documentación emanada de los tres poderes locales – y nuestra Carta, a mi entender, incluye a la actividad administrativa al mencionar en primer lugar a los actos públicos y luego al procedimiento judicial, pues con la sola dicción de estos

7. Ampliar en: HUTCHINSON, Tomás. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2009. Tomo III, p. 105 y sgtes.

8. Artículo 7°.- Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán.

9. GELLI, María Angélica. CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA, Comentada y Concordada. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2006. 3° Edición. p. 59.

últimos hubiese sido suficiente si se buscaba solamente incluir a las sentencias, actas o documentales emanadas de los expedientes judiciales. Esta cuestión, en juego con la recepción que hace Vélez en el Título III del Código Civil dedicado a los Instrumentos Públicos, no hace más que mostrar un armónico – aunque reconozco que bastante complejo – juego de preservación de facultades delegadas sustantivas del derecho administrativo, amalgamado con la delegación que necesariamente llega al legislador nacional para ordenar la documentación pública que circule con ciertos estándares similares en todas las jurisdicciones del país ( inclusive a la hora de "apostillarse" para el exterior). Badeni, aporta otro interesante abordaje, al compartimentar esta delegación como derecho común, en tanto que nutre a las normas penales sobre falsificación de moneda y de documentos públicos del Estado<sup>10</sup>.

#### 4. Hablando de Proyectos

En su "Teoría Constitucional" Vanossi, al tratar la cuestión de la Responsabilidad del Estado<sup>11</sup>, se ha expresado en un sentido que sirve de apoyo a este parecer que vengo desarrollando: *"Una de las dificultades que se plantean es por causa de la tendencia jurisprudencial a buscar soluciones en el ámbito del derecho civil. Y ocurre que, si bien, el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público pertenece al derecho administrativo, que en principio es provincial, ya que los estados locales conservan todo el poder "no delegado" por la Constitución Nacional al gobierno federal."*

Lo interesante del caso, es que Vanossi, no ha dejado en opiniones doctrinarias sus conocimientos constitucionales y los ha llevado, en su rol de legislador, adelante como un proyecto cuya denominación aparece como atractiva a la opinión que aliento: en 2006, por el expediente N° 6968, presentó ante la Cámara de Diputados el proyecto: "LEY DE BASES sobre Responsabilidad del Estado". En esa iniciativa se pretende fijar un parámetro de límites a las potestades legislativas para unificar los criterios de normativas que tengan por objeto este tópico. El proyecto incluye la creación de un procedimiento especial<sup>12</sup> con fuente en el ac-

tual derecho español<sup>13</sup> y en la Constitución sanjuanina; los criterios básicos de resarcimiento; responsabilidad objetiva; responsabilidad de los funcionarios públicos; la prohibición de prórroga de jurisdicción a Tribunales Internacionales, y entre muchas otras novedosas ideas, la invitación a las jurisdicciones locales para estimularlos a fijar estas pautas mínimas de responsabilidad.

#### 5. En conclusión

Esta apretada síntesis sobre el debate que rodea la cuestión de la clasificación de los derechos que le han sido delegados al legislador nacional, no viene más que a ratificar la posición que sostuve en el inicio del análisis sobre el proyecto de unificación del Código Civil y el Código Comercial. La legislación sobre la responsabilidad del accionar estatal (o su ausencia) está en el marco de las facultades reservadas a las provincias, y en el caso correspondiente al derecho administrativo federal. Obviamente, la tradición doctrinaria, los preceptos de la Constitución de preservación del derecho a la propiedad, interdicción de arbitrariedad y justicia<sup>14</sup>, y la jurisprudencia impiden, que a alguna provincia se le ocurra la trasnochada idea de imponer alguna norma antediluviana de indemandabilidad o irresponsabilidad, so pena de recibir la lógica repuesta judicial basada en la clásica analogía. ■

10. BADENI, Gregorio: TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial La Ley. 3° Edición. Buenos Aires. 2010. Tomo III, p. 414.

11. VANOSI, Jorge Reinaldo. TEORÍA CONSTITUCIONAL. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2013. 3° Edición. Tomo II, p. 1220.

12. Me he expresado en otras oportunidades sobre la complejidad que importa "denominar" a las leyes con nombres de otras instituciones legislativas del derecho comparado. No obstante, aquellas críticas se refieren en todos los casos a la incongruencia de ponerle títulos rimbombantes a normas que siguen jugando, independientemente de su denominación, bajo nuestro sistema de paridad legislativa en el cual rige el principio general de norma posterior deroga la anterior. El proyecto lleva la coherencia técnica de establecer un procedimiento especial que intentaría sacar a esta Ley de aquél principio y allí se recurre a señalar el antecedente sanjuanino. Esa coherencia técnica no implica necesariamente, un juicio positivo de mi parte, al sistema propuesto.

13. A pesar de ello, anoto que la noción de las leyes "marco" no le son extrañas al derecho norteamericano.

14. CASSAGNE, Juan Carlos. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. Marcial Pons. 2009. Buenos Aires. p. 49.