

“La privatización del riesgo público: tensiones entre la garantía estatal y la racionalidad actuarial en el derecho administrativo contemporáneo”

“The privatization of public risk: tensions between state guarantee and actuarial rationality in contemporary administrative law”

Eschoyez, Azul Selene¹

(Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe,
Santa Fe, Argentina)

azuleschoyez@gmail.com

Resumen: El presente trabajo no pretende agotar el análisis del fenómeno, sino establecer una base dogmática que permita precisar sus fricciones sistémicas y habilitar futuras vías de indagación sobre la vinculación entre la obligación resarcitoria pública y los mecanismos de cobertura técnica. La hipótesis sostiene que la incorporación del contrato de seguro en la gestión del riesgo estatal, bajo su configuración actual, tiende a restringir el alcance de la responsabilidad pública; sin embargo, mediante un enfoque de diálogo de fuentes y desde el paradigma del Estado constitucional de derecho, puede ser resignificado como un instrumento funcional a la garantía de reparación plena. El objetivo general consiste en examinar la vinculación entre la obligación reparadora del ente estatal y el contrato de seguro en el derecho argentino, señalando sus tensiones estructurales y evaluando su compatibilidad. El trabajo se plantea examinar la evolución y configuración normativa de la responsabilidad estatal en Argentina, indagar en la lógica técnica del contrato de seguro y sus límites estructurales, precisando los puntos de fricción entre ambos regímenes; asimismo, evaluar el impacto de la Ley 26.944 en dicha coordinación; y, por último desglosar el precedente “Zotto c/ Provincia de Santa Fe” como caso fáctico jurisprudencial del conflicto, a efectos de proponer un modelo de responsabilidad concurrente basado en el diálogo de fuentes. La metodología adoptada es cualitativa, de carácter dogmático-jurídico, sustentada en el análisis exegético de la normativa nacional y local, en el estudio de la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se incorpora el método de estudio de caso, centrado en el referido precedente, como herramienta para examinar soluciones jurisdiccionales en contextos de indeterminación normativa. Los resultados evidencian que la exclusión del derecho privado en materia de responsabilidad estatal genera una disociación con la técnica del seguro, particularmente en lo relativo a los criterios de imputación y causalidad. A su vez, se advierte que la contratación por adhesión limita la capacidad del Estado para definir las condiciones de cobertura, limitando la efectividad de la reparación a parámetros propios del mercado asegurador. Se concluye que el contrato de seguro no puede operar como un límite externo al deber de reparar, sino que debe ser reinterpretado como un instrumento funcional a la garantía de derechos. Se sugiere, en consecuencia, un esquema de responsabilidad concurrente en el que el seguro actúe como primera instancia de cobertura técnica, sin desplazar la obligación estatal de asegurar la reparación integral, en consonancia con las exigencias de tutela judicial efectiva y protección del crédito indemnizatorio. Asimismo, se determinan líneas de investigación futura vinculadas a la incorporación de mecanismos preventivos y a la adecuación del sistema asegurador a las particularidades del derecho público.

¹ Estudiante de grado de la Universidad Nacional del Litoral. Vicecoordinadora de la Red de Jóvenes de REDOEDA.

Palabras Claves: responsabilidad del estado; contrato de seguro; ley 26.944; diálogo de fuentes; vacío legal.

Abstract: This work does not intend to exhaust the analysis of the phenomenon, but to establish a dogmatic basis that allows the identification of its structural tensions and enables future lines of research around the articulation between state responsibility and insurance mechanisms. The hypothesis argues that the incorporation of the insurance contract into State risk management, in its current form, tends to restrict the scope of public liability. However, through a dialogue of sources approach and from the paradigm of the constitutional rule of law, it can be redefined as an instrument that contributes to the guarantee of full compensation. The overall objective is to analyze the relationship between the State's liability regime and the insurance contract in Argentine law, identifying their structural tensions and evaluating their compatibility. This work aims to examine the evolution and normative configuration of State liability in Argentina, analyze the technical logic of the insurance contract and its structural limitations, identify the points of friction between the two regimes, and evaluate the impact of Law 26,944 on this relationship. Finally, the precedent “Zotto v. Province of Santa Fe” is analyzed as a factual jurisprudential case of the conflict, in order to propose a model of concurrent liability based on the dialogue of sources. The methodology adopted is qualitative, of a dogmatic-legal nature, based on the exegetical analysis of national and local regulations, and on the study of the jurisprudential evolution of the Supreme Court of Justice of the Nation. The case study method, centered on the aforementioned precedent, is incorporated as a tool to examine jurisdictional solutions in contexts of normative indeterminacy. The results demonstrate that the exclusion of private law in matters of state liability generates a dissociation with insurance techniques, particularly regarding the criteria of imputation and causation. Furthermore, it is noted that adhesion contracts limit the State's capacity to define coverage conditions, conditioning the effectiveness of redress on parameters specific to the insurance market. It is concluded that the insurance contract cannot operate as an external limit to the duty to provide redress, but rather must be reinterpreted as an instrument functional to guaranteeing rights. Consequently, a concurrent liability scheme is proposed in which insurance acts as the first instance of technical coverage, without displacing the State's obligation to ensure full redress, in accordance with the requirements of effective judicial protection and the safeguarding of the right to compensation. Likewise, avenues for future research are identified related to the incorporation of preventive mechanisms and the adaptation of the insurance system to the particularities of public law.

Keywords: state liability; insurance contract; law 26.944; dialogue of sources; legal vacuum.

SUMARIO: 1- La articulación entre responsabilidad estatal y contrato de seguro como problema estructural del Derecho Administrativo contemporáneo. 2- La construcción jurisprudencial de la responsabilidad estatal: de la inmunidad soberana a la autonomía iuspublicista. 3- La Ley 26.944 y la reconfiguración del sistema: autonomía normativa, exclusión del derecho privado y fragmentación federal. 4- La responsabilidad patrimonial de la Administración en el derecho comparado: evolución, fundamentos y proyección sobre el modelo argentino. 5- La colisión de racionalidades: entre la función de garantía estatal y la lógica actuarial del seguro. 6- La tutela del damnificado frente a la técnica asegurativa: acceso a la garantía y construcción jurisprudencial 7- Conclusión: Hacia una reconstrucción del sistema: responsabilidad concurrente, diálogo de fuentes y solidaridad recíproca

1- La articulación entre responsabilidad estatal y contrato de seguro como problema estructural del Derecho Administrativo contemporáneo

El punto de partida de la presente investigación reside en la existencia de una tensión estructural, sistémica y, en principio, irreconciliable entre dos esferas del derecho que, aunque convergen en el fenómeno de reparación del daño, operan bajo lógicas diametralmente opuestas: la responsabilidad del Estado y el contrato de seguro. Esta problemática no es meramente terminológica, sino que constituye una fractura en la estructura del derecho administrativo contemporáneo. Por un lado, la responsabilidad estatal se erige sobre una racionalidad iuspublicista de garantía. Tras una evolución que ha transitado desde la irresponsabilidad soberana hacia la falta de servicio y la responsabilidad por actividad lícita, el sistema actual, aunque pretenda su autonomía a través de la Ley 26.944, encuentra su fundamento último en la Constitución Nacional y en el principio de reparación plena. La Administración Pública actúa como el garante final de la protección de los administrados, donde el deber de reparar no es una opción comercial, sino un imperativo del Estado de Derecho.

Por otro lado, el contrato de seguro se desenvuelve bajo una racionalidad actuarial propia del ordenamiento privado y la técnica comercial, y a su vez su funcionamiento depende de la previsibilidad, el cálculo de probabilidades y la delimitación estricta del riesgo. Mientras que la responsabilidad pública tiende a la expansión para proteger a la víctima, el seguro busca la restricción para preservar la ecuación económica de la prima. Esta incompatibilidad se manifiesta cuando la Administración Pública, actuando como tomador de un seguro, se somete a un contrato de adhesión cuyas cláusulas predispuestas y exclusiones de cobertura terminan operando como un límite fáctico al deber de reparación pública.

Así, nos enfrentamos a una situación en la que una herramienta privada intenta definir en el ámbito de una responsabilidad pública, creando un conflicto que el legislador no ha logrado resolver. El problema se agrava exponencialmente al considerar el actual escenario de fragmentación normativa en la República Argentina. La aprobación de la Ley 26.944 representó un quiebre al eliminar la aplicación directa y subsidiaria del Código Civil y Comercial en el ámbito administrativo. Sin embargo, esta decisión ha sumido al sistema en una profunda incertidumbre, especialmente en jurisdicciones como Santa Fe, las cuales, en ejercicio de sus facultades reservadas, no han adherido al régimen nacional, y hoy se

encuentran en un verdadero limbo jurídico. Al no existir una ley local de responsabilidad estatal, se genera un vacío normativo que los tribunales suelen intentar integrar de manera errática.

A partir de la insuficiencia normativa, la aplicación del derecho se remite a las constituciones locales y a los principios generales, con un riesgo evidente: la consolidación de criterios judiciales que, en su pretensión de inclusión, pueden derivar en soluciones incompatibles con la jerarquía normativa y los estándares convencionales de derechos humanos. Ante esta laguna, los magistrados tienden a evitar un pronunciamiento sobre la compatibilidad técnica entre el contrato de seguro y la responsabilidad estatal, limitándose a resolver el caso concreto sin construir una doctrina que otorgue previsibilidad.

El resultado es una desprotección del administrado, atrapado en una tensión de fuentes que posterga el acceso a un resarcimiento efectivo. A su vez, se suma un agravante práctico: la administración contrata, con frecuencia, coberturas con sumas aseguradas exiguas o desactualizadas ante la magnitud de los eventos lesivos estatales. Aunque formalmente se mantiene el esquema en el cual la aseguradora responde hasta el límite de la póliza y el Estado por el excedente, el desfase entre cobertura y daño convierte al seguro en un instrumento de escasa eficacia. Esta situación obliga a recurrir al erario para cubrir diferencias previsibles, exteriorizando una gestión deficiente del riesgo que compromete el estándar de reparación integral.

La relevancia de este trabajo radica en una omisión persistente en la doctrina: la falta de articulación entre la teoría de la responsabilidad estatal y la operatividad real del sistema asegurador. Mientras el debate se ha concentrado en la falta de servicio o en la autonomía de la Ley 26.944, se ha relegado el análisis del seguro como mecanismo concreto de ejecución de las indemnizaciones. Este estudio se orienta a visibilizar esa dimensión estructural, poniendo en evidencia que la laguna normativa y la ausencia de control judicial han permitido una gestión ineficiente del riesgo público. Resulta necesario examinar la razonabilidad de las coberturas contratadas por el Estado, en tanto su insuficiencia no constituye un aspecto accesorio, sino un factor que incide directamente en la efectividad del derecho a la reparación.

En jurisdicciones sin regulación específica, como Santa Fe, la práctica judicial de circunscribir la condena “en la medida del seguro” sin evaluar la idoneidad de la cobertura refuerza esta problemática. De allí que el control de constitucionalidad y convencionalidad no pueda desentenderse de la calidad de la protección asegurativa: no hay tutela judicial efectiva cuando el diseño preventivo del sistema es meramente formal.

Se propone una relectura del vínculo entre ambos regímenes a partir de un enfoque de diálogo de fuentes. El contrato de seguro no debe ser concebido exclusivamente como un acuerdo de adhesión regido por la lógica del mercado, sino como un instrumento funcional a la garantía de derechos. Examinar conjuntamente estos institutos permite evitar que las limitaciones propias de la cobertura operen como barreras a la responsabilidad estatal, asegurando que el sistema cumpla su finalidad: brindar una respuesta efectiva que preserve la centralidad de la persona humana por sobre condicionamientos presupuestarios o técnicos.

En el escrito, se toman como punto de partida diversas inquietudes fundamentales: ¿Constituye la estructura del contrato de adhesión un límite intrínseco que condiciona el alcance de la responsabilidad plena del Estado? ¿Opera el contrato de seguro como una norma de integración frente a la anomia legislativa en materia de responsabilidad estatal provincial? ¿Puede identificarse una correlación entre la autonomía técnica de la póliza y la desnaturalización de la función de garantía estatal frente al damnificado?

La metodología adoptada es de carácter cualitativo y dogmático-jurídico. Se realizará un análisis exegético de la Ley 26.944, del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de Seguros 17.418. Se complementará con una revisión crítica de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de tribunales inferiores, con especial énfasis en el estudio de casos relevantes que permitan identificar las tendencias resolutivas frente al vacío normativo, así como con aportes doctrinarios en materia de derecho administrativo y de daños.

Debido a la densidad de los temas abordados, la intención es delimitar un marco general, precisar la terminología técnica y proponer la tesis de la “solidaridad recíproca” como eje de solución. En un plano general, se examina la evolución histórica del régimen de responsabilidad estatal, desde la irresponsabilidad soberana hacia la consolidación de su autonomía dentro del derecho público. Asimismo, se expone la tensión entre la lógica iuspublicista de garantía y la racionalidad actuarial del seguro, identificando el “diálogo de fuentes” como herramienta necesaria para abordar la anomia derivada de la Ley 26.944 y de la falta de adhesión provincial. Con mayor especificidad y rigor técnico, se profundiza en la respuesta jurisdiccional frente al vacío legal, tomando como eje el análisis del precedente santafesino “*Zotto c/ Provincia de Santa Fe*”. A su vez, se desarrolla la figura de las obligaciones concurrentes y la distinción entre la relación de responsabilidad y la relación de

cobertura, evidenciando cómo esta estructura permite preservar la reparación integral frente a las limitaciones propias de la técnica aseguradora.

Es fundamental aclarar que el presente artículo no pretende agotar la complejidad de los problemas derivados de la intervención del seguro en la esfera pública. Por el contrario, se proyecta como una base conceptual, que permitan identificar sus tensiones estructurales y habilitar futuras líneas de investigación.

2- La construcción jurisprudencial de la responsabilidad estatal: de la inmunidad soberana a la autonomía iuspublicista:

La responsabilidad del Estado debe regirse por el derecho público y no por disposiciones propias de la rama privada. En esa misma línea, el Código Civil y Comercial no regula la competencia para dictar normas en esta materia, en tanto las provincias la han reservado constitucionalmente, absteniéndose el legislador nacional de avanzar sobre un ámbito no delegado. Este posicionamiento es el resultado de una evolución que dista de haber sido lineal. En sus orígenes, el sistema se estructuró sobre la base de la irresponsabilidad del Estado. Así, en el año 1864, en la causa *Seste y Seguich c/ Gobierno Nacional*, se sostuvo que el Estado no podía ser sometido a juicio sin su consentimiento previo. En consonancia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantuvo la irresponsabilidad estatal en materia extracontractual en el ámbito del derecho público, admitiendo excepciones únicamente cuando existían normas expresas que así lo dispusieran, mediante una interpretación estricta y literal del artículo 43 del Código Civil. Esta disposición impedía promover acciones indemnizatorias contra personas jurídicas, aun cuando sus miembros hubiesen actuado en su beneficio, excluyendo tanto las derivadas del derecho penal como las provenientes de delitos y cuasidelitos civiles.

El precedente *Fortunato Rodríguez c/ Banco Nacional*² ejemplifica este criterio restrictivo, al sostener que la persona jurídica no podía ejecutar actos ilícitos con intención dañosa, diferenciando entre actos de “autoridad o imperio”³ y actos de “gestión”⁴. Bajo esta lógica, una de las razones para declarar la irresponsabilidad del Estado radicaba en que, al actuar como poder público en ejercicio de su soberanía, no se encontraba sometido a las reglas que rigen la responsabilidad en el derecho común. Este criterio fue reiterado en *Samuel de Madrid c/ Gobierno de la Nación*⁵, donde, frente a un reclamo indemnizatorio por daños ocasionados por un automóvil de la Administración de Correos y Telégrafos, se sostuvo que

² Fallos 90:324 (21.5.1901)

³ Caracterizados por relaciones de subordinación y propios de la esfera del Derecho Público.

⁴ Propios de relaciones de igualdad jurídica

⁵ Fallos 119:414 (5.19.1914)

dicha actividad era ejercida por la Nación como autoridad estatal y no como ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones regidas por el derecho común.

El quiebre de este paradigma comienza a advertirse en *Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional*⁶, donde la Corte responsabiliza al Estado por los perjuicios causados por la imprudencia de sus agentes, invocando los artículos 1109⁷ y 1113⁸. Aunque, esta solución evidenciaba una tensión estructural, porque se recurría a categorías del derecho privado para dar respuesta a una problemática propia del ámbito público. Se ha sostenido que resultan inaplicables e insuficientes los principios del Código Civil respecto del Estado administrador, y siendo directamente autores sus funcionarios, en nuestro sistema no puede legalmente considerarse responsable a la administración obrando como poder público, excepto que la ley especialmente así lo establezca, más que responsabilidad hay garantía legal, se obliga al Estado a indemnizar⁹.

El desarrollo posterior permite advertir la progresiva consolidación de un régimen autónomo. En *Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires*¹⁰, la Corte se aparta del esquema civilista, introduce la noción de falta de servicio y sostiene que, al imponer la exigencia de certificados registrales para la transmisión de inmuebles y percibir tributos asociados, el Estado asume el deber de prestar un servicio regular acorde a las garantías que pretende asegurar, afirmando que no obra como persona de derecho privado sino como entidad del ámbito público que ha tomado a su cargo una función que monopoliza, por lo tanto no es correcto invocar al artículo 43 del Código Civil.

A partir de esto, se establece que quien contrae la obligación de prestar un servicio tiene que hacerlo en las condiciones adecuadas para cumplir su finalidad, y es responsable por los perjuicios derivados de su incumplimiento o ejecución irregular, recurriendo a razones de justicia y equidad al señalar que si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada debe tener aplicación en este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que lo impida, y agregando que todos los que emplean a otra persona

⁶ Fallos 169:111 (2.9.1933)

⁷ “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”

⁸ “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por la cosa de que se sirve, o que tiene a su cuidado”

⁹ Bielsa, Rafael “**Responsabilidad del Estado como Poder Administrador**”, JA pág.416

¹⁰ Fallos 182:5 (10.3.1938)

para el manejo de un negocio o para determinada función, llevan la responsabilidad de su elección y son pasibles de los perjuicios que éstas ocasionaren a terceros en el desempeño de su labor, nadie puede por sí o por intermedio de otro utilizar sus facultades de una manera que lesione el derecho de un tercero.

Este criterio se profundiza en *María Echegaray e Hijos c/ Nación Argentina*¹¹, donde se afirma que el Estado, al ejercer funciones de seguridad a través del poder de policía, actúa en su carácter de entidad pública, siendo inaplicable el artículo 43 del Código Civil, destacando que ningún deber es más primario y sustancial que el de proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos, por lo que las consecuencias de una defectuosa organización o de la utilización de medios peligrosos deben recaer sobre el ente público. Finalmente, en *Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires*¹², el Máximo Tribunal abandona definitivamente el criterio subjetivo para adoptar un régimen de responsabilidad objetiva.

Como ha sido señalado, el nacimiento y consolidación de la responsabilidad del Estado ha seguido un desarrollo similar al de los sistemas del common law, ya que su configuración responde a una elaboración jurisprudencial progresiva¹³, siendo su estudio el análisis de los antecedentes que la han ido construyendo¹⁴ a partir de un proceso en el cual se interpretan los hechos, se seleccionan precedentes, se extraen reglas en forma inductiva y se proyectan sobre nuevos casos¹⁵. No obstante, la responsabilidad extracontractual del Estado continúa esperando una regulación legislativa integral que establezca las condiciones y límites del deber resarcitorio frente a daños derivados tanto de su obrar legítimo como ilegítimo¹⁶.

La problemática descripta adquiere una dimensión normativa concreta con la sanción de la Ley 26.944, que reafirma la naturaleza de la responsabilidad estatal como instituto de derecho público, excluyendo la aplicación del Código Civil, en un ámbito que no ha sido delegado al Congreso Nacional. Este instituto debe, en consecuencia, ser regulada por el derecho administrativo, debido a que el privado aplicable a la acción administrativa se encuentra siempre condicionado por la finalidad de interés general, sin ser nunca idéntico al que rige las relaciones entre particulares. El cuadro tradicional de interconexión entre derecho

¹¹ Fallo 190:457 (3.9.1941)

¹² Fallos 306:2030 (18.12.1984)

¹³ AHE, Dafne y MILJIKER, María Eva, “**Algunos mitos sobre el funcionamiento del Sistema Continental: el caso de la Argentina y la regulación de la Responsabilidad del Estado**”, LL, 2007-A, 753

¹⁴ BIANCHI, Alberto B., “**Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado**”, LL, 1996 -A, 922.

¹⁵ AHE, Dafne y MILJIKER, María Eva, “**Algunos mitos sobre el funcionamiento del Sistema Continental: el caso de la Argentina y la regulación de la Responsabilidad del Estado**”, LL, 2007-A, 753

¹⁶ REIRIZ, María Graciela, “**Responsabilidad del Estado**”, pág.169

público y privado cede así frente a una lógica de gradación interna, en la que el derecho administrativo se configura como una amalgama de ambos, aunque siempre teñida de público¹⁷.

La doctrina ha sido uniforme en advertir que la aplicación de normas civiles al deber estatal se estableció como una solución de emergencia frente a la ausencia de regulación específica, pero que no resulta procedente ni conveniente sostenerla¹⁸. La responsabilidad del Estado constituye una institución propia del Derecho Público, orientada al interés general y a la distribución de cargas, en la que los ciudadanos deben, en ciertos casos, soportar los daños derivados del funcionamiento regular de la Administración dentro de límites razonables¹⁹. La necesidad de armonizar el interés público con los derechos de los particulares exige la construcción de un sistema de garantías adecuado, debido a que cuando uno de los sujetos de la relación es el Estado, el objeto de dicha relación se vincula directamente con el bien común, configurando relaciones jurídicas que se encuentran fuera del mercado, con notas de heteronomía e imperatividad²⁰. A pesar de que esta construcción también ha sido objeto de críticas, debido a que la regulación desde el Derecho Público puede implicar una posición privilegiada del Estado frente al particular damnificado²¹, lo que demanda un equilibrio que permita compatibilizar el interés general con los intereses individuales²².

La incorporación del seguro en la esfera pública introduce una tensión estructural ineludible. Al tratarse de un contrato de adhesión²³, su estructura se asienta sobre cláusulas predispuestas, una delimitación técnica del riesgo y exclusiones de cobertura tasadas. Esta racionalidad actuarial, de naturaleza privada y restrictiva, resulta intrínsecamente ajena a la lógica de la responsabilidad del Estado, cuya función de garantía se orienta a la tutela del administrado y a la progresividad de los supuestos resarcitorios. La problemática adquiere nitidez cuando la administración recurre a este instrumento para gestionar las contingencias de su

¹⁷ EIL, Prosper, “**Derecho Administrativo**”, Editorial Civitas S.A., Primera edición, 1986.

¹⁸ ESCOLA, Héctor J., “**Compendio de Derecho Administrativo**”, volumen II, pág. 1128, Ediciones Depalma.

¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos; “**Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración**”, LL 2005-D, 1268

²⁰ BARRA, Rodolfo C., “**La responsabilidad del Estado en el Proyecto del nuevo Código Civil**”

²¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, **Curso de Derecho Administrativo**, pág. 848.

²² ROSATTI, Horacio, “**La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica**”, en Revista de Derecho de Daños nro.9, Rubinzal-Culzoni

²³ “Aquel en el que contenido es predispuesto por una de las partes y la otra no participa en su redacción, de modo que si quiere contratar debe hacerlo adhiriendo a las cláusulas ya preparadas” Stiglitz, Rubén S., “**Contratos. Teoría General**”, Ed. La Ley, Buenos Aires

actividad. Aquí, convergen dos regímenes heterogéneos: un sistema de imputación iuspublicista, fundado en la falta de servicio, y un esquema contractual regido por la previsibilidad económica. Esta superposición no es inocua; la operatividad de la póliza proyecta una restricción indirecta sobre un régimen que, por definición, es expansivo y tuitivo.

Se manifiesta así una coexistencia de lógicas difícilmente conciliables: la exorbitancia administrativa, legitimada por el interés público, frente a la rigidez contractual, dictada por el cálculo de probabilidades. Del mismo modo en que la doctrina ha cuestionado la aplicación del Código Civil a la responsabilidad estatal por su inadecuación estructural, cabe interrogarse si la técnica asegurativa no reproduce una tensión análoga. El desafío no radica en desconocer su utilidad como herramienta de gestión financiera, sino en impedir que su dinámica operativa condicione los principios superiores que informan la responsabilidad del Estado y su deber de garantía frente a los administrados.

3- La Ley 26.944 y la reconfiguración del sistema: autonomía normativa, exclusión del derecho privado y fragmentación federal

La ley 26.944, establece expresamente la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado, ni de manera directa ni subsidiaria, configurando una exclusión categórica. Pese a ello, no obsta la posibilidad de recurrir a dichas normas por vía analógica, en aquellos supuestos en que el ordenamiento administrativo carece de una regulación específica, la similitud aparece como una técnica necesaria, aunque problemática, que permite resolver el caso administrativo no previsto, por más que exige, necesariamente, una tarea previa de adecuación de los fundamentos del derecho privado a la lógica propia del Derecho Público. La invocación de normas civiles opera como principios generales del derecho, siempre que su interpretación se realice teniendo en cuenta el origen y la naturaleza de la relación jurídica involucrada²⁴. El eje del análisis no es el rechazo del derecho común, sino en las condiciones bajo las cuales su utilización se produce.

Dicha norma, regula exclusivamente la responsabilidad del Estado Nacional y prevé la posibilidad de adhesión por parte de las provincias. En el ámbito santafesino, ésta encuentra fundamento en la Constitución local, que admite la aplicación del derecho común, pero bajo condiciones estrictas: la inexistencia de norma administrativa aplicable y la necesaria consideración de la intervención de la Administración Pública, lo que impide una traslación automática de las categorías del derecho privado.

²⁴ FIORINI, Bartolomé, “**Manual de Derecho Administrativo**”, La Ley S.A., Buenos Aires, 1968, Primera Parte, pág. 90.

En razón de ello, la doctrina ha admitido la posibilidad de acudir al derecho común siempre que sus disposiciones se integren armónicamente en el plexo de principios del derecho administrativo. Aunque, se advierte sobre el riesgo de esta remisión porque el derecho privado se estructura sobre una ontología de paridad entre particulares que prescinde del interés público, eje rector y diferencial de la responsabilidad estatal²⁵²⁶. Esta solución presenta serias dificultades, especialmente en jurisdicciones como la provincia de Santa Fe, donde la ausencia de una ley propia en la materia genera un significativo vacío legal.

Esta problemática se inserta, además, en el marco del sistema federal argentino, en el cual la regulación de la responsabilidad del Estado ha sido reservada a las provincias desde el texto constitucional de 1853-1860. La afirmación de su naturaleza iuspublicista conduce a reconocer la competencia local para su regulación. La adhesión a la normativa nacional no altera esta condición, el régimen se incorpora al derecho público provincial, permitiendo la introducción de matices o regulaciones propias. Incluso en ausencia de adhesión o de regulación específica, la responsabilidad del Estado no puede ser eludida. Ella encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y en principios generales del derecho²⁷ que impiden que la Administración se sustraiga a las consecuencias dañosas de su actividad. El principio *alterum non laedere*²⁸, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, proyecta así su eficacia sobre el ámbito del derecho público, imponiendo la obligación de reparar los daños causados.

El empleo del contrato de seguro como herramienta de gestión del riesgo estatal traslada la problemática de la integración normativa al plano de la autonomía de la voluntad. Al tratarse de un contrato de adhesión, su inserción en el ámbito público genera una tensión entre la delimitación convencional del riesgo y la función de garantía propia del Estado. Ésta se intensifica en contextos de ausencia de regulación local, donde la remisión al derecho común, ya sea por analogía o por necesidad, facilita la incorporación de esquemas propios del derecho privado sin la debida adaptación. Donde el peligro no radica únicamente en la utilización de

²⁵ BARRA, Rodolfo C., “**La responsabilidad del Estado en el Proyecto del nuevo Código Civil**”

²⁶ LISA, Federico - WEDER, Rubén; “**El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe**”, Tomo 1, pág. 33

²⁷ Brindan bases suficientes para estructurar un sistema completo de responsabilidad, aun en ausencia de regulación expresa. REIRIZ, María Graciela, “**Responsabilidad del Estado**”, pág. 41

²⁸ Impone la obligación jurídica de no causar perjuicios o daños injustos a terceros. Funciona como rector de la responsabilidad civil y constitucional, exigiendo la reparación del daño si este se produce, vinculado a menudo con la no afectación de derechos constitucionales de otros. Fallos: 340:1296. CSJN 26 de Septiembre 2017.

normas civiles, sino en la aceptación implícita de una racionalidad ajena al Derecho Administrativo.

La intervención del seguro en la esfera pública introduce una dualidad de racionalidades, mientras la responsabilidad estatal se erige como un instituto de derecho público orientado a la tutela del administrado y la distribución equitativa de las cargas, la lógica actuarial opera bajo una la delimitación anticipada del riesgo y previsibilidad económica. Esta coexistencia plantea un conflicto estructural, dado que las cláusulas preformuladas y las exclusiones propias de los contratos de adhesión pretenden subordinar la función de garantía estatal a límites convencionales de mercado. La utilización del seguro como instrumento de gestión financiera no puede implicar una alteración de los principios del derecho administrativo. La lógica exorbitante y el interés público no deben quedar supeditados a la rigidez de un esquema privado que, en su afán de indemnidad contractual, desnaturalice el deber de reparación plena del Estado

La integración del derecho común, así como la incorporación de herramientas contractuales propias del ámbito privado, requiere una operación constante de reinterpretación y adaptación. De lo contrario, existe el riesgo de que, bajo la apariencia de una técnica de integración normativa, se termine desnaturalizando el régimen de responsabilidad del Estado y debilitando su función esencial como garantía frente a los particulares.

4- La responsabilidad patrimonial de la Administración en el derecho comparado: evolución, fundamentos y proyección sobre el modelo argentino

El análisis iuscomparatista, advierte que la responsabilidad patrimonial de la Administración ha evolucionado mediante una progresiva autonomización respecto de las categorías del derecho privado, orientado a la consolidación de un régimen propio, de naturaleza pública y con una marcada función garantista. A partir del derecho comparado, se evidencia, con matices, una tendencia convergente hacia modelos estatales cimentados en principios propios del derecho administrativo.

El caso francés en su régimen presenta un origen eminentemente pretoriano, desarrollado a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que consolidó un sistema autónomo basado en la noción de servicio público. En sus primeras etapas, la imposibilidad de enjuiciar a la Administración sin autorización previa de dicho órgano implicaba una restricción sustancial al acceso a la reparación por parte de los administrados, reflejo de un modelo heredado del antiguo régimen, caracterizado por la deshumanización del derecho

público y la ausencia de tutela efectiva²⁹. Esta situación fue progresivamente superada mediante la intervención del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, que delimitaron las competencias de la jurisdicción administrativa y establecieron las bases del sistema.

La noción de “falta de servicio” adquirió centralidad como factor de atribución de responsabilidad. Definida como el incumplimiento de los deberes que rigen el funcionamiento normal y eficaz de la actividad administrativa, se configura como un criterio objetivo, de carácter impersonal y anónimo, vinculado al derecho de los ciudadanos a una buena administración y al principio de igualdad ante las cargas públicas³⁰. Este desarrollo implicó no solo la afirmación de un régimen autónomo, sino también la consolidación de un fundamento basado en el derecho fundamental de las personas al restablecimiento de la integridad patrimonial lesionada³¹.

La experiencia argentina, presenta una evolución que guarda notables similitudes. Desde un modelo inicial de irresponsabilidad estatal, se transitó hacia la aplicación de las normas del Código Civil, hasta alcanzar un estadio de autonomía a partir de la construcción jurisprudencial y, en particular, del precedente “Vadell” en 1984, consolidado posteriormente con la sanción de la Ley 26.944. Este cuerpo normativo recepta expresamente la noción de falta de servicio como eje de la responsabilidad por actividad ilegítima, exigiendo la inobservancia de un deber normativo expreso y excluyendo la aplicación directa del derecho privado. Sin embargo, a diferencia del modelo francés, el sistema argentino se encuentra atravesado por una marcada fragmentación derivada de su estructura federal. La competencia en materia de responsabilidad estatal no ha sido delegada, lo que ha permitido que algunas jurisdicciones provinciales, ante la ausencia de legislación específica, continúen recurriendo a criterios propios del derecho común. Lo que introduce un elemento de heterogeneidad que condiciona la coherencia del sistema y abre la puerta a la incorporación de lógicas ajenas al derecho público.

En España, la evolución ha conducido a la configuración de un régimen basado en el “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, en el cual la responsabilidad se activa siempre que el administrado sufra un daño que no tenga

²⁹ Cassagne, Juan Carlos, **Derecho Administrativo**, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 267.

³⁰ Cuba Meneses, Erick, “**Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo**”, *Derecho Administrativo*, n. 145, 2023, p. 90-93.

³¹ Cuba Meneses, Erick, “**Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo**”, *Derecho Administrativo*, n. 145, 2023, p. 86-104

el deber jurídico de soportar. Lo que refuerza la centralidad del daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad y consolida un modelo objetivo orientado a la tutela del particular³².

Por su parte, el derecho colombiano ha desarrollado una construcción particularmente relevante a partir de la consagración constitucional de la cláusula general de responsabilidad estatal en 1991. El eje se sitúa en el concepto de daño antijurídico, entendido como aquel que excede las cargas que razonablemente deben soportar los ciudadanos, incorporando la noción de daño especial vinculada a la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas³³. La idea de que la responsabilidad estatal cumple una función de garantía, orientada a restablecer la igualdad material afectada por la actuación administrativa. En el caso argentino, este fundamento encuentra sustento constitucional en el principio de igualdad ante las cargas públicas, que impone la obligación de reparar cuando un administrado soporta un sacrificio especial, desigual y desproporcionado respecto del resto de la comunidad.

Estos sistemas permiten advertir una tendencia clara: la consolidación de regímenes de responsabilidad estatal orientados a la reparación integral del daño y a la protección efectiva de los derechos. El principio de *restitutio in integrum*³⁴ adquiere relevancia como estándar rector, ya que procura asegurar la más perfecta equivalencia entre el perjuicio sufrido y la reparación obtenida³⁵. Asimismo, la evolución de la responsabilidad en contextos de sociedad posindustrial ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los esquemas tradicionales, exigiendo una ampliación de los criterios de imputación en función de actividades complejas y riesgosas, en línea con principios de equidad³⁶, solidaridad³⁷ y justicia distributiva³⁸³⁹.

³² Fernando Garrido Falla, “**Sobre la responsabilidad del Estado legislador**”, *Revista de Administración Pública*, n. 118, Madrid, 1989.

³³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 22 de octubre de 1896; Constitución Política de Colombia, 1991.

³⁴ CIDH. Caso González y otras Campo algodón vs. México, 16 de noviembre de 2009

³⁵ Roberto Silva Fernández “**El daño especial y la responsabilidad objetiva en el derecho colombiano y argentino. Apuntes del derecho comparado**”. UNISANGIL, Sede San Gil, Santander, Colombia 2021, pp. 56-59.

³⁶ Permite adaptar la rigidez de la norma a las circunstancias del caso concreto para evitar una injusticia, ante la obligación de indemnizar, el monto debe fijarse atendiendo a antecedentes que permitan establecerlo con equidad, evitando reparaciones exiguas o irrazonables.

³⁷ Justifica que la colectividad asuma, a través de la indemnización estatal, los daños que un individuo sufre en beneficio del interés general.

³⁸ Cargas públicas entre los miembros de una comunidad. En la responsabilidad estatal, se manifiesta en el derecho a ser compensado cuando la igualdad ante las cargas públicas se rompe, garantizando que un solo administrado no soporte un sacrificio especial que corresponde a toda la sociedad.

³⁹ Dávila Gabriel, “**Creación de un régimen especial para la responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo**”. Universidad nacional de Cajamarca. Tesis postgrado. 2016, pp. 71-72, 83-84 y 100

Es en este contexto donde la incorporación del contrato de seguro adquiere una relevancia particular. Si bien puede operar como un instrumento idóneo de gestión del riesgo, su lógica interna responde a una racionalidad distinta, basada en la delimitación técnica y en la previsibilidad económica. Esta tensión se manifiesta con mayor intensidad cuando se analiza el rol del tercero damnificado. En el derecho argentino, la acción directa contra el asegurador se encuentra expresamente prevista a través de la citación en garantía, permitiendo al damnificado incorporar al asegurador al proceso y ejecutar la sentencia en su contra en la medida del seguro. Este mecanismo reconoce la autonomía de la relación contractual entre asegurador y asegurado, pero admite su invocación por parte del tercero perjudicado⁴⁰. En el derecho chileno, en cambio, la acción directa no se encuentra expresamente consagrada, aunque la doctrina reconoce su existencia implícita, derivada de la obligación legal del asegurador de indemnizar al tercero.

El derecho de la víctima nace en el momento del daño, lo que impide la oponibilidad de modificaciones contractuales posteriores, configurándose como una garantía propia del damnificado⁴¹. A su vez, la relación entre asegurado y asegurador se estructura en términos de obligaciones concurrentes, criterio que encuentra recepción en sectores de la doctrina argentina¹¹.

Estas soluciones evidencian una preocupación común por garantizar el acceso efectivo del damnificado a la indemnización, aun cuando las técnicas legislativas difieran. Argentina y Francia comparten la estructura dogmática de la responsabilidad pública, mientras que Argentina y Chile convergen en la protección del tercero mediante el acceso a la garantía asegurativa. Sin embargo, la incorporación del contrato de seguro en el ámbito de la responsabilidad estatal introduce una tensión adicional. Mientras los sistemas comparados evolucionan hacia modelos cada vez más protectores, el seguro responde a una lógica de delimitación del riesgo que puede operar en sentido inverso.

Como ha señalado la doctrina, el seguro debe ser entendido como un mecanismo de protección social que priorice la reparación de la víctima por sobre la

⁴⁰ Rago, Fernando Matías. Trabajo Final de Grado: “**Oponibilidad al damnificado de la franquicia obligatoria dispuesta en el contrato de seguros de responsabilidad civil para vehículos destinados al transporte público de pasajeros**”, 2013, p. 47.

⁴¹ Hernán Corral Talciani. “**La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros Chileno**”. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 No 2, 2015, pp. 402, 407, 408, 410 y 418.

preservación del patrimonio del asegurado⁴². A ello se suma la complejidad del mercado asegurador y reasegurador, particularmente en el contexto argentino posterior a la desaparición del monopolio estatal del reaseguro en 1992, lo que ha reforzado la lógica técnica y financiera del sistema, desvinculándola de consideraciones tuitivas propias del derecho público⁴³.

El análisis comparado permite advertir que, mientras los sistemas de responsabilidad estatal evolucionan hacia modelos de expansión y tutela reforzada, la lógica del seguro introduce un principio de delimitación que resulta estructuralmente disonante con dichos desarrollos, ya que es la manifestación de un problema estructural: la coexistencia de una lógica de garantía, propia del derecho administrativo, con una lógica de delimitación del riesgo, propia del ámbito privado. La resolución de esta tensión exige una lectura sistemática que preserve la función garantista del Estado, evitando que instrumentos contractuales desvirtúen la protección efectiva de los derechos de los administrados.

5- La colisión de racionalidades: entre la función de garantía estatal y la lógica actuarial del seguro

La consolidación del carácter iuspublicista de la responsabilidad estatal en la Argentina encuentra un punto de inflexión en la sanción de la Ley 26.944, en cuanto declara que las disposiciones del Código Civil y Comercial no resultan aplicables, ni de manera directa ni subsidiaria. Esta definición normativa no solo delimita un ámbito material, sino que reafirma que la regulación de la responsabilidad del Estado corresponde al derecho administrativo en sus distintas dimensiones jurisdiccionales⁴⁴. Sin embargo, lejos de clausurar el debate, esta exclusión ha dado lugar a un escenario de fragmentación normativa, particularmente en el ámbito provincial, donde la intervención del contrato de seguro dependerá de cómo cada jurisdicción regule su propio régimen de responsabilidad. Ello genera como consecuencia la coexistencia de múltiples sistemas, con diferentes alcances, factores de atribución y criterios de imputación, lo que impacta directamente en la previsibilidad del riesgo.

El fundamento del contrato de seguro, estructurado sobre la delimitación anticipada del riesgo y en la utilización de cláusulas predispuestas propias de los contratos de adhesión

⁴² Rago, Fernando Matías. Trabajo Final de Grado: “**Oponibilidad al damnificado de la franquicia obligatoria dispuesta en el contrato de seguros de responsabilidad civil para vehículos destinados al transporte público de pasajeros**”. pp. 21-57

⁴³ María Blanca Noodt Taquela, “**El mercado del reaseguro tras la desaparición del monopolio estatal en Argentina**”, 1999, pp. 1-15.

⁴⁴ Reyna, J. J. (2014). **El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI y la Ley Responsabilidad del Estado N° 26.944**. (Disertación en las VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo, Tucumán). p. 9

se enfrenta con un régimen de responsabilidad estatal que introduce elementos de incertidumbre. Se intensifica a partir del artículo 6 de la Ley 26.944, donde dispone que el Estado no responde, ni siquiera en forma subsidiaria, por los daños causados por concesionarios o contratistas de servicios públicos. Esta previsión rompe la lógica tradicional del derecho de daños, al interrumpir la cadena de imputación, trasladando el peligro al operador privado y a su aseguradora. Si el proveedor cuenta con un seguro insuficiente, la víctima puede quedar desprotegida materialmente, lo que se contradice con la función de garantía de solvencia.

A ello se suma la regulación restrictiva de la responsabilidad por omisión, en tanto la ley condiciona la procedencia a la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado⁴⁵. Esta formulación, propia de un esquema de legalidad estricta, contrasta con la evolución jurisprudencial del derecho de daños y del propio derecho administrativo, donde la negligencia puede generar responsabilidad aun frente a mandatos generales e indeterminados. La consecuencia es una disociación entre la norma escrita y su aplicación judicial, que introduce un factor adicional de incertidumbre en la determinación del riesgo jurídicamente asegurado.

A partir de la perspectiva del mercado asegurador, esta inestabilidad normativa repercute directamente en la estructura del contrato. Las aseguradoras estructuran sus primas sobre la base de un peligro jurídicamente previsible, sin embargo, cuando la jurisprudencia expande los criterios resarcitorios mediante principios constitucionales, la ecuación económica del contrato se fractura. La evaluación del riesgo muta de un cálculo técnico estable a una operación supeditada a variables abiertas, encareciendo primas y restringiendo coberturas.

Esta tensión no se resuelve con la mera exclusión del derecho privado, sino mediante una reformulación del derecho administrativo que, lejos de una remisión al Código Civil, eleve sus propios estándares hacia el paradigma del Estado constitucional de derecho, de esta manera el contrato de seguro deja de ser concebido exclusivamente como un acuerdo privado, para integrarse como una herramienta funcional a la garantía de los derechos, en particular en relación con la centralidad de la persona humana y la reparación frente a la falta de servicio. Es por ello, que debe

⁴⁵ Reyna, J. J. (2014). **El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI y la Ley Responsabilidad del Estado N° 26.944**. (Disertación en las VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo, Tucumán). p. 9

ser pensado como un derecho de inclusión, orientado no solo a prevenir y reparar abusos, sino a asegurar condiciones materiales de igualdad⁴⁶.

La fragmentación normativa a partir del sistema federal, incide en la configuración del peligro asegurable, al eliminar una base uniforme para su cálculo y obligar a adaptar la técnica aseguradora a cada jurisdicción. Se profundiza con la discrepancia entre los criterios legales y su interpretación judicial, modifica sustancialmente el riesgo en la contratación administrativa.

Esta situación habilita espacios de innovación jurídica, donde la autonomía provincial permite el desarrollo de modelos de responsabilidad que superen las restricciones del régimen nacional, incorporando herramientas orientadas a la tutela efectiva de los derechos, como la ampliación de la responsabilidad por omisión, estructuraciones de esquemas por una subsidiaria en servicios públicos o la introducción de mecanismos con funciones preventivas.

A diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento, particularmente en el derecho del consumidor, donde han sido incorporadas con una clara finalidad ejemplificadora frente a incumplimientos graves. La Ley 26.944 ante la ausencia de sanciones disuasivas evidencia una insuficiencia en su dimensión preventiva, porque limita la responsabilidad estatal a una lógica predominantemente indemnizatoria. Esta exclusión no es neutra, genera una asimetría estructural, el Estado queda al margen de estándares que sí resultan exigibles a los particulares, lo que afecta la coherencia del sistema jurídico en su conjunto.

Desde esta perspectiva, la eventual incorporación de este tipo de instrumentos no supone una traslación automática de categorías del ámbito privado, sino su reconfiguración conforme a los principios del derecho público. Su finalidad no debe entenderse en términos punitivos, sino como un instrumento orientado a mejorar el funcionamiento de la Administración, prevenir la reiteración de conductas lesivas y garantizar la efectividad de las garantías. La carencia de herramientas disuasivas incide directamente en la configuración del sistema, que tiende a quedar reducido a una lógica exclusivamente indemnizatoria. Esta limitación se profundiza cuando interviene el contrato de seguro como mecanismo de cobertura, ya que el costo económico de la reparación puede ser absorbido por la aseguradora, debilitando los incentivos para evitar la producción del daño. La incorporación de sanciones pecuniarias disuasivas en el ámbito de la responsabilidad estatal se presenta como una

⁴⁶ Balbín, Carlos F. “**Un derecho Administrativo para la Inclusión social**”, La ley 28/05/204. Cita on line AR/DOC/1250/2014

exigencia del derecho administrativo contemporáneo, en línea con un modelo que no sólo procure recomponer, sino también prevenir y desalentar conductas contrarias al orden jurídico.

En el marco del Estado de derecho constitucional, la responsabilidad estatal debe ser interpretada a la luz de los derechos humanos, lo que impone una lectura de los instrumentos jurídicos, incluido el contrato de seguro, de manera tal que favorezca la protección de la víctima, aun frente a la rigidez de las normas administrativas. El desplazamiento desde un modelo de legalidad estricta hacia un sistema abierto y axiológicamente orientado implica reconocer la operatividad directa de los principios constitucionales y los derechos fundamentales en la resolución de los conflictos, aun cuando suponga apartarse de soluciones rígidas derivadas de la normativa administrativa.

La responsabilidad del Estado no se agota en la infracción de un deber normativo específico, sino que puede surgir también frente a la inobservancia de mandatos generales, en función de un juicio estricto que atienda a la previsibilidad del daño, los medios disponibles y las consecuencias de la omisión⁴⁷. Esta ampliación del campo de imputación tensiona el esquema restrictivo de la Ley 26.944, pero permite alinear el sistema con estándares propios del constitucionalismo contemporáneo.

La relación jurídica resarcitoria deja de configurarse como un vínculo estrictamente bilateral para asumir una estructura más compleja, en la que intervienen el Estado, la víctima, y, de manera mediata, la comunidad. La solidaridad recíproca emerge como el fundamento que legitima la distribución del riesgo. En su dimensión de principio constitucional, actúa como el fundamento axiológico que justifica la distribución social del riesgo, asegurando que la reparación no quede condicionada por restricciones presupuestarias ni por rigideces contractuales, y reafirmando, en última instancia, la centralidad de la persona humana como eje del sistema⁴⁸. El contrato de seguro puede operar como un mecanismo de solidaridad recíproca que permite distribuir socialmente el costo del daño sin comprometer de manera exclusiva el erario público, al tiempo que garantiza la efectividad de la tutela indemnizatoria.

⁴⁷ Reyna, J. J. (2014). **El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI y la Ley Responsabilidad del Estado N° 26.944**. (Disertación en las VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo, Tucumán). p. 14

⁴⁸ Reyna, J. J. (2014). **El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI y la Ley Responsabilidad del Estado N° 26.944**. (Disertación en las VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo, Tucumán). p. 12

La articulación entre responsabilidad estatal y contrato de seguro exige una reconstrucción dogmática que trascienda la oposición entre derecho público y privado. El seguro no puede ser interpretado como un límite sino como un instrumento técnico al servicio de su función de garantía. La aseguradora deja de ser un sujeto ajeno al conflicto para adquirir un rol funcional en la realización práctica del sistema de responsabilidad.

6- La tutela del damnificado frente a la técnica asegurativa: acceso a la garantía y construcción jurisprudencial

La evolución del contrato de seguro en el ordenamiento argentino evidencia un desplazamiento sustancial desde una lógica estrictamente técnica y comercial, anclada en la autonomía de la voluntad, hacia un modelo de raigambre constitucional orientado a la tutela efectiva del asegurado. Esta transición no representa meramente un cambio de paradigma contractual, sino la irrupción de un orden público de protección que redefine la función del seguro, desplazando su eje desde la técnica hacia la garantía de la reparación plena. La vulnerabilidad del asegurado, como adherente y, a veces, como consumidor, se erige como criterio rector de interpretación frente a la rigidez de las cláusulas predispuestas, por lo que adquiere mayor relevancia cuando el Estado interviene como tomador del seguro.

La Administración contrata de manera sistemática a través de esquemas de adhesión, aceptando condiciones predispuestas por el mercado asegurador que reducen significativamente su margen de autorregulación, limitando la decisión de contratar. Mientras que la Ley 26.944 adopta un diseño restrictivo orientado a la protección del erario, el Código Civil y Comercial incorpora un sistema tuitivo que somete a control las cláusulas predispuestas, invalidando aquellas que desnaturalizan las obligaciones o restringen derechos del adherente. La exorbitancia del derecho administrativo no habilita una merma en la posición jurídica del ciudadano cuando el seguro está destinado, precisamente, a asegurar la reparación del daño. Quien accede a un servicio o a una actividad organizada, ya sea por el Estado o por un concesionario, deposita una confianza legítima en que su seguridad ha sido adecuadamente garantizada.

En el ámbito provincial, el seguro asume un rol estructural como red de solvencia indispensable para operativizar un ‘Derecho Administrativo de inclusión’. La exigencia de coberturas obligatorias en sectores de alta sensibilidad social, como la responsabilidad civil en establecimientos educativos, no constituye una mera traslación de la cláusula de incolumidad del derecho privado. Por el contrario, estas iniciativas integran los peligros inherentes a la función estatal en un esquema de cobertura colectiva, partiendo de una premisa de justicia

distributiva: no resulta admisible participar de los beneficios de la actividad pública sin asumir sus contingencias. Así, el seguro permite que las consecuencias dañosas del funcionamiento estatal sean absorbidas por el sistema de gestión del riesgo y no de manera aislada sobre el patrimonio del administrado⁴⁹.

El principal obstáculo para la armonización dogmática reside en la divergencia de los sistemas de atribución. Mientras el contrato de seguro se estructura sobre la causalidad adecuada y la previsibilidad, pilares del cálculo actuarial de primas, la Ley 26.944 impone una causalidad que es directa, inmediata y exclusiva. Esta exigencia desarticula la lógica técnica del seguro, pues permite la exoneración estatal ante la mínima concurrencia causal, introduciendo una incertidumbre jurídica que desnaturaliza la función de garantía y altera la evaluación del riesgo.

Desde la mirada del mercado asegurador, esta indeterminación impacta directamente en la estructura económica del contrato. La imposibilidad de prever con exactitud los supuestos de responsabilidad estatal altera el cálculo actuarial, lo que incrementa la litigiosidad y conduce a una tendencia restrictiva en la delimitación de coberturas. La consecuencia es una afectación sistémica de la función del seguro como instrumento de distribución del riesgo. La solución exige un verdadero diálogo de fuentes, la interpretación judicial debe armonizar la normativa del seguro con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, incorporando al derecho administrativo los principios de daños, en particular los vinculados con la prevención y la reparación plena.

La responsabilidad estatal se presenta como un crédito indemnizatorio a favor de la víctima, cuya efectividad encuentra en el seguro un instrumento idóneo. A ello se suma que muchas de las relaciones entre el Estado y los particulares presentan rasgos propios de vínculos de consumo, lo que habilita la aplicación de estándares de tutela reforzada. El contrato de seguro puede, en estos casos, ser considerado como uno de consumo cuando el Estado actúa como destinatario final del servicio de cobertura del riesgo, activando un núcleo de protección que no puede ser desplazado por normas especiales⁵⁰.

⁴⁹ CSJN. (2007). Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios. Fallos: 330:563

⁵⁰ Compiani, M. F. (2016). **El régimen jurídico del contrato de seguro en el derecho argentino. Actualidad y perspectivas. Actualidad Jurídica Iberoamericana**, (5 ter). Pág. 9

El carácter adhesivo del contrato impone, además, exigencias estrictas en materia de transparencia e información. Las cláusulas deben redactarse de forma clara, completa y comprensible; ante cualquier ambigüedad, corresponde interpretarlas en contra de quien las predispuso. El control judicial de cláusulas abusivas adquiere un rol central porque permite preservar la finalidad del mismo y evitar que limitaciones técnicas frustren el derecho a la víctima a una reparación efectiva, incluso frente a pólizas previamente aprobadas en sede administrativa.

Desde la óptica de las aseguradoras, la exigencia de causalidad exclusiva introduce un factor disruptivo en la técnica asegurativa. La dificultad para prever con precisión en qué supuestos el Estado responderá, o quedará exento, altera la ecuación económica del contrato, incrementa la litigiosidad y debilita la función del seguro como mecanismo de distribución del riesgo. A ello se suma que la exclusión del Estado de la cadena de responsabilidad traslada costos a la sociedad, en tensión con el deber de seguridad y con la lógica de internalización de riesgos.

La articulación entre el régimen de responsabilidad estatal y el contrato de seguro exige, entonces, una relectura desde el paradigma del Estado constitucional de derecho. La relación resarcitoria deja de configurarse como un vínculo estrictamente bilateral para asumir una estructura más compleja, en la que interviene el Estado, la víctima y la comunidad. El seguro opera así como un mecanismo de solidaridad recíproca que permite distribuir el costo del daño sin comprometer exclusivamente el erario público, asegurando la efectividad de la tutela indemnizatoria⁵¹.

Este planteo encuentra una manifestación concreta en el fallo *Zotto c/ Provincia de Santa Fe*⁵², donde la jurisprudencia logra compatibilizar ambas lógicas sin desnaturalizarlas. El tribunal mantiene la condena plena al Estado en su carácter de garante del servicio público pero extiende sus efectos a la aseguradora en los límites de la póliza. Se configura una responsabilidad concurrente con funciones diferenciadas, el Estado como obligado principal y la aseguradora como respaldo técnico limitado.

La cuestión no radica en subordinar el derecho administrativo al derecho privado, sino en situarlos en un plano común de interpretación, donde la centralidad de la persona humana y la efectividad de los derechos fundamentales actúen como criterios rectores. Sólo bajo ese enfoque el contrato de seguro deja de aparecer como un elemento ajeno al

⁵¹ Reyna, J. J. (2014). **El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI y la Ley Responsabilidad del Estado N° 26.944**. (Disertación en las VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo, Tucumán). p. 11

⁵² Trib. Coleg. Respons. Extracontractual N°1 Santa Fe, (Expte. 335/16)

compromiso estatal y pasa a constituirse como una herramienta estructural orientada a la inclusión, la prevención y la justicia distributiva. En los supuestos de daños ocurridos en establecimientos educativos, la jurisprudencia santafesina ha consolidado un régimen de responsabilidad objetiva del Estado, fundado en la falta de servicio derivada del incumplimiento del deber de guarda y custodia. Este se traduce en una verdadera obligación de seguridad de resultado, en la cual la integridad física de los alumnos constituye el bien jurídico tutelado. Acreditado el menoscabo en ese ámbito, se activa una presunción que excede la mera verificación de una conducta negligente.

La intervención de la compañía no altera la naturaleza del compromiso estatal, sino que introduce una limitación técnica vinculada al riesgo asegurado. La distinción entre la relación de responsabilidad y de cobertura adquiere una centralidad, mientras el Estado responde de manera integral por el incumplimiento de su deber funcional, la aseguradora lo hace estrictamente en los términos y límites de la póliza contratada. La interpretación de las cláusulas contractuales debe realizarse con criterio restrictivo, especialmente tratándose de contratos de adhesión, de modo que cualquier ambigüedad en la delimitación del riesgo sea resuelta en contra de quien las redactó (*contra proferentem*).

La solución adoptada en el precedente citado evidencia que es posible articular la lógica expansiva de la responsabilidad pública con la estructura técnica del seguro sin sacrificar la tutela del damnificado. El mantenimiento de la reparación plena del Estado como garante último, aun frente a la intervención de la aseguradora, afirma que las limitaciones propias del contrato no se traduzcan en una desprotección del administrado. El seguro cumple una función instrumental de garantía financiera, sin implicar una transferencia ni una privatización del deber estatal de reparar.

La articulación entre ambos regímenes no se presenta como una relación de subordinación, sino como una coexistencia funcional que exige una interpretación sistemática orientada por los principios del Estado constitucional de derecho. Cuando la cobertura resulta insuficiente el Estado debe asumir el excedente asegurando la reparación plena del daño. Se debe preservar la integridad del crédito indemnizatorio, evitando que la técnica asegurativa opere como un límite fáctico a la reparación plena y asegurando que la protección de la víctima permanezca como eje estructurante del sistema

El seguro no sustituye la responsabilidad estatal, sino que la complementa, operando como garantía financiera sin afectar la integralidad del deber resarcitorio. De esta manera, se logra compatibilizar la lógica expansiva de la responsabilidad pública con la estructura técnica del contrato de seguro, impidiendo que las restricciones propias de un contrato de adhesión se traduzcan en una desprotección del administrado.

7- Conclusión: Hacia una reconstrucción del sistema. Responsabilidad concurrente, diálogo de fuentes y solidaridad recíproca:

El desarrollo de la investigación ha permitido identificar con claridad que la articulación entre el régimen de responsabilidad del estado y el contrato de seguro no constituye una cuestión meramente técnica ni accesoria dentro del derecho administrativo, sino que revela una tensión estructural profunda entre dos racionalidades jurídicas que responden a lógicas, finalidades y fundamentos diferentes. Mientras la responsabilidad pública se configura como un instituto de derecho público orientado a la protección del administrado y reparación integral del daño, el seguro opera bajo una lógica de restricción necesaria para preservar la ecuación económica de la prima, delimitación técnica del riesgo y equilibrio financiero.

Esta divergencia no es neutra, ya que su coexistencia sin una adecuada reconstrucción dogmática genera un desplazamiento silencioso en el cual las limitaciones propias de la técnica asegurativa tienden a proyectarse sobre el alcance de la responsabilidad pública, afectando la efectividad del crédito indemnizatorio de la víctima.

La sanción de la Ley 26.944 ha operado como un punto de inflexión en la configuración del sistema. Si bien reafirma el carácter iuspublicista de la responsabilidad estatal y excluye la aplicación del derecho privado, su diseño normativo introduce elementos que complejizan la relación con el sistema asegurador. La exigencia de una causalidad directa, inmediata y exclusiva, la restricción de la responsabilidad por omisión a supuestos deberes normativos expresos y en determinados esquemas de delegación de servicios públicos configuran un régimen que, lejos de brindar certeza, incrementa la incertidumbre en la determinación del riesgo. Esto impacta directamente en la lógica del seguro, donde su operatividad depende de la previsibilidad jurídica, generando una disociación entre la técnica actuarial y las condiciones reales de imputación de la responsabilidad.

La fragmentación federal derivada de la Ley 26.944 ha configurado, especialmente en jurisdicciones no adheridas como Santa Fe, un “laboratorio jurídico” de excepción. La ausencia de un régimen local específico no puede ser interpretada como una manifestación legítima de autonomía sino como una omisión institucional que debilita la coherencia del

sistema y traslada a los jueces la carga de resolver conflictos complejos sin herramientas normativas adecuadas. Genera soluciones casuísticas, heterogéneas y carentes de previsibilidad, afectando el principio de igualdad y comprometiendo la tutela judicial efectiva. Resulta jurídicamente inadmisibles que, en pleno siglo XXI, la protección de los derechos fundamentales dependa de integraciones pretorianas erráticas ante la ausencia de una decisión política de legislar. Esta inacción no solo desprotege a la víctima, sino que perpetúa una gestión deficiente del riesgo público, convirtiendo a la “reparación plena” en una declaración retórica desprovista de garantía operativa real.

La intervención judicial adquiere un rol central, aunque no siempre suficiente. La tendencia a resolver los casos mediante la extensión de la condena a la aseguradora “en la medida del seguro”, sin un análisis crítico sobre la suficiencia de las coberturas o la adecuación de las cláusulas predispuestas, evidencia la ausencia de una problematización estructural del fenómeno. Hay precedentes que permiten advertir líneas de reconstrucción posibles. El caso “*Zotto c/ Provincia de Santa Fe*” manifiesta que es viable articular ambos regímenes sin desnaturalizarlos, a través de la configuración de un esquema de responsabilidad concurrente. La solución adoptada, mantener la condena plena al Estado como garante principal y extenderla a la aseguradora dentro de los límites de la póliza, permite compatibilizar la lógica expansiva del Derecho administrativo con las restricciones propias del contrato de seguro, evitando la privatización de la responsabilidad estatal y la utilización del seguro como herramienta de gestión.

La investigación sostiene que para resolver la tensión la clave no radica en la subordinación de un régimen al otro, sino en la construcción de un verdadero dialogo de fuentes. Exige interpretar el contrato de seguro a la luz de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos, integrando sus disposiciones dentro de un sistema orientado a la protección efectiva de las personas. El seguro deja de ser concebido como un contrato aislado de naturaleza privada para convertirse en un instrumento funcional a la garantía de derechos y su operatividad debe ser evaluada en función de su capacidad para asegurar la reparación integral.

La misma se configura como el criterio estructurante del sistema de responsabilidad estatal. No se trata de una mera pauta de cuantificación del daño, sino de un estándar jurídico de jerarquía constitucional que impone la restitución más completa posible de la situación del damnificado. Su operatividad no puede quedar

subordinada a condicionamientos técnicos propios del contrato de seguro ni a restricciones derivadas de un diseño normativo fragmentado. Por el contrario, actúa como límite material frente a cualquier intento de reducción del alcance resarcitorio, proyectando su eficacia sobre la interpretación y aplicación de todo el sistema. Por esto mismo, la articulación entre la responsabilidad del Estado y el seguro sólo resulta compatible con el Estado constitucional de derecho en la medida en que garantice la indemnidad del administrado, evitando que la lógica de previsibilidad económica desplace la centralidad de la persona humana y la efectividad de sus derechos.

El principio de solidaridad recíproca emerge como eje de la propuesta. La responsabilidad estatal abandona su concepción tradicional como relación bilateral para configurarse como una relación jurídica compleja en la que intervienen el Estado, la víctima y la comunidad en su conjunto. El seguro opera como un mecanismo de distribución social del riesgo, permitiendo que el costo de la reparación no recaiga de manera exclusiva sobre el erario público ni sobre el patrimonio individual del damnificado. Se configura una red de solvencia que otorga eficacia práctica a las decisiones judiciales y refuerza la dimensión material de la tutela judicial efectiva, evitando que las limitaciones presupuestarias o las rigideces normativas sean una denegación de justicia.

Esto no deriva en desconocer la lógica del seguro ni desarticular su funcionamiento económico, sino adaptarlo dentro de un marco normativo que priorice la protección de los derechos fundamentales. Se trata de desplazar el eje desde una concepción del seguro como instrumento de inmunidad patrimonial hacia su comprensión como garantía social. Adquiere mayor relevancia en contextos de alta sensibilidad como los servicios públicos o el ámbito educativo, donde la exposición al riesgo es inherente a la actividad estatal, y donde la insuficiencia de las coberturas puede comprender no solo la reparación individual, sino también la confianza legítima de los ciudadanos en el funcionamiento de las instituciones.

La importancia de este estudio radica en visibilizar el rol del seguro como operativizador factico del sistema resarcitorio estatal, aspecto tradicionalmente relegado por la doctrina. No se puede sostener la existencia de una tutela efectiva si el diseño preventivo del riesgo se estructura sobre coberturas insuficientes o técnicas contractuales que desatienden la función de garantías. El presente trabajo no pretende agotar la problemática, sino constituirse como una base conceptual para futuras líneas de investigación, particularmente en lo relativo al control de las cláusulas predispuestas en contratos celebrados por el Estado, la responsabilidad por omisión en la gestión del riesgo público, la incorporación de mecanismos

disuasivos y la construcción de estándares mínimos de cobertura compatibles con el principio de reparación plena.

La investigación permite afirmar que la actual configuración del sistema presenta déficits estructurales que exigen una reconstrucción integral, en el plano normativo y en su operatividad práctica. La falta de armonización entre el derecho administrativo y el de daños, precisamente de seguros, la fragmentación derivada del federalismo y la ausencia de estándares adecuados de cobertura configuran un escenario que compromete la efectividad de la reparación y debilita la función garantista del Estado. La integración del contrato de seguro en el régimen de responsabilidad estatal, bajo un verdadero dialogo de fuentes, que sitúe en el centro la Constitución y los derechos fundamentales, se presenta como el único camino viable para evitar que el sistema se reduzca a una estructura meramente formal. La responsabilidad estatal debe ser resignificada como un instrumento de justicia real, donde el seguro opere como un mecanismo de solidaridad social y no como un límite técnico de reparación. Se concluye con que el Derecho Administrativo debe ser un derecho de inclusión, orientado a asegurar condiciones materiales de igualdad mediante la internalización de los riesgos sociales.

REFERENCIAS:

- AHE, Dafne y MILJIKER, María Eva, **“Algunos mitos sobre el funcionamiento del Sistema Continental: el caso de la Argentina y la regulación de la Responsabilidad del Estado”**, LL, 2007.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, **Curso de Derecho Administrativo**.
- BARRA, Rodolfo C., **“La responsabilidad del Estado en el Proyecto del nuevo Código Civil”**
- BIANCHI, Alberto B., **“Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”**, LL, 1996.
- BIELSA, Rafael **“Responsabilidad del Estado como Poder Administrador”**, JA
- Campiani, María Fabiana. **“La corte dicto un importante fallo en materia de seguros: El caso Buffoni”**. 24 de abril, 2014. El seguro en Acción
- CASSAGNE, Juan Carlos; **“Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”**, LL 2005-D, 1268
- CIDH. Caso González y otras Campo algodónero vs. México, 16 de noviembre de 2009
- COMPIANI, M. F. (2016). **El régimen jurídico del contrato de seguro en el derecho argentino. Actualidad y perspectivas. Actualidad Jurídica Iberoamericana**, (5 ter), 8-35
- CORRAL TALCIANI, Hernán. **“La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros Chileno”**. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 No 2, 2015
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 22 de octubre de 1896; Constitución Política de Colombia, 1991.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2007). Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios. Fallos: 330:563;
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. **“Principio de la reparación plena del Daño”**. 2024. Archivo digital: ISBN 978-987-1625-84-0
- CSJN (2007). Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios. Fallos: 330:563
- DÁVILA Gabriel, **“CREACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN ACTIVIDADES DE RIESGO”**, UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA. TESIS POSTGRADO. 2016, pp. 71-72, 83-84 y 100
- DEPETRIS, C. E. (2015). **Aportes para la elaboración de una ley provincial de responsabilidad del Estado. (Propuesta doctrinaria para la Provincia de Santa Fe)**;
- EIL, Prosper, **“Derecho Administrativo”**, Editorial Civitas S.A., Primera edición, 1986.
- ESCOLA, Héctor J., **“Compendio de Derecho Administrativo”**, volumen II. Ediciones Depalma.
- FIORINI, Bartolomé, **“Manual de Derecho Administrativo”**, La Ley S.A., Buenos Aires, 1968, Primera Parte.
- GARRIDO FALLA, Fernando. **“Sobre la responsabilidad del Estado legislador”**, *Revista de Administración Pública*, n. 118, Madrid, 1989.
- LISA, Federico - WEDER, Rubén; **“El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe”**, Tomo 1
- NOODT TAQUELA, María Blanca. **“El mercado del reaseguro tras la desaparición del monopolio estatal en Argentina”**, 1999.
- Olano Daniel J. Bugallo. **“Ley 26.944 sobre responsabilidad del Estado. (El rey no puede hacer nada malo)”**. Buenos Aires, Agosto 27 de 2014.
- RAGO, Fernando Matías Trabajo Final de Grado: **“Oponibilidad al damnificado de la franquicia obligatoria dispuesta en el contrato de seguros de responsabilidad civil para vehículos destinados al transporte público de pasajeros”**, 2013, p. 47.

REIRIZ, María Graciela, “**Responsabilidad del Estado**”

REYNA, J. J. (2014). **El sistema jurídico endonacional en el siglo XXI y la Ley Responsabilidad del Estado N° 26.944**. (Disertación en las VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo, Tucumán).

ROSATTI, Horacio, “La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica”, en **Revista de Derecho de Daños nro.9**, Rubinzal-Culzoni Secretaria de Jurisprudencia. “**El principio de no dañar a otro**” Diciembre 2024.

SILVA FERNANDEZ, Roberto “**El daño especial y la responsabilidad objetiva en el derecho colombiano y argentino. Apuntes del derecho comparado.**” UNISANGIL, Sede San Gil, Santander, Colombia 2021.