

Más sombras que luces: el nuevo régimen de responsabilidad del estado

Por Carlos Adrián Garaventa () y María Soledad Manin(**)*

I. Introducción

El modelo de Administración Pública tal como lo conocemos hoy se gesta a partir de los orígenes del Estado moderno[1] que, conforme a la teoría contractualista clásica, surge de un acuerdo de voluntades entre hombres libres e iguales que crean un ente superior a ellos para que administre sus derechos y, así, garantice la paz y su seguridad[2].-

Pero ya desde aquella época se planteaba el interrogante acerca de quién imponía un límite al Estado; así surge la teoría de la división de poderes que da origen al sistema republicano de gobierno. Sin embargo, aún así, se siguen presentando problemas cuando el Estado (que debe garantizar la paz y seguridad) provoca un daño a los ciudadanos.

La lógica utilitarista imperante en el Siglo XIX eximía al Estado de cualquier tipo de responsabilidad, ya que su único deber para garantizar el bienestar general era abstenerse de interferir en los derechos de la ciudadanía. Estos eran la vida, libertad, intimidad y —fundamentalmente— la propiedad; también conocidos como derechos negativos, ya que su protección requería de la inacción estatal.-

Sin embargo, a mediados del Siglo XX, con el avènement del Estado de Bienestar, comenzaron a desarrollarse nuevos derechos cuyo cumplimiento efectivo necesitaba de la actividad estatal expresa, por eso se los conoce como derechos positivos.-

Así es que el Estado deja su funcionamiento pasivo y comienza a adquirir más responsabilidades y, por ende, asumir más riesgos de generar daños en la sociedad. Ahora bien, como el Estado no puede ser juzgado como cualquier otro particular ya que su misión es conseguir el bienestar general más allá de los intereses individuales, comienza a desarrollarse un régimen jurídico especial para regular su responsabilidad por daños ya sea por su actuar legítimo o ilegítimo.-

La República Argentina se conforma durante el Siglo XIX bajo la influencia del contractualismo de los revolucionarios franceses y la teoría utilitarista contenida en el constitucionalismo norteamericano. Por ello, era impensable en aquella época que el Estado debiera resarcir los daños que pudiera ocasionar. Sin embargo, a partir de la década de 1930 —en los albores de modelo desarrollista argentino— la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzará a aplicar las normas sobre responsabilidad extracontractual del Código Civil a la actividad estatal.-

A pesar de que durante el período comprendido entre 1976 y 2002 se intentó que el Estado argentino volviera a ser inactivo como en el Siglo XIX, la crisis del neoliberalismo dio paso a nuevos gobiernos de carácter desarrollista que intentan recuperar un rol activo por parte del Estado.-

Si seguimos la lógica de que cuanto más hace el Estado mayor debe ser su responsabilidad, estos gobiernos deberían generar una legislación altamente protectora de la ciudadanía para el caso de que esta mayor actividad generase daños. No obstante, la responsabilidad estatal tiende a ser cada vez más acotada. En este trabajo, presentaremos una breve síntesis respecto de ciertos aspectos relativos a la regulación de la responsabilidad del Estado desde sus orígenes en la década de 1930 hasta la actualidad, que nos permitirá visibilizar lo que consideramos es, al mismo tiempo, un avance y un retroceso en la materia.-

II. La creación pretoriana de la responsabilidad estatal

Durante el Siglo XIX y los primeros años del XX los tribunales rechazaban las acciones contra el Estado por responsabilidad extracontractual, excepto en aquellos casos en los que una ley especial disponía la obligación de indemnizar. Fue recién a partir de la década de 1930 que la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a desarrollar este instituto a partir del fallo “Ferrocaril Oeste”[3].-

En 1943 la Corte dicta el fallo “Laplacette” cuya doctrina establece que “si bien puede divergirse sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, *a falta de disposición legal expresa*, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria”[4].-

De esta forma, la Corte comienza a aplicar el Código Civil de forma analógica para subsanar el vacío normativo que dejaba impune al Estado ante casos de responsabilidad por daños. El maestro Juan Francisco Linares menciona tres ocasiones en que la Corte Suprema aplica el Código Civil u otros códigos comunes a situaciones contenciosas en las cuales son partes el Estado y un particular: “a) aquella en la cual se aplica el Código Civil, pese a que existen normas constitucionales o procesales de una provincia que rigen la contienda de un modo especial, y siempre que el particular las haya tildado, con razón, de inconstitucionales por oponerse a los códigos comunes; b) aquella en la que se aplique subsidiariamente el Código Civil y otros por no existir normas especiales administrativas locales o nacionales; c) por último, la especie constituida por los fallos en los cuales se aplica por analogía el Código Civil u otros promulgados por el Congreso, en ausencia de norma específica administrativa, nacional o provincial, que rija el caso[5]. Linares llama a estas situaciones en las que hay insuficiencia legislativa “casos administrativos no previstos” y considera que existen tres especies diferentes: “a) la de ley incompleta; b) la de ley de individuación estrecha; c) la ley faltante o caso no previsto en sentido estricto”[6].-

La cuestión de la responsabilidad del Estado se encuadraba entonces en la última especie, esto es en el caso administrativo no previsto en sentido estricto, del que nuestro autor dice: “La coyuntura de la ley faltante (caso no previsto en sentido estricto) se da cuando toda la endonorma o toda la perinorma son omitidas por los textos legales, incluso interpretada de modo sistemático. Se resuelve ya por aplicación del axioma de que “todo lo no prohibido está permitido”, ya por explicitación de una endonorma o perinorma mediante extensión interpretativa: por analogía o por recurso a los principios del derecho. La utilización del axioma referido o la utilización de la extensión interpretativa depende de cuál de los términos de esa alternativa resulte más justo”[7].-

En un principio, la Corte establece que la responsabilidad del estado es indirecta, aplicando el artículo 43 del Código Civil (luego de la reforma de la Ley 17.711 aplicará también el 1113) y subjetiva, en virtud del artículo 1109. Pero, a partir del fallo “Vadell”[8] desarrolla la doctrina de la “falta de servicio” y se comienza a atribuir responsabilidad al Estado de forma directa y objetiva, lo cual surge de la aplicación del artículo 1112 del Código Civil[9].-

Esta doctrina es profundizada en el caso “Barreto”[10], en el que la Corte deja en claro que, aunque la responsabilidad estatal se rija por las normas del Código Civil, ello no significa que deba asimilársela a la responsabilidad civil, sino que este cuerpo normativo debe ser aplicado teniendo en cuenta los principios del Derecho Público que rigen la actividad del Estado.-

Empero, la evolución jurisprudencial no sólo se dio en cuanto al factor de atribución de la responsabilidad, sino también respecto a la extensión de la reparación. Así fue que, para los casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado, sólo se indemnizaba el daño emergente, hasta que con el fallo “Sánchez Granel”[11] la Corte estableció que —mientras no se tratara de casos vinculados a expropiaciones— se debe reparar el daño de forma integral, sin distinguir que la actividad estatal haya sido legítima o ilegítima.-

III. La responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial encomendado por la Presidenta de la Nación a la Comisión integrada por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aida Kemelmajer contenía tres normas referidas a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos. El artículo 1764 disponía que “[e]l 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”; el 1765 “[e]l 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”; y el 1766 “[e]l Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”. Estos tres artículos, especialmente el 1764 y el 1766 positivizan la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. El artículo 1764 se refiere a la falta de servicio expresada en el fallo “Vadell” y el 1766 toma la postura de la reparación integral desarrollada por la Corte en el fallo “Sánchez Granel”.-

Sin embargo, al momento de presentarse en el Congreso el Proyecto de Código Civil y Comercial, el Poder Ejecutivo modificó estos artículos, así es que el actual artículo 1764 prevé que “[l]as disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria”; el 1765 “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”; y el 1766 “[l]os hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.-

Estas modificaciones generaron reacciones divididas en la doctrina. Los argumentos, tanto a favor como en contra, apuntaban a distintas cuestiones. Entre aquellos que consideraban que la modificación era negativa, algunos opinaban que el Código Civil y Comercial no sólo prohibía su

aplicación directa o subsidiaria, sino también la analógica; también opinaban que resultaba inconveniente dejar librado a cada provincia la facultad de legislar sobre la responsabilidad del Estado, ya que normativas diferentes podrían dar lugar a que fuera más beneficioso ser dañado en algunas provincias que en otras[12]. Dentro de esta línea, otros autores sostenían que la responsabilidad del Estado no corresponde al Derecho Administrativo, sino que integra el Derecho de Daños[13].-

Del otro lado de la disputa se encontraban autores como Cassagne que sostenían la hipótesis de que la modificación realizada por el Poder Ejecutivo al Código Civil y Comercial no impedía la aplicación analógica de éste a falta de una regulación especial[14]. Por nuestra parte, nos enrolamos dentro de esta misma posición[15] y hasta llegamos a considerar que los artículos del Anteproyecto referidos a la materia eran inconstitucionales por contradecir los artículos 121 y 123 de la Constitución Nacional[16].-

Finalmente, distintos medios de comunicación desviaron la cuestión del debate jurídico y la trasladaron a la arena exclusivamente política. El diario *Clarín*, por ejemplo, presentó una nota escrita por un Diputado Nacional del Pro titulada “Vamos hacia un Estado con funcionarios irresponsables”[17]; la editorial del diario *La Nación* la tituló “Impunidad asegurada por ley”[18]; y el diario *Infobae* publicaba una foto del accidente de tren que se conoció como “la tragedia de Once” con el título “Los cambios en el Código Civil implican la irresponsabilidad del Estado”[19]. Finalmente, el gobierno presentó en el Congreso un proyecto para regular la responsabilidad del Estado; lo que podría interpretarse como una respuesta a las críticas mayoritarias vinculadas con la ausencia de una regulación en la materia. En efecto, la doctrina recibió con beneplácito el proyecto cuando se lo debatía en el Congreso[20].-

Sin embargo, el contenido de dicho proyecto, convertido en la Ley 26.944, no parece coincidir con lo que tenían en mente quienes esbozaban estas críticas. En el siguiente acápite, entonces, comentaremos algunos de los rasgos más polémicos de esta ley.-

IV. La Ley de Responsabilidad del Estado

La Ley 26.944, sancionada el 2 de julio de 2014 y promulgada el 7 de agosto de ese mismo año es la primera que está dedicada especialmente a regular esta materia. En su primer artículo dispone que la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas es objetiva y directa; o sea, positiviza la doctrina de la Corte en el fallo “Vadell”. Asimismo, refuerza lo normado por el artículo 1764 del Código Civil y Comercial y establece que no son aplicables a la materia las disposiciones del Código Civil de forma directa ni subsidiaria. Finalmente, realiza la primera limitación en cuanto a la reparación del daño y establece que no son aplicables al Estado, sus agentes y funcionarios, las sanciones pecuniarias de tipo disuasivas. Ahora bien, como la jurisprudencia nunca estableció que podían aplicarse estas sanciones en caso de responsabilidad estatal, lo cierto es que no ocurrió ningún cambio respecto al antiguo régimen en este aspecto.-

Los artículos 3 y 4 establecen los requisitos de la responsabilidad estatal para los supuestos de actividad ilegítima (artículo 3) y legítima (artículo 4). En el primer caso, se exige un daño cierto y debidamente acreditado por la víctima; imputabilidad material a la actividad o inactividad del Estado; relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad estatal y el daño sufrido; y la falta de servicio, consistente en una actuación u omisión irregular del Estado. El segundo supuesto de responsabilidad requiere los mismos primeros tres elementos (daño, imputabilidad y relación de causalidad), ausencia del deber jurídico de soportar el daño por parte de quien lo

invoca; y el sacrificio especial de quien es dañado, distinto al que hace el resto de la comunidad y que afecta un derecho adquirido.-

El artículo 2 exime de responsabilidad al Estado en dos situaciones: La primera es caso fortuito o fuerza mayor, salvo que la responsabilidad haya sido expresamente asumida por ley; y la segunda es cuando el daño se produjo por culpa de la víctima o de un tercero por el que este no debe responder.-

En cuanto a la prescripción de la acción, el artículo 7 la establece en tres años, por lo cual está asimilada a la que el Código Civil y Comercial dispone para los supuestos de responsabilidad extracontractual. Hasta aquí no hay grandes cambios respecto al régimen pretoriano que se había desarrollado hasta el momento; sin embargo, en los artículos que mencionaremos a continuación, veremos cómo se ha restringido la responsabilidad estatal respecto del régimen anterior.-

Para comenzar, el artículo 5 establece que en los casos de responsabilidad por actividad legítima la indemnización comprende sólo el valor objetivo del bien y daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad estatal; por lo que no debe repararse el lucro cesante. Aquí se presenta un serio retroceso respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema que mencionamos, ya que se limita ferozmente la reparación del daño.-

Además, el mismo artículo —*in fine*— elimina la responsabilidad del Estado por actividad judicial legítima; lo que significa un grave cercenamiento de derechos ya que, aunque no abundan los fallos de responsabilidad por actividad judicial, a nivel del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, han sido estos los casos más resonantes de responsabilidad estatal, ligados siempre a violaciones de derechos fundamentales.-

Finalmente, el artículo 6 presenta la más preocupante limitación de responsabilidad de toda la ley, por lo que vale la pena reproducirlo íntegramente: “El Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.-

Lo primero que hay que resaltar es que este artículo no aplica para eximir al Estado de responsabilidad en cualquier supuesto de actividad público-privada, sino sólo para los servicios públicos privatizados; que hoy son una gran mayoría respecto de aquellos que presta el Estado directamente. Además, la eximición no sólo se da para el supuesto de que el Estado sea el demandado principal, sino que tampoco responde en forma subsidiaria, así que podemos concluir que el Estado es indemandable en los casos en que un particular sufre un daño a raíz de un servicio público privatizado.-

Por otro lado, el artículo 7 del Código Civil y Comercial establece que “(a) partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”; lo que significa que, como la Ley de Responsabilidad del Estado no estableció expresamente que no debe aplicársela a las causas en trámite, se la aplica a todos los casos existentes a menos que vulnere derechos ya adquiridos[21]. Con esto, podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que con esta ley el Estado se desvincula de una enormidad de casos de responsabilidad por daños. Entre ellos, algunos de gran envergadura, como los juicios de los familiares de las víctimas de “la tragedia de Once”; paradójicamente, aquellos cuya bandera levantaban los medios de comunicación que exigían que se regule la responsabilidad del Estado.

En este sentido, resulta muy llamativo que esta ley no haya suscitado los debates y controversias públicas que generó la exclusión de esta materia del Código Civil y Comercial.-

V. Conclusiones

En este punto final del trabajo nos gustaría decir que hemos sintetizado la evolución de la regulación de la responsabilidad estatal; sin embargo, resulta más apropiado decir que resumimos, en un mismo relato, el avance y el retroceso de este instituto. En efecto, la desregulación de los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial resultaba menos restrictiva de los supuestos y alcances de la responsabilidad conforme surgen de la actual Ley 26.944.-

La actual normativa no resulta protectora de los derechos de los administrados y hasta dispensa al Estado de varias de sus obligaciones en lo que atañe a los servicios públicos, por lo que podríamos considerar que constituye un ejemplo más del tan criticado “régimen exorbitante” del Derecho Administrativo

Existen, en el actual régimen, tres grandes retrocesos en la materia estudiada; la consagración expresa de la imposibilidad de reclamar el lucro cesante en los casos de responsabilidad por actividad estatal legítima; la eliminación de la responsabilidad por actividad judicial legítima y la irresponsabilidad lisa y llana en el caso de servicios públicos privatizados.-

A pesar de todo esto, es de suma importancia resaltar el valor especial de esta ley en cuanto a que es el primer régimen legal federal especialmente dedicado a la responsabilidad del Estado y, en este sentido, afirmamos que constituye un avance. Por supuesto que —como toda ley— es perfectible, por lo que será muy interesante ver la jurisprudencia que se genere a partir de ahora, la que podrá servir de base para iluminar aquellos aspectos sombríos que aquí mencionamos.-

(*) Abogado (UBA) y Diplomado Superior en Desarrollo, Políticas Públicas e Integración Regional (FLACSO). Docente de Derecho de la Integración (UBA). Investigador de apoyo del Proyecto de Investigación DeCyT DCT1405. Miembro de la Comisión Directiva del Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales (CEICJUS).

(**) Abogada (UBA) y Traductora Pública de Inglés (UBA). Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de Derecho Administrativo (UBA e INSUSEP). Investigadora en formación del Proyecto de Investigación DeCyT DCT1405. Profesional de la Defensoría del Pueblo de la Nación.

[1] BAENA DE ALCÁZAR, M., *Curso de ciencia de la administración*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 75.

[2] HOBBS, T., *Leviatán* [traducción de Antonio Escohotado], 1ra. ed., Buenos Aires: Losada, 2007, t. I, p. 135.

[3] Fallos 182:5.

[4] Fallos 195:66. El resaltado nos pertenece.

[5] LINARES, J., *El caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 17/18.

[6] *Ibíd*em, p. 18.

[7] *Ibíd*em, p. 23.

- [8] Fallos 306:2030.
- [9] BALBÍN, C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV, p. 222.
- [10] Fallos 329:759.
- [11] Fallos 306:1409.
- [12] IBARLUCIA, E., "El derecho constitucional a la reparación en el proyecto de Código Civil 2012", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Vol. 2013-I*, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 5/11.
- [13] CUADROS, O., "¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial", *Doctrina Judicial. Año XXIX, núm. 7*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 4.
- [14] CASSAGNE, J., "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado", *Diario La Ley del 1 de octubre de 2012*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 2.
- [15] GARAVENTA, C. y MANIN, M. S., "La exclusión de la responsabilidad directa o subsidiaria del Estado del régimen general de la responsabilidad civil, ¿hay razones para temer?", Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013, URL: <<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/ponencias-congreso-derecho-privado/obligaciones-civiles-y-comerciales-carlos-garaventa.pdf>>.
- [16] GARAVENTA, C., "Los cambios en el Código Civil ¿implican la irresponsabilidad del Estado?", Infojus. 11 de noviembre de 2013 (Cita on-line: ID: DACF130337), URL: <http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130337-garaventa-cambios_en_codigo_civil.htm>.
- [17] TONELI, Pablo, "Vamos hacia un Estado con funcionarios irresponsables", *Diario Clarín. 28 de septiembre de 2012*, URL: <http://www.clarin.com/opinion/Vamos-funcionarios-irresponsables_0_782321840.html>.
- [18] Anón., "Impunidad asegurada por ley", *Diario La Nación. 8 de septiembre de 2012*, URL: <<http://www.lanacion.com.ar/1506633-impunidad-asegurada-por-ley>>.
- [19] MIZRAHI, Darío, "Los cambios en el Código Civil implican la irresponsabilidad del Estado", *Diario Infobae. 1 de septiembre de 2012*, URL: <<http://www.infobae.com/notas/668117-Los-cambios-en-el-Codigo-Civil-implican-la-irresponsabilidad-del-Estado.html>>.
- [20] BIGLIERI, Alberto, "Tensión entre la reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada", *Diario La Ley del 9 de mayo de 2014*, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 1/3.
- [21] Conf. JUNYENT BAS, Francisco, "El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial", *Diario La Ley del 27 de abril de 2015*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 3.

Citar: elDial DC1FA1

Publicado el: 14/08/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina