

LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO

por Julio Isidro Altamira Gigena

Mi exposición será enfocada desde la persona estatal que cometió el daño, a diferencia de la brillante disertación del Dr. Daniel Pizarro que analizó este tema desde el damnificado, con prescindencia de quien provocó el daño.

Haré un rápido y superficial análisis de la Ley Nacional Nro. 26944, porque de lo contrario necesitaría mucho más tiempo y la exposición sería demasiado extensa.

En primer lugar me produce una gran satisfacción que se haya sancionado una ley que expresamente reconozca la responsabilidad del Estado y del funcionario público, porque ambos temas deben ser tratados conjuntamente en razón que es un funcionario público el que emitió el acto que produjo el daño o no actuó cuando debió hacerlo y esta omisión ocasionó el daño.

Hay numerosos casos en que el daño se produjo por evidente mala fe del funcionario y si en estos supuestos se iniciara acción judicial en su contra con el objeto de lograr la correspondiente indemnización, advertiríamos que muchos menos daños se producirían y, consecuentemente, muchos menos juicios.

Pero lamentablemente los juicios se inician contra el Estado para que éste después repita contra el funcionario responsable, pero esto nunca sucede.

Desde las primeras décadas del siglo XX la doctrina administrativista bregó por la existencia de una ley que declarara la responsabilidad del Estado, ya que la responsabilidad estatal es materia de Derecho Administrativo y no de Derecho Civil.

Lo sostuve en mi tesis doctoral del año 1967, pero antes lo dijeron en 1941: Pedro Guillermo Altamira, en 1946: Félix Sarría, en 1947 Rafael Bielsa, en 1949 Villegas Basavilbaso, en 1963 Manuel María Diez, en 1966 Miguel S. Marienhoff y en 1969 Bartolomé Fiorini, para citar solo los administrativistas fallecidos que ha estudiado este tema.

Es importante también que a la ley no se la mencione como de responsabilidad “civil” del Estado, ya que a diferencia de los funcionarios públicos que tienen responsabilidad civil, penal, disciplinaria y política, aquél solo tiene un solo tipo de responsabilidad que es la de carácter patrimonial.

El art. 1º textualmente dice: *“Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.*

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.”

En este artículo la ley expresamente dice que la responsabilidad del Estado es amplia y se refiere a todos los daños que sean consecuencia de su actividad o inactividad. En otras palabras: comprende los daños ocasionados por los hechos y actos, así también por las omisiones, y esta parte se la puede vincular con lo que la doctrina denominó los daños provocados, ya sea por una no prestación del servicio o por una prestación irregular del servicio y, por ello, el afectado puede accionar: solicitando la prestación omitida o deficientemente prestada o reclamar la reparación de los perjuicios derivados de la conducta no realizada o realizada deficientemente.

En consecuencia la ley se refiere a la obligación de indemnizar el daño patrimonial causado por culpa o negligencia e incluso por dolo de la persona que lo cometió.

Dice también que la responsabilidad es objetiva y directa, siguiendo la jurisprudencia sentada en “Vadell”¹ del 18/12/1984, lo cual es sumamente importante porque de esa forma no es necesario distinguir si el daño ha sido cometido por funcionarios o por empleados, ya que una parte de la doctrina sostiene que solo los funcionarios representan la voluntad del Estado por ser órganos suyos y en aplicación de la teoría del órgano. En cambio, los empleados son dependientes y realizan solo actividades materiales de ejecución. Cumplen órdenes y, por lo tanto, se dice que estamos en presencia de una responsabilidad indirecta del Estado.

Al sostener la ley que la responsabilidad es objetiva y directa tampoco es necesario distinguir si el daño ha sido consecuencia de un acto o de un hecho de la Administración, ya que para algunos los actos acarrearán la responsabilidad directa, en cambio los hechos la indirecta.

Al afirmar que la responsabilidad es directa no es necesario indagar si la actividad ha sido legítima o ilegítima, ya que en ambos casos el Estado debe reparar al afectado si se cumplen los requisitos establecidos en esta ley y que analizaré a continuación.

Dice la norma que *“las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*. Esta disposición me parece adecuada, ya que las normas del derecho privado crean entre las personas a quienes se aplican relaciones de coordinación, pues se encuentran situadas en un plano de igualdad. En cambio las normas del derecho público crean entre las personas a quienes se aplican relaciones de subordinación, porque no son consideradas jurídicamente iguales por la ley. Esto no quiere decir que la persona que se vincule con el Estado solo tenga obligaciones y no tenga derechos. Si sus derechos son vulnerados el afectado deberá acudir primero a la sede administrativa a fin de agotar la instancia administrativa y luego a sede judicial, interponiendo una acción contenciosa administrativa ante el tribunal competente.

El Estado se relaciona con los particulares mediante normas de subordinación porque uno de sus cometidos es el de proveer al bienestar general. En otros términos el fin del Estado es la satisfacción del bien común. En cambio las normas que encontramos en el Código Civil han sido en general establecidas pensando en la idea de autonomía de la voluntad, igualdad de las partes, igualdad de los intereses y es por esa razón que se aplican normas de coordinación.

Esta es una de las razones por las que la responsabilidad estatal no se puede evaluar con los parámetros civiles tradicionales y, por ello, debe analizarse exclusivamente desde el derecho público.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho, faltan todos los preceptos sobre actos ilícitos. La solución solo puede deducirse de los principios del derecho público.²

La responsabilidad del Estado en el derecho público protege fines distintos que los que tutela la responsabilidad en el derecho privado, pues en éste se tiene en cuenta principalmente

¹ Vadell, Jorge F. c/ Pcia. de Bs.As. (Fallos: 306: 2030)

² CSJN13/06/1989: “Petruccelli, Fidel P. y otra c/Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos:312:956.

a la víctima, al daño y a su reparación, en cambio en aquél sin olvidarse de las personas se debe proteger a la comunidad porque debe existir un equilibrio entre la satisfacción de los intereses individuales y la satisfacción del bien común.

El artículo en análisis dice que la sanción pecuniaria es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios, lo que considero un grave error porque no es el Estado el que debe ser sancionado con astreintes sino el funcionario que no cumplió con una orden judicial.

Es por todos conocido que los astreintes son penas pecuniarias que si están establecidas en la ley constituyen una verdadera amenaza de sanción de carácter provisorio.

Son los códigos procesales los que atribuyen competencia a los jueces a imponer estas sanciones pecuniarias con el objetivo de conminar al deudor al cumplimiento de la sentencia. Constituye una pena civil o sanción que se impone por una desobediencia a una orden judicial y no constituye una indemnización, ya que ésta es la reparación de un daño efectivamente sufrido por una persona y debe guardar una necesaria equivalencia con él. En cambio las astreintes son impuestas por el juez con independencia de todo daño y la determinación de su monto generalmente es algo discrecional.

Artículo 2º: “Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado, expresamente por ley especial; b) cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.”

Sobre este artículo no me voy a detener a comentarlo porque sigue en general a la jurisprudencia de los tribunales provinciales y federales así como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Artículo 3º : “ Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Sigue este artículo en general la jurisprudencia.

El primer requisito necesario para hacer procedente una acción de responsabilidad estatal es probar la existencia de un daño que debe ser cierto y actual, pues de lo contrario la demanda no va a prosperar. Es por todos conocido que el daño es una lesión antijurídica a intereses patrimoniales o espirituales

Considero de interés hacer el siguiente interrogante:

¿Este artículo permite la indemnización por daño moral?

Considero que el daño moral no puede ser excluido.

Voy a citar dos casos de jurisprudencia de la Corte Suprema que los considero trascendentes. Uno es “De Gandia, Beatriz I c/ Provincia de BsAs”³ en el cual la CSJN condenó a la Provincia de Bs.As. a pagar a la actora por daño moral en virtud de haber sido detenida e incomunicada a raíz de la omisión del juez que había intervenido de dejar sin

³ Fallos : 318: 845

efecto el pedido de secuestro del automóvil de su propiedad cuatro años antes y no haber comunicado esta situación a la Policía Federal ni a Gendarmería.

El otro caso es “Fabro Víctor y otros c/ Provincia de Río Negro” en el que se hizo lugar al reclamo por daño moral como consecuencia de una deficiente prestación del servicio de mantenimiento del aeropuerto local. La hija de los actores falleció al recibir el impacto de una hélice del motor de una aeronave en el momento en que se acercaba a la bodega del avión para retirar su equipaje.

Soy de opinión que el inciso a) de este artículo no impide la reparación del daño moral o extra patrimonial.

Los incisos b) y c) siguen la jurisprudencia en general.

El inciso d) que se refiere a la responsabilidad por omisión, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han considerado procedente porque estamos en presencia de una omisión antijurídica, o sea una responsabilidad estatal por obrar ilegítimo.

Se ha sostenido que existe responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado en ejercicio de sus funciones omite la realización de actos o de hechos que de haberse realizado hubieran evitado el daño.

Es conocida la doctrina y jurisprudencia con posterioridad al año 1938 en que la Corte Suprema dictó el fallo “Ferrocarril Oeste”⁴. Desde aquella época se hizo responsable al Estado por los hechos y omisiones de los funcionarios y empleados en ejercicio de la función. Se hizo aplicación de la teoría del órgano, según la cual lo actuado por los agentes públicos resulta directamente imputable al Estado cuando esos hechos u omisiones han sido en el cumplimiento de los fines estatales.

Se trata de una responsabilidad objetiva y directa del Estado, por lo que me permito discrepar con los que sostienen que la responsabilidad es indirecta.

La omisión puede consistir, por ejemplo, en no resolver un expediente en el marco de un procedimiento administrativo y en este supuesto estamos ante una inactividad formal. En cambio cuando omite realizar una actividad derivada de un deber de prestación u omite tomar alguna medida de policía u omite las actividades de control para la preservación del ambiente se está frente a una inactividad material. En cualquiera de los supuestos acarrea la responsabilidad del Estado.

La última parte del inciso d) dice que: “... *la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*”.

Esta parte concuerda con el artículo 1074 de Código Civil y lleva a dejar sin cobertura todos aquellos casos en los que, por decisión del legislador no se ha regulado con precisión la conducta debida y la Administración ha exhibido en el tiempo una inactividad absoluta.

No hay duda alguna de la responsabilidad del Estado por omisión cuando exista una norma que expresamente obliga a actuar y no lo hace. En cambio el juez deberá analizar en cada caso si procede o no la reparación de los daños producidos cuando se trate de una norma genérica que hace referencia a los cometidos estatales y, por lo tanto, el deber concreto de obrar queda bastante diluido y, por ello, opinable, teniendo cuidado de no responsabilizar al

⁴ Fallos: 182:5

Estado en todos los casos que traiga como consecuencia la imposibilidad de cumplir con la prestación de los servicios públicos o la ejecución de las obras públicas.

El artículo 4 dice: “*Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) ausencia del deber jurídico de soportar el daño; e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido*”.

En este artículo se han detallado los factores de atribución para el reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad lícita establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y aceptada en general por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales provinciales.

Con relación al inciso a) en cuanto requiere que el daño sea cierto es porque debe ser concreto, constatable y por eso se exige que lo pueda acreditar mediante prueba idónea por quien se dice afectado. No puede ser hipotético y menos aun conjetural. Tiene que ser actual no puede ser futuro. Además se requiere que sea mensurable en dinero y a este respecto debo hacerle la mismas observaciones que con relación al inc a) del artículo tercero, o sea si es posible reclamar el daño moral, que es extra patrimonial y cuyo monto de reparación queda librado al arbitrio judicial.

El inciso b) establece la necesidad de imputar jurídicamente los daños al Estado.

Dice “órgano estatal”, en consecuencia puede responsabilizarse al Estado por la actividad realizada por la administración central, por la administración descentralizada, como son los entes autárquicos e incluso por la actividad de un “Órgano de Control de los Servicios Públicos”.

El inciso c) exige la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio. Esa relación de causalidad tiene que ser directa e inmediata entre el accionar lícito del Estado, como causa y el perjuicio al particular como efecto de esto.

En el año 1989 la Corte Suprema en el caso “Ledesma”⁵ rechazó la demanda de daños y perjuicios por entender que si bien habría tenido incidencia una resolución del Ministerio de Economía, existieron otros factores como fueron el auge de los sustitutos del azúcar, la falta de financiación de la zafra y el derrumbe de los precios internacionales por lo que no existía exclusividad.

En consecuencia en este fallo se agrega como requisito la exclusividad y es por esa razón que seguramente se lo ha incluido en el inciso que estamos analizando.

Este requisito de exclusividad se aplicó nuevamente 6 años después en la causa: “Revestek S.A.”⁶ y continuó la exigencia a través de los años.

El carácter exclusivo de la relación de causalidad es indispensable por tratarse de responsabilidad objetiva.

Hay quienes afirman que no se requiere el carácter de exclusividad “... pues las relaciones de causalidad son fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que actúan como condición del daño, pudiendo admitirse exoneraciones parciales de

⁵ CSJN 31/10/1989 in re: “Ledesma S.A, agrícola, industrial c/ Estado Nacional”, fallos 312: 2022.

⁶ CSJN 15/08/1995 in re: “Revestek S.A c/ Banco Central de la Republica Argentina y otro”, Fallos 318:531.

responsabilidad, tales como caso fortuito o fuerza mayor externos o culpa de la propia víctima o de terceros...”.

Es importante señalar que hay diferencia entre el nexo de causalidad en el supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita y en el caso de la actividad ilícita.

Cuando los daños son provocados por la actividad lícita el criterio de interpretación debe ser más restrictivo y es por eso que el inciso c) expresamente establece que debe ser directa e inmediata; en cambio en el inciso c) del artículo tercero, solo se exige que la relación de causalidad sea adecuada entre la actividad o la inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue.

Esa diferencia en la interpretación se debe a que si el Estado ha producido un daño debido a la conducta reprochable de un agente debe necesariamente reparar ese perjuicio y, con mayor razón, cuando el acto que produjo el daño ha sido declarado inválido. Puedo citar como ejemplo la caducidad de un contrato de obra pública que fue declarada nula por sentencia judicial. En este supuesto la ex contratista tiene derecho a la reparación de todos los daños y perjuicios que esa caducidad le produjo, cuyo monto se puede determinar en el mismo juicio contencioso administrativo en la etapa de ejecución de sentencia o en otro posterior de daños y perjuicios.

La reparación debe estar a cargo del Estado pero ello no es óbice para que posteriormente vaya contra el funcionario que emitió la resolución que fue declarada nula si se prueba que actuó con deliberada intención de perjudicar.

Distinta es la situación si los daños se producen con motivo de la actividad lícita, ya que – como lo he dicho- la interpretación debe ser restrictiva teniendo en cuenta que el afectado también se verá perjudicado si con motivo del pago de la indemnización se altera la buena prestación de los servicios públicos o disminuye la ejecución de obras públicas.

En el inciso d) se requiere la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, pues hay numerosos casos en que una persona debe tolerar ciertos daños sin derecho a indemnización, como es el caso de ejercicio del poder de policía que implica limitaciones lícitas a los derechos individuales. Puedo citar como ejemplos la obligación de vacunar a los niños, a los animales, combatir las plagas, supervisar periódicamente los ascensores en los edificios, etc.

Podemos mencionar también como ejemplo todas las restricciones establecidas al derecho de propiedad por razones de urbanismo. Se trata de limitaciones generales que no otorgan derecho a indemnización, como puede ser la obligación en los barrios residenciales de dejar un metro, dos o tres para espacios verdes en donde deben existir jardines y, que por ello, el propietario de ese inmueble se ve obligado no solo a no edificar en ese espacio si no a hacer un jardín y cuidarlo, lo que indudablemente le implicará gastos.

En numerosos casos el particular debe soportar la realización de obras para el correcto cumplimiento de las funciones estatales atinentes al poder de policía y no tiene derecho a resarcimiento cuando se trata de meras restricciones administrativas en las que la propiedad no sufre una reducción en su carácter absoluto, en tanto solo consisten en la fijación de límites al ejercicio normal del derecho de propiedad.

Son cargas que deben soportar los vecinos derivadas del urbanismo o de la vida social y muchas de ellas con base en un principio de solidaridad social.

La misma observación se puede realizar con motivo de la regulación para la habilitación y el funcionamiento de las clínicas y sanatorios. Todos los desembolsos que los

propietarios de estas instituciones deben realizar no pueden ser causa para solicitar la devolución por parte del Estado.

Estos desembolsos también lo tienen todos los propietarios de fábricas o industrias con motivo de las medidas que deben arbitrar para evitar el daño ambiental o para que su funcionamiento ocasione el menor daño posible.

En todos estos ejemplos el afectado tiene la obligación de soportar esos posibles daños y –reitero- no tiene derecho a solicitar la reparación de los mismos.

El inciso e) exige que el sacrificio especial de la persona dañada se diferencie del que sufre el resto de la comunidad.

La teoría del sacrificio especial apareció en Alemania y estableció que en la relación entre el Estado y los súbditos, la actividad estatal podría producir perjuicios que los ciudadanos debían soportar, ya que ello hacía a la existencia misma del Estado. Pero si ese perjuicio afectaba a un individuo de manera desigual y desproporcionada, produciéndole un daño material se configuraba un sacrificio especial que debía indemnizarse por razones de equidad.

La plataforma jurídica para hacer lugar a la reparación de un sacrificio especial la encontramos en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes somos iguales ante la ley, así como en el artículo 17 que proclama la inviolabilidad de la propiedad.

Esta claro que quien padece un daño especial tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que el Estado le ha ocasionado, partiendo de la base que ese perjuicio se ha generado en beneficio de todos. El problema se presenta cuando el daño se va extendiendo progresivamente hacia grupos grandes y no identificados de personas. A mayor cantidad de individuos afectados, menor sacrificio especial.

Si el daño abarca una gran proporción de la comunidad la cuestión se complica económicamente. La comunidad tiene fondos para pagarle a diez, a veinte, a treinta, o a un grupo reducido en proporción a su número total.

Es económicamente impracticable cuando el perjuicio lo ha sufrido un gran número de personas. Aquí el problema se transformaría en una verdadera carga pública.

En consecuencia el problema de la reparación o indemnización de los daños se agudiza en la medida en que aumenta el número de afectados y ello puede traer como consecuencia un grave problema presupuestario e incluso la paralización de la obra pública.

En estos casos el juez debe actuar con una gran mesura y llegar a la conclusión si estamos o no en presencia de una carga pública, porque en ese caso no se podrá indemnizar a los afectados.

El inciso en análisis finaliza exigiendo la afectación de un derecho adquirido. O sea que la situación jurídicamente protegida que debe invocar y acreditar el particular calificado para solicitar una indemnización con motivo de la responsabilidad estatal es la de un derecho adquirido.

Esta exigencia la estableció la Corte Suprema en el caso “Revestek S.A” ya mencionado. O sea que es a partir del dictado de esta sentencia en el año 1995 que se requiere como aspecto cualitativo del sacrificio especial tener afectado un derecho adquirido.

Puedo poner como ejemplo el caso de las empresas que gozaban de ciertos beneficios por un régimen de fomento o de promoción industrial y sorpresivamente se ven perjudicadas

por el dictado de una nueva ley. Si bien es cierto que nadie puede impedir la modificación de una ley, el afectado por la nueva ley, puede solicitar la reparación de los daños y perjuicios que la vulneración del derecho adquirido le ha producido. La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Ford S.A. es útil porque destaca la protección de los derechos adquiridos bajo una legislación anterior.

Marienhoff⁷ le da mayor amplitud y sostiene que el daño no solamente puede consistir en la afectación a un derecho subjetivo sino también del menoscabo inferido a un interés legítimo.

Con todo el respeto intelectual y aprecio personal que el distinguido administrativista me merece me parece que es una postura un poco exagerada y se vuelve además impracticable porque no existe presupuesto estatal suficiente para responder a todas las condenas de juicios de daños y perjuicios iniciados con motivo a un menoscabo a un interés legítimo, que generalmente es común a varios.

Los dos últimos incisos: d) y e) han sido establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Columbia”⁸, por lo que desde entonces el actor para tener posibilidades de éxito debe reunir 3 requisitos con relación al daño y 2 en lo que respecta a su persona como afectado.

Artículo 5: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima corresponde al valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tome en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancia hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.”

Este artículo merece los siguientes comentarios: En primer lugar que la responsabilidad estatal por actividad legítima como regla general no prospera y solo por excepción puede hacerse lugar.

Estamos en presencia de una actividad legal de la Administración y si la misma produce daños de carácter general, no son indemnizables porque son o constituyen limitaciones al ejercicio de los derechos individuales. Son daños necesarios que por el solo hecho de ser habitantes de una ciudad deben ser soportados.

Solo deben ser indemnizados aquellos daños que no son necesarios o que no constituyen consecuencias normales y, por ello, estamos en presencia de un sacrificio especial, desigual que no tiene porque el afectado tolerar sin la debida compensación económica, pues de lo contrario, se vulnera el derecho de igualdad ante la ley (art.16) y el derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional).

El máximo Tribunal de la Nación ha dicho en reiteradas oportunidades que como principio general no son reparables los daños que se produzcan como consecuencia del

⁷ Marienhoff Miguel S : “ Ob. Cit. Tomo 4 Pág 718 y ss”

⁸ “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina-daños y perjuicios”, del 19/05/1992, Fallos:315:1026.

ejercicio normal del poder de policía, de medidas relativas a la salud pública, a la seguridad, sanitarias o de urbanismo.

Indudablemente que si se ha producido un daño innecesario, que se podía evitar, debe ser reparado.

En segundo lugar este artículo reitera lo establecido en la ley de expropiación de la Nación y de las provincias, en el sentido de que no procede la reparación del lucro cesante. Que solo corresponde el valor objetivo del bien y además solo debe indemnizarse aquellos daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, no pudiéndose reconocer ganancias hipotéticas, debiéndose marginar todo aquello que sea de carácter personal o que se refiera a valores afectivos.

Discrepo con este artículo y reitero las objeciones que he realizado en otra oportunidad⁹ en el sentido de que es procedente la reparación del lucro cesante, no en su totalidad porque si así fuera estaríamos en idénticas condiciones que en el caso de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima.

Soy partidario que el juez debe analizar en cada caso que porcentaje corresponde que se repare en carácter de lucro cesante: un 5, 10, 15 por ciento?

La respuesta a este interrogante quedará librada al arbitrio judicial y de acuerdo a la prueba arrojada a la litis.

La última parte de este artículo se refiere a la responsabilidad estatal por la actividad judicial. Por ello considero conveniente hacer la siguiente aclaración:

En primer lugar: no hay duda alguna que hay responsabilidad estatal por la actividad judicial cuando el daño se ha producido como consecuencia del mal funcionamiento de la justicia o por error judicial.

En segundo lugar en este artículo en análisis establece que la actividad judicial legítima del Estado no genera derecho a indemnización.

Considero que en algunos casos debe indemnizarse al afectado y pongo como ejemplo el supuesto que una persona haya sido detenida, procesada y posteriormente durante el transcurso del juicio se acredite su inocencia.

Existía prueba suficiente para procesarlo y privarlo de la libertad por lo que se decidió dictar esa resolución. Posteriormente -como lo he dicho – se lo sobreesió porque era inocente. El juez actuó correctamente y las medidas judiciales adoptadas se encuentran ajustadas a derecho, pero esta persona ha estado privada de su libertad durante un término determinado de días y además se le dio gran difusión y esa publicidad ha significado un menoscabo, un perjuicio moral y quizás también material que debe ser reparado.

Es por esta razón que considero como principio general que la actividad judicial legítima no genera derecho a indemnización, pero puede haber casos en que sea procedente su reparación y así debe disponerlo el juez en cada litigio.

La responsabilidad estatal por la actividad judicial puede derivar de resoluciones o de omisiones, por ejemplo: no ordenar una medida cautelar o no ordenar la libertad a tiempo de un detenido, pero no conozco sentencias que hayan condenado al Estado a resarcir por los daños producidos por la actividad judicial legítima.

⁹ Altamira Gigena, Julio Isidro: “Lecciones de Derecho Administrativo”...págs.384/386.

En consecuencia considero poco feliz haber insertado este párrafo en el artículo quinto y si se suprime quedaría que es de carácter excepcional la reparación de los daños y perjuicios producidos por la actividad judicial legítima. Por ello el juez analizará cada demanda y según la prueba que se haya arrimado hará lugar o no a la reparación y fijará su monto si así corresponde, previa declaración de inconstitucionalidad de esta parte del artículo.

Artículo 6: “El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomienden un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”

Con esta norma estoy de acuerdo, ya que no podemos olvidarnos que los concesionarios o contratistas de servicios públicos son particulares que se organizan como sociedades comerciales y que suscriben un contrato de concesión con el Estado nacional, provincial o municipal.

Estas personas jurídicas no integran la Administración Pública, no son órganos del Estado y, por lo tanto, el daño que ellos hayan cometido con motivo de su actividad, en principio, no se puede imputar al Estado.

Digo en principio, porque hay casos – como los que mencionaré más adelante- en que considero que existe responsabilidad estatal, pero no es el principio general, si no la excepción.

El contratista o concesionario del Estado, no actúa como órgano de la Administración y su situación jurídica es distinta a la del funcionario público. La privatización de los servicios públicos se ha realizado precisamente para separar al particular de los órganos estatales.

El problema se presenta cuando la empresa concesionaria ha caído en insolvencia y, no obstante ello, continúa prestando el servicio.

Si en el ejercicio de esa actividad ocasiona daños y el afectado inicia el juicio para lograr la justa indemnización contra la empresa concesionaria y se encuentra con la desagradable sorpresa que la condenada es insolvente y, por ello, no puede hacerse cargo de la condena judicial.

¿El Estado está liberado? ¿No existe una falta de control del órgano que debió analizar periódicamente la situación patrimonial o sea los balances anuales de la empresa concesionaria?

En este supuesto hay evidentemente una responsabilidad del Ente de Control y, por ello, debe hacerse cargo de la parte de la condena que, debido a la insolvencia de la empresa concesionaria, no se ha podido cumplir.

Hay responsabilidad estatal porque hay una omisión manifiesta del Órgano de Control, ya que no solo debe controlar que la empresa concesionaria realice el mantenimiento y la inversión que contractualmente le corresponde, sino también supervisar, o sea auditar permanentemente al concesionario para llegar a la conclusión de si está cumpliendo con todas sus obligaciones contractuales (pago de sueldos en tiempo y forma, de aportes jubilatorios, obra social, seguros al día, etc.).

En los contratos de concesión que suscriben las sociedades privadas con el Estado, por lo general, se inserta una cláusula en la que expresamente se establece que el Estado no responde por los daños que se produzcan con motivo de la actividad realizada por el concesionario. O sea que el que presta el servicio es responsable por los daños causados a

terceros, o a sus bienes, por la ejecución de un servicio público, por el incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo y por todo aquello que haga a la ejecución del contrato.

También se suele incluir otra que establezca que es obligación del concesionario arbitrar todos los medios que sean necesarios para que el servicio público se preste en forma permanente, regular y continua.

Otra de las cláusulas que suelen insertarse es que el concesionario se encuentra obligado a comunicar al concedente cualquier anormalidad que se presente, cualquier obstáculo que advierta y que pueda impedir el regular cumplimiento de sus obligaciones.

Los únicos casos en que generalmente queda liberado de responsabilidad son en los supuestos de imprevisibilidad, de caso fortuito o de fuerza mayor.

Indudablemente que para poder liberarse el Estado de su responsabilidad deberá acreditar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario la empresa concesionaria puede pretender hacer valer la “exceptio non adimpleti contractus”, como podría por ejemplo suceder en la falta de pago en tiempo oportuno por parte del Estado de las subvenciones a que se hubiese obligado contractualmente.

Artículo 7: El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”.

Hasta el presente la doctrina administrativa y privatista se encontraba dividida acerca de cual era el plazo de prescripción, ya que unos decían que se debía aplicar la prescripción decenal establecida en el artículo 4023 del Código Civil, otros la bienal para la responsabilidad extracontractual dispuesta en el artículo 4037 y una tercera teoría sostenía que debía aplicarse una norma de derecho público que la encontramos en la Ley de Expropiación que establece el plazo de cinco años.

No había discusión cuando el daño era consecuencia del incumplimiento contractual, porque en este caso había que ir al Código Civil que fija diez años, salvo que el contrato de derecho administrativo o una ley especial estableciera un término menor.

Hay casos que pueden ser dudosos en cuanto a si la responsabilidad es contractual o extracontractual, Por ejemplo: cuando una persona víctima de un accidente en la vía pública lo llevan inconsciente al Hospital de Urgencias y es mal operado (mala praxis). ¿Cuál es el plazo de prescripción?

¿Hay contrato? Lo llevaron sin su consentimiento.

¿Cuál es el plazo de prescripción cuando la responsabilidad estatal es extracontractual?

Quienes sostienen la aplicación decenal, el argumento sustancial en el que se basan radica en que la responsabilidad es de derecho público de ninguna manera puede ser considerada responsabilidad de carácter civil.

Los que afirman que por tratarse de una responsabilidad extracontractual la prescripción debe ser bienal se apoyan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los que se pronuncian a favor de la prescripción quinquenal es porque – como lo hemos dicho – la responsabilidad estatal es de carácter público por la que deben aplicarse los principios y normas del Derecho Administrativo, ya que tiene autonomía como rama del Derecho Público, por lo cual cuenta con su propio sistema de normas y principios.

Al no existir una norma de esta rama del derecho que expresamente se refiera a la prescripción de la acción de daños y perjuicios, había que recurrir a las pautas de extensión interpretativa por aplicación vía de la analogía de normas del Derecho Público y la que encuentran adecuada es la Ley de Expropiación.

En la reciente ley no se sigue ninguna de las tres teorías mencionadas, ya que se establece el plazo de tres años, que me parece adecuado, dado que el plazo general de dos años para la responsabilidad extracontractual suele ser a veces breve teniendo en cuenta que el afectado es la parte más débil y, por ello, resulta injusto e inequitativo que caduque el derecho a la reparación por vencimiento del plazo.

Con relación al cómputo de la prescripción, el problema que se ha presentado es sobre su inicio: si es desde que se generó el hecho dañoso o si es desde que se conoce el hecho dañoso o desde que se puede actuar para pedir su reparación, como en los casos de privación de la libertad, el plazo comienza a computarse desde que fue absuelto, ya que es con la sentencia que desaparece la apariencia de licitud.

El artículo dice que es a partir de la verificación del daño, y esta expresión: “Verificación” ¿como debe interpretarse?

La última parte dice que el plazo comienza a computarse desde que la acción de daño esté expedita, o sea desde el momento en que el damnificado puede actuar para solicitar su indemnización.

Es lo que sucede cuando el Estado caduca el contrato de obra pública y el excontratista inicia un juicio contencioso administrativo y obtiene una sentencia que declara la invalidez del acto administrativo que dispuso la caducidad. A partir que la sentencia quede firme y haga cosa juzgada comienza a correr el plazo de tres años para iniciar el juicio de daños y perjuicios.

Artículo 8: “El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucional que le sirve de fundamento”.

Este artículo establece en forma clara y precisa que el tribunal competente es el de la jurisdicción contenciosa administrativa y, por ello, se modifica totalmente la tradición en el orden federal, porque algunas veces ha actuado la justicia en lo civil y en otras oportunidades la de lo contencioso administrativo.

En el orden provincial también sucedía exactamente lo mismo, ya que en muchas ocasiones primero se iniciaba el juicio contencioso administrativo con el objeto de lograr una sentencia que declarase la invalidez del acto administrativo perjudicial. Con esta sentencia el afectado acudía a la sede civil e iniciaba el juicio de daños y perjuicios, ya que el tema a decidir era el monto de la reparación, pues la ilegalidad del proceder de la Administración ya había sido declarada por sentencia que había hecho cosa juzgada.

Esta norma permite que el afectado elija entre iniciar dos juicios, en el primero solicitando la invalidez del acto administrativo por vía contenciosa administrativa y en el segundo, en sede civil, pidiendo la reparación de daños y perjuicios que ese acto ilegal le ha ocasionado. O evitar un desgaste innecesario y por razones de economía de tiempo, procesal y de dinero deducir una sola acción en la que pide la nulidad y la indemnización, que se tramitará en la etapa de ejecución de sentencia.

Me parece una solución adecuada, aunque numerosos letrados no la seguirán porque hay idea generalizada de que los jueces civiles son más generosos al fijar el monto de la indemnización que los jueces de lo contencioso administrativo y, por ello, prefieren la solución menos práctica.

Este artículo se pronuncia a favor de la jurisdicción contenciosa administrativa ya que la principal y mayor actividad de la Administración se desenvuelve en el ámbito del derecho público y este derecho es el derecho común del Estado.

Si el Estado por sus hechos o por sus actos ha ocasionado un daño el afectado tiene derecho a ser indemnizado y debe ser competente la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que el derecho a obtener esa indemnización constituye un derecho público subjetivo de índole administrativo y regido, por ende, por el derecho público.

Artículo 9º: La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en dolo, las obligaciones legales que le están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los dos (2) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los dos (2) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”

El funcionario público tiene en materia patrimonial dos clases de responsabilidades: una contractual y la otra extracontractual.

La primera es con motivo de los daños y perjuicios que ha ocasionado al Estado.

A este tipo de responsabilidad contractual no se refiere el artículo nueve (9) sino, a la extracontractual y la responsabilidad del funcionario público puede ser como consecuencia de la actividad o de la omisión, siempre y cuando fuese en ejercicio de sus funciones.

El artículo exige no solo que la actividad sea realizada de manera irregular si no que además haya incurrido en dolo.

Sobre este aspecto considero que es necesario hacer algunas aclaraciones porque, por ejemplo, con relación a los agentes de policía que tienen la obligación de portar armas de fuego muchas veces los tribunales han considerado que un arma cargada es per se cosa riesgosa.

En numerosísimos casos se ha atribuido responsabilidad al Estado porque el arma era de su propiedad y que, por tal razón, el Estado debe extremar los cuidados en la elección y vigilancia del sujeto a quien se la provee con la finalidad de evitar su uso indebido.

En algunas sentencias leemos que cuando tales extremos no han sido debidamente atendidos por el principal (léase Estado) hay culpa “in eligendo” si se acredita que no eligió bien a su empleado y habrá culpa “in vigilando” si se prueba que el Estado no supervisaba periódicamente la conducta de sus agentes.

En consecuencia los tribunales han sostenido que el Estado responde directamente, sin perjuicio de repetir contra el agente que había cometido el daño, lo que en la práctica es ilusorio en virtud que, en la mayoría de los casos, el agente de policía no podía responder con su sueldo ni con sus bienes porque el monto que debía pagar no estaba en proporción con su presupuesto. Además en un sin número de casos era dado de baja y, por lo tanto, terminaba la relación con el Estado.

Discrepo con estas sentencias y considero que el mero empleo del arma que obligatoriamente debe portar el personal policial no puede ser la causa por la cual se condene al Estado.

Estimo que el tribunal debe hacer en cada caso un análisis de la conducta asumida por el agente y si el daño se produjo como consecuencia de un hecho o de un acto que nada tuvo que ver con la función, se debe liberar de responsabilidad al Estado y se debe declarar como único responsable al agente autor del acto.

Soy de opinión que debe inferirse lógicamente y necesariamente que el arma ha sido empleada o utilizada contra la voluntad de su dueño, siendo ésta la razón que fundamenta la concurrencia de la causal de exoneración de responsabilidad objetiva prevista en el último párrafo del artículo 1113 de Código Civil.

De la lectura del artículo en análisis surge que para liberar al Estado debe existir la certeza de que el funcionario obró de manera irregular, incurriendo en dolo y para ello es necesario que una sentencia judicial así lo diga.

La norma que analizamos establece que la prescripción es de dos (2) años, lo que coincide con el art. 4037 y la jurisprudencia en general.

El plazo de prescripción comienza a correr desde que la sentencia que estableció la indemnización quedó firme y, por ello, hizo cosa juzgada.

Considero que se debió agregar un párrafo que diga “o de que el funcionario cesó en la función”, porque la experiencia nos demuestra que mientras ocupa la función los juicios de responsabilidad no prosperan.

Art. 10: “*La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria*”.

Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador”.

La primera parte de este artículo expresamente distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del Estado.

Esta ley se refiere exclusivamente a la extracontractual, ya que en cuanto a lo contractual será necesario dirigirse a las normas que regulan cada uno de los contratos: el de obra pública, el de suministro, etc.

Finaliza estableciendo que supletoriamente, y en el supuesto de ausencia de regulación en la ley del contrato que deba aplicarse, rigen los principios y normas establecidos en esta ley.

Esto lo considero importante porque de esa forma se excluyen por completo los principios y normas del derecho civil como fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal.

La segunda parte establece que esta ley no se aplica cuando el Estado es empleador porque hay distintas normas que específicamente se refieren a la relación existente entre el Estado y el agente público.

Artículo 11: “Invitase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

Con relación a este artículo es necesario hacer la siguiente explicación:

Los señores diputados y senadores podrían haber sostenido que esta ley regiría para todo el país por ser de carácter federal y en virtud de lo establecido en el inciso 12 del art. 75 de la Constitución de la Nación; no solo por referirse a la responsabilidad estatal, sino también porque establece plazos de prescripción.

Esta es la teoría sustentada por la Corte Suprema en un reciente fallo del 11 de febrero del corriente año en los autos: “Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c/ H.A.E.-Apremio”, en el que dijo que tanto lo relativo a los plazos de prescripción, como al momento de su inicio y a las causales de suspensión e interrupción se rigen por lo estatuido por el Congreso de la Nación en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc.12 de la Constitución Nacional, y, ante la ausencia de otra norma nacional que la discipline, su solución debe buscarse en el Código Civil, ya que no es un instituto del derecho público local sino un instituto general del derecho.

En cambio ha seguido otro criterio al considerar que cada provincia podrá adherir en todos sus términos a esta ley o en forma parcial, introduciendo las modificaciones que estime convenientes, por considerar que son atribuciones que los gobiernos provinciales conservan por no haberlos delegado en el gobierno federal, en virtud de lo establecido en los artículos 121, concordantes y correlativos y en especial en el artículo 126 de la Constitución Nacional.

Este camino es el que se siguió al dictar la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que estatuye un sistema de nulidades distinto al establecido en el Código Civil. A su vez cada Provincia ha dictado su ley de procedimiento administrativo, que en algunos casos coincide con la nacional.

Para finalizar quiero destacar: que me parece positivo el dictado de esta ley sin perjuicio de considerar que hay aspectos que son necesarios definir con más precisión, que hay lagunas que son necesarias llenar, lo que seguramente se hará por vía jurisprudencial y con ello se logrará una ley justa y ecuánime.

Señor Presidente: lo felicito por permitir que todos los asuntos puedan ser estudiados siguiendo distintas doctrinas.

Muchas gracias por vuestra atención.-