

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

Profesor Titular de Cátedra de Derecho Administrativo,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. I.1. El tema de la jerarquía normativa, el “diálogo de fuentes” y la importancia de los “derechos humanos”. I.2. La concreción de la jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos. El control de oficio de convencionalidad y constitucionalidad. I.3. La perspectiva de este trabajo. II. El sistema de responsabilidad del Estado y la exclusión de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación. III. Líneas generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación. IV. La responsabilidad del Estado Federal en la Ley 26.944. IV.1. Responsabilidad y exclusión. IV.2. Imputación y responsabilidad. Requisitos según las especies. IV.3. Responsabilidad contractual. IV.4. Responsabilidad por actividad legislativa y judicial. IV.5. Exclusión de responsabilidad por concesionarios y límites a la indemnización. IV.6. La prescripción. V. Un examen final sobre la responsabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

Cada uno de nosotros, de una u otra manera aplicadores jurídicos, vivimos un período irrepetible. Hace apenas veinte años hemos presenciado la reforma de la Constitución Nacional, una reforma que alteró de un modo copernicano la pirámide normativa en la que fuimos formados.

Y esta privilegiada platea del Derecho en la que estamos, nos enfrenta desde hace apenas unos meses a una nueva maravilla. Somos testigos activos de la modificación de un cuerpo normativo que, en mi opinión, es el más importante de nuestro sistema jurídico, luego de la Constitución: el Código Civil. El Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a reemplazar la obra de Vélez Sarsfield.

En este contexto, les propongo que examinemos qué ha significado cada una de estas reformas, con particular relación con el modo en que se ha disciplinado la reparación de los daños que se causan a otros, y si los subsistemas previstos

para el común de los ciudadanos y para el caso de los daños ocasionados por el Estado son compatibles con la pirámide normativa que actualmente nos vincula.

I.1. El tema de la jerarquía normativa, el “diálogo de fuentes” y la importancia de los “derechos humanos”

En el ámbito de la jerarquía normativa, admitimos aun antes de la reforma que los Tratados Internacionales tienen un valor superior al de las leyes de la República¹, criterio que también quedó plasmado en la Ley Fundamental de 1994, no sólo respecto de los Tratados de Derechos Humanos y de Integración, sino también de todos los demás tratados.

La cuestión se emparenta con el Código Civil y Comercial de la Nación, porque su artículo 1 establece que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma, precepto que se cita como generador de un supuesto diálogo de fuentes.

La indicación parece importante porque el precepto pareciera haber omitido convocar a ese diálogo a los demás tratados, entre los que se encuentran los Tratados de Protección de Inversiones, cuya importancia en el tema de la responsabilidad estatal, que hoy nos ocupa, no cabe soslayar, en especial cuando se tiene en cuenta la cantidad de arbitrajes que tuvo abierta la República ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). En este sentido, parece claro que una interpretación armónica del citado artículo 1 obliga a considerar comprendidos en el diálogo a los demás Tratados Internacionales.

Pero volvamos a la reforma constitucional. En su consecuencia, se introdujeron en el texto y con la jerarquía de la Ley Suprema de la Nación, una serie de Tratados de Derechos Humanos que han significado una nueva perspectiva para mirar el Derecho. Y esta nueva perspectiva no está dada por los textos de los tratados en sí, sino por la circunstancia de indicarse, en la Constitución Nacional, que esos tratados eran incorporados al orden jurídico argentino “... en las condiciones de su vigencia...”.

Esta expresión no sólo quiso decir que debían tenerse en cuenta las eventuales reservas formuladas al tiempo de suscribir tales tratados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que el giro significaba que la interpretación de los Pactos debía hacerse conforme la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales encargados de su aplicación, cuyos precedentes constituían interpretación auténtica de los textos de aquellos pactos y doctrina obligatoria para nuestros

1 El fallo “Ekmedjian” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 316:1669, reiterado más tarde en Fallos: 317:3176) constituyó la piedra angular de ese reconocimiento, consagrando un principio que la doctrina más reconocida exigía desde hacía mucho tiempo.

Tribunales², extremo que, por otra parte, no suponía más que reiterar la exigencia impuesta en tal sentido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³.

Tal interpretación del orden jurídico nacional, que lo entiende integrado al orden jurídico internacional de los derechos humanos, en el que campea el principio pro homine significa un cambio de perspectiva que no puede soslayarse, no sólo por la flexibilidad del principio que contrasta con la rigidez de las normas del orden jurídico interno, sino también por su significativa evolución continua⁴.

Aludo a este cambio de perspectiva, por cuanto tal principio exige a todas las autoridades de un Estado que suscribiera aquellos pactos a establecer, como si fuera una base o punto de partida, el nivel de protección de los derechos humanos contenido en su orden jurídico al tiempo de su adhesión a tales tratados, y lo obliga a modificar su orden jurídico sólo en beneficio del mayor respeto a esos derechos y nunca en su perjuicio, considerando no sólo el nivel de profundidad del concepto de dignidad humana existente al tiempo de la sanción de las normas sino –de modo más trascendente– el resultante del conjunto de normas consuetudinarias internacionales que se encuentran en vigor a la hora de encarar la modificación del orden jurídico nacional, en su creación o aplicación.

Este límite de actuación de los poderes soberanos de un Estado independiente o un Estado Provincial Autónomo no debe entenderse destinado tan solo a la interpretación judicial o a la actuación administrativa, sino que ha de entenderse dirigido principalmente a la actividad legislativa, en el diseño del orden jurídico interno.

I.2. La concreción de la jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos. El control de oficio de convencionalidad y constitucionalidad

Agréguese ahora que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunas Opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana, que también se interpretaron como doctrina obligatoria⁵, establecieron con origen en el precedente “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, y más tarde en “Trabajadores cesados del Perú”, en “Ibsen Cárdenas” y hasta en “Fontevecchia y D’Amico vs. República Argentina”, del 29 de noviembre de 2011, que resultaba una obligación de los tribunales y los funcionarios encargados de aplicar las leyes en un Estado

2 Fallos: 315:1492 y causa “Giroldi” (Fallos: 318:314) para repetirse en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), entre muchísimos otros.

3 Párrafos 44 y 45 de la Opinión Consultiva 10/89 del 14 de julio de 1989, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros documentos.

4 PINTO, MÓNICA, “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”, en ABREGU, MARTÍN (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. CELS - Editores del Puerto, 1997.

5 Fallo “Carranza Latrubesse”, del 20 de agosto de 2014.

parte del Pacto de San José de Costa Rica hacer de modo previo a esa aplicación un control oficioso de la compatibilidad de aquellas leyes con los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La recepción de este criterio en su congruencia con la necesidad de mantener la supremacía constitucional hizo obligatorio a la Corte Suprema de Justicia de la Nación advertir que ese control oficioso de convencionalidad que debían hacer los jueces, también debería extenderse a un control de constitucionalidad.

Y en uno de los primeros precedentes de esta nueva etapa en que admitió la obligación de ese control constitucional de oficio, lo hizo justamente respecto de un caso de responsabilidad del Estado, para declarar la inconstitucionalidad de una ley que limitaba la indemnización debida por la Nación en un caso de daños y perjuicios sufridos por un soldado, por considerar que la indemnización plena constituía una garantía implícita en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Me refiero a “Rodríguez Pereyra c/Ejército Argentino”, del 27 de noviembre de 2012.

I.3. *La perspectiva de este trabajo*

En tal contexto, cuya descripción ha extendido dolosamente esta introducción, propongo reparar las principales previsiones del Código Civil y Comercial unificado y su virtualidad expansiva, frente a las de la Ley 26.944, en materia de responsabilidad civil y de responsabilidad del Estado Federal, en ambos casos desde la luz que arrojan estas consideraciones precedentes, que obligan a concluir que el deber de no dañar a otro y el correlativo de indemnizar los daños (*non alterum ledere* y *sum cuique tribue*, en la máxima del Derecho romano), hallan sustento en el artículo 19 de la Constitución Nacional y toda norma que se hubiera dictado en este marco, a partir del principio *pro homine* ya señalado, sólo podría mejorar la situación de respeto por los derechos humanos y no perjudicarla.

II. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA EXCLUSIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Creo esencial iniciar este capítulo estableciendo que, por una confusión entre causas legítimas e ilegítimas, se ha pretendido excluir a la responsabilidad del Estado de cualquier norma y principio de Derecho Civil o, si se quiere concretar la cita, del Código Civil y Comercial de la Nación.

He aludido a la confusión entre causas legítimas e ilegítimas porque comparto la opinión de quienes sostienen, desde los trabajos de MARÍA GRACIELA REIRIZ, que la responsabilidad del Estado es una materia gobernada por el Derecho Público y, en especial, el Administrativo. Sin embargo, la invocación de esa autonomía e individualidad herramental en modo alguno significa que, desde tal hontanar, pudiera predicarse una suerte de total independencia de las instituciones generales del Derecho Común, que fue llamado así no sólo por ser el originario, sino también por cuanto disciplina principios generales del Derecho

que son vinculantes para la integralidad de las ramas que identifican a cada una de las diversas especies en que puede escindirse –principalmente a los fines pedagógicos– la ciencia jurídica.

Los autores hablan ahora de una cláusula de doble cierre, a saber: la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Federal establece en su artículo 1 que: “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Paralelamente, los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación disponen: “Las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” y que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos se rigen por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda.

No se me escapa que el proyecto del Poder Ejecutivo que acompañara la Ley 26.944 alude a la aplicación analógica de las normas del Derecho Civil. Sin embargo, la inexistencia de una norma igual en el Código Civil y Comercial de la Nación dificulta el entendimiento del sistema, extremo que se ve agravado en la aplicación concreta, según se verá más adelante.

De todos modos, la expresión contenida en las normas citadas presenta variados problemas que deben ser puestos a la luz, a saber:

a) En primer lugar un problema de interpretación: ¿A qué Estado se refiere el artículo 1764 del nuevo Código? Porque es evidente que el Código es una norma de carácter nacional, lo que llamamos Derecho Común (del artículo 75, inciso 12) de modo que se aplica tanto en el ámbito federal como en el provincial. Ello nos llevaría a pensar que el concepto Estado es abarcativo de los Estados Nacional y Provinciales, criterio que vendría corroborado por los artículos 1765 y 1766 cuando aluden a las normas y principios de Derecho Administrativo nacional o local.

Esta referencia nos lleva a un problema de atribución constitucional de competencias federales y locales, porque esta interpretación resulta incompatible con la Ley Suprema.

En efecto, no es dudoso que las provincias no han delegado la facultad de establecer normas sobre responsabilidad del Estado a favor del gobierno federal, ni esta materia corresponde a las leyes consideradas por el artículo 75, inciso 12 de la Ley Suprema, de modo que mal podría el Código Civil y Comercial vedar a las provincias su facultad de decidir si, en su ámbito, han de aplicar las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial, cuando justamente por aplicación de sus principios y normas de Derecho Administrativo local se remitiera a los preceptos del nuevo Código.

b) El segundo problema es de carácter eminentemente pragmático. Como en el cuento de Borges sobre Pierre Menard y el Quijote, para excluir a toda norma

del Código Civil en el ámbito de la responsabilidad del Estado, el legislador de la Ley 26.944 debería haber producido su propio Código Civil y Comercial.

Por cierto, el concepto mismo de persona –que pueda ser responsable o víctima de un daño–, de daño resarcible, de fuerza mayor, de lucro cesante, de relación de causalidad, entre muchísimos otros, son materialmente insolubles si no pudiera acudirse a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, al menos de una manera uniforme para el Derecho argentino.

- c) Por otra parte, la cláusula de doble cierre provoca algunos inconvenientes prácticos que ya han surgido a la luz. ¿Las normas que no pueden aplicarse son las relativas estrictamente a la responsabilidad, o también las atinentes a otras ramas vinculadas, como las relativas no ya a los plazos de prescripción, sino a las causales de suspensión o interrupción; o las referidas al modo de contar los intervalos del Derecho o a la aplicación del ya citado diálogo de fuentes?

Esta neblina genera efectos claramente nocivos para el intérprete. Veamos un ejemplo concreto. El artículo 2541 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el curso de la prescripción se suspende, por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor por el plazo de seis meses o el menor que corresponda a la prescripción de la acción. Ante la falta de una previsión que regule esta materia en la Ley 26.944, ¿debemos aplicar este plazo de suspensión por seis meses a la prescripción de una acción contra el Estado que requiere, como presupuesto de la habilitación de la instancia, la presentación de un reclamo administrativo previo? ¿O sería más adecuado acudir a la aplicación analógica del artículo 2542, que disciplina los efectos de la mediación obligatoria –también presupuesto para la admisibilidad de la demanda en materia civil– previendo que en tal caso el curso de la prescripción se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero, y se reanuda a partir de los veinte días contados desde el momento en que el acta de cierre del procedimiento de mediación se encuentre a disposición de las partes?

Parece clara la inconveniencia de aplicar la suspensión de seis meses prevista en el artículo 2541, por cuanto la interpelación no es indispensable para hacer posible la demanda judicial, mientras que el reclamo administrativo previo sí es un presupuesto necesario en la generalidad de los casos en que se acude a la “vía reclamativa”, salvo las excepciones expresas contenidas en el artículo 32 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Los principios esenciales de la interpretación analógica, que reclaman no realizarla para cercenar derechos y tampoco contra el principio favor actionis, recomendarían acudir a la aplicación extensiva del artículo 2542, asimilando el reclamo administrativo previo a la mediación obligatoria. Pero, ¿quién estaría seguro de afirmar esta interpretación y aconsejar a su

cliente que no dedujera la demanda antes de vencer el plazo de seis meses previsto en el artículo 2541 citado? Y si llegáramos a la necesidad de acudir a esta última norma, ¿cómo mantener un reclamo administrativo previo cuyos plazos (90 días para su resolución, más pronto despacho, más cuarenta y cinco días para tener por configurado el silencio de la Administración, cuando no se amplían estos a 120 y 60 días respectivamente) vencen después de los seis meses de suspensión de la prescripción, obligando eventualmente a promover una demanda a sabiendas de su inadmisibilidad para no perder el derecho por prescripción?⁶

Acudo a este ejemplo en esta exclusión doble del Derecho Civil, porque el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación contenía una norma que resolvía el problema atribuyendo efecto suspensivo al reclamo administrativo previo hasta su resolución. En efecto, el artículo 2548 del anteproyecto disponía que el curso de la prescripción se interrumpe por reclamo administrativo si es exigido por la ley como requisito previo para deducir la acción judicial. El efecto interruptivo se tiene por no sucedido si no se interpone demanda judicial dentro de los plazos previstos en las leyes locales o, en su defecto, por SEIS (6) meses contados desde que se tiene expedita la vía judicial.

Ante ello, el “doble cierre” ¿impide acudir a la norma del anteproyecto para “atribuir” carácter interruptivo al reclamo y obliga a “analogar” la norma del artículo 2541 o la del artículo 2542, ambas de contenidos más restrictivos para los derechos del particular y para la conservación de los derechos y las acciones? Estimo que la respuesta negativa debería imponerse.

d) Tengo en claro que ese típico carácter sibilino de los abogados nos ha llevado a predicar, como he advertido al principio de este capítulo, que si bien las normas del nuevo Código no se aplican en forma directa, ni subsidiaria, sí pueden aplicarse analógicamente.

Pero esta “avivada” criolla no es solución adecuada. En primer lugar porque la analogía doctrinaria (que es la que se postula), debería resolver primero cuál es el orden para recurrir a ella: ¿Habremos primero de acudir a las normas sobre expropiación federales o locales, a las normas públicas locales o federales, a otras normas públicas y en último término a la analogía con el Código Civil y Comercial, o primero a este último y luego a las que parecen más cercanas al ámbito público?

III. LÍNEAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Sin que esta mención pueda considerarse más que escribir con lápiz en una página ajena y en la que me reconozco un neófito, diré que la regulación de la

6 El problema se agrava si se comparan los contenidos de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictados en la causa “Lagos” (Fallos: 330:5404) y “Biosystems” (Fallo del 11/02/2014).

responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación recoge una serie de principios y criterios de la jurisprudencia, agregando algunos aspectos que la doctrina reclamaba.

Es harto difícil resumir en pocos minutos las nuevas regulaciones. Digamos, por ahora, que la responsabilidad civil es un género que ya no reposa en su origen contractual o extracontractual, ni mucho menos en la existencia de cuasidelitos o delitos.

El artículo 1708 del Código Civil nos brinda las dos especies de responsabilidad: la correspondiente a la reparación del daño y la atinente a su prevención. La primera de las especies nos es conocida, la segunda parece novedosa, aunque en muchos casos se emparenta con la responsabilidad por omisión.

En tal sentido, el artículo 1710 establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Esta idea de prevención del daño conduce a una ratificación de las acciones preventivas a que nos había acostumbrado la jurisprudencia y que hoy tienen explícita recepción en el artículo 1711, pero también conduce a pensar en la existencia de un deber de evitar el daño, disminuir el que se produjera (por sí o por terceros) y no agravarlo, obligaciones de fuente legal que han de generar una nueva causa de responsabilidad civil, que ya no requerirá de un deber legal específico para la responsabilidad por omisión del viejo artículo 1074, pues ese deber legal está descrito de modo genérico en este 1711.

Pero vayamos al sistema de responsabilidad por daño. El Código establece, en su artículo 1716 que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, es decir, unifica como una misma antijuridicidad al incumplimiento y al deber de no dañar.

Todos sabemos que la teoría de la responsabilidad se asienta en cuatro pilares, a saber: a) antijuridicidad de la conducta; b) atribución de la conducta dañosa; c) daño resarcible y d) relación de causalidad.

a) La primera categoría recibe en el artículo 1717 una declaración objetiva "... cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada..." y en el precepto siguiente se declaran justificantes de un acto lesivo a la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho.

b) Respecto de la segunda, el artículo 1721 establece que se atribuye la conducta a una persona por factores objetivos o subjetivos, explicitando que en ausencia

de norma, la base de la atribución es la culpa, es decir, un factor subjetivo que da idea de reprochabilidad.

Pero en este campo el Código introduce algunos criterios que es necesario mencionar. Así, se establece que las obligaciones de resultado generan responsabilidad objetiva por el sólo incumplimiento, mientras que las obligaciones de medio reclaman la demostración de la culpa. Sin embargo, además de replicarse en el artículo 1725 aquel viejo criterio del antiguo artículo 902, según el cual cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, más estricto es el examen sobre la culpa, en el segundo párrafo de dicho artículo 1725 se indica, en una norma que debe preocuparnos especialmente por nuestro trabajo profesional, que cuando alguien reposa en una relación de confianza especial debe medirse la responsabilidad por la condición especial del agente.

- c) En lo que atañe a la relación de causalidad, el artículo 1726 dispone que: “Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño” y que “... excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles...”. Para despejar cualquier duda, el artículo 1727 aclara que son inmediatas las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso ordinario de las cosas, mediatas las que resultan sólo de un acontecimiento distinto y casuales las imprevisibles.

No hay aquí diferencia entre la responsabilidad de origen contractual o legal. Sólo se aclara que en el caso de incumplimiento doloso de un contrato no sólo se deben las consecuencias mediatas previsibles al tiempo del nacimiento de la obligación, sino también las que pudieron atribuirse al momento del incumplimiento (artículo 1728).

Finalmente, en lo que atañe a la relación causal, el nuevo Código recuerda que ella puede interrumpirse a raíz de la existencia del hecho de un tercero por el que no se debe responder, por caso fortuito o fuerza mayor, términos estos dos últimos que se utilizan como sinónimos.

- d) En cuanto al daño, el artículo 1737 dispone que: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Al considerar la indemnización los artículos 1738 y siguientes aclaran estos criterios al establecer que son resarcibles la pérdida o disminución del patrimonio, el lucro cesante y la pérdida de chances, como también los derechos personalísimos, la integridad personal, la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en el proyecto de vida de la víctima, en tanto medie un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.

Para cerrar este panorama, absolutamente provisional y parcial, dígase que el artículo 1740 dispone que la reparación del daño debe ser plena y consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidación o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable y que, en el caso del agravio moral, cuando del hecho resultare la muerte o incapacidad de la víctima, tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. Sin que ello implique, ni mucho menos, dejar aquí los temas principales, mencionaré dos que me parecen importantes:

- (i) El tema de las sanciones pecuniarias disuasivas, porque a ellas se refiere la Ley 26.944 (de Responsabilidad del Estado Federal), abriendo un paraguas para el que nunca llovió, porque tales sanciones, que estaban en el proyecto fueron eliminadas del Código y reemplazadas (en el artículo 1724) por la atribución a los jueces de una facultad de difícil comprensión.

Veamos: El proyecto de Código establecía: Artículo 1714. Sanción pecuniaria disuasiva. “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas”.

Esta regla que se emparenta con la sanción punitiva de la ley de Defensa del Consumidor fue reemplazada y ese artículo establece hoy: Artículo 1714. Punicción excesiva. “Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca punicción irrazonable o excesiva, el juez debe fijar prudencialmente su monto”.

Y digo que la cuestión nos deja con varias incertidumbres porque, por una parte, no sabemos si la sanción pecuniaria disuasiva podrá aplicarse con base en la Ley de Defensa del Consumidor o es que este retiro del Código Civil y Comercial supone considerar la derogación orgánica de aquella norma de la ley especial, criterio que a mi juicio es improponible.

Pero, además, porque no se logra entender qué será lo que ha de reducir el juez, según el artículo 1714: las sanciones administrativas, las penales, o las

civiles y, en cualquier caso, cada juez reducirá las de su competencia o un solo magistrado unificará la sanción, en este último caso, ¿cuál?

(ii) El segundo es el tema de la prescripción. Aquí, en primer término deberá volver a discutirse si el reino de “Filcrosa” ha concluido o seguirá existiendo, porque el artículo 2352 pareciera sólo autorizar la modificación en el plazo de tributos, con una técnica legislativa pobre.

El nuevo Código establece una prescripción de tres años, según se lee en su artículo 2561, un problema de derecho transitorio, diversa manera de considerar la suspensión y otras causales de interrupción

En cuanto al derecho transitorio, dígame que el nuevo Código se aplica inmediatamente. De modo que si un plazo de prescripción en curso vencía antes del 1° de agosto de 2011, mantiene su fecha de vencimiento. Pero si hubiera de vencer después, su dies ad quem será el 1° de agosto de 2014, al cumplirse los tres años desde la sanción del Código.

En lo que atañe a la suspensión, la interpelación sólo genera una suspensión de seis meses, mientras que en los casos de interrupción no se ha incluido la querrela criminal, provocándose una incongruencia con las normas de incidencia de las acciones penales sobre las civiles y sin mediar pronunciamiento sobre los efectos del reclamo administrativo previo, para saber si ha de asimilarse a la interpelación o a la demanda.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FEDERAL EN LA LEY 26.944.

Me extendí en el tema de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación aun a riesgo de naufragar en aguas procelosas porque, hasta tanto no medie adhesión provincial a la Ley 26.944, la cláusula de doble cierre a la que se hizo referencia dista de resultar congruente con la Ley Suprema, en el ámbito de las provincias, que podrán disciplinar su responsabilidad estatal de acuerdo a sus propios criterios o aun incluyendo algunas de las normas civiles en sus instrumentos especiales.

Pero vayamos a las escuetas previsiones de esta ley federal:

IV.1. Responsabilidad y exclusión

Ya hemos hablado de la exclusión de las normas civiles. Dígame ahora que, desde el inicio, esta exclusión se vuelve impracticable.

En concreto y como se dijo al principio: ¿De dónde sacaremos el concepto de daño, de personas, de bienes y derechos a que alude el primer párrafo del artículo 1; a qué ordenamiento recurriremos para aprehender la noción de caso fortuito o fuerza mayor, tercero por quien no se debe responder, o hecho de la víctima que interrumpe la relación causal, por sólo referirnos a estos dos preceptos?

IV.2. *Imputación y responsabilidad. Requisitos según las especies*

Pero digamos que el artículo 1 tiene una aclaración típica de Derecho Administrativo, al menos desde “Vadell”, a saber: la imputación de los actos al Estado es directa y la responsabilidad objetiva.

Acto seguido, la nueva Ley de Responsabilidad del Estado nos brinda los requisitos para la ocurrencia de la responsabilidad por acto ilegítimo o legítimo de la Administración, en sus artículos 3 y 4, que siguen los criterios de la jurisprudencia, esto es: a) Daño cierto; b) Imputabilidad del acto u omisión al Estado; c) Relación de causalidad y d) Falta de servicio, para la actividad ilegítima, o d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño y e) sacrificio especial en la persona dañada, para la actividad legítima.

Estos principios, surgidos de la jurisprudencia y con los que hemos convivido hasta aquí no tienen objeción, y en modo alguno son incompatibles con el régimen que hoy establece el Código Civil, que claramente admite la imputación directa y la responsabilidad objetiva cuando la ley especial lo prevé, como aquí ocurre.

Sólo correspondería hacer una aclaración. La ley establece que la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Pero ahora existe una norma general, que ya hemos visto, de prevenir el daño y de realizar toda acción necesaria para morigerar sus efectos. Será aplicable ella aquí. Podría pensarse en rechazar tal propuesta, sosteniendo que el Código Civil no es aplicable en materia de responsabilidad, pero ¿es esta norma un precepto sobre responsabilidad civil, o un criterio general sobre la conducta legítima exigible a cualquier sujeto? ¿Será posible postular que las omisiones de los ciudadanos en general están gobernadas por el artículo 1710 y que las del Estado requerirán otra norma especial?

De todos modos, recuérdese que la Corte Suprema hubo de señalar, a este respecto que: “En materia de responsabilidad extracontractual del Estado cabe distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho –en los que puede identificarse una clara falta del servicio–, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible, y la determinación de su responsabilidad patrimonial por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

IV.3. *Responsabilidad contractual*

En el ámbito contractual la ley remite a normas específicas. Sin embargo, esta remisión es de difícil comprensión. Tal vez pueda entenderse como un implícito reenvío a las previsiones de la Ley 13.064 de Obras Públicas y al Decreto

Delegado 1023/2001, aunque no es menos cierto que debió hacerse referencia también a las previsiones contractuales.

La aclaración a la no aplicación de la Ley a la Responsabilidad del Estado derivada de la relación de empleo público pareciera suponer un reenvío implícito a la Ley Marco Regulatorio, aprobada por la Ley 25.164.

De todos modos y en ambos casos, hubiera sido preferible que la remisión se hubiera hecho sólo a las normas especiales, dejando subsistentes los criterios generales para unificar de ese modo la teoría de la responsabilidad del Estado, en el ámbito de la gestión administrativa, como una unidad en el ámbito del Derecho Público.

IV.4. *Responsabilidad por actividad legislativa y judicial*

Volvamos ahora a los otros ámbitos de responsabilidad estatal, esto es: por actividad legislativa y por actividad judicial.

La Ley 26.944 no tiene normas específicas sobre responsabilidad por actividad o inactividad legislativa y ya han existido fallos que condenaron al Estado a indemnizar sobre tales bases, aun por daño moral⁷.

Tal vez cabría recordar que, siguiendo la opinión de MARIENHOFF, se ha decidido que: “El fundamento de la responsabilidad del Estado legislador no difiere del fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, ya que en ambos supuestos se trata de la obligación de reparar un daño causado, con prescindencia de toda vinculación contractual”⁸.

En cuanto a la actividad judicial, es lógico suponer que no existe responsabilidad estatal sino en caso de ilegitimidad del actuar judicial, debiendo entenderse que la conducta legítima genera en los ciudadanos una carga que deben soportar.

Sin embargo, no es menos cierto que reiterados fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dispuesto condenas a la República por la violación del derecho al “plazo razonable” en la decisión de los conflictos, no sólo en los casos de conflictos de particulares contra el Estado, sino aun en los casos de litigios entre particulares, haciendo pensar en supuestos en los que el Estado pagará “los platos rotos” por los ciudadanos que generan la extensión indebida del proceso a sabiendas de su sinrazón⁹.

Estos casos son una clara muestra sobre la superación de las normas nacionales por el “diálogo de fuentes” al que alude el artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, pretendidamente excluido del ámbito de la responsabilidad estatal, según se ha visto.

7 Existe un precedente importante en la materia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en autos “Pepe, Nazareno” del 14 de abril de 2008.

8 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 08/05/1997, *in re* “Tezza, Antonio”, en www.pjn.gov.ar.

9 Así ocurrió en el caso “Mémoli vs. Argentina”, en la sentencia de 22 de agosto de 2013.

IV.5. *Exclusión de responsabilidad por concesionarios y límites a la indemnización*

Sin embargo, aún tenemos otras normas no menos problemáticas.

El artículo 6 de la Ley 26.944 excluye la responsabilidad estatal por la actuación de los concesionarios de servicios públicos cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

La norma me parece inaceptable, pero lo que es peor da viento a las velas de quienes pretenden que la actividad de los concesionarios de servicios públicos es ejercicio de la libre industria y no una delegación de una actividad de titularidad estatal, pues sólo así el principio resultaría digerible en un contexto de responsabilidad. Creo que hay aquí un error a reparar, tal vez estableciendo un principio de excusión.

La segunda norma compleja es el límite de la responsabilidad estatal por actividad legítima. Tengo en claro que la norma sigue el criterio de la Ley de Expropiaciones, pero no podría desconocerse la jurisprudencia de la Corte Suprema en la causa “El Jacarandá” sobre esta materia.

Es necesario tener en cuenta, y vale ello para toda la ley, que la transformación de criterios jurisprudenciales en normas legislativas no siempre es un buen camino, porque aquellos dependen claramente de las circunstancias del caso y su objetivación puede conducir a algún desaguizado. De todos modos, volveré sobre este tema al final.

IV.6. *La prescripción*

La ley establece un plazo de prescripción de tres años que se computa desde la verificación del daño o desde la sentencia que declaró la ilegitimidad del accionar estatal.

Igual plazo rige para la acción de regreso contra los funcionarios.

La norma supone una extensión del plazo bienal previsto en el artículo 4037 del viejo Código Civil y coincide con el plazo de responsabilidad civil existente en el nuevo Código unificado.

La ausencia de normas en materia contractual y de empleo público obliga a considerar si en esos campos debe estarse a los plazos decenales antiguos, o han de incorporarse los plazos quinquenales o menores dispuestos por el Código Civil y Comercial aprobado por la Ley 26.994, criterio que parece poco admisible, dada la clara proscripción de su aplicación.

Sin embargo, como se ha visto más arriba, la falta de regulación sobre la eventual suspensión o interrupción de los plazos de prescripción ha generado una situación de grave incertidumbre jurídica que debería ser resuelta cuanto antes por el propio legislador.

V. UN EXAMEN FINAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD

No podría concluir este análisis sin pedirles una reflexión sobre todo el sistema de responsabilidad; no sólo el del Estado, sino también el civil.

Me parece que apuntamos, decididamente, a la protección de los derechos de los ciudadanos, pero anticipo que esta aparente benevolencia de nuestro criterio jurídico, como un cuervo, se comerá nuestras entrañas.

Por cierto, esta profundización de la responsabilidad y agravamiento de las condenas por daños y perjuicios, ¿será compatible con un sistema de seguros con primas razonables?, ¿permitirá la promoción de actividades de riesgo en las inversiones?, ¿ayudará decididamente al hombre común y, en especial, a los sectores más vulnerables?

Esta idea de un Estado que responde indefinidamente, ¿no se volverá un daño imposible de reponer para toda la sociedad en su conjunto? ¿No habría que pensar, por encima de la justicia conmutativa y de la distributiva, en la idea de la justicia legal, es decir, este aspecto de la justicia que nos obliga a todos a aportar algo frente a la sociedad? ¿No será preciso que tengamos que aceptar, finalmente, que para lograr una República siempre hará falta una cierta dosis de injusticia, que genere una situación más justa para el conjunto?

Tal vez sea la hora de releer a BORGES en su tiempo circular, cuando sostenía que en tiempos de auge, la conjetura de que la existencia del hombre es una cantidad constante, invariable, puede entristecer o irritar; pero en tiempos que declinan es la promesa de que ningún oprobio, ninguna calamidad, ningún dictador podrá empobrecernos¹⁰.

10 BORGES, JORGE LUIS, "El tiempo circular", en *Historia de la Eternidad*, Editorial Alianza, p. 113.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN
AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ
PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO
GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ
CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI
ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS
CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA
AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER
LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO
EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN
MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA
LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL
JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA
JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina