

SESIONES ORDINARIAS
2013
ORDEN DEL DÍA N° 2704

**COMISIONES DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES
Y DE LEGISLACIÓN GENERAL**

Impreso el día 22 de noviembre de 2013

Término del artículo 113: 4 de diciembre de 2013

SUMARIO: *Ley sobre responsabilidad del Estado.*
(9-P.E.-2013.)

- I. **Dictamen de mayoría.**
- II. **Dictamen de minoría.**
- III. **Dictamen de minoría.**
- IV. **Dictamen de minoría.**
- V. **Dictamen de minoría.**
- VI. **Dictamen de minoría.**
- VII. **Dictamen de minoría.**
- VIII. **Dictamen de minoría.**

I

Dictamen de mayoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo, sobre responsabilidad del Estado. Regulación, y se han tenido a la vista los de los señores diputados Comelli, Camaño, Martínez y Amadeo, y Carrió y Terada; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les 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 disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Art. 2° – 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.

Art. 3° – 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 sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Art. 4° – 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 de 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.

Art. 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 comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

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

Art. 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 atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

Art. 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.

Art. 8° – El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

Art. 9° – 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 les 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.

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.

Art. 11. – Invítase 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.

Art. 12. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

Diana B. Conti. – Luis F. J. Cigogna. – Jorge A. Landau. – Alicia M. Comelli. – Marcos Cleri. – Jorge Rivas – Walter R. Wayar. – Celia I. Arena. – Gloria Bidegain. – Eric Calcagno y Maillmann. – Stella M. Córdoba. – Alfredo C. Dato. – Eduardo E. de Pedro. – José M. F. Díaz Bancalari. – Anabel Fernández Sagasti. – Fabián M. Francioni. – Andrea F. García. – María T. García. – Graciela M. Giannettasio de Saiegh. – Leonardo Grosso. – Mónica E. Gutiérrez. – Pablo F. J. Kosiner. – Carlos M. Kunkel. – Mario A. Metaza. – Carlos J. Moreno. – Juan M. Pais. – Adela R. Segarra.*

(* El señor diputado Jorge Rivas manifestó su voluntad de firmar este dictamen. Eduardo B. Sturla, jefe de la Comisión de Asuntos Constitucionales.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han estudiado el proyecto en cuestión, y encuentran viable su sanción por parte de la Honorable Cámara, por las razones que oportunamente se darán.

Diana B. Conti.

II

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo nacional, sobre responsabilidad del Estado. Regulación y se han tenido a la vista los de los señores diputados Comelli, Camarino, Martínez y Amadeo, y Carrió y Terada; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados, ...

Artículo 1° – Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les 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.

Art. 2° – Se exceptúan de los alcances de la presente ley:

- a) Los casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;
- b) Los daños y perjuicios que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento;
- c) Los daños ocasionados por culpa del damnificado o de un tercero por quien el Estado no tuviera el deber de responder.

En caso de tratarse de causales concurrentes ocasionadas por el hecho culposo de la víctima o un tercero por quien el Estado no tenga obligación de responder y el Estado o sus agentes, ambas partes son responsables por el daño causado y deberán responder según la medida en que cada uno contribuyó a la producción del evento dañoso, de acuerdo con las circunstancias del caso.

- d) Los casos en que el riesgo hubiera sido asumido voluntariamente por la víctima.

Corresponde al damnificado probar las causales del daño y al Estado acreditar que los daños no son consecuencia de su actividad o, en su caso, la existencia de algunos de los hechos eximentes de responsabilidad establecidos en el presente artículo.

Art. 3° – Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto, actual o futuro, 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.

Art. 4° – Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto, actual o futuro, 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 de 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.

Art. 5° – *Responsabilidad por actividad ilegítima. Alcance de la indemnización.* El Estado deberá responder por los daños ocasionados por su actividad ilegítima. La reparación será plena, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante respecto de las consecuencias alcanzadas.

Art. 6° – *Responsabilidad por actividad legítima.* El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas.

La responsabilidad 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.

Art. 7° – *Sanción pecuniaria disuasiva.* Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a los funcionarios o agentes públicos que no cumplan con los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

Art. 8° – *Responsabilidad judicial.* El Estado deberá responder por los daños causados por la actividad judicial cuando se trate de errores en el marco del proceso cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la Justicia que concurren a la defectuosa prestación del servicio de justicia.

El Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto.

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

Art. 9° – 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 atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

El Estado será responsable por los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado, cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio.

Art. 10. – 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.

Art. 11. – El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso

de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

Art. 12. – 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 culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

Las responsabilidades del funcionario o del empleado público y del Estado son concurrentes.

La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.

El Estado deberá, de oficio, repetir contra los funcionarios o agentes causantes del daño cuando estos últimos hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia grave, previa sustanciación del sumario correspondiente.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del agente y su relación con la producción del resultado dañoso, y la razonabilidad del reclamo en función del monto de la indemnización.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los cinco (5) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

Art. 13. – *Responsabilidad civil por actos de corrupción.* El particular o tercero de buena fe que hubiera sufrido un perjuicio cierto como consecuencia de un acto de corrupción proveniente del Estado, tendrá derecho a reclamar la indemnización por daños y perjuicios correspondientes.

Serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios que se causaren frente al particular o tercero de buena fe afectado las partes que hubieren participado del acto de corrupción.

Se considerarán actos de corrupción que involucran al Estado:

- a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo;

f) Cualquier otro acto que, conforme al Código Penal de la Nación, la Constitución nacional y los tratados internacionales ratificados por nuestra Nación sea considerado acto de corrupción y que involucre la participación del Estado o sus agentes.

Art. 14. – Los actos de corrupción provenientes del Estado o sus agentes, serán considerados nulos, de nulidad absoluta.

El juez podrá excepcionalmente establecer la validez del acto únicamente en caso de que exista un riesgo cierto de que su anulación producirá un mayor daño al Estado o afectará al orden público.

Art. 15. – 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.

Art. 16. – *Cláusula transitoria.* A los fines de los cómputos de la prescripción, las acciones de responsabilidad contra el Estado interpuestas hasta el 31 de diciembre de 2014 se regirán por las cláusulas de prescripción aplicables anteriores a la sanción de la presente ley.

Art. 17. – Invítase 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.

Art. 18. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

*Mario R. Negri. – Jorge L. Albarracín.
– Manuel Garrido. – Juan P. Tunessi. –
Fabián Rogel.*

INFORME

Honorable Cámara:

El Poder Ejecutivo envía a este Congreso un proyecto de ley regulando la responsabilidad civil del Estado, pretendiendo darle un tratamiento exprés, sin el debate que la cuestión amerita. Se trata de una ley que el Congreso adeuda desde hace más de cien años y que, por lo tanto, no puede ser tratada en menos de una semana,

sobre todo por su complejidad y las divergencias que existen sobre este tema dentro de la jurisprudencia y la doctrina especializada.

Por otro lado, si bien el Poder Ejecutivo en sus fundamentos indica que el proyecto recoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cierto es que la doctrina de la Corte no ha sido uniforme a lo largo de estos más de cien años, y que en muchos casos el proyecto presentado va en contra de los fallos judiciales más recientes, recortando los derechos y garantías de los ciudadanos frente al actuar lesivo del Estado.

Por lo tanto, si bien consideramos que contar con una ley de responsabilidad civil del Estado es un avance frente a la situación actual de incertidumbre jurídica que genera la ausencia de una normativa específica que regule estas relaciones, este proyecto no satisface por completo esta deuda, debido a que, al no regular importantes aspectos sobre la responsabilidad del Estado, éstos quedarían a merced de la interpretación judicial.

Es por ello que propiciamos la sanción de este proyecto alternativo sobre responsabilidad del Estado que completa el presentado por el Poder Ejecutivo nacional y cuyas principales modificaciones se explican a continuación:

Sanciones pecuniarias disuasivas: el proyecto del Poder Ejecutivo nacional en su artículo 1° indica que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”. Entendemos que esta limitación a los jueces, que utilizan esta herramienta para hacer cumplir sus sentencias, debería ser eliminada. En la actualidad, los jueces utilizan astreintes, o sanciones pecuniarias disuasivas en los juicios contra el Estado, ante la reiterada negativa o la excesiva demora de los funcionarios públicos en el cumplimiento de las sentencias. Sobre todo, esta herramienta está siendo utilizada en las acciones colectivas de interés público en aquellos casos en que el cumplimiento de las sentencias resulta inminente ante la naturaleza de los derechos involucrados.

A su vez, en el artículo 7° prevemos específicamente la posibilidad de aplicar astreintes a los funcionarios públicos en caso de incumplimiento de resoluciones judiciales.

Responsabilidades concurrentes: el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo nacional establece dentro de los eximentes de responsabilidad los casos “en los que el damnificado o el hecho de un tercero hubiera concurrido a provocar el daño” [(artículo 2°, inciso b)]. En este punto creemos importante aclarar que se trata de los casos en que el daño es producido exclusivamente por un hecho culposo de la víctima o de un tercero por quien el Estado no tenga el deber de responder. Y que en caso de que concurren hechos producidos por el Estado y un tercero o la víctima en las causales del daño, deberán responder cada uno por su parte, aplicando la teoría de la compensación. Éste es el criterio sostenido

por la CSJN en los fallos “Vadell”, “Bonadero”, “Domínguez”, “Posse” y “Saradilla”.

Además, en este artículo agregamos un párrafo sobre la carga de la prueba, correspondiendo al damnificado las causales del daño y al Estado los eximentes de responsabilidad.

Requisitos de la responsabilidad (artículos 3° y 4°): en ambos casos el Poder Ejecutivo nacional establece la necesidad de que exista un daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero. Creemos oportuno agregar que el daño puede ser actual o futuro, siempre que exista certidumbre sobre el mismo. La Corte explica el concepto de daño cierto futuro en el fallo “Godoy” (*Fallos*, 317:3:1225): “Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (artículo 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro”.

Por otro lado se elimina la restricción que establece el inciso d) del artículo 3° con respecto a los casos de omisión de cumplimiento de un deber por parte del Estado, que según el Poder Ejecutivo deben estar previstos normativamente. Teniendo en cuenta que existen deberes y funciones que no están previstos en la normativa pero que resultan inherentes al Estado, es que entendemos que esta restricción lo beneficiaría infundadamente.

Responsabilidad del Estado por actividad ilegítima: en nuestro proyecto incorporamos un artículo destinado al alcance de la indemnización en casos de responsabilidad por actividad ilegítima, indicando que la misma es de carácter integral, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante. Esta regulación es omitida en el proyecto del Poder Ejecutivo que sólo establece el alcance de la indemnización en los casos de responsabilidad por actividad legítima.

Responsabilidad del Estado por actividad legítima: el artículo 5° del proyecto del Poder Ejecutivo nacional establece, al referirse a la responsabilidad del Estado por actividad legítima, que no corresponde en ningún caso la indemnización del lucro cesante. Sin embargo, en los fallos más recientes “Juncalán” y “El Jacarandá” la CSJN estableció que en algunos casos resulta procedente la indemnización de este rubro, por hallarse afectado de manera contundente el derecho a la propiedad. Entonces, si bien es verdad que en algunos casos la Corte rechazó el lucro cesante, también es cierto que desde estos dos fallos citados la Justicia viene reconociendo este rubro, sin perjuicio de su estrictez respecto de cómo evaluarlo. En síntesis, el daño y su extensión dependen del derecho de propiedad y su recorte en el caso concreto. Por lo tanto, eliminar la posibilidad de indemnizar en todos los casos este rubro podría llegar a vulnerar el derecho de propiedad. Proponemos, al respecto, la redacción que habían elaborado los juris-

tas en el anteproyecto del Código Unificado Civil y Comercial de la Nación.

Responsabilidad judicial: si bien coincidimos en que los daños causados por actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización como lo establece el proyecto del Poder Ejecutivo nacional, creemos que es necesario aclarar en qué casos sí procede la responsabilidad por la actividad judicial. El criterio adoptado en nuestro proyecto coincide con el de la jurisprudencia y se refiere a la responsabilidad por actividad judicial cuando se trate de errores en el marco del proceso. El fundamento, en este caso, coincide con el requisito de falta de servicio para que se configure la responsabilidad por actividad ilegítima. Al respecto, la Corte tiene dicho que “es responsable la provincia por la omisión procesal en que se incurrió, toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias. En ese sentido, cabe recordar lo expresado en reiterados casos por el tribunal cuando sostuvo que ‘quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución’ (*Fallos*, 182:5; 307:821). En el presente caso, la conducta procesal ya puntualizada se constituyó en la causa eficiente del perjuicio sufrido por la actora”. (CSJN, “De Gandia, Beatriz I. c/ Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 4/5/1995, *Fallos*, 318:845).

Responsabilidad por los daños ocasionados por concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado: en este caso, al igual que en el anterior, el proyecto del Poder Ejecutivo nacional se limita a regular que el Estado no es responsable por estos daños cuando los daños sean ocasionados por acción u omisión de los concesionarios o contratistas relacionados con la función encomendada. Pero nos parece importante dejar en claro que cuando los daños fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio que corresponde al Estado, entonces éste debe responder (CSJN, “Zacarias, Claudio c/ Provincia de Córdoba”, sentencia del 28 de abril de 1998).

Plazo de prescripción: se incrementó en un año el plazo de prescripción.

Responsabilidad de los funcionarios públicos: se agrega que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios o empleados públicos son concurrentes tal como establecía el anteproyecto del Código Civil y Comercial presentado por los juristas. Además, se establece la obligación del Estado de repetir contra los funcionarios o empleados públicos, siempre y cuando la acción de repetición sea razonable de acuerdo al monto de la indemnización reclamada y las distintas circunstancias del caso.

Al respecto, Agustín Gordillo explica: “La importancia de que el funcionario sufra también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva,

pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas”.

A su vez, éste es el criterio que adoptó España en la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 145.

Responsabilidad por actos de corrupción: de acuerdo a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 35), que la Argentina suscribe, es deber de los Estados parte adoptar medidas internas “para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización”. En este sentido, decidimos incorporar en esta ley especial sobre responsabilidad del Estado la parte que corresponde a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por actos de corrupción, una cuenta pendiente en nuestra legislación interna. De este modo, en nuestro dictamen se definen los actos de corrupción en línea con la Convención Interamericana contra la Corrupción y se establece bajo qué circunstancias los particulares pueden reclamar que se los indemnice por los daños y perjuicios producto de ese tipo de accionar. Asimismo, se establece la nulidad de los actos de corrupción provenientes del Estado o sus agentes, con la excepción de aquellos casos en los que su nulidad produzca un daño mayor al Estado o afecte el orden público.

Por estos motivos, y otros que daremos a conocer en el recinto, es que aconsejamos que se apruebe este dictamen en minoría.

Manuel Garrido.

III

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo, sobre responsabilidad del Estado. Regulación, y se han tenido a la vista los de los señores diputados, Comelli, Camaño, Martínez y Amadeo y Carrió y Terada; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan su rechazo.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

Laura Alonso. – Julián M. Obiglio. – Pablo G. Tonelli.

INFORME

Honorable Cámara:

El proyecto de ley bajo análisis tiene por objeto regular la responsabilidad civil extracontractual del Estado

nacional e invitar a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a dicha regulación.

Por las razones expuestas en el presente informe y las que dará el miembro informante, se aconseja el rechazo del proyecto.

I. Consideración en general

El proyecto de ley bajo examen tiene por objeto regular la responsabilidad civil extracontractual del Estado nacional, en línea con el proyecto de reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial que prevé derogar el actual régimen que reposa sobre el artículo 1.112 del Código Civil.

Este artículo, que al día de hoy consagra y regula como ley común la responsabilidad del Estado nacional, provincial y municipal por falta de servicio en materia extracontractual, es reemplazado en el proyecto de reforma y unificación de los códigos por los siguientes tres artículos:

– Artículo 1.764: “Las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria”.

– Artículo 1.765: “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

– Artículo 1.766: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Por lo tanto, ante la posibilidad de que se apruebe este texto, y ante la evidencia de que una vez derogado el actual artículo 1.112 del Código Civil no existirá a nivel nacional ni provincial norma alguna de derecho positivo que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, es que se busca sancionar el proyecto bajo estudio, a fin de cubrir parcialmente el vacío normativo.

Ahora bien, tal como expresamos respecto del proyecto de modificación y unificación de los códigos Civil y Comercial –a cuyo dictamen nos remitimos y damos aquí por reproducido– entendemos que tanto los artículos allí proyectados como el que tramita bajo este expediente, parten de una premisa falsa, que determina la inconstitucionalidad de una y otra iniciativa.

Ello es así, en síntesis, porque ambas iniciativas parten de la base de que la actual regulación de la responsabilidad estatal en una ley común del Congreso afecta al federalismo, por tratar materias no delegadas de las provincias al gobierno federal, tal como establece el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Frente a ello, cabe preguntarse cómo ha sido posible que ningún juez del país, sea del orden federal o del provincial, y mucho menos la Corte Suprema, haya declarado jamás la inconstitucionalidad del artículo 1.112 del Código Civil, en 150 años de historia o en

los cientos de casos en los que a diario se evalúa la responsabilidad de los entes estatales. Tal ausencia de antecedentes demuestra, por sí sola, que la tesis en la que se apoya el proyecto no tiene fundamento alguno.

Más aún, si se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia vemos que el imperativo constitucional es más bien el de asegurar mediante la ley común las pautas mínimas y fundamentales a las que deben atenerse tanto la Nación como las provincias en materia de resarcimiento de daños y en el cumplimiento de sus obligaciones, sin que se puedan imponer en la jurisdicción nacional o en la local pautas o estándares distintos, más o menos gravosos para la satisfacción de los derechos de los particulares.

Tanto es así que la Corte Suprema tiene dicho de manera pacífica y reiterada que, “cualesquiera que sean las disposiciones que contengan las leyes locales tendientes a sustraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas del Estado contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, no pueden ser válidamente invocados, pues las relaciones entre acreedor y deudor son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional” (CSJ, *Fallos*, 61:19; 113:158; 119:117; 121:250; 133:161; 171:431; 172:11; 176:230; 182:498; 188:383; 198:458; 275:254; 284:458; 311:1795; 318:2660; 321:3508, entre muchos otros).

Queda absolutamente claro que cuando en estos muchos casos la Corte Suprema se refiere a las figuras de “acreedor” o “deudor” se está refiriendo al Estado, en alguno de estos dos términos de la relación obligacional.

De modo que no hay duda posible. En la medida en que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional impone al Congreso de la Nación dictar un Código Civil que contenga una regulación uniforme para todo el país de los presupuestos para la responsabilidad civil estatal en sus tres niveles. Hasta el día de hoy, la práctica constitucional ha convalidado pacíficamente que esta cuestión sea materia de regulación común por parte del Congreso. Por ello es que el proyecto bajo examen es violatorio de la distribución de competencias hecha por nuestra norma fundamental y debe ser rechazado en general.

II. Consideración en particular

Con lo dicho en el punto anterior bastaría para fundamentar el rechazo total del proyecto sometido a consideración de esta comisión. No obstante, observamos con gran preocupación que el articulado del proyecto presenta serios defectos de técnica legislativa y un grosero desconocimiento de principios elementales consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, que resulta imperativo subrayar.

Por lo tanto, pasamos a continuación a examinar cada uno de ellos y a plantear las objeciones pertinentes.

Artículo 1°: En este artículo se establece como principio general que “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

De modo coincidente, el artículo 1.764 del proyecto de modificación y unificación de los códigos Civil y Comercial, en la redacción propuesta por el Poder Ejecutivo, establece que “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria”.

Frente a ello, reiteramos lo dicho en el punto anterior, en el sentido de que la Constitución Nacional requiere en su artículo 75, inciso 12, que la responsabilidad del Estado sea regulada de manera uniforme en todo el país por una norma de carácter común, más precisamente, por el Código Civil.

Es absolutamente contradictorio que el proyecto pretenda excluir la aplicación del Código Civil, pero incluya conceptos propios de ese código como “caso fortuito”, “fuerza mayor”, “daño”, “relación de causalidad”, “prescripción”, “acción de repetición”, etc. Si no se aplica el Código Civil, será imposible darles contenido a esos conceptos, circunstancia que demuestra cuán vana es la pretensión que el proyecto de ley contiene. Porque existe un sinnúmero de reglas que hacen al derecho de las obligaciones, que sólo están reguladas en el Código Civil, y que son de aplicación imprescindible en el campo de la responsabilidad estatal. Por ejemplo, ¿cuáles serán las reglas que rigen institutos tales como la “mora”, la “culpa”, el “dolo”, etc.? El proyecto nada dice al respecto. ¿Habrá que completar este proyecto con normas especiales en cada jurisdicción? ¿O deberán los jueces ignorar este artículo 1° y remitirse, forzosamente, al Código Civil? Entendemos que la prohibición que analizamos no sólo es inconstitucional sino sencillamente impracticable.

Asimismo, en otro orden de cosas, el mismo artículo bajo examen dispone que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y sus funcionarios”.

Al respecto, observamos que el proyecto atenta contra el derecho fundamental a una “tutela judicial efectiva”, consagrado tanto en el artículo 18 de la Constitución Nacional como en varios tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema es clara al advertir que la posibilidad de aplicar *astreintes* está íntimamente vinculada con la posibilidad de asegurar que las sentencias de los jueces sean obedecidas, ya que tiene reiteradamente resuelto que la aplicación de estas sanciones tiene lugar cuando “se desatiende injustificadamente el mandato judicial” (CSJ, *Fallos*, 322:68) y que “los jueces han de graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado” (*Fallos*, 320:186).

Tanto es así que el propio presidente de la Corte Suprema, Ricardo L. Lorenzetti, expresó recientemente que el instrumento de las *astreintes* es esencial

e indispensable en casos de reforma estructural o de incidencia colectiva (aut. cit., *Justicia Colectiva*, 2010, pág. 188).

El proyecto parece ignorar en este punto que nuestro ordenamiento jurídico se sostiene a partir de la premisa según la cual las partes involucradas en un proceso acatarán las disposiciones judiciales, pues si pudiesen desobedecerlas impunemente se resquebrajaría totalmente el Estado de derecho.

Esta reflexión es especialmente aplicable a los casos en los que el Estado es parte y los jueces deben imponer a los funcionarios obligaciones de hacer. En este punto, corresponde aclarar que las prerrogativas del Estado o de los funcionarios “no constituyen un obstáculo infranqueable para el cumplimiento de los mandatos judiciales, de ahí que, las sanciones conminatorias constituyen un mecanismo idóneo para la consecución de ese objetivo, especialmente cuando se trata del cumplimiento de una obligación de hacer” (CNCAF, Sala I, *JA*, 1990-II, 454, y en igual sentido Marcelo López Mesa, “La ejecución de sentencia contra el Estado y las *astreintes*”, *JA*, 29/9/99, pág. 21).

La experiencia judicial demuestra que existen numerosas y variadas resoluciones emanadas de los magistrados que establecen conductas que deben ser observadas por las partes, y si éstas, sin justificativo, no las cumplen, los magistrados deben contar con todos los mecanismos adecuados para obtener obediencia. En este plano “las sanciones pecuniarias poseen eficacia pues son fácilmente ejecutables y golpean al remiso en uno de los puntos más sensibles, su ‘bolsillo’, lo que permite con frecuencia doblegar la actitud de litigantes contumaces” (Luis Moisset de Espanés, *Las “astreintes” y la desobediencia de resoluciones judiciales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 2).

Pues bien, establecida la necesidad de que los jueces cuenten con esta facultad para asegurar la efectiva vigencia del Estado de derecho y la supremacía de la Constitución, es evidente que la posibilidad de su aplicación está garantizada por la recta interpretación de la Constitución y no depende de su consagración expresa a nivel legal. Por ello, en nuestro país, “las sanciones conminatorias, antes de encontrar consagración legal, han sido creadas por la jurisprudencia” (Luis Moisset de Espanés y Guillermo P. Tinti, *Astreintes: Una revisión de los elementos salientes de las sanciones conminatorias*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 5).

Por otro lado, analizando la cuestión desde el derecho internacional de los derechos humanos, también resulta claro que las sanciones pecuniarias conminatorias hacen al derecho a la tutela judicial efectiva. Este principio, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, requiere que la tutela judicial se traduzca en medidas “efectivas”.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un recurso no es “efectivo”

cuando es “ilusorio”, es decir, demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de sus autoridades judiciales.

Así, la Corte Interamericana ha resaltado, una y otra vez, que “ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o *porque falten los medios para ejecutar sus decisiones*; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión” (CIDH, caso “Ivcher Bronstein”, 6/2/2001, serie C, n° 74, párr. 137, la bastardilla nos pertenece).

En estos casos, la Corte Interamericana ha resuelto que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención Americana constituye una transgresión de la misma por el Estado parte” (CIDH, caso “Durand y Ugarte”, 16/8/2000, serie C, n° 68, párr. 102, entre otros). Es decir, un caso típico de inconvencionalidad que los jueces deberán declarar de oficio.

Para terminar con este punto, no podemos soslayar que la experiencia concreta de los últimos años en nuestro país demuestra que son frecuentes los casos en los que el Poder Ejecutivo desobedece abiertamente las mandas judiciales, aun cuando éstas provengan de la Corte Suprema. Para demostrar esta vergonzosa realidad basta citar los casos más notorios y preocupantes, como el del fiscal de Santa Cruz “Sosa” (SJA 10/11/2010), los casos “Editorial Río Negro” (*Fallos* 330-3908) y “Perfil” (SJA 4/5/2011) sobre arbitrario manejo de la publicidad oficial, las demoras e incumplimientos reiterados en el caso “Mendoza” (*Fallos* 331-1622) sobre saneamiento del Riachuelo y la falta de respuesta a las miles de sentencias condenatorias en materia previsional.

Por todo lo expuesto, entonces, sostenemos que las “sanciones pecuniarias”, o “astreintes”, no pueden ser exceptuadas por vía legal como modo de compulsión para doblegar la reticencia del Poder Ejecutivo o de los funcionarios ante violaciones flagrantes y ostensibles de una manda judicial. En la medida en que resulten necesarias para hacer cumplir una orden judicial, pueden considerarse inherentes al concepto de Estado de derecho, base del principio de división de poderes y, al mismo tiempo, del derecho fundamental a gozar de una tutela judicial efectiva. Esta disposición resulta, así, inconveniente, inconstitucional y susceptible de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Artículo 2º: Consideramos que el artículo 2º tiene una muy mala redacción. Dice el artículo en su primer párrafo que “se exceptúa de los alcances de esta ley” a los tres supuestos que a continuación allí se enumeran.

Ergo, no queda claro si los tres incisos tratan de causales eximentes de la responsabilidad o casos en los

que la responsabilidad se regirá por normas contenidas en otras leyes especiales, subsidiarias o analógicas.

Por otro lado, se establece en el supuesto del inciso a) un reenvío a normas especiales para determinar cuáles son los “casos fortuitos o de fuerza mayor” que podrán ser asumidos por el Estado.

Al desecharse por completo la aplicación de las disposiciones del Código Civil –inclusive en forma subsidiaria–, tal como reza el artículo 1º del proyecto, se otorga al Estado la potestad de definir y determinar de forma casuística y arbitraria qué casos merecen ser considerados como “fortuitos o de fuerza mayor”.

Queda asegurado de ese modo un aumento de la discrecionalidad estatal para resolver unilateralmente y según su grado de conveniencia ante qué situaciones será responsable.

A su vez, debe contemplarse que el reenvío referido podrá significar –ante la verificación de los presupuestos fácticos de casos fortuitos o de fuerza mayor y la ausencia de la ley respectiva– el incremento del uso de decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo nacional para responder ante dichas situaciones, en evidente flagrancia a lo que ordena la Constitución Nacional sobre el procedimiento legislativo.

A todo evento, en la primera de estas interpretaciones, según se indica en el inciso c), se eximiría de responsabilidad al Estado cuando concurre la culpa de un tercero.

Frente a ello, es pacífica la jurisprudencia que ha resuelto reiteradamente que el Estado debe responder en supuestos de responsabilidad concurrente, esto es, cuando el daño es el resultado de la conducta del demandado y el damnificado, por haber sido cada una de ellas condición indispensable para que aquél se produjera.

Aquí, lo razonable sería excluir la responsabilidad en la justa medida y proporción en que ha concurrido la culpa del tercero, y no excluir el 100 % de la responsabilidad, como dice el artículo. Debería ser el juez quien establezca en cada caso la medida y proporción en la que es responsable el Estado. De lo contrario, se estaría consagrando un supuesto de irresponsabilidad del Estado en violación a los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

Artículo 3º: El inciso a) de este artículo limita el resarcimiento al daño “actual”. Sin embargo, la jurisprudencia también admite el daño “futuro”, en la medida en que sea cierto (no hipotético o conjetural).

El inciso d) del artículo 3º ordena resarcir los daños derivados por la falta de servicio consistente “en una actuación u omisión irregular del Estado”. Pero con la injustificada limitación de que se trate de la inobservancia de un deber normativo “expreso y determinado” (la jurisprudencia, si bien es restrictiva en este punto, no llega a tanto).

Se verifica, además, la posibilidad de un nuevo reenvío a normas específicas para el supuesto de omisión en

aquellos casos en que no se encuentren determinados ni tipificados cuáles son los “deberes normativos del Estado”.

En este punto, es necesario señalar que la Corte Suprema tiene resuelto que “...cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (CSJ, caso “Morrow” del 17/8/2010, consid. 8°).

Asimismo, dijo el tribunal “que esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta 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” (caso cit., consid. 9°).

De esta forma, frente a futuras omisiones referidas a la falta de servicio que no tengan un régimen de normas propio, el proyecto podría colocar a los particulares en una situación de vulnerabilidad, en tanto los obligaría a asumir un sacrificio especial sin su debido resarcimiento, afectando de ese modo los preceptos de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

Artículo 4°: En este artículo, en su inciso c), se establece que la responsabilidad del Estado sólo tendrá lugar en el caso de que exista una causalidad “exclusiva”.

Esto complementa la idea expresada por el proyecto en el artículo 2°, inciso c), ya comentado, y al cual nos remitimos.

Se pretende excluir la responsabilidad en casos en los que, en cierta medida parcial, el Estado es responsable del daño. Sin embargo, la jurisprudencia consolidada en la materia tiene reiteradamente resuelto que, en casos en los que la responsabilidad es concurrente, la indemnización estará a cargo de cada uno de los causantes del daño en la proporción que se establezca en la sentencia.

Esta concurrencia en la responsabilidad, dicho sea de paso, puede provenir tanto del actor, de un code mandado o de un tercero citado en garantía. Podrá tener por efecto atenuar la responsabilidad del Estado y, por lo tanto, debe traducirse en la fijación del monto indemnizatorio. Pero no puede afirmarse que en estos casos la responsabilidad del Estado no es procedente en absoluto.

Sería realmente abrumador citar todos los precedentes en los que se ha aplicado el concepto de culpa concurrente por nuestros tribunales, y se ha responsabilizado al Estado aun cuando la relación de causalidad con el daño no fue exclusiva.

Por citar algunos de especial valor didáctico, puede verse lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala II, en casos como “Pérez de Chávez, Celia v. Estado Nacional” (del 9/11/2011) y “Kessel Perla Felicia y otro v. Estado Nacional” (del 26/11/1996); o la Sala IV en “Bodegas y Viñedos Giol EEIC” (JA 1995-IV-152). Desde la doctrina, también resulta ilustrativo lo expuesto por Bustamante Alsina en “Concurrencia de responsabilidades objetivas” (LL, del 14/10/1997).

Por lo expuesto, entonces, el requisito de “exclusividad” en la causalidad, en la medida en que pretende eximir totalmente de responsabilidad al Estado en supuestos en los que, al menos parcialmente, tiene una responsabilidad objetiva, es inadmisibles, en tanto viola los fundamentos de la responsabilidad estatal que derivan de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

Artículo 5°: La responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede ser calificada de “excepcional”. Esto sería afirmar que por regla general el Estado no responde por el daño, lo cual es contrario a la Constitución (artículos 16 y 17). En efecto, cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés general o colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser inexorablemente reparados (CSJ, Fallos 301-403, 305-321, 306-1409, entre muchos otros). De modo que, a diferencia de lo que se expresa en el proyecto, el ordenamiento jurídico argentino requiere que la responsabilidad del Estado por su obrar lícito no sea “excepcional” sino que debe declararse en todos y cada uno de los casos en los que se verifican los requisitos para tenerla por configurada.

Tampoco debe ser de apreciación “restrictiva”, ya que, toda vez que los casos involucran la vindicación de un derecho humano a la propiedad y a la reparación integral frente al Estado, adoptar un criterio de apreciación restrictiva a favor del Estado implicaría desconocer los principios consagrados en materia de derechos humanos *pro homine* (artículo 29 CADH).

Por último, en cuanto a limitación de la responsabilidad en este campo, según la cual se excluye de la obligación de responder por el lucro cesante, entendemos que el principio es a la vez inconveniente y vulnera garantías constitucionales.

Ello es así porque el derecho a una indemnización integral es una derivación necesaria de normas de raigambre constitucional (artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional).

En la hipótesis, el hecho de que se trate de un acto lícito producido por el Estado no releva a la comunidad de la obligación de resarcir plenamente los perjuicios sufridos a particulares que se hubiesen derivado de aquél. Porque como se ha dicho, “el ‘fundamento’ de la responsabilidad estatal por las consecuencias de su actividad ‘lícita’ es el mismo que el de su expresada

responsabilidad por las consecuencias de la actividad ‘ilícita’, o sea el complejo de principios de derecho público inherente al Estado de derecho, los cuales surgen de la Constitución Nacional” (Miguel S. Marienhoff, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita”, *LL*, 15/11/1993).

En este punto, más allá de lo que pueda postular algún sector de la doctrina administrativista, la Corte Suprema ha resuelto que en estos casos “no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas” (*Fallos*, 306-1409).

Este principio –dijo allí la Corte– se traduce en “el derecho a una indemnización plena que sólo podría encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular” (CSJ, *Fallos*, 306:1409, considerando 6°, y en igual sentido casos “Jucalán Forestal”, *Fallos*, 312-2266; “Cachau”, *Fallos* 316-1335; “Prada”, *Fallos*, 316:465, y “Estancias Marré”, *Fallos*, 316:1428).

Este criterio, por lo demás, ha sido ratificado por la Corte Suprema en su actual integración en el precedente “El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional” (*LL*, 2006-A, 828), en donde ha dicho respecto del daño resarcible que “no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante” (consid. 9°).

Por lo tanto, a fin de garantizar plenamente el derecho a una indemnización integral y plena, no cabe establecer como regla la limitación de la responsabilidad, sino que, a lo sumo, ella podrá ser establecida a modo de excepción, en casos en los que así lo declare el Congreso de modo expreso y especial.

En efecto, pretender ampliar la limitación de la responsabilidad por lucro cesante, tal cual ocurre en el campo de la expropiación por causa de utilidad pública, no puede hacerse sin replicar, al mismo tiempo, las garantías institucionales previstas para la expropiación en el artículo 17 de la Constitución Nacional, es decir, la necesidad de una ley formal por parte del Congreso, declaración de utilidad pública sujeta al control judicial de razonabilidad (conf. *Fallos*, 251-246) e indemnización previa.

De lo contrario, si se consagra como norma general la aplicación analógica de la ley de expropiaciones a todo supuesto de responsabilidad, tal como se quiere en este proyecto, se habilitaría al Poder Ejecutivo a dictar actos administrativos por sí y ante sí, fundamentados meramente en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, con efectos expropiatorios, pero sin las correlativas garantías institucionales que la Constitución exige para proceder de tal modo. Ello implicaría consagrar un régimen por demás autoritario, en donde la fortuna de los argentinos queda a merced de la decisión de un solo funcionario.

Tal situación es palmariamente violatoria del equilibrio constitucional en el plano de la división de poderes y del reconocimiento de libertades individuales. Resulta entonces plenamente aplicable la enseñanza de Bianchi, en cuanto afirma que el lucro cesante está incorporado al patrimonio del particular y goza de la protección que el artículo 17 de la Constitución Nacional brinda al derecho de propiedad con la misma fuerza que el daño emergente, por lo que limitar la indemnización al daño emergente simplemente porque ello es lo que ocurre en el marco de la expropiación, implica contrariar la regla de hermenéutica jurídica que prohíbe aplicar en forma extensiva o analógica los institutos limitativos de derechos como aquélla (conf. Alberto Bianchi, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, págs. 170/171).

Por lo tanto, corresponde rechazar enfáticamente este artículo y señalar que por imperio de la Constitución y de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, en el caso en que el Estado nacional deba indemnizar a un particular fuera del excepcional marco de la expropiación por utilidad pública, debe incluir en dicha indemnización los daños emergentes y el lucro cesante, entendido como “las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas” (CSJ, *Fallos*, 306:1409 y 312:2266).

Artículo 6°: La exclusión de la responsabilidad del Estado al existir concesionarios es sencillamente inadmisibles. Frente al particular la concesión es un acto *inter alios*, que no puede liberar al Estado frente al particular damnificado. Podría dejar al individuo sin indemnización y en estado de total indefensión, como podría ser en el caso de lo ocurrido en la tragedia de Once.

Este artículo presupone a priori el deseo de abandono total del Estado en materia de control.

Cabe preguntarse entonces qué incentivo o interés tendrá el Estado en la aplicación de esta norma para cumplir con su deber de vigilancia si no está siquiera sometido al régimen de responsabilidad derivado del accionar ilícito de los concesionarios o contratistas de los servicios públicos.

Es precisamente esa posible solidaridad –surgida por los eventuales daños– la que debería funcionar siempre como garantía para los particulares, y la que asegura que existirá interés estatal en hacer cumplir el régimen legal y contractual del caso.

Asimismo, la noción jurídica de “poder de policía” importa la competencia y el deber irrenunciable de protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas. De ello se desprende, sin dudas, que el Estado no puede reducirse a un mero intermediario o espectador pasivo, como pretende este artículo, desligándose por los daños que generen las personas jurídicas o físicas que contrata. Cualquier omisión en su obligación de llevar a cabo esta función de control es técnicamente

una “falta de servicio” que genera responsabilidad, tal como lo postula el propio proyecto de ley bajo examen.

La finalidad de esta norma torna ineficaz todo el régimen vigente de contrataciones de la administración nacional, dado que de esta forma pierden importancia el poder de control, la facultad de inspección y la dirección de las respectivas contrataciones garantizadas por las leyes respectivas.

Artículo 7°: Resulta evidente que este artículo tiene una redacción defectuosa, en tanto no queda claro si el plazo previsto para interponer la acción operará como un “plazo de prescripción liberatoria” o un “término de caducidad”. Esta ambigüedad genera de por sí múltiples inconvenientes.

En primer lugar, si la intención ha sido la de establecer un plazo de prescripción, resulta incomprensible que éste no se encuentre en el Código Civil y que se habilite a la adhesión de las provincias que prevé el artículo 11 del proyecto.

En efecto, el establecimiento de los plazos de prescripción de las acciones debe ser establecido en una norma de carácter “común”. En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto en el caso “Filcrosa” (*JA*, 2003-IV, 727) que “las provincias resignaron en favor de las autoridades nacionales su posibilidad de legislar de modo diferente lo atinente al régimen general de las obligaciones, una de cuyas facetas es la involucrada en la especie”, o sea la prescripción (consid. 8°).

Esta jurisprudencia ha sido ratificada expresamente por la Corte Suprema en su actual composición en casos como “Bruno” (B. 879. XXXVI, consid. 3°), “Lubricom” (B. 879. XXXVI, consid. 4°), “Casa Casmma S.R.L.” (*SJA*, 27/5/2009), entre otros, y se inscribe en la larga línea de precedentes, citados más arriba, que tienen resuelto que “las relaciones entre acreedor y deudor son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional” (*Fallos*, 61-19, 275-254, 284-458, 311-1795, 318-2660, etc.).

De modo que esta norma no podría estar en contradicción con el plazo de prescripción general que en materia de responsabilidad extracontractual establezca el Código Civil.

Todo lo dicho, entonces, nos lleva a pensar que la intención ha sido la de establecer este plazo como “un término de caducidad”, similar al que opera en el marco del artículo 25 de la ley 19.549 de procedimientos administrativos. En esta hipótesis, el proyecto incurre nuevamente en un caso de inconstitucionalidad.

Ello es así, porque el término de caducidad funciona como una “guillotina”, y “no se interrumpe ni suspende por hecho alguno” (conf. Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil, Parte general*, t. II, n° 2.149, 3°, y CNCiv., Sala A, *JA*, 1961-IV, 450). Ello significa que el derecho no actuado dentro de ese período desaparece de forma automática sin dejar resabio alguno, y desvanece completamente la responsabilidad del causante del daño.

Tal situación, tan gravosa para el ciudadano, sólo se sustenta en el plano dogmático en la necesidad de no prolongar un derecho excepcionalísimo (conf. Lafaille, t. I, loc. cit.; Fernández, t. II, loc. cit.; Salvat, t. II, n° 2.926; Segovia, t. II, art. 3.887, pág. 710), pero por su misma naturaleza no puede ser aplicado en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Como dijimos más arriba, la Constitución y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional imponen la responsabilidad del Estado como regla, y no como excepción.

De modo que, en este plano, resulta absolutamente injusto que, por ejemplo, se impida promover una demanda por un daño extracontractual cuya verificación es ignorada por el particular. Tal situación no es infrecuente en materia de daño extracontractual, en donde los hechos no están formalizados por escrito en un expediente que el particular puede conocer rápidamente. Pensemos, por ejemplo, en el dramático caso de la desaparición forzada de personas en nuestro país: ¿cuánto tiempo pasó hasta que los familiares de las víctimas conocieron la totalidad de los hechos, qué fue de los familiares y cuál fue la verdadera responsabilidad del Estado? ¿Podríamos decirles a esas personas que operó un plazo de caducidad de puro derecho, que no admite suspensión ante la ignorancia de lo ocurrido?

Naturalmente la respuesta es negativa. Establecer un término de caducidad de dos años en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, por el motivo recién explicado, es inconstitucional por irrazonable (artículo 28 de la Constitución Nacional).

Artículo 8°: Este artículo exhibe una ambigüedad preocupante, ya que no queda suficientemente claro qué sucede, mientras tramita la acción de nulidad o inconstitucionalidad, con el plazo de caducidad (o prescripción) previsto en el artículo 7°.

¿Habrá de interpretarse que el plazo de caducidad no nace hasta que exista una sentencia firme? ¿O se trata de un supuesto de suspensión? Naturalmente, de una u otra interpretación derivan importantes consecuencias jurídicas que el proyecto deja en el vacío, y que pueden significar la extinción o no de la posibilidad de accionar. De no corregirse, este artículo será un factor que aumentará la ya alarmante tasa de litigiosidad que exhibe nuestro país.

Artículo 9°: Se regula en este caso el daño que un individuo, funcionario público, causa a otra persona con motivo de su desempeño particular.

Este funcionario, como persona física, debe responder en estos casos como cualquier otro ciudadano, con todo su patrimonio, y sin que pueda argumentarse que existe a favor de él un fuero personal o una relación de derecho público exorbitante del derecho privado que pueda hacer inaplicables las reglas de la indemnización civil.

Así lo tiene resuelto tanto la doctrina como la jurisprudencia, que han distinguido técnicamente la falta de “servicio” de la falta “personal”.

De las primeras es responsable la administración; las segundas, “en cambio, son imputables, únicamente, a las personas que las cometen, y son ellas, en consecuencia, las que deben cargar con las responsabilidades inherentes” (CNCont. Adm. Fed., Sala IV, LL 1990-E-465).

Se trata aquí de una responsabilidad por el “hecho propio”, en cuya base está la “culpa del agente dañoso” y debe responder en forma “personal y directa” frente a la víctima (conf. Marcelo J. López Mesa y otros, *Código Civil anotado*, ed. Depalma, 1999, Abeledo Perrot n°: 6804/095681 y CCI^a LPI.1^a, 3/2/94, Juba7 B100374).

En estos casos, la jurisprudencia ha establecido que la responsabilidad deriva del artículo 1.112 del Código Civil y que ésta es concurrente con la responsabilidad que le podría caber al Estado (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, LL 1992-E-364; y Aída Kemelmajer de Carlucci, *Código Civil comentado*, comentario al artículo 1.112, pág. 419; Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. IV, pág. 378; Elías Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la administración pública*, en ED 116-406).

Es por eso que, hasta ahora, en nuestro país el funcionario público también es responsable civilmente de sus actos y debe, al menos teóricamente, pagar de su bolsillo los daños que cause, lo cual conduce a que la demanda de daños no requiere el agotamiento de la vía administrativa ni ningún otro planteo del particular al Estado (conf. Guastavino, ob. cit., pág. 407).

Por ello, cualquier norma que no tenga naturaleza “común” (artículo 75, inc. 12, CN) que limite la responsabilidad civil del funcionario por su “falta personal” frente a terceros será fatalmente inconstitucional.

En este punto, consideramos que tanto el artículo bajo examen como el artículo 1.765 del proyecto de reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial, desconocen este principio y establecen un indebido privilegio a favor de los funcionarios públicos en franco desconocimiento del artículo 16 de la Constitución Nacional. Por ello, creemos que esta norma debe rechazarse, y debe mantenerse la regulación de esta cuestión en el Código Civil y en términos igualitarios a los de cualquier otro ciudadano, evitando que el oficialismo de turno —sea a nivel nacional o provincial— caiga en la tentación de sancionar algún régimen jurídico que otorgue carta de indemnidad a los individuos que transitoriamente desempeñan la función pública.

Artículo 10: En este artículo se establece que la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las “normas específicas” y sólo de forma supletoria por lo previsto en esta ley. Naturalmente, consideramos preocupante que se pretenda extender a este campo también un conjunto de reglas que, como acabamos de puntualizar, tiene serios defectos de redacción y ofende varios principios de jerarquía constitucional.

En particular, consideramos especialmente grave que se pretenda por esta vía extender al campo contractual la posibilidad de excluir la indemnización por lucro cesante en casos de responsabilidad por actos lícitos.

Esta hipótesis permitirá que la revocación unilateral de cualquier contrato, concesión, licencia o acuerdo plasmado en actos administrativos bilaterales, pueda ser unilateralmente desconocida por el Estado sin que esto genere la obligación de pagar una indemnización integral.

Damos aquí por reproducidos los argumentos que sobre el punto hemos desarrollado más arriba, en el sentido de demostrar la inconstitucionalidad de la pretensión de extender las reglas de la expropiación por causa de utilidad pública a otras áreas del quehacer de la Administración.

Pero además, queremos señalar que tal iniciativa repercutirá de forma muy negativa en el clima de inversión que nuestro país necesita para revertir, entre otras cosas, el lamentable estado de la infraestructura de transportes o la producción de recursos energéticos.

Las reglas autoritarias que pretenden proyectarse al ámbito contractual para lo único que sirven es para desalentar la inversión transparente y genuina que necesita nuestro país. Bajo premisas como las que el proyecto bajo examen establece, sólo se arriesgarán a contratar con el Estado los amigos del poder o las grandes empresas multinacionales que pueden acceder a la protección de tratados de inversión bajo jurisdicción supranacional.

Quizás el oficialismo quiera consolidar con este proyecto un modelo de país en donde las grandes licitaciones quedan en manos de empresas que crecieron exponencialmente al calor del poder de turno, o aquellas otras que logran concesiones de parte del país y son tan vergonzosas que deben hacerse mediante contratos secretos.

Al referirnos al artículo 5° de este proyecto expresamos las razones de índole jurídica que se oponen a esta solución. Es también nuestra obligación oponernos a tal esquema perverso por razones políticas, en el más alto sentido de la palabra, y exigir una regulación de la responsabilidad estatal moderna, equilibrada, transparente y razonable. Es necesario, entonces, rechazar iniciativas como la que aquí se estudia, y poner en práctica esquemas de contratación en los cuales la inversión privada —que nuestro país requiere imperiosamente— esté regulada de forma previsible por la ley sin quedar a merced del capricho de funcionario alguno.

Artículo 11: Tal como hemos afirmado al comienzo, entendemos que la responsabilidad civil del Estado debe ser regulada por una ley del Congreso de naturaleza “común”. Nos remitimos una vez más a los argumentos desarrollados en ese sentido, y afirmamos que este artículo es inconstitucional por violar el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

Además, la cuestión reviste gravedad no sólo por el defecto en la fundamentación de la iniciativa del Poder Ejecutivo, sino porque el reenvío a una legislación

local que no existe conjugado con la prohibición de la aplicación subsidiaria del derecho común, derivará necesariamente en un supuesto de vacío legal que es muy peligroso. Porque una elemental recorrida por el derecho público provincial nos demuestra que la mayoría de las jurisdicciones no cuenta con códigos, leyes o normas específicas que responsabilicen claramente al Estado según las pautas que se han ido elaborando jurisprudencialmente a lo largo de las últimas décadas.

Más aún, advertimos que en algunas jurisdicciones, la aprobación del proyecto en la versión del Ejecutivo puede conducir a un doble reenvío que termine en una laguna legal de difícil solución. Así, por ejemplo, la Constitución de la provincia de Santa Fe establece en su artículo 18 que la responsabilidad estatal “se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”. En otras constituciones la lógica es similar, y también podrían generarse interrogantes interpretativos. Es el caso del artículo 10 de la Constitución de Jujuy y el artículo 43 de la Constitución de Catamarca, en cuanto se limitan a reconocer que el Estado provincial responde “por el daño civil”. En estas jurisdicciones podrá plantearse la imposibilidad constitucional de sancionar un régimen provincial de responsabilidad estatal, causando una innecesaria inseguridad jurídica.

En otras provincias, el problema no es de jerarquía constitucional, pero sí atañe a leyes orgánicas fundamentales, cuya reforma no siempre es sencilla. Es el caso, por ejemplo, de la provincia de San Juan, en donde el artículo 32 de la ley 6.773 establece que la provincia “responde por las consecuencias dañosas con arreglo a las normas del derecho común”. O de la provincia de Chubut, que en el artículo 138 de la ley 920 (t.o. decreto 1.464/1995) establece que los daños deben reclamarse mediante acciones “fundadas en el derecho común contra la provincia y los entes autárquicos de los cuales ella sea responsable”.

El presente proyecto de ley, en definitiva, crea un problema donde no lo había. La responsabilidad civil del Estado y los funcionarios está, al menos hasta hoy, regulada y funciona adecuadamente. En cambio, si el proyecto es sancionado, lo más probable es que los particulares perjudicados por la actividad estatal o de los funcionarios se vean impedidos de tramitar y obtener la condigna reparación a la que deberían tener derecho. En definitiva, estamos ante un notorio e injustificado retroceso en la vigencia de los derechos individuales.

Por todas las razones expuestas, se aconseja el rechazo del proyecto remitido por el Poder Ejecutivo.

Pablo G. Tonelli.

IV

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo, sobre respon-

sabilidad del Estado, regulación, y se han tenido a la vista los de los señores diputados Comelli, Camaño, Martínez y Amadeo, y Carrió y Terada; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan el rechazo total del proyecto.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

Omar A. Duclós. – Gerardo F. Milman. – Juan C. Zabalza.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General, habiendo considerado el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo nacional (expediente 9-P.E.-2013), que propone regular en forma específica la responsabilidad del Estado, desarrollan a continuación los fundamentos que aconsejan el rechazo.

En primer lugar, entendemos que no es posible disociar la temática para la que –con insólita premura– se nos convoca en esta ocasión, del debate acerca del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe aclarar que originalmente, el anteproyecto de Código Civil y Comercial redactado por los magistrados de la CSJN, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y la jurista Aída Kemelmajer de Carlucci contemplaba la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos, tanto por su actividad lícita como ilícita.

Al sustraer de dicho cuerpo legal la responsabilidad del Estado y sus agentes, el gobierno elaboró un proyecto de ley especial para regular esta cuestión.

Es precisamente tal exclusión que el oficialismo pretende hacer en la materia, reservándola exclusivamente al derecho administrativo de cada jurisdicción local, una de las cuestiones más álgidas, que divide posiciones entre el bloque oficialista y varias fuerzas de oposición.

En estas circunstancias, mientras el debate en torno al Código se halla en un proceso de aparente búsqueda de consenso, en una carrera por demás acelerada, y siendo la exclusión de responsabilidad civil del Estado materia de controversia, ¿cómo hacer “la vista gorda” al hecho de que se utilicen las mayorías circunstanciales del partido gobernante, para regularla en forma particularizada, pero también en forma precipitada y sin el mínimo ejercicio de análisis y debate?

En orden a evaluar globalmente la iniciativa presentada por el Poder Ejecutivo nacional, es dable observar, desde una primera aproximación, que la misma genera más problemas que soluciones.

En igual sentido, al abordar separadamente el análisis de cada una de sus disposiciones, la conclusión

a la que se arriba es que la regulación que se propone resulta inadecuada.

Por tanto, el resultado de nuestro análisis conduce indefectiblemente al rechazo del proyecto en examen.

Adentrándonos en el estudio pormenorizado del proyecto en tratamiento, observamos que, en primer término, al suprimir la responsabilidad patrimonial del Estado del Código Civil, que es una “ley común” (artículo 75, inc. 12, CN), uno de los grandes problemas que genera esta iniciativa es que sólo será aplicable a la actuación del Estado nacional.

En consecuencia, cada provincia y la CABA deberán dictar una ley que regule esta materia dentro de sus propios ámbitos.

Por consiguiente, es dable avizorar cuál será la situación que produciría la ley avalada por el gobierno. Así, en una primera fase, la entrada en vigencia de la norma —sólo para el Estado nacional— generaría diversas lagunas jurídicas en los otros niveles del Estado (por la falta de regulación); y en un segundo estadio, cabe pensar en la diversidad de normas y en las diferencias entre las distintas regulaciones, lo cual atentaría seriamente contra el derecho de igualdad de los damnificados por la actuación del Estado en sus distintos niveles (nacional, provincial o municipal).

En suma, como una primera conclusión, puede decirse que este proyecto resigna la oportunidad que tiene el Congreso Nacional de mantener la homogeneidad de la legislación en lo referente a la responsabilidad patrimonial del Estado, dando lugar a una situación problemática y compleja, que en nada contribuye a la seguridad jurídica.

A ello se suman los argumentos doctrinales que sostiene que la responsabilidad del Estado debe estar regulada en el Código Civil.

En este sentido, sostiene Mosset Iturraspe: “...el Código Civil, o el Código del Derecho Privado, hace de la ‘responsabilidad pública’ del Estado y de la responsabilidad de los funcionarios o agentes públicos un ‘tema propio’, donde las diferencias desaparecen y la asimilación con las personas jurídicas privadas y sus agentes o administradores apunta a ser completa.

”A nosotros nos parece que esto está muy bien, que así debe ser, porque vivimos [en] una república democrática y no [en] un régimen autoritario o una monarquía. Porque el Estado no puede reclamar para sí preferencias o privilegios y, muy por el contrario, su actividad debe desarrollarse ‘al hilo de la ejemplaridad’”.¹

La exclusión de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación a la responsabilidad del Estado, ya sea de manera directa o subsidiaria, obligaría a la generación por vía legal o jurisprudencial de un nuevo

régimen jurídico que defina los conceptos de persona, daño, acto jurídico.

En otro orden de ideas, como resultado del análisis particular de los artículos que integran el proyecto, se observan disposiciones que recortan el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado, que no evidencian otra justificación que la de otorgar al erario público un tratamiento privilegiado, sacrificando el interés de los damnificados en aras del interés general.

En el sentido expuesto, no hay justificativo aparente para la supresión de las denominadas “astreintes”² (artículo 1°), que es prácticamente el único recurso con que cuentan los magistrados en los procesos seguidos contra el Estado nacional, para vencer las grandes demoras de los organismos demandados o la reticencia de sus funcionarios.

Asimismo, lo dispuesto en el artículo 1° constituye también una grave regresión normativa que afecta a todos los empleados públicos que se ven privados de la reparación privada del daño que sufran en su persona o bienes a causa de su desempeño laboral a favor del Estado o sus concesionarios.

La mutilación efectuada al anteproyecto a la responsabilidad civil del Estado elaborada por la comisión redactora del Código y su remisión limitativa a este proyecto de ley, implica la negación de estos derechos elementales de raigambre constitucional indiscutidos desde la sanción del Código Civil y de la primera ley de accidentes en el año 1915.

Con la sanción del proyecto de marras, los empleados públicos a nivel nacional, provincial o municipal en caso de sufrir un infortunio laboral no tendrán acceso siquiera a la opción por la reparación civil del daño del artículo 4° de la ley 26.773 que tienen los empleados privados. Sólo podrán aspirar a la reparación tarifada del régimen de la ley especial 24.557 reformada por los decretos 1.278/00, 1.694/09 y 26.773. Una verdadera afectación al principio de igualdad ante la ley.

Con relación al artículo 2°, que exceptúa a determinados supuestos de los alcances de esta ley, entre ellos a “aquellos casos en los que el damnificado o el hecho de un tercero hubiera concurrido a provocar el daño” [inciso c)], cabe objetar que la circunstancia de que el damnificado o un tercero hayan concurrido a provocar el daño, no justifica que el Estado quede librado de la obligación de indemnizar, sino que lo correcto es que deba resarcir a la víctima por el porcentaje de responsabilidad que le corresponda en la causación del daño.

Sobre este punto, cabe citar el fallo de la CSJN en la causa “B., H. y otro v. Estado nacional, Secretaría de Turismo”, de fecha 31/8/2010.

En el caso in comento, la litis quedó trabada en torno a la controversia producida entre las partes, conforme

¹ Mosset Iturraspe, J.: “Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en Stiglitz, G. (dir.): *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 22.

² Se trata de sanciones procesales impuestas por el tribunal interviniente para conminar a los órganos y funcionarios del Estado a que cumplan determinada medida. Son de carácter pecuniario y normalmente es un monto diario.

a la cual la actora endilgó responsabilidad a la Policía Federal Argentina, al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a Aguas Argentinas S.A. por la muerte de su hijo, quien se ahogó en el lago de regatas del Parque Tres de Febrero.

El pronunciamiento atribuyó responsabilidad parcial al Estado, en tanto dueño de la cosa, “lo que lleva en sí el cuidado y la seguridad, estando constreñido a implementar un sistema de advertencias y prevención de riesgos sobre los bienes del dominio público comunal, resultando, por ende, en principio responsable de los daños producidos por las cosas que tiene a su cargo [...] artículo 1.113, C.C.”.

Razón por la cual le atribuyó al estado el 50 % de la responsabilidad en el desenlace fatal, concurriendo la culpa de la víctima en cuanto al resto.

En definitiva, “ante el comportamiento de un tercero o de la víctima es necesario verificar la relevancia de las causales del daño y si se fractura o no el nexo causal entre el hecho imputable a la administración y aquél, como asimismo –según lo entiendo– el riesgo de la cosa probablemente debe ir aunado a un exhaustivo análisis de las ya mencionadas obligaciones o deberes incumplidos por parte del Estado (información, vigilancia, prevención, seguridad, etc.), en el cual se demuestre su directa relación con el evento dañoso”.³

No se comparte la exclusión del reconocimiento del daño moral en los casos de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, puesto que los particulares tienen derecho a la reparación integral del daño provocado por los funcionarios, concesionarios o contratistas del Estado.

Asimismo, en el artículo 3° del proyecto, la disposición de que “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo expreso y determinado”, es restrictiva en exceso. Lo correcto, en orden a la debida protección de los afectados, implica no desconocer aquellos deberes que, aunque no se encuentran expresamente recogidos en la ley, surgen de las propias funciones y competencia del órgano (deberes de previsión, prevención del delito, vigilancia y custodia), y que muchas veces permiten dar una solución justa a los damnificados por la actuación del Estado.

En este sentido, la exclusión del lucro cesante y de las circunstancias de carácter personal, valores afectivos y ganancias hipotéticas, no tendría otro fundamento que la finalidad de limitar el resarcimiento y hacerlo menos gravoso para el Estado.⁴

En tanto que la exclusión del derecho a indemnizar en el caso de daños generados por la actividad judicial legítima del Estado omite regular adecuadamente los casos comprendidos en el llamado “error judicial” (que,

con carácter restrictivo, ha sido contemplado en algunas decisiones judiciales). Por lo general, este último tiene lugar cuando una persona ha sido injustamente detenida y encarcelada en un juicio, y posteriormente se ha determinado su sobreseimiento definitivo; o bien, cuando ha sido condenada por sentencia firme y cumplido de forma total o parcial su pena, y luego de ello han surgido pruebas irrefutables de su inocencia, que motivan su rehabilitación en un juicio ulterior de revisión.⁵

En definitiva, si el Estado mediante sus órganos judiciales comete un error y perjudica con ese desacierto a un ciudadano, es responsable y debe reparar los daños que ha inferido a ese particular.

En consecuencia, consideramos que el texto legal no debería excluir categóricamente estos supuestos.

Como bien señalaba Horacio Schick en su análisis del proyecto de Código Civil y Comercial con las modificaciones introducidas al anteproyecto por el Poder Ejecutivo, esta propuesta altera la esencia del Anteproyecto en un tema esencial y pretende eludir uno de los niveles de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y los empleados públicos, como es el civil.⁶

El proyecto en esta materia afecta el principio de progresividad de jerarquía constitucional al impedir a los particulares y también a los empleados públicos damnificados por hechos reprochables del Estado o sus agentes, circunstancia no poco frecuente, un resarcimiento civil por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos.

Esta discriminación carece de todo sustento constitucional y en el remoto supuesto de ser aprobada tendrá altas posibilidades de ser declarada inconstitucional por los jueces, dada su flagrante contradicción con elementales principios de justicia y reparación plena de daños injustamente sufridos, conforme la jurisprudencia de la CSJN en los celebres fallos “Aquino”, “Arostegui”, “Mosca”, entre otros.

El artículo 6° del proyecto contiene quizá una de las disposiciones que mayores reparos genera frente a los sucesos acaecidos recientemente en nuestro país, como el accidente ferroviario acaecido en febrero de 2012 en la Estación de Once (mal llamado “Tragedia de Once”).

En concreto, la particularidad que tiene esta norma es que excluye el deber de indemnizar del Estado –aun de forma subsidiaria– frente a los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos.

⁵ Cfr. Barraza, Javier I.: “Responsabilidad del Estado por el ejercicio anormal de su actividad judicial”, en RDA 2002-53, 2002.

⁶ Cfr. Schick, Horacio: “Tres objeciones al proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y su incidencia en la reparación de infortunios laborales: la tarificación del daño por lesiones, la inaplicabilidad de las sanciones disuasivas y la eximición al Estado y sus funcionarios de la responsabilidad civil”, en *Publicaciones Estudio Schick*, http://www.estudioschick.com.ar/p_53.pdf

³ Olivero, Eduardo R.: “La responsabilidad del Estado ante el daño causado por la cosa riesgosa: un fallo dilemático”, en SJA 2013/10/02-21 ; JA 2013-IV, 2013-10-02.

⁴ Cfr. Mosset Iturraspe, op. cit., p. 20.

Al respecto, no se comprende cuál sería el fundamento de una disposición de este tipo, que resulta irrazonablemente restrictiva de la responsabilidad estatal, puesto que el Estado no puede eximirse de los deberes de vigilancia y control sobre las concesiones de servicios públicos. En especial, siendo que en su propia estructura organizativa cuenta con entes de control específicos, que fueron creados expresamente para cumplir ese cometido.

Por tanto, si bien es evidente que el concesionario debe cargar con la responsabilidad principal, de ningún modo debe el Estado sustraerse a su responsabilidad (cuanto menos, de carácter subsidiaria).

La prescripción, conforme ha sostenido incansablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es materia de los códigos de fondo, y las jurisdicciones locales no pueden regular en esta materia.

En función de las consideraciones efectuadas, entendemos que el proyecto acompañado por el Poder Ejecutivo nacional sobre responsabilidad patrimonial del Estado debe ser rechazado.

En conclusión, en un Estado de derecho, el principio general debería ser que el Estado se responsabilice por los daños causados por su actividad en paridad de condiciones con los demás actores sociales.

Asimismo, dicha obligación general habría de admitir solamente algunas restricciones puntuales –como las que ha establecido la jurisprudencia–, fundadas en los cometidos específicos que el Estado tiene a su cargo, pero en modo alguno puede instaurarse un verdadero régimen de privilegio y una jurisdicción especial, como se pretende hacer mediante el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo nacional.

Este tipo de proyectos que introduce el Poder Ejecutivo nacional, alterando un capítulo esencial del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, corrobora una vez más que lo que se declama desde el relato no condice con lo que se hace, aunque en los fundamentos se proclame “armonizar los intereses de la víctima con los intereses públicos, atendiendo a la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad”. Siempre prevalece lo que se hace, que es particularmente regresivo.

No estamos frente a las polémicas jurídicas que separaron históricamente a civilistas y administrativistas, sino simple y claramente se exterioriza en este proyecto de ley la pretensión de alcanzar una responsabilidad menguada al mínimo del Estado frente a sus empleados, negándose discriminatoriamente lo concedido a los empleados sometidos al régimen privado (aun con las limitaciones e inconstitucionalidades que tiene el régimen de opción civil excluyente de la ley 26.773) y si es posible la irresponsabilidad de los funcionarios del Estado por los daños que sus conductas irregulares o regulares ocasionan a los particulares.

Omar A. Duclós.

V

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo, sobre responsabilidad del Estado. Regulación, y se han tenido a la vista los de los señores diputados Comelli, Camaño, Martínez y Amadeo, y Carrió y Terada; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados, ...

LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS FUNCIONARIOS

Artículo 1° – La presente ley tiene como objeto establecer la reglamentación del artículo 2°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantiza un recurso efectivo a toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

Art. 2° – La responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima se rige por los principios y reglas del derecho común.

Art. 3° – En el caso de responsabilidad por actividad ilegítima la reparación debe ser integral y comprensiva del daño material y moral, así como también del lucro cesante cuando éste se encuentre debidamente comprobado.

Art. 4° – El Estado responde por las acciones u omisiones ilegítimas de sus agentes en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Cuando la obligación estatal es indeterminada, a fin de establecer si efectivamente se ha configurado una acción u omisión antijurídica, el juez ponderará si el daño resultaba previsible o evitable de haberse obrado con la debida diligencia y de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Art. 5° – Los agentes públicos, los concesionarios de servicios públicos o contratistas y el Estado responden de manera concurrente por los daños causados por el ejercicio irregular de las funciones de aquéllos. El particular damnificado deberá iniciar su demanda indemnizatoria contra ambos, salvo que no fuese posible identificar a los agentes públicos intervinientes. En este último supuesto, la responsabilidad del Estado no se encuentra condicionada a la identificación de los agentes que participaron en la acción u omisión dañosa. Del mismo modo, el reclamante podrá desistir de accionar respecto a los sujetos que no fuera posible notificar a los fines de trabar la *litis*.

Art. 6° – El Estado responde por los daños ocasionados por su actividad lícita, cuando ellos importen un sacrificio especial lesivo de los derechos del afectado.

Art. 7° – El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad estatal es de cinco años. La acción directa o de repetición del Estado contra sus agentes prescribe a los diez años contados desde que la sentencia condenatoria contra el Estado hubiese adquirido firmeza.

Art. 8° – Las disposiciones precedentes resultan de aplicación, en cuanto fuere pertinente, a la actividad estatal legislativa y judicial.

Art. 9° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

Ivana M. Bianchi. – Elisa M. A. Carrió. – Alicia Terada.

INFORME

Honorable Cámara:

1. El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado y sus agentes.

El principio general del Estado de derecho es el sometimiento del Estado, de los gobiernos y de los funcionarios a las reglas de la Constitución, del derecho administrativo y del derecho común en su caso.

De conformidad a los artículos 14, 16, 17, 20, 28 y 32 de la Constitución Nacional, así como también el artículo 75, inciso 22 de dicho cuerpo legal, respecto del artículo 2°, inciso 3.a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que integra el corpus constitucional de derechos, se reglamenta el derecho de toda persona a un recurso efectivo cuando sus derechos o libertades reconocidas hayan sido violados, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

Así, el proyecto de ley cuya aprobación propiciamos, nace a partir de la necesidad de reglamentar ese derecho reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto el Estado argentino se ha comprometido a garantizarle a las personas, la posibilidad de perseguir judicialmente, una indemnización del daño sufrido como consecuencia de acciones u omisiones del Estado y sus agentes.

Se trata de regular una materia que sin dudas es derecho de fondo, aplicable en todo los casos, respecto de las consecuencias dañosas que pudieran generar por un lado, la actividad ilegítima del Estado nacional, y los estados provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipales; y las acciones u omisiones ilegítimas de sus agentes en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

Este recurso efectivo obliga al Estado como correlato necesario de la efectiva vigencia de esos derechos, a la reparación integral por los daños causados por su actividad ilegítima o la de sus funcionarios, tanto por acción, omisión o control irregular de las concesiones

o contrataciones otorgadas en materia de servicios públicos.

Debe considerarse actividad ilegítima del Estado, asimismo, los actos judiciales irritos, así como también a las leyes dictadas en contravención a las disposiciones constitucionales en vigencia, a fin de hacer responsables por sus actos a los funcionarios y a todos los poderes públicos que integran el Estado argentino.

Asimismo el Estado es responsable respecto de su actividad lícita y corresponde también la indemnización en los casos en que haya un sacrificio especial lesivo de los derechos que soporte uno o un grupo de ciudadanos. Siempre tratándose de la responsabilidad extracontractual, en tanto la responsabilidad contractual estatal se encuentra regulada por leyes específicas.

El derecho a reclamar judicialmente dicha reparación integral, como todo derecho reparatorio en la faz extracontractual, resulta correlato del deber de “no dañar” al que también se encuentra subordinado el Estado y sus agentes, en un Estado de derecho. Es decir que, para establecer sus alcances, partimos desde los derechos de los individuos reconocidos por la comunidad internacional y tutelados por nuestra propia Constitución Nacional, y no desde la mirada del poder.

El Estado es “de derecho” precisamente, y en contraposición a un Estado monárquico, porque se subordina a las leyes; por lo que no puede limitar su propia responsabilidad desconociendo las normas de mayor jerarquía que componen su derecho vigente.

Podemos decir que el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado en nuestro país, proviene de la Constitución Nacional, en sus artículos 16, que reconoce la igualdad ante la ley; 17, que establece la inviolabilidad de la propiedad; y 100, que se refiere a la posibilidad de demandar al Estado sin ninguna prerrogativa. Siendo ampliada posteriormente, mediante la incorporación de normas como las previstas en los artículos 36, 41, 42 y el citado 75, inciso 22, Constitución Nacional.

En efecto, fue recién en las postrimerías del siglo XX que comienza a verificarse el reconocimiento supranacional de determinadas garantías y libertades, siendo a partir del proceso impulsado con el constitucionalismo, que “ya no se podrá decir que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino por el contrario podrá postularse la conjetura de que existe una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer, porque son superiores y preexistentes a él”.

Siendo que en dicho momento “comienza o se acentúa una nueva etapa de la larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder”, dándose “el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado, y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar [...] No fue ni es fácil, sin embargo, la lenta evolución

desde el Estado de policía al 'Estado de derecho', en lo que respecta al derecho administrativo...".⁷

En la época de las monarquías absolutas desde ya esto no era así. "El soberano no podía en el Estado de Policía ser llevado ante los tribunales como un litigante común, y tampoco pudo serlo el Estado moderno durante mucho tiempo, exigiéndose en nuestro país hasta 1900 contar con una venia especial del Congreso; de todas maneras, aun superado ese aspecto del problema, todavía cuesta entre nosotros demandar al Estado y hay escasísimos jueces ante quienes hacerlo, con lo cual la denegación de justicia se produce materialmente. En algunas jurisdicciones locales hay lisa y llana denegación de justicia".

Y conjuntamente, la "irresponsabilidad del soberano" consistía en que "El rey no podía dañar", esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también el Estado constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable por los perjuicios que ocasionara, y recién en 1933 la Corte Suprema aceptó su responsabilidad extracontractual...".⁸ Como veremos en el siguiente acápite.

Lo ilustra claramente Reiriz: "En los regímenes primitivos, todo el peso del daño debía ser soportado por el perjudicado, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar u obtener indemnización ni contra el agente del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. Aparecían así aniquilados, por el Estado mismo, la integridad y el goce de los derechos de sus súbditos, en aras de la idea absoluta e injusta de poder del príncipe y de su derecho divino. La idea que pueda tenerse de los derechos individuales o derechos privados parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad [...] En Roma, la sanción de la *lex Aquilia* no modificó los términos del problema, ya que solo se aplicaba a las personas físicas".⁹

Incluso advierte que en la época que denomina "estatista" con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando el principio de la "soberanía popular" reemplaza al de la soberanía de origen "divino" de la monarquía, "no se piense que la exaltación individualista de los derechos personales conduciría a un amplio reconocimiento de la responsabilidad del Estado [...] En el seno mismo de la Revolución se engendra la contradicción; a la sombra de la guillotina, los nuevos gobernantes se atribuyen la omnipotencia y la infalibilidad de los monarcas del Antiguo Régimen"[...].

Se necesitaría el paso de un siglo más para que esos conceptos fueran repudiados y se admitiese que, aunque el poder soberano sea el más alto y no dependa de

ningún otro, hállese no obstante sometido al derecho y en tal sentido, posee determinadas restricciones. Como dice Jellinek: "Si el poder político fuese omnipotente podría suprimir el orden jurídico...".¹⁰

Es así que "La evolución de las ideas en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado estuvo íntimamente vinculada al reconocimiento de su personalidad jurídica y a su demandabilidad. Con el Estado de derecho se ha superado pues el criterio del Estado omnímodo e infalible, y se ha ido ampliando los supuestos de la responsabilidad estatal, a la actividad ilegítima y aun a la legítima del Estado...".¹¹

2. La evolución de la responsabilidad estatal en nuestro país.

Hasta el año 1900 para demandar al Estado se debía obtener la venia del Congreso. Ese año, con la sanción de la ley 3.952 se suprimió ese requisito; pero se exigió un reclamo previo hasta agotar la vía administrativa, y sólo en caso de ser denegado el reclamo, o silencio de la administración por nueve meses, podía demandarse al Estado en sede judicial.

Pese a ello, la Corte siguió aplicando el criterio de que el Estado no podía ser demandado, por muchos años; en tanto había establecido que sólo cabía la responsabilidad del Estado cuando actuara como persona de derecho privado, por ejemplo, cuando contrata con particulares, no pudiendo el Estado ser penalmente demandado, sino las personas físicas que en su nombre cometieron los hechos delictivos.

Recién en el año 1933, en el caso "Tomás Devoto", la Corte Suprema admitió la responsabilidad del Estado como persona de derecho público, haciéndola responsable del accionar de sus empleados, en virtud del art. 1113 del Código Civil.

Vale recordar que el art. 43 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma del año 1968 establecía que no se podía accionar ni civil ni penalmente en contra de las personas jurídicas "aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas". Norma que haciéndola jugar con el art. 36 del mismo cuerpo normativo, resultaba "el mayor obstáculo para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado salvo ley especial que hiciera procedente la indemnización".

"Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1933 en el recordado caso 'Tomás Devoto', con una construcción verdaderamente pretoriana, falló haciendo lugar a la responsabilidad indirecta del Estado, a raíz de los daños causados por el incendio producido por culpa o imprudencia de sus agentes, mientras éstos ejecutaban la reparación de una línea

⁷ Ídem, págs. II-4 y II-5.

⁸ Gordillo, Agustín *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, Ediciones Macchi, 3ª edición, Buenos Aires, 1995, pág. II-6. Ver caso "Devoto".

⁹ Reiriz, María Graciela *Responsabilidad del Estado*, EUDEBA, Buenos Aires, 1969, pág. 5.

¹⁰ Ídem, págs., 8/10.

¹¹ Gherzi, Carlos Alberto *Teoría general de la reparación de daños*, Ed. Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 1999, pág. 353.

telegráfica nacional, fundándose el decisorio en los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil y omitiendo pronunciarse sobre el artículo 43”.¹²

Asimismo, en el año 1938 el Máximo Tribunal se expidió en otro caso, que se trataba de un certificado falso expedido por el Registro de la Propiedad, fundando la responsabilidad del Estado en los arts. 1.113 y 1.112 del C.C., rechazando en forma expresa la aplicación del artículo 43.

Pero sólo a partir de la sanción de la ley 11.634, la ley argentina contempló expresamente la posibilidad de demandar a la Nación cuando actuara como persona de derecho público, exigiéndose también agotar primero la vía administrativa.

Y, con la reforma de 1968, se estableció en el Código Civil la responsabilidad del Estado nacional, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas, por los hechos de sus administradores o directores, como también por los hechos de sus dependientes, en virtud de la nueva redacción de los artículos 43 y 1.113.

Con los años, a la fecha ha quedado consolidada la jurisprudencia del máximo tribunal, al ubicar la responsabilidad derivada del artículo 1.112 en la denominada responsabilidad extracontractual del Estado (C.S.J. de la Nación, 30-3-78, *Fallos*, 300:398; 25-11-82, *Fallos*, 304:1699; 25-9-97, L.L. 1998-E-528; 17-4-97, L.L. 1998-F-905; 18-12-84, E.D. 114-217; CNFedCAdm., sala IV, 10-9-87, L.L. 198 9-C-62 6; T.S. de Córdoba, 3-5-96, LLC 1997-2; CCC, 1a Nom., de Córdoba, 18-5-98, LLC 1999-364; 19-3-96, L.L. 1996-C-782). Asimismo se ha consolidado la postura acerca de que el artículo 1112 refiere a una responsabilidad directa de aquél, a diferencia de los supuestos de responsabilidad indirecta por los dependientes. Nacida aquella, por ejemplo, de los deberes propios del Estado, de controlar al concesionario o contratista de un servicio público, como veremos.

3. La responsabilidad concurrente y la necesidad de que los funcionarios sean demandados como forma de combatir la corrupción y la impunidad.

Los agentes públicos y el Estado responden de manera concurrente por los daños causados por el ejercicio irregular de las funciones de aquellos. El particular damnificado deberá iniciar su demanda indemnizatoria contra ambos, salvo que no fuese posible identificar a los agentes públicos intervinientes. En este último supuesto, la responsabilidad del Estado no se encuentra condicionada a la identificación de los agentes que participaron en la acción u omisión dañosa.

La importancia de esta norma que introduce nuestro proyecto, reside en promover que los funcionarios responsables de los daños provocados a las personas por su actuar ilegítimo o ilícito, sean demandados conjuntamente con el Estado. Así, la justicia podrá establecer las responsabilidades de los distintos agentes estatales

en cada hecho dañoso, y las personas perjudicadas no sólo podrán ejecutar sus indemnizaciones en contra del Estado, sino también, en contra de todo funcionario responsable que tuviera patrimonio suficiente para responder.

De esta forma no se diluyen las responsabilidades de los funcionarios ante sus actos ilícitos, respecto de los cuáles ya no serán impunes desde el aspecto civil. Adviértase que en donde la justicia penal no ha sido eficiente, la justicia civil puede hacer responsables patrimonialmente, a los funcionarios corruptos del daño ocasionado a la sociedad.

Ello, sumado a la acción directa o de repetición que tiene el Estado contra sus agentes, la que prescribe a los diez años contados desde que la sentencia condenatoria contra el Estado hubiese adquirido firmeza.

Disposiciones que tienden a poner un freno inhibitorio a aquellos que piensan en la función pública como forma de enriquecerse ilícitamente, a costa del esfuerzo del resto de la sociedad.

4. La responsabilidad nacida del deber de controlar a los concesionarios de servicios públicos.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por los daños causados por los concesionarios de servicios públicos, encontramos que la jurisprudencia de nuestros tribunales durante las décadas posteriores al proceso privatizador, ha sido renuente en considerar la responsabilidad solidaria del Estado nacional; estando los fundamentos de ese criterio, basado en los términos pactados en los contratos de concesión, que omiten el análisis de la responsabilidad del Estado nacional en materia de último fiscalizador del cumplimiento de las medidas de seguridad.

Más recientemente, la jurisprudencia ha señalado en el antecedente reciente “R. G., O. L. v. Trenes de Buenos Aires” - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 29/8/08 que “si bien, el art. 8.3 del contrato de concesión celebrado entre el Estado nacional y Trenes de Buenos Aires S.A. prevé concretamente que “la seguridad del servicio, la de los pasajeros y terceros y la del propio personal del Concesionario es un objetivo del Concedente al que deberá contribuir aquel” (v. fs. 212, el resaltado me pertenece). Es decir, que pesa sobre el Estado el deber de control ya que su responsabilidad está pensada en función del ejercicio del poder de policía. Y si bien como sostiene Marienhoff el ejercicio del poder de policía no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud porque “estos aspectos dependen ya sea del “lugar”, del “objeto o índole” de la actividad, o de “las personas”, de las circunstancias específicas del caso... (“Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), no es menos cierto que el Estado nacional aceptó en los contratos de concesión su responsabilidad inde-

¹² Ídem, págs. 355/356, *Fallos*, 169:111.

legable (conf. CNCiv, Sala L, in re “Roberti, Ángel c/ Trenes de Buenos Aires” del 4.7.2005).

Asimismo se ha dicho que “cuando existe una disposición legal que obliga al Estado a hacer o abstenerse de hacer algo, la violación de dicha conducta, en tanto provoque lesión a los derechos de terceros, genera simultáneamente la obligación de resarcir el daño patrimonial ocasionado por dicho obrar antijurídico” (LL 1192-A-199).

De tal manera que las condiciones pactadas entre concedente y concesionario, alegadas por el Estado no pueden ser opuestas a terceros, cuando la responsabilidad del Estado nacional surge de la omisión de su deber legal de controlar las condiciones de seguridad en las que se presta el servicio público concesionado.

Un ejemplo claro de nuestros días, resulta la tragedia de Once, claro caso de responsabilidad concurrente de TBA, concesionaria del servicio del Ferrocarril Sarmiento; y del Estado nacional por tener a su cargo la obligación de ser el único contralor del buen cumplimiento de la concesionaria.

5. La “cláusula de impunidad” en el proyecto del Poder Ejecutivo. Exclusión de responsabilidad por concesionarios y reducción del plazo de prescripción.

Llegada la hora de hacer referencia al proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo a tratarse en Comisión, debemos advertir que no sólo no se encuentran previstos los recaudos arriba señalados respecto de nuestro proyecto, sino que por el contrario, los mismos se encuentran intencionalmente excluidos.

En efecto, el artículo 6° del proyecto que el oficialismo busca aprobar, no deja lugar a dudas al establecer, sin más, que “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 atribuyan o encomiende un cometido estatal...”. Excluyendo la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del irrenunciable deber de contralor que debe ejercer.

Resulta inevitable la remisión a la tragedia de Once, al preguntarnos qué busca el Poder Ejecutivo mediante esta cláusula, a todas vistas inconstitucional. La respuesta es evidente: garantizar la impunidad de funcionarios corruptos que se enriquecieron indebidamente y permitieron el enriquecimiento indebido de empresarios inescrupulosos, a costa de la muerte de 51 personas y el dolor de familiares, amigos y todo el pueblo argentino. Así como dejar sin posibilidad de reclamar al Estado, reparación alguna a los familiares de las personas fallecidas en la tragedia, como también a todas las personas que sufrieran graves padecimientos morales y lesiones en su integridad física y en su salud psíquica, como consecuencia del siniestro.

Sumado a lo cual, se reducen todos los plazos de prescripción a 2 años, tanto para demandar al Estado como a los funcionarios, como para la acción de repetición que tiene el Estado en contra de sus agentes.

Huelga recordar que impedir al pueblo reclamar por las consecuencias dañosas que pudiera ocasionarle el Estado o sus agentes, nos remonta indefectiblemente a la época de las monarquías absolutas, en las cuales, tal como recuerda Gordillo “el rey era indemandable, irresponsable, etcétera”.¹³

En tal sentido, no debemos olvidar “otra advertencia de Alberdi que conserva la misma vigencia e idéntica fuerza de convicción. Se trata ni más ni menos que de los límites que el art. 28 de nuestra Constitución ha establecido para la actividad legislativa, siguiendo sus enseñanzas: “la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar o escamotear las libertades y garantías constitucionales”.¹⁴

En sintonía con las prevenciones alberdianas, dice Giovanni Sartori “ciertamente hoy no somos libres debido a los productores de las leyes a las que estamos sometidos, sino porque los legisladores que las hacen no son libres de hacerlas a su arbitrio. Y al decir esto, llegamos, o regresamos, al constitucionalismo”.^{15, 16}

6. Sobre el vacío legal provocado por la exclusión de la responsabilidad del Estado del Código Civil. La necesidad de sancionar como ley el proyecto presentado.

Cuando el Poder Ejecutivo Nacional recibió el Anteproyecto Unificación del Código Civil y Comercial, realizó una serie de modificaciones en el texto entre las cuáles suprimió los artículos redactados por la comisión redactora, mediante los cuales se regulaba la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos. Derivándola al derecho administrativo nacional, local o municipal, según corresponda.

Al respecto se sustituyó el articulado original sobre Responsabilidad del Estado y del funcionario y empleado público, exceptuándolos expresamente de la aplicación de las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad ante hechos ilícitos y ante daños derivados de los actos lícitos del Estado; remitiendo

¹³ Gordillo, Agustín *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, Ediciones Macchi, 3ª, Buenos Aires, 1995, pág. II-7.

¹⁴ Ídem, 16, p. 80. El art. 28 CN dice: “Los principios, derechos y garantías reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Es la base de la doctrina de la razonabilidad de las leyes, en la que tanto laboró Juan Francisco Linares y ha sido consagrada por la Corte Suprema de la Nación en numerosos precedentes.

¹⁵ *¿Qué es la democracia?*, trad. Miguel A. González Rodríguez y María C. Pestellini Laparelli, Taurus, Bs. As., 2003; p. 242.

¹⁶ Monti, José Luis “Reflexiones liminares sobre la proyectada reforma en materia civil y comercial”, publicada en *Aequitas* (Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Univ. del Salvador), año VI, 6, p. 163 (2012).

vagamente a las “normas y principios del derecho administrativo” que hoy por hoy, no regulan la responsabilidad del Estado frente a los particulares.¹⁷

Por lo que de aprobarse el dictamen de mayoría sobre Unificación del Código Civil y Comercial, se generaría un vacío legal que por expresa disposición del proyecto, no podría ser llenado con la aplicación, ni siquiera supletoria, de las reglas de responsabilidad civil.

De este modo, si bien el anteproyecto había recepcionado la doctrina vigente en la materia, elaborada por nuestros tribunales mediante la interpretación de las normas del Código Civil, el Poder Ejecutivo eliminó expresamente esa posibilidad. Todo ese camino recorrido puede ser borrado sin más, con la sanción del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, dejando sin protección legal alguna a los ciudadanos, frente a eventuales conductas dañosas del Estado.

En su presentación ante el Senado, del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial por parte de los miembros de la comisión redactora (Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci), el propio Lorenzetti advirtió en tal sentido que si bien podría ser una opción dictar una ley sobre la responsabilidad del Estado por fuera del Código Civil y Comercial, “Habría que apurarse, porque, si no, queda un vacío”.

Por ello, no sólo propiciamos el rechazo del proyecto de ley del Poder Ejecutivo sobre responsabilidad del Estado que ha enviado a este Parlamento para su tratamiento, sino que hacemos nuestra propia propuesta, que como dijimos, reglamenta el derecho al recurso efectivo previsto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en consonancia con el resto del corpus constitucional de derechos.

En este sentido, volvemos a advertir que el proyecto del Poder Ejecutivo, parte de una concepción autoritaria del Estado, más propia de un Estado monárquico que de un Estado de derecho, incurriendo en ilegalidades preocupantes, tal como la que surge del artículo 11, mediante el cual se invita a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a adherir a los términos de esa ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos. Como si cada uno de los estados pudiera determinar el alcance de su responsabilidad, quedando incluso en sus manos la decisión de si van a reconocer algún derecho a obtener reparación a sus habitantes, o van a mantener el vacío legal. Como si cada estado estuviera por encima de la ley suprema de nuestro Estado que es la Constitución Nacional.

7. Sobre las sanciones conminatorias ante el incumplimiento de una resolución judicial

Con igual criterio retrógrado y contrario a un Estado de derecho, el Poder Ejecutivo, modificó el artículo

¹⁷ Ver modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a los arts. 1764 a 1766 del proyecto originario, a propósito de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, referido a las sanciones conminatorias que pueden imponer los jueces ante el incumplimiento de una resolución judicial, disponiendo respecto de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas, que la observancia de los mismos “se rige por las normas propias del derecho administrativo”. Sumado a lo cual, en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo sobre responsabilidad del Estado, en su artículo 1° intenta “regular” la cuestión estableciendo que “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”. Lo que en realidad implica “desregular” los incumplimientos de los funcionarios respecto de las órdenes judiciales.

De este modo, los jueces se verán imposibilitados de conminar mediante la imposición de sanciones pecuniarias, a los órganos estatales o a los funcionarios que sean reticentes en cumplir una orden judicial, limitando arbitrariamente, las facultades jurisdiccionales.

Modificación que tampoco resulta “desinteresada”, en tanto proviene de un gobierno que ha incurrido en reiteradas desobediencias respecto de sentencias judiciales, incluso provenientes del Máximo Tribunal.¹⁸ Que con total descaro viene a proponer abiertamente a este Parlamento, que le otorgue licencia para incumplir las órdenes judiciales.

Una muestra más por parte del gobierno, del objetivo perseguido de limitar al máximo las facultades jurisdiccionales de nuestros tribunales, tal como lo hiciera mediante la reciente reforma judicial. Específicamente, en lo que se refiere a los casos en los que la Justicia pudiera ordenar al Poder Ejecutivo el cumplimiento de una orden contraria a sus “intereses” o “convicciones”.

Circunstancia que debemos evitar avalar mediante la aprobación del dictamen de mayoría.

8. La eliminación de la reparación integral y el privilegio de los intereses económicos de los más poderosos.

Como corolario del análisis del proyecto de ley que el Poder Ejecutivo pretende se sancione con una notoria premura, debemos advertir que el mismo, lejos de ser un proyecto “popular” o beneficioso para la mayor parte del pueblo argentino, deja sin protección derechos elementales de las clases más vulnerables.

En efecto, se empecina en destacar en la necesidad de que el daño invocado por los perjudicados (tanto como consecuencia de actividad e inactividad ilegítima del Estado como por actividad legítima del mismo) debe ser debidamente acreditado y “mensurable en dinero”. Lo que claramente, excluye el daño moral como rubro indemnizable, del que no es necesario probar actualmente, ni la existencia, ni su extensión.

Ello, en tanto un daño moral, claramente no es “mensurable” en dinero, aunque a los fines de su reparación los magistrados determinen “a su prudente arbitrio”

¹⁸ Verbigracia, sentencias condenatorias en contra del ANSES; el caso del fiscal Sosa de Santa Cruz, entre otros.

un monto como forma de reparar el mismo. Cuando además, en virtud del art. 1078 del Código Civil, el daño moral se presume.

Existe un total acuerdo jurisprudencial en tal sentido, siendo la doctrina vigente en nuestros tribunales de todo el país que “No es necesario probar la existencia y extensión del daño moral, ya que tratándose de una lesión a los sentimientos del damnificado, [aquél] quedará acreditado por la simple valoración de las circunstancias que rodearon los hechos, de los que el juzgador inferirá, en una apreciación prudente, la existencia o no de esa lesión sentimental” (CNEspCivCom, Sala I, 20/2/81, “A. A. I., y otros c/ M., C.A. y/u otros s/ daños y perjuicios”).

Existiendo frondosa jurisprudencia respecto a que “El daño moral es la lesión cierta producida al razonable equilibrio espiritual que la ley presume existiría de no haberse producido el hecho reparable”. “Para probar la existencia y entidad del daño moral no es necesario aportar prueba directa, pues ella resulta imposible dada la índole del daño.” (CNCiv, Sala H, 30/11/93, L.L., 1995-C-677).

Puesto que “El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quienes lo sufren; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. Es una prueba *in re ipsa*; surge inmediatamente de los hechos mismos.” (CFed. San Martín, 8/11/91, L.L., 1992-E- 231).

Vuelvo a insistir, fundamentales avances en materia de protección de derechos de las personas, que pretenden ser borrados por el retrógrado proyecto del Poder Ejecutivo.

Por lo que se solicita se acompañe la aprobación del proyecto propuesto, rechazando el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo.

Elisa M. A. Carrió.

VI

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo sobre responsabilidad del Estado. Regulación, y por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que expondrá el miembro informante, se postula el rechazo del presente proyecto de ley.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

Graciela Camaño. – Carlos A. Carranza.

INFORME

Honorable Cámara:

La iniciativa elaborada por el Poder Ejecutivo y venida a esta Honorable Cámara en el expediente

en consideración pretende establecer un estatuto en materia de responsabilidad del Estado, sus funcionarios y empleados públicos que, dictado en línea y como desarrollo específico del modo en que aparece previsto en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en análisis (en sus artículos 1.764, 1.765 y 1.766) tras los cambios introducidos al anteproyecto de la Comisión de Juristas.

Estos últimos merecieron nuestro rechazo.

El idéntico temperamento se impone ahora frente a esta iniciativa.

Y ya no tan solo porque adopta el camino de optar por el desarrollo de una normativa autónoma y ajena al Código Civil y Comercial, donde estimamos deben estar contenidas de acuerdo al texto formulado por la Comisión de Expertos. Sino también porque resulta palmariamente regresiva y ciñe la responsabilidad del Estado y sus agentes a un ámbito sumamente restrictivo, acotado, excepcional y pernicioso a los derechos e intereses de los ciudadanos.

La Comisión de Juristas –y expertos– que redactó el anteproyecto de reforma de esos códigos, integrada y conducida nada menos que por los ministros de la Corte Suprema Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, ex miembro del Superior Tribunal mendocino, mantuvo inalterable el esquema de la responsabilidad estatal y estableció al respecto (en síntesis de los artículos 1.764 y 1.765 ajustada a la medida del presente planteo) que “...el Estado responde, objetivamente, por los daños causados en el ejercicio irregular de sus funciones...”, en tanto “...el funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo” y que esas responsabilidades son “concurrentes” con las del propio Estado. Previendo luego (en el artículo 1.766) la responsabilidad objetiva del Estado derivada de su actividad lícita y el alcance indemnizatorio consecuente.

Sin embargo, cuando el anteproyecto pasa al Poder Ejecutivo (PE) previa remisión al Congreso, todos esos términos fueron modificados por otros que, en los hechos, terminan diluyendo aquella responsabilidad. El nuevo texto propuesto por el PE dispone ahora que las disposiciones del Título V del Código no le son aplicables al Estado ni directa ni subsidiariamente, y que la responsabilidad del Estado así como las acciones –u omisiones– de los funcionarios y empleados públicos “se regirán por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

Ahora, coherentemente con los cambios que se proyectaban, pero año y medio después, se nos presenta la iniciativa en consideración.

Lo grave es que los presupuestos y alcances de la responsabilidad estatal y la de sus agentes se supediten a normas y principios ajenos al Código –no necesariamente de fuente legal, y aún locales, si es que se dictan y no arrojan lagunas–, a un plexo normativo que revela

se ha recurrido a una caprichosa ingeniería que permite que cuanto hace a su responsabilidad sea menos gravoso para el Estado –latu sensu– y sus agentes, más aún de reparar en que la iniciativa excluye incluso la posibilidad de imponer sanciones conminatorias pecuniarias a los funcionarios que no cumplen con una resolución judicial. Sin dudas, consagrando así una herramienta que invita a la irresponsabilidad.

Resulta un dato incontrovertible que la vocación expansiva del derecho administrativo siempre ha redundado en beneficio de las prerrogativas estatales, y como contrapartida, en consiguiente perjuicio del ciudadano común.

La Constitución, como verdadera ley de garantías del individuo frente al poder estatal que en definitiva es, debe por tanto verse traducida y representada como tal al tiempo de plasmar en aquellas leyes inferiores dictadas en su consecuencia, pues en un esquema de “constitucionalización” de los derechos, lo correcto y adecuado en consonancia con la Ley Suprema y los tratados internacionales es abordar la cuestión mediante principios y normas tuitivas del individuo, y no operar en sentido contrario.

El derecho, el fenómeno jurídico, es uno solo.

Como también única es la realidad que procura contenerse en su universo.

Es así como los principios generales y las normas básicas de convivencia se expresan fundamentalmente en el Código Civil, normas que podrán ser de carácter público sin por eso dejar de estar contenidas en él.

Y eso no es tan solo desde fecha reciente, sino que se afirma en la tradición jurídica vernácula.

La responsabilidad, las reglas y principios que la rigen (tales el acto generador del daño como éste y su extensión; el dolo, la culpa o el riesgo involucrados como factores de producción y el nexo causal que los vincula) son esencialmente propios de una ley de fondo, que como tal corresponde dictar al Congreso Nacional (art. 75 inciso 12 de la C.N.); y que debe regir uniformemente en todo el territorio de la Nación, con prescindencia del agente involucrado.

Es absurdo, en ese contexto, insistir en que el Código Civil regula únicamente las relaciones entre particulares.

La responsabilidad del Estado y sus agentes tiene base constitucional. Responde a la forma republicana de gobierno adoptada por la Nación Argentina (art. 1° C.N.), que se consustancia con los principios de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), inviolabilidad de la propiedad (art. 17 C.N.) y la regla de demandabilidad del Estado nacional y su condición de parte procesal sin ninguna clase de prerrogativas (art. 116 C.N.).

Sin perjuicio de los demás principios constitucionales que conducen a la misma conclusión: respeto del derecho a la vida e integridad física, respeto a los derechos adquiridos y de propiedad; igualdad ante las cargas públicas; afianzamiento de la justicia; garantía

a la libertad; deber de indemnizar en caso de expropiación.

El principio de la responsabilidad estatal es inherente al Estado de derecho.

Tal como lo enseña el maestro Fiorini, “...toda responsabilidad reparatoria se funda sobre la ofensa a los derechos adquiridos y reconocidos” (Bartolomé A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Bs. As, Edit. La Ley, 1968, pág. 1098).

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado lo proporciona, pues, la Constitución, toda vez que la actividad de alguno de sus funcionarios o agentes cause un perjuicio a un habitante de la Nación, en violación a los derechos que la misma Constitución consagra y reconoce.

Y así, superada la opción medieval mantenida en la Edad Moderna debido a la consideración de la reyecía según la cual el Estado debía ser irresponsable (*the king do not wrong*) que no condice con el sistema republicano de gobierno propio de la Constitución Nacional, tenemos que tuvo nuestra justicia ocasión temprana de afirmar su responsabilidad en “Bates Stokes y Cía. contra el gobierno nacional” (*Fallos*, 1:259) con fecha 3 de septiembre de 1864.

Como persona jurídica de existencia necesaria en el sistema del Código Civil (art. 33), y de carácter público en el régimen vigente (art. según ley 17.711), el Estado está sometido a la misma norma –el artículo 43– que aquél tiene prevista para la responsabilidad de las personas jurídicas en general.

Sentando finalmente en el caso “Devoto y Cía. contra gobierno nacional” (*Fallos*, 169:11), fallado en 1933, una línea jurisprudencial definitiva por la que, invocando las disposiciones de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil resuelve el problema de la responsabilidad estatal aplicando disposiciones de derecho privado y de acuerdo con el sistema de responsabilidad indirecta que consagra el art. 1113 del Código Civil.

Doctrina privatista que se impone desde entonces y es la que transita la materia hasta nuestros días, más allá de la consideración que, a la luz del precedente Barreto de 2007 corresponda verificar en el supuesto de “falta de servicio” de aquellas normas dictadas en ejercicio del poder de policía local, casos que de todos modos no relevan de la observancia de las reglas sentadas por el Código Civil.

En otros términos, clarificando con el simple ejemplo, frente al hecho ilícito consumado o la responsabilidad en juego, da lo mismo el siniestro provocado por un vehículo particular o por otro del Ministerio de Economía. No cambian el hecho ni la ilicitud a ponderar. De modo tal que el acento debe ser puesto en la víctima.

Intrínsecamente se trata de lo mismo, sin que pueda discriminarse el tratamiento en función del agente responsable involucrado, pues proceder de este último modo comportaría tanto como incurrir en una incons-

titucionalidad flagrante al establecer un privilegio indebido.

Es en el sentido indicado como nuestro máximo Tribunal habla de “causa civil”, y en tal entendimiento es que dos de sus miembros, los doctores Lorenzetti y Highton de Nolasco, elevaron su anteproyecto tal y como lo redactaban en el tópico.

Es difícil, sino imposible, concebir que los ministros de la Corte hayan interpretado erróneamente su propio decisorio in re “Barreto, Alberto Damián y otra v. Provincia de Buenos Aires y otro” (*Fallos*, 329:759) cuando postularon aquellas normas luego modificadas por el P.E. a partir de una muy particular –y por cierto arbitraria– exégesis de lo que aquellos mismos decidieran y en consecuencia plasmaran en la propuesta originaria.

Sin dudas, “Barreto...” concierne tan solo al discernimiento de la competencia a la que corresponde conocer cuando se atribuya falta de servicio que “... remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso Nacional, sino por las autoridades locales de gobierno en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación”, mas no elimina los principios y reglas generales que sienta el Código Civil en la materia.

Suponer lo contrario comportaría tanto como querer volver al esquema regalista de irresponsabilidad del Estado.

Resulta inconcebible, un verdadero despropósito, que el Poder Ejecutivo (tal como parece desprenderse de las alocuciones del ministro de Justicia, doctor Julio Alak, ante la Comisión Bicameral encargada de la unificación de los Códigos Civil y Comercial) viniese a interpretar algo distinto de aquello que previamente interpretaron y plasmaron en texto normativo aquellas mismas personas que elaboraron y dictaron el fallo de marras (los doctores Lorenzetti y Highton de Nolasco), y aún pretextar que el problema de la formulación originaria del tema en los artículos proyectados por la Comisión de Juristas obedeció a la ausencia de administrativistas dentro de la misma.

Esta reinterpretación, a partir de esos datos, se revela por cierto impropio.

Y comporta, en todo caso, un capricho que va en línea con el reciente decreto del Ejecutivo que limita la responsabilidad de los funcionarios públicos que actúan como directores en representación del Estado en empresas privadas en que este último tenga participación accionaria, y con las restricciones impuestas a las medidas cautelares contra el Estado.

En otras palabras, el PE no aceptó mantener dentro del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial los principios que fueron receptados por el anteproyecto de la comisión de expertos, lo que significaba un paso atrás en el juzgamiento de las acciones de los funcionarios públicos. Principios que, vale consignar, si se consustancian en lo esencial con aquellas reglas propiciadas por el frustrado Proyecto

de Unificación redactado por la comisión designada por decreto 548/95 (arts. 1.675 a 1.677).

Se pretendía así expulsar del Código Civil la responsabilidad por daños causados por el Estado y sus agentes.

Y ahora va más lejos aún: reglamenta dicha responsabilidad y lo hace en forma harto restrictiva, desigualitariamente, licuando y consagrando una suerte de dispensa de responsabilidad –y con ello, un privilegio– en favor del Estado.

Compartimos –y por suficientemente gráfica hemos de transcribir– la observación hecha en el punto por Rodolfo Zavala de González en el tópico del siguiente modo: “...sacar del Código Civil los daños causados por el Estado, para que queden regidos de manera exclusiva y excluyente por “normas de derecho administrativo nacional o local”, derivaría en este escenario: cada provincia e incluso cada municipalidad podría (y debería) regular su propia responsabilidad. Las derivaciones negativas de esta arquitectura saltan a la vista. De arranque: inflación legislativa, con las consiguientes redundancias e incoherencias (atomización normativa: la responsabilidad del Estado como una “torre de Babel”). Pero el más peligroso, claro está, es la desigualdad de trato y que se fijen restricciones contrarias al *alterun non laedere*. Es que el municipio más pequeño que se pueda imaginar quedaría habilitado para pergeñar arbitrios como éstos: sólo habrá resarcimiento en caso de dolo, ninguna indemnización podrá superar cinco salarios mínimos, en caso de muerte la legitimación corresponderá solamente a los hijos, el plazo de prescripción será siempre de tres meses...” (“¿La responsabilidad del Estado estará fuera del nuevo Código Civil?”, *Semanario Jurídico de Córdoba*, Córdoba, n° 1866, julio de 2012, p. 89).

No es difícil imaginar que esa sombría premonición sucederá, si se aprueba esta iniciativa. Sin descartar la eventualidad de que muchos estados provinciales y municipales (quizá la mayoría de ellos) no adhirieran a la presente, no dicten normas al respecto, con lo cual habrá una laguna de la ley, o las dicten más restrictivas aún. Todo lo cual conlleva, además de impunidad, inseguridad jurídica.

Lo impropio de la solución proyectada se demuestra –tomando el último ejemplo– incluso por la vía del absurdo, pues prohibido el recurso a la norma civil aún por la vía supletoria: ¿Se interpretará que en tales provincias o municipios no existe responsabilidad del Estado por daños? ¿Y tampoco responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos?

Así parece.

En efecto: debiera en tal eventualidad poder recurrirse a aplicaciones analógicas y a principios generales del derecho para integrar la laguna de la legislación. Pero hete aquí que el proyecto establece que “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado”, de modo que se prohíbe hacer aplicación analógica de las reglas del capítulo de responsabilidad

civil del código proyectado; quedará ya sólo acudir a los principios generales del derecho, pero como no pueden ser los principios generales del derecho civil, porque el proyecto dispone que las disposiciones del Código Civil en materia de responsabilidad civil no son aplicables, ni de manera directa ni de manera subsidiaria, a la responsabilidad del Estado, de los funcionarios y de los empleados públicos.

Por ello advierte Zavala de González que "...no hay manera de no apoyarse en el Código Civil. El Derecho Administrativo no se ocupa (no puede hacerlo, salvo que quiera hipertrofiarse y perder su identidad) de las cuestiones técnicas específicas, imprescindibles en cualquier problema de responsabilidad: concepto y clases de daños resarcibles, legitimación de damnificados directos e indirectos, nexo de causalidad, valoración de la culpa y del dolo, transmisión de la acción resarcitoria, prejudicialidad penal y tantos otros..." (ob. cit.).

Corolario: la aprobación de esta iniciativa conducirá a que la responsabilidad del Estado y los funcionarios quede en muchos casos, y en gran medida, impune.

Un verdadero sinsentido, un comunal despropósito inocultable a la luz de hechos recientes que dan cuenta de que el ciudadano común está cada día más expuesto a la actividad estatal, entendida ésta por acción o inacción, y cuyos efectos disvaliosos no es difícil imaginar si a título de triste pero patente hipótesis, se proyecta la solución normativa al juzgamiento de las responsabilidades del accidente ferroviario en Once, en el que hubo 51 muertos y más de 700 heridos, que en el caso de los funcionarios quedarían deferidas al derecho administrativo.

Hoy, por ejemplo, un damnificado de la tragedia de Once puede accionar contra los particulares concesionarios del servicio y contra el Estado.

Ante esos actores se puede hasta hoy reclamar un resarcimiento civil por los daños sufridos. Con la regulación propuesta por el PE se desdibujarán de seguro las consecuencias de la responsabilidad civil de los funcionarios.

En suma, el propósito de sustraer al Estado y a los funcionarios públicos del régimen de responsabilidad del Código Civil para elaborar un estatuto especial, con el añadido de la prohibición de la aplicación subsidiaria de las reglas del derecho civil para resolver los casos que la involucre, cuanto menos importa:

1. Una injusticia para las víctimas (todos los ciudadanos).
2. Consagrar la inseguridad jurídica.
3. Incurrir en contradicciones normativas.
4. Desconocer la tradición normativa y jurisprudencial en la materia.
5. Plasmar un régimen impracticable, pues resulta imposible prescindir de las normas, reglas y principios del Código Civil.

No podemos aceptar tamaño retroceso.

Reputamos inaceptable plasmar disposiciones que vendrían lisa y llanamente a frustrar los derechos e intereses legítimos de los particulares que se vieran afectados por la actividad del Estado.

Ellas constituyen una regresión no ya con relación al texto propuesto en el anteproyecto, sino inclusive respecto del actual artículo 1.112 del Código Civil y con la doctrina judicial aplicable. Del mismo modo que la regulación de la acción de amparo en la ley 16.986, bajo el pretexto de que se consagraba un instrumento legal, venía a significar un retroceso frente a los lineamientos judicialmente ya establecidos respecto del instituto.

Por lo tanto, no corresponde en este caso dar marcha atrás al punto de desproteger a las víctimas para garantizar, por ley y bajo el pretexto de estar generando un cuerpo legal, la impunidad del Estado.

Conviene recordar lo que el maestro Linares Quintana señalaba para caracterizar a un verdadero Estado de derecho: "...a diferencia del Estado de Policía –inspirado en el principio de que el fin justifica los medios y dentro de cuya concepción la autoridad actúa de manera discrecional y sin ninguna barrera frente al individuo, como que todos los poderes se refunden en un poder único avasallador y que opera sin el freno de la ley – El Estado de Derecho únicamente se desenvuelve secundum legem, y en sus relaciones con los ciudadanos se somete él mismo a un régimen de derecho..." (*Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, T. 1, Plus ultra, Bs. As, 1953, p. 83 y ss.).

El PE vuelve a hacer gala con esta iniciativa de un reduccionismo improcedente, y a la vez, de su desprecio para con la opinión de los juristas a los que convocó para diseñar un nuevo Código Civil y Comercial. Los expertos habían avanzado en el tema en un sentido más amplio y, desde ya, más justo al establecer y consagrar las normas constitutivas del régimen de responsabilidad del Estado.

En la actualidad, la responsabilidad del Estado se rige por principios y normas constitucionales y convencionales de derechos humanos, con más el recurso al derecho civil en consonancias con aquéllos.

En consecuencia, si finalmente el Congreso sancionará esta iniciativa, todo conduce a suponer el riesgo de que quede impune o aminorada la responsabilidad civil de los funcionarios, lo que consagrará una inequidad frente a los ciudadanos no funcionarios, e impunidad.

No es dudosa, por ende, la inconstitucionalidad de la normativa proyectada en esta materia. Lejos de la anhelada progresividad y el establecimiento reglas *pro hominem*, hay marcha atrás.

En este entendimiento, reputamos nuestra obligación estar a la altura de la tarea que se nos ha encomendado y, en el caso de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios del Estado, corresponde rever la posición del PE que, tal como ha quedado redactada en la iniciativa, parece orientada a consagrar la impunidad estatal, a proteger a los funcionarios públicos y a enjuagar sus responsabilidades en perjuicio del resto de los ciudadanos.

Ilustra de ello la eliminación de la posibilidad de aplicar astreintes, el acotamiento del daño al actual mensurable en dinero, la exculpación del estado en el caso de servicios concesionados, entre otros aspectos igualmente censurables del proyecto.

Así, en tanto la solución que postula comporta una lisa y llana aberración que trastoca las bases y fundamentos mismos de la responsabilidad republicana dentro de un sistema jurídico que pretende inscribirse en un Estado social de derecho.

Conviene recordar al padre de nuestra Constitución, Juan Bautista Alberdi, cuando desde su pensamiento lúcido y pluma inspirada como legado a seguir expresaba:

“...La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales...”.

Nunca tan actual y vigente.

No retrocedamos, por lo tanto, doscientos años al mismo tiempo que se proclama, por otro lado, estar abordando y sancionando un código que constitucionaliza derechos y regirá para el siglo próximo.

Por lo expuesto, proponemos el tajante rechazo de la iniciativa en consideración, al tiempo que postulamos que, en ocasión de aprobarse la iniciativa en estudio de la reforma, actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación se mantenga en este último la redacción originariamente dada en el anteproyecto por la Comisión de Juristas a los artículos 1.764, 1.765 y 1.766.

Graciela Camaño.

VII

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo, sobre responsabilidad del Estado. Regulación, y se han tenido a la vista los de los diputados Comelli, Camaño, Martínez y Amadeo, y Carrió y Terada; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Sustitúyase el artículo 1112 del Código Civil vigente, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.112: *Responsabilidad del funcionario y del empleado público.* El funcionario y

el empleado público son responsables 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 o del Estado, son concurrentes.

Art. 2° – Incorpórase al Código Civil vigente los siguientes artículos:

Artículo 1.112 bis: *Responsabilidad del Estado por actividad lícita.* El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad 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.

Artículo 1.112 ter: *Responsabilidad del Estado.* El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Art. 3° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

Liliana B. Parada.

INFORME

Honorable Cámara:

El proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo nacional, sobre responsabilidad del Estado, debería en realidad denominarse sobre la irresponsabilidad del Estado, claramente inconstitucional por ende pasible de multiplicidad de acciones en tal sentido y de flagrantes injusticias cometidas sobre aquellos ciudadanos que no accedan a la justicia. Un verdadero descalabro jurídico luego de los avances en materia constitucional por los que ha transitado nuestro país.

En efecto, su articulado se centra en limitar la responsabilidad del Estado y sus funcionarios al recluirse exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, excluyéndolos de la responsabilidad civil frente a terceros y sus propios dependientes.

Es decir que, aunque el accionar del Estado o sus funcionarios, cumpliendo sus deberes o ejerciendo irregularmente sus obligaciones, causaren daño, estaría eximido inconstitucionalmente de reparar los perjuicios ocasionados a estos damnificados, ya que su conducta sería solo juzgada en los limitados y estrechos ámbitos del Derecho Administrativo al cual se reduce el proyecto de ley en cuestión.

Intenta explicarse en los fundamentos, que:

“En tanto cuestión propia del derecho administrativo, la regulación particularizada de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias de esa disciplina responde a la autonomía adquirida por esa materia respecto del derecho privado”.

Como si la aparente mayoría de edad adquirida por el derecho administrativo eximiera per se a los responsables de la aplicación de la normativa que civilmente le corresponde por su acción u omisión.

Así, el proyecto aquí objetado es claro al establecer expresamente en su artículo 1° que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Tal exclusión del régimen civil deviene reprochable.

Estas disposiciones son abiertamente inconstitucionales y constituyen un viraje regresivo respecto del Código Civil vigente que en su artículo 1.112 hace responsable civilmente a los funcionarios públicos por los hechos y omisiones que en el ejercicio de sus funciones ocasionen a terceros. Hoy día tampoco se discute la responsabilidad indirecta o refleja del Estado, de modo que éste responde por los hechos ilícitos (omisiones y negligencias) de sus dependientes, conforme surge del Código Civil vigente. Por ejemplo, un damnificado del trágico accidente ferroviario de la Estación Once en la actualidad puede accionar civilmente en forma solidaria o independiente contra los particulares concesionarios del servicio, contra los funcionarios públicos responsables de controlar el funcionamiento correcto del servicio y contra el Estado responsable directo por los actos de sus órganos. El proyecto por el contrario, afectando el principio de progresividad de jerarquía constitucional revierte esta posibilidad al impedir a los particulares damnificados por hechos reprochables del Estado o sus agentes, circunstancia no poco frecuente, un resarcimiento civil por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Esta discriminación carece de sustento constitucional y de ser aprobada tendría altas posibilidades de ser declarada inconstitucional por los jueces, dada su flagrante contradicción con elementales principios de justicia y reparación plena de daños injustamente sufridos.

Se trata de un retroceso en la responsabilidad del Estado hacia las épocas de principios del siglo XX, en que el Estado carecía de responsabilidad (ley 3.952). Este proyecto es incompatible con un Estado constitucional de derechos. El Estado y sus funcionarios estarían por encima y tendrían más derechos que la sociedad y las personas. Para llegar al régimen vigente ha habido desde 1933 –año en que la Corte se expidió en el caso “Devoto”– un fructífero desarrollo jurisprudencia, que ha permitido avanzar hasta lograr en la actualidad la incorporación en un anteproyecto de artículos como el 1.764, 1.765 y 1.766. Casos como el fallo “Vadell”, donde la Corte sostuvo “que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir

en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. En este sentido cabe recordar lo expresado en *Fallos*, 182:5 (2), donde el tribunal sostuvo que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1.112 CCiv. que establece un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1.113 CCiv., al que han remitido desde antiguo, exclusivo o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver *Fallos*, 259:261 (3); 270:404 ; 278:224 ; 288:362); 290:71 ; 300:867). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación - 18/12/1984. Vadell, Jorge F. CI Prov. de Buenos Aires. Buenos Aires, diciembre 18 de 1984.)

Asimismo, en el dictamen del procurador en el fallo conocido como “Los Pinos” sostuvo “que la conclusión sostenida en los considerandos precedentes es la seguida por calificada doctrina extranjera, que admite la indemnización cuando se trata de la revocación de autorizaciones mediante las cuales se remueve el libre ejercicio de un derecho preexistente regulado por la Administración, siempre que no medie culpa del autorizado como ocurre en aquellos casos en que la revocación se impone como consecuencia de circunstancias del todo independientes del comportamiento de la persona autorizada, o cuando la revocación encuentra su fundamento en una revaluación de la oportunidad o conveniencia realizada cuando se emitió el acto. Es esto también lo expuesto por autores nacionales al sostener que, cuando un ‘acto se revoca por razones de oportunidad, es decir, para satisfacer las exigencias del interés público. si la revocación produjo lesión jurídica, el administrado deba ser indemnizado’, ya que ‘el interés general no puede autorizar a los poderes públicos a disponer de la propiedad de los particulares’ [...] “La utilidad privada no puede ser sacrificada a la pública, sin adecuada compensación [...] Dicha indemnización se impone como garantía de la inviolabilidad de la propiedad”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación,

22/12/1975 Corporación Inversora Los Pinos S.A / Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires Fallos 293:617.)

Señalemos también algunas precisiones que se establecen en la ley que resultan, sumamente preocupantes, tales como que:

–Sólo se regula la responsabilidad directa, y no se indemnizan las indirectas.

–Constituye un privilegio la supresión de multas lo que tornaría imposible el cumplimiento de sentencias de hacer o de dar que no sean en dinero.

–Es redundante la mención al caso fortuito y fuerza mayor.

–En la actividad ilegítima elimina la responsabilidad por la amplia gama de daños que pueden producirse: moral, lucro cesante, psicológico, estético, etcétera.

–Es complejo que se retorne al concepto de “sacrificio especial”, que fue utilizado para exonerar de responsabilidad al Estado en el caso “Peralta” de la CSJN (un reclamo por el “plan Bonex”), diciendo que su sacrificio no era diferente que el del resto de la comunidad y que sufría las consecuencias de la inflación.

Por otra parte y puntualmente, en materia de derecho del trabajo y más específicamente en lo que refiere a los trabajadores del Estado, vemos con suma preocupación que en esta ley especial que de ningún modo vamos a suscribir, se reitera una vez más, una posición evasiva de responsabilidades conforme la redacción del proyecto de ley que estamos analizando, un trabajador del Estado que se accidente o sufra una enfermedad profesional en ejercicio u ocasión del trabajo, carecería del derecho a accionar por el resarcimiento pleno del daño, y sólo estaría limitado a percibir las prestaciones dinerarias de la Ley de Riesgos del Trabajo. De modo que olvidando estos años de evolución jurisprudencial y los trascendentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, volveríamos al cuestionado punto de origen: el artículo 39, párrafo 1°, de la LRT para esta categoría numerosa de trabajadores contratados o subcontratados por el Estado. Es decir una nueva veda al acceso a la reparación civil, sin siquiera contemplar el caso de dolo (art. 1.072 del Código Civil vigente) que aunque inexistente en la realidad del mundo laboral, era el único supuesto previsto en aquel artículo de la LRT que permitiría acumular las prestaciones de la ley especial con la responsabilidad civil del empleador.

De acuerdo a este proyecto, si un trabajador dependiente del Estado nacional sufre un accidente o una enfermedad laboral, que le ocasiona un daño indemnizable, sólo podrá recurrir a las prestaciones previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo, y no tendrá la opción, como los restantes trabajadores, de optar por una reparación integral en los términos de las normas del Código Civil.

Esto implica volver, por un lado, a la situación previa al dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del fallo “Aquino” en el año 2004, cuando estableció que la prohibición de recurrir a las normas del Código Civil por parte de la LRT era inconstitu-

cional; por otra parte, implicará una discriminación hacia los trabajadores, quienes tendrán vedada esta opción, respecto del resto de los trabajadores, quienes sí pueden utilizarla.

La reparación de los daños causados por el Estado y sus funcionarios quedará de esta manera limitada a los estrechos límites del derecho administrativo, situación que afectará aún más a los trabajadores estatales.

Al eliminar la aplicación de las disposiciones del Código Civil a la reparación de los daños causados por la actividad estatal, y remitir esta cuestión al derecho administrativo, desaparece una referencia común que sea aplicable a todos los trabajadores dependientes del Estado, tanto a nivel nacional, como provincial y municipal. En este sentido, cabe preguntarse cuál será la situación de los trabajadores en aquellas jurisdicciones donde no existe una norma que establezca las pautas de responsabilidad por daños derivados de la acción estatal. A su vez, el criterio subyacente en este proyecto es que cada jurisdicción provincial deberá dictar las normas que regulen la responsabilidad por los daños que cause su propia actividad. Es decir, una invitación a dificultar aún más que el Estado repare efectiva e integralmente los daños que se produzcan como consecuencia de su accionar.

En igual sentido, el proyecto que aquí venimos a rechazar, sigue el mismo lineamiento, eximiendo al Estado de responsabilidad alguna, incluso la subsidiaria por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (artículo 6°). A nuestro entender, el camino hacia la reparación de los daños, se encuentra cada vez mas intransitable a los efectos de poder hacer reclamo alguno. Además, se evidencia una discriminación peyorativa respecto a los trabajadores del ámbito privado y una negación de derechos elementales de raigambre constitucional, indiscutidos desde la sanción del Código Civil y de la primera ley de accidentes en el año 1915. El proyecto en esta materia afecta el principio de progresividad de jerarquía constitucional al impedir efectuar reclamo alguno a los particulares damnificados por hechos reprochables del Estado o sus agentes, funcionando el régimen en igual sentido cercenando los derechos de sus dependientes y de ellos entre sí según sean de la administración central, provincial o municipal y si las provincias no adhieren, nos encontramos frente a la mayor irresponsabilidad en materia legal, y es que para sus actos generadores de daños no hay ley que los sancione.

Como puede observarse el proyecto del PEN excluye la responsabilidad civil y sólo admite la eventual sanción administrativa al funcionario contradiciendo la evolución normativa y constitucional que habilita a todo particular damnificado para reclamar la indemnización en base a la responsabilidad civil.

Es necesario dejar bien establecido, que este proyecto que se trata, de aprobarse será una ley especial, sólo tendría aplicación respecto al Estado nacional, razón

por la cual desde la propia ley, se invita a las provincias y a la CABA, a adherir, a diferencia del Código Civil, que es de fondo y se aplica a todo el país, pues regula el derecho de daños. Pero esta ley dejaría que cada provincia regule sus situaciones, con lo que se va a establecer la impunidad. Incorporar esta reglamentación en el Código Civil como proponemos, permite que Nación, provincias y municipios tengan una reglamentación única, un piso común y mínimo de responsabilidad por su actuar lícito e ilícito. La inexistencia de una normativa de este tipo, generaría un vacío en esta materia, ya que dependería de que cada jurisdicción dictara su propia normativa, generando también incertidumbre en cuanto a la reparación del daño.

Es claro, que la normativa que consagre la reparación de daños, debe estar encuadrada dentro del derecho de fondo, del derecho común, y en el particular caso de la reparación integral por parte del Estado nuestra Constitución Nacional, que ha incorporado con jerarquía constitucional, en especial del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así lo prescribe.

Es por ello, que atendiendo la propuesta recientemente planteada por la Comisión Redactora de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, se propone este proyecto de ley.

Liliana B. Parada.

VIII

Dictamen de minoría

Honorable Cámara:

Las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo sobre responsabilidad del Estado. Regulación, y se han tenido a la vista los de los señores diputados Comelli, Camaño, Martínez y Amadeo y Carrió y Terada; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, se aconseja la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Se rechaza el proyecto de ley por el cual se establece un régimen de responsabilidad del Estado, en los términos del artículo 81 de la Constitución Nacional.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 19 de noviembre de 2013.

Jorge R. Yoma.

INFORME

Señor presidente:

Se somete a consideración un proyecto de ley que pretende regular la responsabilidad del Estado y sus funcionarios. Se lo fundamenta en la necesidad de ubicar a esta disciplina en normativas de derecho público y de índole local. No desconocemos que esa ha sido la

propuesta de prestigiosa doctrina de nuestro país, y ya Rafael Bielsa comentando el fallo de la Corte Suprema de Justicia la Nación en el *leading case* “Devoto” del año 1933, sostenía la improcedencia de acudir a normas del Código Civil para dar respuesta a esta necesidad de responsabilizar al Estado por el obrar de sus órganos.

Durante todo el siglo XX y lo que llevamos del actual, los tribunales consiguieron otorgar a las víctimas reparaciones, con el auxilio de la aplicación analógica de las normas del Código Civil. Así se llegó a la consagración de la responsabilidad directa y objetiva del Estado por la falta de servicio cometida por sus órganos en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

¿Por qué nuestro rechazo entonces al proyecto sometido a consideración? Porque si bien es cierto que toma muchos de los conceptos desarrollados pacíficamente por la jurisprudencia, no lo es menos que se aparta de otros, da respuestas distintas a las avaladas por autorizada doctrina y en otros casos establece herramientas que permitirán excluir la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, dejando indefensos a los sujetos damnificados.

Señalo en primer lugar que la exclusión expresa de la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil de la Nación, debería ir acompañada de una mención expresa a la procedencia de su aplicación analógica. Ése ha sido el temperamento de la jurisprudencia hasta la fecha, y luego de ver la escueta regulación propuesta en este texto, creo que debería mantenerse esa cobertura de resguardo.

En segundo término, se advierte que en el artículo 2° inciso *c*) se excluye la responsabilidad estatal en caso de culpa concurrente, cuando en realidad, analizado cada caso, habrá que ponderar si esa concurrencia elimina la responsabilidad estatal, o sólo la atenúa.

Por otra parte, en los artículos 3° y 4°, incisos *a*), cuando se listan los presupuestos de la responsabilidad por actuar ilícito y legítimo, se exige la presencia de un daño cierto y actual, omitiéndose la alternativa de un daño cierto y futuro. Hasta el momento, lo único que se excluía eran los daños hipotéticos y conjeturales.

En la misma línea restrictiva de la responsabilidad, en el artículo 4° inciso *c*) se exige una relación de causalidad directa, inmediata y “exclusiva”. Esto tampoco es lo que se deduce de la jurisprudencia vigente del máximo tribunal, conforme antecedentes como “Roque Reymundo e Hijos” (*Fallos*, 327:2764).

En el mismo artículo, inciso *e*), no corresponde la referencia a “persona dañada”, toda vez que lo que sufre el daño pueden ser la persona, sus derechos o bienes.

Tampoco merece nuestro apoyo la exclusión lisa y llana del lucro cesante que se establece en el artículo 5°. En esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado criterios más amplios que el propuesto en esta iniciativa. Ya en el caso de responsabilidad contractual por una rescisión sin culpa del contratista, se había reconocido el lucro cesante (“Sánchez Granel”, *Fallos*, 306:1469) y luego, se dejó también abierta esta posibilidad de reparación integral en el caso “El

Jacarandá” (*Fallos*, 328:1409, año 2005), de mediar la acreditación pertinente.

Asimismo, es de preocupar la exclusión sin mayores precisiones de la responsabilidad del Estado por el obrar o inacción de contratistas y concesionarios derivada de daños ocasionados en la función encomendada. La verdad es que hay mucha jurisprudencia sobre los alcances de la responsabilidad estatal subsidiaria en materia de concesiones mal controladas, o de daños ocasionados por concesionarios pero que se vinculan con deberes incumplidos del Estado en materia de seguridad de las personas y bienes, o en relación a obras públicas vinculadas al servicio en cuestión.

Tampoco es claro el artículo 7° en cuanto establece que la prescripción empieza a correr desde la verificación del daño. Por su parte el artículo 9° es peor aún, en tanto sólo establece respecto del reclamo a los funcionarios, una prescripción de dos años, pero sin siquiera decir desde dónde se computan. ¿Desde que se produjo el hecho? ¿Desde que el hecho que generó el daño es conocido por la víctima?

Por otra parte, se fija que la acción de repetición del Estado contra los funcionarios prescribirá a los dos años, lo cual contradice el criterio sentada en el año 1956 por la Ley de Contabilidad, cuyo artículo 142 ya fijaba una prescripción de 10 años desde la comisión del hecho. En igual sentido, el artículo 131 de la ley 24.156 remitió en este punto a los plazos del Código Civil, y la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que se trataba del plazo de diez años, del artículo 4.023 CC.

La iniciativa en examen también pierde la oportunidad de tomar los avances de la jurisprudencia en la materia, y regular en qué supuestos procede la responsabilidad por actividad normativa (casos “Revestek”, *Fallos*, 318:1531 y “Buenos Aires Eximport”, *Fallos*, 316:397). La misma falencia se presenta con relación a la responsabilidad por error judicial.

En suma, llevamos casi 100 años responsabilizando al Estado y a sus funcionarios utilizando como herramienta el Código Civil. Es positivo que se regule de manera independiente, pero décadas de evolución y desarrollo en la materia exigen un trabajo a conciencia y bien elaborado por parte de esta Cámara. Por lo expuesto y en atención a las consideraciones precedentes, no aprobamos la iniciativa en estudio.

Jorge R. Yoma.

ANTECEDENTE

Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 12 de noviembre de 2013.

Al Honorable Congreso de la Nación.

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad con el objeto de someter a su consideración el presente proyecto de ley, en virtud del cual se regula la responsabilidad del Estado, con el alcance y a los fines que a continuación se precisan.

La iniciativa legislativa que se promueve tiende a consolidar uno de los principios cardinales que dan fundamento al Estado constitucional de derecho vigente en la República.

El proyecto de ley de responsabilidad del Estado que se acompaña es un verdadero hito en la historia jurídica del país, en tanto permite transitar del actual régimen jurisprudencial a otro de base legal.

En efecto, un sistema normativo de responsabilidad estatal exhibe modulaciones con respecto al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial consagrada en el derecho privado, pues mientras en el derecho civil la responsabilidad focaliza su mirada en la víctima del daño, en el derecho público se tienen en cuenta los intereses de la víctima en armonía con los intereses públicos. Va de suyo que el régimen de la responsabilidad estatal atiende a la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad.

En tanto cuestión propia del derecho administrativo, la regulación particularizada de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias de esa disciplina responde a la autonomía adquirida por esa materia respecto del derecho privado.

La consagración de un régimen normativo específico aventará los riesgos de la cambiante interpretación sobre cuál es el alcance de la responsabilidad estatal regida por el derecho público. Es por ello que el proyecto de ley que se acompaña busca brindar mayor previsibilidad jurídica a las relaciones de las autoridades públicas con los particulares.

La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público.

En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (*Fallos*, 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (*Fallos*, 321:174).

Este régimen jurídico diferenciado permite verificar que el supuesto de hecho que genera indemnizabilidad por la actividad estatal ilegítima procede cuando concurre el factor de atribución “falta de servicio”; si es por actividad lícita, requiere, en cambio, de la concurrencia de “sacrificio especial”. Ninguno de estos factores de atribución, como es sabido, existen en el derecho privado.

Las previsiones normativas propuestas consagran, de modo ordenado y sistemático, la consolidada jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad a 1984.

En ese entendimiento se asume que la responsabilidad extracontractual del Estado, además de objetiva, es principal y directa, puesto que la actividad de los

órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas.

En el proyecto de ley adjunto, en atención al carácter local del derecho administrativo, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adhieran a sus términos.

Dios guarde a vuestra honorabilidad.

Mensaje 1.780

AMADO BOUDOU.

Juan M. Abal Medina. – Julio C. Alak.

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – 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 disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Art. 2° – Se exceptúan de los alcances de la presente ley:

- a) Los casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;
- b) Los daños y perjuicios que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento;
- c) Aquellos casos en los que el damnificado o el hecho de un tercero hubiera concurrido a provocar el daño.

Art. 3° – 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 sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Art. 4° – 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 de 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.

Art. 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 comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

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

Art. 6° – El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los pe uicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

Art. 7° – El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de dos (2) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

Art. 8° – El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

Art. 9° – 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 culpa o dolo, las obligaciones legales que les 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.

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.

Art. 11. – Invítase 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.

Art. 12. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

AMADO BOUDOU.

Juan M. Abal Medina. – Julio C. Alak.