

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados...

MODIFICACIÓN DE LA LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

ARTÍCULO 1.- Modifícase el artículo 1 de la Ley 26.944, que quedará redactado de la siguiente forma:

La presente ley rige en todo el territorio nacional y tiene como objeto establecer la reglamentación del artículo 2º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, rigiendo la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

El Estado responde por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

Las disposiciones del Código Civil y Comercial y los principios y reglas del derecho común son aplicables al presente régimen de manera subsidiaria.

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las sanciones conminatorias de carácter disuasivo impuestas contra los funcionarios públicos se rigen por las disposiciones del Código Civil y Comercial en la materia.

ARTÍCULO 2.- Modifícase el artículo 3 de la Ley 26.944, que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 3º — Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal, concesionario de servicios públicos o contratista. La actividad debe haber sido ejecutada en ejercicio o en ocasión de sus funciones;
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- d) Actuación u omisión irregular de parte del Estado; la configuración de responsabilidad por omisión dependerá de 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.

En todos los casos, 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.

ARTÍCULO 3.- Modifícase el artículo 4 de la Ley 26.944, que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 4°- Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad e inactividad legítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad e 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) 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.

ARTÍCULO 4.- Modifícase el artículo 5 de la Ley 26.944, que quedará redactado de la siguiente forma: ARTÍCULO 5.- Determinada la responsabilidad del Estado por actividad o inactividad legítima, la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la persona dañada y el lucro cesante si es afectada la continuación de una actividad en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención. Incluye las consecuencias sobre su integridad personal, salud psicofísica y todo otro daño que se produzca como consecuencia directa e inmediata de la inactividad legítima o actividad desplegada por la autoridad pública.

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

ARTÍCULO 5.- Modifícase el artículo 6 de la Ley 26.944, que quedará redactado de la siguiente forma: ARTÍCULO 6- Los agentes públicos y el Estado responden de manera concurrente por los daños causados por el ejercicio irregular de las funciones de aquéllos. Asimismo deberán responder de manera concurrente los concesionarios de servicios públicos o contratistas por el ejercicio irregular de las funciones que les hubiesen sido concedidas.

El particular damnificado deberá iniciar su demanda indemnizatoria contra todos ellos, 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.

ARTÍCULO 6.- Modifícase el artículo 7 de la Ley 26.944, que quedará redactado de la siguiente forma: ARTÍCULO 7° — El plazo de prescripción para demandar al Estado, a los agentes públicos, los concesionarios de servicios públicos o contratistas en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de cinco (5) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los cinco (5) años desde el momento en el que el Estado pagó el monto por el que fue condenado.

ARTÍCULO 7.- Modifícase el artículo 9 de la Ley 26.944, que quedará redactado de la siguiente forma: ARTÍCULO 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 cinco (5) años desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los cinco (5) años desde el momento en el que el Estado pagó el monto por el que fue condenado.

ARTÍCULO 8.- Deróganse los artículos 1764, 1765, y 1766 del Anexo I de la Ley 26.994.

ARTÍCULO 9.- Deróganse el tercer párrafo del artículo 195 de la Ley 17.454 y el artículo 9 de la Ley 26.854.

ARTÍCULO 10.- De forma.

PAULA OLIVETO LAGO

MAXIMILIANO FERRARO

JUAN MANUEL LÓPEZ

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

En esta oportunidad represento el siguiente proyecto de ley de autoría de la Diputada con mandato vencido Dra. Mariana Stilman, el cual fuera registrado bajo los Expedientes "8324-D-2020" y "321-D-2022" correspondientemente.

1. Introducción

El presente proyecto propone la modificación de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos sancionada el 2 de julio de 2014.

Tal como es sabido, dicha norma regula una materia que reviste una importancia fundamental en todo Estado de Derecho, en tanto regula, nada menos, que las relaciones jurídicas existentes entre el Estado, sus funcionarios y los particulares en lo relativo al derecho de daños.

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 contar con una reglamentación adecuada de ese derecho reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto el Estado argentino se ha comprometido a garantizar 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 una materia que sin dudas es derecho de fondo, aplicable en todos 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 írritos, 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...”.

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 “[e]l 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...”. Como veremos en el siguiente acápite.

Lo ilustra claramente Reiriz: “[e]n 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”.

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...".

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...".

1.1. 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 artículo 1.113 del Código Civil vigente.

Vale recordar que el artículo 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 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 telegráfica nacional, fundándose el decisorio en los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil y omitiendo pronunciarse sobre el artículo 43".

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 artículos 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 del viejo Código Civil 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. 1989-C-626; 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 dicho artículo 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 se verá infra.

2. Artículo primero

2.1. Tal como fue señalado en el acápite introductorio, de conformidad a los artículos 14, 16, 17, 20, 28 y 32 de la Constitución Nacional, así como también a su artículo 75, inciso 22 de dicho cuerpo legal y específicamente respecto del artículo 2º, inciso 3.a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que integra el corpus constitucional, se ha estatuido 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.

Dado que el proyecto de ley cuya aprobación propiciamos nace a partir de la necesidad de reglamentar adecuadamente ese derecho reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, decidimos agregarlo en el primer párrafo de la norma como su objeto.

2.2. Asimismo, consideramos que compete al Congreso de la Nación la regulación de la materia normativizada en la Ley 26.944 en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 75 de la Constitución Nacional.

En efecto, entendemos que la reglamentación de los artículos que establecen derechos y garantías constitucionales integran el denominado "derecho de fondo", y, en consecuencia, su regulación corresponde al Congreso de la Nación y es aplicable a todo el territorio nacional. Tal como señaló la diputada Carrió en la sesión de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación con fecha 27 de noviembre de 2013, debe diferenciarse conceptualmente al derecho administrativo del derecho público: "[a]cá hay que distinguir algunas cosas que me parece que no solamente están confundidas en el dictamen de mayoría. El derecho penal es derecho de fondo, y no porque no sea derecho civil es derecho administrativo. No cualquier cosa que sea derecho de fondo necesariamente tiene que estar incluida en el Código Civil y en el Código Penal. Derecho de fondo significa que la reglamentación de los artículos que establecen derechos y garantías constitucionales corresponde al Congreso de la Nación y son aplicables a todo el territorio de la Nación, con excepción del artículo 32 de la Constitución, que dice que el Congreso no puede dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. Pero están sujetas a la ley y al artículo 28. ¿De qué se trata la responsabilidad frente al Estado? Hay derechos que son como facultades: por ejemplo, yo tengo la facultad de vender, de comprar, de casarme o de no casarme. Y después están los derechos subjetivos, que también son de los habitantes y ciudadanos, pero que se llaman derechos públicos subjetivos. ¿Por qué? Porque son el correlato de una conducta debida por el Estado. Me refiero por ejemplo, al amparo, a la garantía de la propiedad del artículo 17, a los presupuestos mínimos en materia ambiental. Éstos son derechos públicos

subjetivos. Son subjetivos porque yo los tengo frente al Estado, y el Estado me los tiene que garantizar”.

En línea con esta inteligencia, consideramos que la regulación de la responsabilidad del Estado constituye una materia de derecho público, no administrativo, que normativiza derechos subjetivos de naturaleza pública que trascienden la actividad estatal administrativa, comprendiendo asimismo la actividad legislativa y judicial del Estado.

2.3. Cuando el Poder Ejecutivo Nacional recibió el Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, realizó una serie de modificaciones en el texto, entre las cuáles suprimió los artículos confeccionados 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 su correspondencia, sustituyéndose el articulado original sobre responsabilidad del Estado y del funcionario y empleado público, exceptuándolos expresamente de la aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre responsabilidad ante hechos ilícitos y ante daños derivados de los actos lícitos del Estado.

Así, con la sanción de la ley se generó un vacío legal que por expresa disposición del proyecto, no podría ser llenado con la aplicación supletoria de las reglas de responsabilidad civil. De este modo, si bien el anteproyecto había receptado 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 pudo ser borrado sin más, con la sanción del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, dejando detrás una laguna legal para los ciudadanos frente a eventuales conductas dañosas del Estado.

En la 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, “[h]abría que apurarse, porque, si no, queda un vacío”.

Contrariamente a lo dispuesto en la ley sancionada en 2014, entendemos que las normas de fondo en materia de responsabilidad civil deben ser aplicadas subsidiariamente a todo aquello que no se encuentre regulado por ella ni la contradiga. Estimamos que ello debe ser así no sólo en tanto la regulación de ambas materias forma parte de las atribuciones conferidas por la Constitución al Poder Legislativo Nacional, sino que existen múltiples conceptos jurídicos,

necesarios en materia de responsabilidad aquiliana, que se encuentran regulados en el Código Civil y Comercial, y cuya aplicación no desvirtuaría lo regulado en la presente norma, en tanto no se oponga a sus preceptos, caso éste en el que prevalecería la norma especial por aplicación de los principios generales del derecho.

Como fue señalado, la regulación actual crea un vacío normativo que debe ser suplido necesariamente mediante la aplicación analógica del Código Civil y Comercial, mermando innecesariamente la seguridad jurídica del sistema.

2.4. Por otro lado, el Poder Ejecutivo modificó el artículo 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 a este tipo de facultades, que su observancia "se rige por las normas propias del derecho administrativo". Sumado a ello, en ley vigente sobre responsabilidad del Estado, en su artículo 1° se regula la cuestión estableciendo que "[l]a sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

Lo que en realidad implicó "desregular" los incumplimientos de los funcionarios respecto de las órdenes judiciales. En efecto, una interpretación posible de esta norma podría conducir a la conclusión de que los jueces se encuentran imposibilitados de imponer sanciones pecuniarias a los Estados y funcionarios que sean reticentes a cumplir una orden judicial, limitando arbitrariamente las facultades jurisdiccionales.

Si bien podría argumentarse que existe una diferencia conceptual entre el vocablo "sanción pecuniaria disuasiva" y "astreintes" o "condenaciones conminatorias de carácter pecuniario" o "cargas personales pecuniarias", estimamos adecuado eliminar de la norma en trato la expresión "[l]a sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios" en pos de evitar cualquier interpretación que conduzca a una prohibición por parte de la judicatura de imponer astreintes a los funcionarios públicos; incorporando una remisión directa a las disposiciones del Código Civil y Comercial en la materia, a saber, a su artículo 804.

En esta línea consideramos también pertinente la derogación del tercer párrafo del artículo 195 de la Ley 17.454- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- y del artículo 9 de la Ley 26.854, por limitar arbitraria e inconstitucionalmente, las facultades jurisdiccionales, eliminando una herramienta fundamental con la que cuenta el Poder Judicial a fin de hacer efectivas las resoluciones tomadas en el marco de un proceso contra el Estado y sus funcionarios, todo ello con el fin de

beneficiar a quienes ostentan el poder, en contra de los intereses del pueblo de la Nación.

3. Artículo segundo: responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima

3.1. A propósito del artículo 3, estimo adecuado adicionar al sujeto estatal al que debe atribuírsele imputabilidad material por acción u omisión, esto es, órganos estatales, a los concesionarios de servicios públicos o contratistas estatales, en línea y por las consideraciones vertidas en torno a la modificación que se propone por medio del artículo quinto del presente proyecto.

Por otra parte, estimamos conveniente incorporar al inciso b) del artículo 3 una ampliación en torno al factor de imputación, en tanto la ley en vigencia no regula bajo qué condiciones la actividad del agente estatal le genera, en aplicación de la teoría del órgano, responsabilidad jurídica al Estado.

En el marco jurídico actual, el artículo 9 de la ley vigente indica "... la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de un modo irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas" (el resaltado no obra en el original).

Sin embargo, entendemos que, en rigor, dicho artículo regula la responsabilidad de los agentes estatales, por lo que resulta conveniente señalar el factor de imputación respecto al Estado, legislando que, a fin de que se configure su responsabilidad, su actividad debe haber sido ejecutada por un agente en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

En este sentido ha sido afirmado que "[l]os conceptos de motivo y ocasión de las funciones son claramente más amplios que el del ejercicio. En efecto, estos criterios son más laxos y distantes porque basta que las funciones constituyan simplemente la ocasión o el motivo para causar el evento dañoso y, por tanto, no es necesario exigir e indagar sobre el ejercicio. Por su parte, este último (el ejercicio) es más estricto porque exige más detalle y precisión, de modo que no es suficiente con que se configure simplemente como la ocasión o el motivo del acontecimiento dañoso. En tal caso, la función y su ejercicio-incluso de modo irregular o abusivo- 'debe constituir la condición necesaria para que el evento dañoso acaezca y que de no haber mediado no habría sucedido'".

Al respecto, estimamos inadecuado, a los fines de que se configure la responsabilidad del Estado, contar únicamente con el análisis jurídico que es requerido en aquellos casos en los que el factor de imputación está dado por el ejercicio de la función como único elemento a ser tomado en consideración, en

tanto advertimos que ello dejaría a los habitantes de la Nación en una situación de desprotección jurídica injustificada con relación a una regulación que determine su procedencia cuando sus agentes se desenvuelvan en ocasión de sus funciones.

3.2. Por otro lado, se propone la modificación del último inciso del artículo tercero de la Ley 26.944, suprimiendo la expresión "falta de servicio" así como el requerimiento de verificación de la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado para que se configure responsabilidad por omisión.

Coincidentemente con lo expresado por Balbín, consideramos que el término "falta de servicio", lejos de agregar un concepto jurídico útil a la norma, genera confusión; en este sentido, este autor ha sostenido que "[h]emos dicho que el concepto de 'falta de servicio' debe reemplazarse, según nuestro parecer por el criterio liso y llano del incumplimiento de los deberes legales. El propio texto de la ley de Responsabilidad define -paso seguido- el concepto de falta de servicio como las conductas estatales (acciones u omisiones) irregulares, es decir, las actividades e inactividades llevadas a cabo por el Estado en sentido contrario a la ley. De modo que la categoría de falta de servicio es inconducente porque no agrega nada y, quizás, cree mayor confusión conceptual. Es simplemente una rémora del Derecho francés, reeditado por el Legislador en el marco de la ley. 26.944. Además, creemos que no es posible extender el concepto de 'falta de servicio', más allá de los daños causados por los agentes públicos, a los casos de responsabilidad del Estado derivada de la intervención de cosas o de terceros".

3.3. Por otro lado, consideramos que el requerimiento de verificación de la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado para que se configure responsabilidad por omisión constituye una demanda legal excesiva, en tanto no solo representa un retroceso en materia de reconocimiento de responsabilidad estatal frente a particulares con respecto a lo sentado en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino que excluye arbitraria e inconstitucionalmente supuestos en los que correspondería condenar al Estado a reparar daños por omisión.

Sumado a ello, recuérdase, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico no solo se encuentra compuesto por normas positivas, sino también por principios supraleales cuya vinculatoriedad no se halla sujeta a su normativización expresa por parte del legislador, y que, consiguientemente, obligan tanto a la Administración Pública como al Poder Judicial con ley, sin ley y contra legem. Sin embargo, los principios tienen una estructura abierta; sus pautas de aplicación son distintas a las de las reglas y finalmente, su contenido es

valorativo. Ejemplos particularmente relevantes en el campo del derecho de daños pueden observarse en el principio *alterum non laedere* y el principio de razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional), cardinales en el subsistema jurídico en trato y de raigambre y jerarquía constitucional. Así, en aquellos casos en los que, en presencia conjunta con otros requisitos, se vulneren dichos principios, el Estado deberá responder por mandato constitucional, incluso si la conducta no contraría un deber normativo expreso.

Por su parte, debe asimismo tenerse presente las proyecciones que emanan de la aplicación de la teoría de la especialidad en lo relativo a la distribución competencial en el Estado, que tornan evidente la insuficiencia del criterio plasmado por el Congreso en la Ley 26.944, excluyendo un conjunto innumerable de acciones que el Estado ejecutará al amparo de su invocación.

Por otro lado, por medio de esta exigencia se imposibilita la procedencia de acciones de resarcimiento en aquellos casos en los que el Estado incurra en una omisión consistente en el no ejercicio de una potestad discrecional. En efecto, en tanto las potestades regladas constituyen el producto de un mandato imperativo en virtud del cual la autoridad de aplicación debe limitarse a su ejecución, "[l]a discrecionalidad conceptualmente es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es, entonces, jurídicamente plausible e igualmente razonable. De modo que, tal como se ha dicho reiteradamente, cualquiera de las soluciones es indiferente en términos jurídicos de valor. Así, el Ejecutivo puede optar por cualquiera de ellas según su propio arbitrio o criterio". Así, el ejercicio de potestades discrecionales no podría, por su propia naturaleza, encontrarse normativamente predeterminado, excluyéndose consecuentemente dichos supuestos de la responsabilidad del Estado.

Lo mismo puede afirmarse respecto a los conceptos jurídicos indeterminados, en tanto cada uno de ellos constituye un "[c]oncepto utilizado por las normas del que no puede deducirse con absoluta seguridad lo que aquellas han pretendido exactamente, siendo difícil alcanzar una solución exacta. De esta dificultad surgió la doctrina del 'margen de apreciación', que deja cierta libertad, o al menos tolerancia jurídica, para que al concretar un concepto normativo puedan seguirse diversas opciones. La aportación fundamental de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados es que sostiene así como la discrecionalidad permite a la Administración elegir entre varias opciones, todas las cuales son jurídicamente indiferentes y válidas, que la aplicación de aquellos remite siempre a una única solución justa, sin alternativas, que la Administración debe encontrar"; es decir, carecen de determinación.

Sentado lo expuesto, y proponiéndose la eliminación en el presente proyecto de los términos que acotan irrazonablemente la responsabilidad estatal por omisión, estimamos adecuado incorporar a la ley los elementos propuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de determinar, en cada caso, la configuración de responsabilidad estatal. En Fallos 321:1124 el tribunal indicó que “[e]n primer lugar resulta oportuno recordar que esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades -en relación a la responsabilidad extracontractual del Estado y sus agentes por acto ilícito- que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 306:2030, considerando 5; 312:1656).

Además se resolvió que no se trata de una responsabilidad indirecta, dado que 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. La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual 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 (Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, Faute de service, N° 178)” (el resaltado no obra en el original), criterio que fue reiterado y aplicado de forma expresa en “Mosca” (Fallos 330:563).

Así, entendemos que los elementos expuestos en la referida jurisprudencia del máximo tribunal, tomados de la doctrina francesa, resultan adecuados a fin de examinar, caso por caso, la configuración de un tipo de responsabilidad cuya complejidad impide una predeterminación normativa exacta, variable según los hechos y el derecho aplicable.

4. Artículo tercero: responsabilidad del Estado por omisión lícita

El artículo 3 propone una modificación al artículo 4 de la Ley 26.944, relativo a la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

4.1. En primer lugar, se propone la incorporación de la obligación del Estado de responder por sus omisiones legítimas, agregando la palabra “inactividad” a la primera parte del artículo 4; cabe poner de resalto que mientras el artículo 3 de la ley refiere a la actividad o inactividad ilegítima, ésta última ha sido omitida en lo que hace a su actuación legal; asimismo, el inciso c) del artículo 4 indica “c)

Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño", omitiendo la inactividad estatal.

Cabe señalar, la cuestión de la responsabilidad legítima del Estado por omisión no carece de complejidad, y su tratamiento, cuando no es directamente soslayado, dista de ser pacífico en doctrina. Este tipo de supuestos se ven configurados, elementalmente, cuando el Estado se encuentra legalmente obligado a actuar, pese a lo cual, decide no hacerlo en razón de un "estado de necesidad", es decir, una situación de hecho que, de ser intervenida conforme lo manda el derecho, produciría una situación peor que la dada en el status quo.

En este sentido, Mellid señala que "... en punto a la antijuridicidad de la omisión, cabe tener en cuenta que el no acatamiento de un mandato jurídico de obrar no implica de por sí una conducta antijurídica, porque pueden mediar razones especiales que la autoricen (...) existirá una omisión (...) pero ésta será lícita (...) en razón de ello, no cabe descartar la posibilidad de admitir—en el ámbito de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita— el resarcimiento de daños producidos por omisiones que no revisten el carácter de antijurídicas (...) en este caso, el Estado responderá por omisiones lícitas, no ya porque no se hubiese encontrado obligado a actuar, sino porque omitió hacerlo justificado por un estado de necesidad, a efectos de evitar un mal mayor, o por razones de interés público (p. ej., frente a situaciones de desorden público o ante calamidades generales)".

Creemos, en línea con J.P. Comadira, que los derechos constitucionales que dan fundamento a la responsabilidad estatal por omisión ilegítima otorgan también sustento a la responsabilidad estatal por omisión legítima, no existiendo razones objetivas que justifiquen su exclusión. Al respecto, en este sentido también se ha indicado que "[a] pesar de no ser usual que se demande al Estado por daños derivados de su inactividad conforme a derecho, no hay razones objetivas que justifiquen su exclusión. Como se ha afirmado, es plenamente aplicable en tales supuestos la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que postula que 'cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general- esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito' (el resaltado es propio). Va de suyo, entendemos que la omisión legal implicaría una vulneración a los artículos 14, 16, 17, 19 y 28 de la norma fundamental.

4.2. Actualidad del daño. El artículo 4 de la ley en trato introduce en su inciso a) una diferenciación en la naturaleza del daño respecto al mismo inciso del artículo precedente. En efecto, mientras que para la configuración de la responsabilidad

estatal por acción u omisión ilegítima se requiere solamente el acaecimiento de un daño cierto, para el caso de la responsabilidad por actuación legítima se exige, además, que el daño sea actual.

Consideramos que no existen motivos jurídicos que permitan excluir el daño futuro del daño resarcible, en la medida en que éste sea acreditado en el proceso judicial correspondiente. Por su parte, el daño futuro por actuación lícita del Estado ha sido reconocido en varios precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre ellos Fallos: 307:1515; 311:233 y 744; 312:2266; 317:318; 325:255, señalando en éste último caso que “[e]n cuanto al reclamo por el daño futuro resulta procedente habida cuenta de que esta Corte lo ha reconocido en casos análogos cuando su acontecer se presenta con un grado de certeza objetiva (Fallos: 318:1440 y sus citas)”, entre otros.

4.3. Nexo de causalidad. Nuevamente, en el artículo 4 inciso c) de la ley vigente encontramos una diferencia con relación a la redacción del mismo inciso de su artículo precedente. Para la configuración de la responsabilidad estatal ilícita, se requiere que el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y la acción u omisión estatal sea adecuado; en tanto que en lo que respecta a la responsabilidad estatal lícita, el legislador ha incorporado las siguientes exigencias: que la relación de causalidad sea directa, inmediata y exclusiva.

Entre las teorías que explican la relación de causalidad, pueden señalarse la de equivalencia de condiciones-conditio sine qua non-, la de causalidad exclusiva, la de causa próxima, la de causa eficiente, la de causalidad adecuada y la denominada teoría del seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa. Tal como puede observarse, el legislador ha optado por la teoría de la causalidad adecuada en lo que hace a la regulación del nexo causal requerido en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, pese a lo cual, ha decidido diferenciar dicho requerimiento en los supuestos de responsabilidad estatal lícita, incrementando su grado de exigencia en torno al nexo causal.

En efecto, mientras que la teoría de la causalidad adecuada “... se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la idoneidad de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Ella predica que sólo se debe responder por aquellas consecuencias que resulten previsibles, es decir, aquellas que siguen el curso natural y ordinario de las cosas, es decir, las que corrientemente acaecen según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos”, la teoría de la causalidad exclusiva sostiene que “... para que nazca la responsabilidad del Estado, éste debe haber causado los daños por su exclusiva intervención. Por ello, la concurrencia al menos de una causa extraña a la actividad administrativa la libera del deber de indemnizar”.

Por su parte, la teoría de causa próxima estima que “[l]a causa es el antecedente que en lo cronológico se encuentra más próximo al momento del daño. Así, desde esta perspectiva, habrá relación de causa a efecto si el hecho ha precedido inmediatamente a la realización del daño”.

Respecto al vocablo “directo”, coincidimos con lo que ha sido señalado por Sammartino: “[e]stimamos entonces que al referirse a causa directa o ‘relación de causalidad directa’ se está empleando un sintagma genérico que, sin suficiente precisión técnica, en algunos supuestos podrá designar a la teoría de la causa eficiente; en otros, a la de la equivalencia de condiciones y, en otros más, podrá indicar una intervención estatal dotada de la suficiente idoneidad y preponderancia para producir el daño (causalidad adecuada). Vínculo causal directo indica, entonces, que los daños alegados no son extraños jurídicamente a la intervención de la autoridad estatal, antes bien, están dentro del círculo jurídico de consecuencias atribuibles al autor del hecho”.

Así, la exclusividad releva de responsabilidad al Estado en la medida en que exista una concurrencia causal con otros elementos, en tanto que la inmediatez impide la atribución de responsabilidad por todo antecedente cronológicamente previo al acaecimiento de la causa inmediata que provocó el daño, estableciéndose así una diferenciación que consideramos inadecuada, en la medida en que “...no existe razón alguna para extremar en el caso la valoración de la causalidad, pues, en el derecho administrativo a diferencia de lo que sucede en el derecho privado la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino, simplemente, una alternativa normal en el contenido de las competencias del Estado” (el resaltado no obra en el original).

Consecuentemente, estimamos correcto el criterio adoptado por el legislador en el inciso c) del artículo 3, en tanto adopta la teoría de la causalidad adecuada, y, por los fundamentos expuestos, consideramos que ella debe ser aplicable, también, a los supuestos de responsabilidad estatal por actividad e inactividad legítima.

5. Artículo cuarto

5.1. El artículo 4 modifica el artículo 5 de la Ley 26.944, tal vez una de sus partes más controvertidas. Podría dividirse la regulación de este artículo en dos cuestiones: la primera, el alcance de la indemnización correspondiente en los casos en los que se determine la responsabilidad del Estado por actuación lícita; la segunda, aquella relativa a la responsabilidad de la función judicial por actividad lícita.

La norma vigente comienza señalando que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional, añadiendo a continuación que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante. También señala que la indemnización correspondiente por 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.

En primer lugar, consideramos que debe suprimirse la parte que caracteriza como "excepcional" a la responsabilidad del Estado por actuación lícita, desde que, incluso aunque dicha afirmación sea efectuada en razón a la contraposición existente en el punto con el derecho privado -en el que la antijuridicidad de la acción constituye un requisito sine qua non como regla para la configuración de responsabilidad aquiliana-, su incorporación a la ley resulta innecesaria, puesto que no solo carece de efecto jurídico alguno, sino que podría producir, en diversos operadores del sistema, un entendimiento erróneo en lo que respecta a la procedencia del resarcimiento, lo que, a propósito, se encontraría en línea con las limitaciones establecidas en el resto de la norma. En todo caso, dicha categorización sería más propia del ámbito doctrinario.

5.2. En lo relativo a la limitación de los rubros indemnizatorios efectuada por la ley actual, estimamos que constituye un cercenamiento arbitrario del derecho de propiedad. La regulación vigente del artículo en trato impide el reconocimiento judicial del lucro cesante, y de otros rubros indemnizatorios, lo que conduciría a dos consecuencias que querríamos evitar: i) que el monto indemnizatorio no refleje adecuadamente el valor que ha sido dañado; ii) que, en múltiples ocasiones, el monto en cuestión resulte despreciable en comparación con la pérdida sufrida por el sujeto dañado, en aquellos casos en los que su valor esté compuesto, mayoritariamente, por los rubros prohibidos, produciendo "...un claro despojo de un cuántum, excesivamente considerable de la sustancia del derecho de propiedad del justiciable".

En cuanto a su análisis constitucional, cabe poner de resalto lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de forma previa a la sanción de la Ley 26.944 en el caso "El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional" (en Fallos 328:2654), entre otros, en el que el tribunal indicó que "... no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, cons. 4 5; 316:1335, cons. 20)" (el resaltado no obra en el original), diferenciándose así de la doctrina restrictiva de Fallos 195:66; 239:617; 301:403; 312:649 y 312:956 entre otros,

postura ésta última adoptada como producto de la aplicación analógica de la Ley 21.499, a raíz de la existencia de una laguna normativa en la materia, situación que ha cesado con la sanción de la Ley 26.944.

Habida cuenta de lo expuesto, estimamos que una redacción adecuada de la norma debe incluir la totalidad de los rubros que resulten suficientes a los fines de que los ciudadanos cuenten con una indemnización integral en aquellos casos en los que su patrimonio se vea cercenado por actividades o inactividades estatales, comprendiendo la pérdida o disminución del patrimonio de la persona dañada, el lucro cesante si es afectada la continuación de una actividad en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención. Incluye las consecuencias sobre su integridad personal, salud psicofísica y todo otro daño que se produzca como consecuencia directa e inmediata de la inactividad legítima o actividad desplegada por la autoridad pública.

6. Artículo quinto

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). 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", no es menos cierto que el Estado nacional aceptó en los contratos de concesión su responsabilidad indelegable.

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.

Respecto a la Ley 26.944, debemos advertir que artículo 6° no deja lugar a dudas al establecer, sin más, que “[e]l Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal...”, excluyendo la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del irrenunciable deber de contralor que debe ejercer.

Al momento de sancionar la norma en cuestión, resultó inevitable la remisión a la tragedia de Once, al preguntarnos qué buscaba el Poder Ejecutivo mediante esta cláusula, a todas vistas inconstitucional. La respuesta era 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.

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”.

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".

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".

En línea con lo expuesto, entendemos que siempre que exista un ejercicio irregular de las funciones de los concesionarios estatales, debe presuponerse también una falla en la función de contralor que debe desempeñar el Estado como concedente, y, a su vez, del funcionario estatal con responsabilidad de ejercer adecuadamente dicha competencia, puesto que el Estado no desenvuelve sus actividades sino a través de las personas físicas que lo representan.

7. Artículo sexto

El artículo 6 propone modificar el artículo 7 de la Ley 29.944, que dispone el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual en tres años, computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

En primer lugar, la norma no ha especificado de qué tipo de plazo se trata, por lo que corresponde, en pos de mejorar su técnica legislativa, aclarar que el artículo trata del plazo de prescripción, y no de otro.

Por otro lado, y en lo que hace al fondo de la regulación en trato, estimamos que el plazo vigente para demandar al Estado debe ser ampliado a cinco años, a fin de dotar de mayor cantidad de tiempo a los habitantes de la Nación para iniciar las acciones judiciales cuyo objeto sea el resarcimiento por actividades u omisiones, lícitas o ilícitas, cometidas por el Estado.

Adicionalmente, y en consonancia con lo expuesto a propósito de la modificación del artículo 6 de la ley, se ha agregado de forma expresa a los agentes públicos, los concesionarios de servicios públicos o contratistas.

8. Artículo séptimo

El artículo 7 propone la modificación del artículo 9 de la Ley 26.944, en lo respectivo a los plazos que allí se establecen.

Al respecto, consideramos que son demasiado breves con relación a la duración de los períodos de gobierno y a las investigaciones y procedimientos que deben llevarse a cabo en sede administrativa de forma previa al inicio de las acciones

correspondientes en sede judicial, a fin de reclamar a los agentes y funcionarios públicos daño patrimonial que le hayan hecho al Estado de forma directa o por imputación al Estado de sus conductas. Por ello, estimamos más adecuado estipular una prescripción quinquenal.

Por otro lado, respecto a la modificación del último párrafo in fine, concordamos con Perrino, cuando señala que “[e]l plazo de prescripción de la acción de repetición contra el funcionario o agente público recién comienza a computarse desde que quedó firme la sentencia de condena contra el Estado. En rigor, la norma debió establecer que el plazo se computa desde el momento en que el Estado pagó la condena judicial”; puesto que la fecha de condena y la de pago no resultan coincidentes, y la institución de la repetición presupone haber dado una suma de dinero a un acreedor, que luego puede ser por derecho reclamada a un tercero que no respondió por la obligación de aquél.

9. Artículo octavo

El artículo octavo dispone la derogación de los artículos 1764, 1765, y 1766 del Código Civil y Comercial. El primero de ellos dispone que el capítulo relativo a los supuestos especiales de responsabilidad no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria; ello, va de suyo, contradice lo propuesto en el presente proyecto en su artículo 1º, en tanto dispone, por los fundamentos expuestos en la parte pertinente, que las disposiciones del Código Civil y Comercial y los principios y reglas del derecho común son aplicables al presente régimen de manera subsidiaria.

Los artículos 1765 y 1766 también contrarían lo propuesto en el primer artículo de este proyecto, ya que establecen que tanto la responsabilidad del Estado como 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; sin embargo, como fue anteriormente señalado, consideramos que compete al Congreso de la Nación la regulación de la materia, y que, así, la ley especial señalada en la norma transitoria cuarta del artículo 9 de la Ley 26.994 de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, debe ser dictada en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 75 de la Constitución Nacional, no constituyendo una materia local sino nacional.

Por todo lo expuesto es que solicito a todos los integrantes de esta Cámara, acompañen el presente proyecto.

PAULA OLIVETO LAGO

MAXIMILIANO FERRARO

JUAN MANUEL LÓPEZ