

Giménez, María Graciela

La responsabilidad del Estado: principios aplicables y consecuencias de la nueva regulación

**Artículo publicado en:
El Derecho n° 13.947, 2016**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Giménez, M. G. (2016, mayo). *La responsabilidad del Estado : principios aplicables y consecuencias de la nueva regulación* [en línea]. En *El Derecho* N° 13.947. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/responsabilidad-estado-principios-gimenez.pdf> [Fecha de consulta:]

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:
PRINCIPIOS APLICABLES Y CONSECUENCIAS DE LA NUEVA REGULACION

Dra. MARIA GRACIELA GIMENEZ (Prof. Derecho de Daños UCA)

1) Aproximación constitucional; 2) Diferentes posiciones doctrinarias; 3) Crítica a la posición asumida en el nuevo CCyCom.; 4) Las facultades de las provincias; 5) Los presupuestos de la responsabilidad bajo la perspectiva del derecho administrativo: a.- Antijuridicidad; b.- Factor de atribución; c.- Causalidad; d.- Daño; 6) El sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño; 7) Apreciaciones finales

El nuevo código civil y comercial unificado ha significado para el derecho de daños un trascendente avance por cuanto ha logrado, luego de numerosos años, regular aspectos importantes como los presupuestos de responsabilidad, las diversas funciones de este instituto, la ampliación de la legitimación y regulación de daños específicos como el proyecto de vida, entre otras modificaciones.

No obstante las virtudes destacadas, se ha implementado un régimen para la responsabilidad del estado que difiere del general e innova haciendo un giro categórico hacia un marco legal que merece un análisis especial que debería efectuarse en un amplio marco de debate y desde diferentes ópticas, algunas de las cuales pasaré a desarrollar en el presente trabajo.

1) Aproximación constitucional

En el código redactado por Velez Sarsfield la Responsabilidad del Estado no fue un tema preocupante ni de particular regulación, tampoco lo fueron las potestades de las provincias en lo atinentes a sus normas locales. Las ideas plasmadas en la Constitución Nacional de 1.853 brindaban una clara visión de los objetivos perseguidos por sus autores en punto a la necesidad de unidad que imperaba en ese momento. Así pues, sancionada que fue la Constitución, las provincias no ponían en duda su autonomía, sus potestades, y se sometían voluntariamente a las normas del Congreso Nacional en virtud de las facultades por ellas otorgadas.

Después de más de ciento cuarenta años de transitar por diferentes etapas, desde el paso de la irresponsabilidad, el levantamiento de la venia legislativa y la ley 3.952, hasta la aplicación de las normas comunes en materia de responsabilidad del Estado, hoy se inicia una nueva etapa a través de una modificación legislativa de gran trascendencia en la materia: la exclusión de la responsabilidad del estado de las normas del código civil. Igual criterio se adopta para los funcionarios públicos.

El art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional faculta al Congreso de la Nación a dictar los códigos Civil, Comercial, de Minería, etc..., facultades éstas que han sido delegadas

por las provincias. Si analizamos el espíritu que tuvo la presente norma en la historia, vemos que el antiguo art. 67 inc. 11 fue el resultado de un arduo debate en la Comisión Redactora de la Convención de 1.853 entre nuestros congresales Zavalía y Gorostiaga, triunfando la postura de este último, representante de Santiago del Estero, quien sostuvo que de no procederse así el país sería “un inmenso laberinto donde resultarían males inconcebibles”¹. A ello deberían sumarse razones de índole prácticas que surgirían de la unificación de la legislación.² Reinaba entonces el anhelo de conseguir la tan ansiada unión nacional que consagra el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, y que se vería afectada de dejar en las provincias la facultad de dictar sus propios códigos.

Es así que el régimen federal dispuesto por nuestro art. 2 de la carta magna fue reglamentado en sentido diferente al de los Estados Unidos de Norteamérica, pues en tal país, la propia constitución autoriza a los estados a dictar sus normas de fondo, con un rasgo de mayor independencia que no detentan las provincias de la República Argentina.

Hoy no se debate si el derecho de fondo debe ser uno solo para todo el país, sino si la responsabilidad del estado es materia delegada a la nación, o parte integrante de las normas de derecho público local que las provincias reservaron para sí. Esta discusión guarda similitud a la debatida por nuestros constituyentes y nos debe llevar a cuestionarnos si este cambio en la manera de ejercer el poder público de las provincias, diversificando el régimen de responsabilidad estatal, fortalecerá la unión nacional y la igualdad de todos los habitantes por la que tanto lucharon nuestros antecesores o si por el contrario, estamos redefiniendo nuestro sistema federal.

2) Diferentes posiciones doctrinarias

Frente a la problemática existen en la doctrina tres grandes posturas: quienes sostienen que la responsabilidad del estado debe permanecer dentro del derecho privado por ser derecho común y no delegado por las provincias; los que sostienen que debe formar parte del derecho público local, por ser parte integrante y consecuencia del accionar del estado y por ende debe regirse conforme las normas y principios administrativos (postura a la cual adhiere el nuevo código), y quienes no obstante pensar que debe tratarse dentro del Derecho Administrativo local, sostienen que no

¹ Quiroga Lavie Humberto. “Constitución de la Nación Argentina Comentada” Tercera ed. Zavalía, pag.396 y sgtes.

² “..el país que tuviese tantos códigos civiles, comerciales y penales como provincias, no sería un Estado, ni federal, ni unitario. Sería un caos. La República, v gr., tendría catorce sistemas hipotecarios diferentes; podría tener catorce sistemas de sucesión hereditaria, de compras y ventas. El contrato que en San Juan fuese válido, no lo sería en Salta... semejante anarquía de la legislación civil y comercial volvería un caos de ese país; y tal sería el resultado de arrebatar al gobierno central el poder exclusivo de estatuir sobre esos objetos esencialmente nacionales”. “Derecho Público” -Jorge Sarmiento García, Ed. Ciudad Argentina, pag.385.

puede hablarse de responsabilidad del estado fuera de las normas del Derecho Civil, el que debe aplicarse por analogía.³

Lo cierto es que reina en diferentes sectores de la doctrina, aún en los iuspublicistas, la noción de pertenencia de esta materia al “Derecho Común”o “Teoría General del Derecho”,o “Teoría General de la Responsabilidad”, como derecho superior al cual todos los subsistemas deben someterse.⁴ No podemos dejar de admitir que el código de Velez, por ser el primero, por la época histórico-institucional en que se dictó, consagró normas de derecho común y públicas que unificaron durante décadas la legislación de todos los habitantes de la nación, en un pie de estricta igualdad y seguridad jurídica. Su revisión en forma intempestiva, inconsulta y hasta invasiva de las legislaciones provinciales, es un tema que traerá aparejados numerosos reclamos y cuestionamientos.

De adoptarse la primera postura –mantener la responsabilidad del Estado dentro del derecho común-, quedaría vedada a las provincias ejercer las facultades delegadas en virtud del art. 126 de la C.N.⁵; de adoptarse la postura contraria –dejarla librada a los estados públicos provinciales-, debemos pensar que, más que un cambio legislativo, nos encontramos frente a un cambio institucional, pues desde el inicio de nuestras instituciones hasta la fecha, hemos consentido la aplicación del código civil en materia de responsabilidad del estado y sus funcionarios públicos en forma directa, subsidiaria y analógica y sin que medie modificación de la Constitución Nacional al respecto, se ha efectuado, por medio del Congreso de la Nación, un cambio legislativo que obedece a una interpretación diferente sobre las facultades de las provincias. El cambio propuesto traerá aparejado consecuencias que incidirán en los derechos de los habitantes del país, según la legislación que corresponda aplicar.

3) Crítica a la posición asumida en el nuevo CCyCom.

El actual congreso de la Nación, en uso de las facultades que le confiere el inciso 12 del artículo 75 de la C.N., en lo que respecta a la responsabilidad del estado incorpora en

³ XLI Jornadas Nacionales y XI Congreso Nacional de Derecho Administrativo-Disertación del Dr. Carlos E. Balbín.

⁴ *Ibid.* En igual sentido Mertehikian, Eduardo “La Responsabilidad Pública” pags.77 y sgtes.

⁵ Para esta postura la materia de responsabilidad del estado quedaría dentro del código civil para cuyo dictado se atribuyeron facultades al Congreso de la Nación. En virtud de ello, resulta prohibitivo para las provincias ejercer tales facultades, conforme claramente reza el artículo 126 C.N.- “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros”.

el código una norma de reenvío al derecho público local –art. 1.765, pero con prohibición expresa de aplicación directa o subsidiaria del capítulo I del Título V – Responsabilidad Civil- art. 1.764. Es decir, da por finalizada la polémica de la doctrina sobre la pertenencia de la materia al ámbito del derecho privado, y la otorga, por expresa imposición legal, al derecho público local con una severa limitación para su regulación.

Sin perjuicio de la postura que cada provincia adopte, merece una reflexión los principios que habrán de aplicarse. Ello pues, va de suyo que si bien serán de aplicación los principios del derecho administrativo, la reglamentación que trae el nuevo código vendrá a constituir en materia de responsabilidad del estado un microsistema especial, único y privilegiado dentro del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo admite, en doctrina y jurisprudencia, la aplicación subsidiaria del Derecho Civil. Institutos propios como la teoría de la imprevisión, el enriquecimiento sin causa, y el pacto comisorio, han sido utilizados para integrar el Derecho Administrativo y seguirán siendo aplicados para resolver cuestiones no previstas por las normas de derecho público. Es decir, el Derecho Civil seguirá siendo fuente subsidiaria del Derecho Administrativo, en todo menos en el capítulo V, Sección 1, lo que deriva entonces en una especie de “microsistema” del que hablara precedentemente, dentro del cual nos encontraremos con situaciones cuestionables como es la posibilidad de Estado de verse inmerso en la figura del enriquecimiento sin causa –art. 1.794 –cap IV, con los alcances allí previstos, mas no con el principio de reparación plena que quedaría abarcado por las normas de exclusión –art. 1.740, capítulo 1.

Dentro de este lineamiento debemos pensar entonces que habrá que compatibilizar la vigencia de estas nuevas normas con los Tratados Internacionales de derechos humanos, cuya protección primordial e inexcusable es la persona humana y sus derechos fundamentales, como así también con los derechos amparados por nuestra Constitución –art. 14, 14 bis, 17, 19, y consec. El apartamiento de la normativa común cuando el sujeto dañador es el Estado y la sujeción a principios del Derecho Público podría en algún caso comprometer la indemnidad de los derechos subjetivos y llevarnos al desamparo, o al menos a la restricción de su reparación.

4) Las facultades de las provincias

Un análisis especial merece el art. 1.765 desde la óptica de las facultades de las provincias. Si el congreso de la nación determina que la responsabilidad del estado es materia regulatoria de las provincias, puede éste introducir límites al ejercicio de su potestad?, puede imponer de qué manera o bajo qué parámetros deben emitir sus propias leyes?, o bastará con que éstas respeten la Constitución Nacional y los tratados internacionales al regular la materia?

Podrá admitirse en todo caso que la responsabilidad de los estados provinciales y nacional sean materia de derecho público local, pero de ninguna manera permitir que el congreso de la nación imponga pautas que no están en nuestra carta magna, pues el ejercicio del poder público es una cuestión de resorte único y exclusivo de las provincias, conforme cuantiosa jurisprudencia de la Corte Suprema.⁶

Cabe concluir entonces que esta nueva legislación impone a las provincias, no sólo el deber de incorporar a sus normas la regulación de la materia, sino también de revisar y adecuar la ya existente, inclusive en algunos casos, hasta su propia Constitución provincial.⁷

5) Los presupuestos de la responsabilidad bajo la perspectiva del derecho administrativo

Una de las consecuencias que podría acarrear la vigencia de los arts. 1.764 y 1.765 C.C. sería la regulación de un nuevo sistema dentro de las normativas provinciales con la implementación de diferentes y/o nuevos presupuestos, o la admisión de los ya conocidos, tradicionales y existentes en el derecho privado con alcance y definiciones bajo diferentes perspectivas.

A modo de ejemplo, y analizando los presupuestos existentes y hoy regulados en el código civil, podemos reflexionar sobre algunos aspectos de ellos a la luz de la doctrina y jurisprudencia iuspublicista que se viene desarrollando, para advertir así el arribo a soluciones diferentes entre una y otra rama del derecho.

a.- Antijuridicidad:

Este factor, esencial para el derecho civil, resulta para algunos autores del Derecho Administrativo un elemento prescindible para atribuir responsabilidad al Estado. En este ámbito el sacrificio del derecho individual en pos de contribuir al bien común es un precepto permitido y no excepcional⁸. Consecuentemente, no se trataría de un obrar antijurídico, sino lícito y normal que puede producir daño. Ello deriva del doble origen de responsabilidad del estado: por actos lícitos o por actividad ilegítima, no siendo requisito de los primeros la antijuridicidad.

Así pues, el fundamento de la responsabilidad del estado para la doctrina administrativista tiene su fuente en la Constitución Nacional, en el respeto de los principios administrativos que deben reinar en un estado de derecho, con exclusión de la legislación común⁹. Para otros la responsabilidad del estado tiene su fundamento en

⁶ Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. Sentencia CSJC del 21 de Marzo de 2006

⁷ Vgr. Constitución de la Provincia de Santa Fe-art.18, Prov. De Entre Ríos –art.38 y 46.

⁸ “...la antijuridicidad no es presupuesto general de la responsabilidad del Estado, en tanto ésta también puede derivar de la competencia general que a éste le asiste para sacrificar derechos patrimoniales por razones de bien común...” Derecho Administrativo –Julio Comadira-p.363 Ed A.Perrot

⁹ Derecho Administrativo Comadira, obcit 366.

el estado de derecho, no siendo concebible un Estado de derecho “irresponsable”, pues es un contrasentido.¹⁰

Siguiendo esta postura, pero ante la ausencia de normas expresas que resuelvan la cuestión, nuestra CSJN culminó fundando la responsabilidad del estado en la legislación común, aplicándola por analogía, en defensa de las garantías de los artículos 14 y 17 C.N.¹¹

El Derecho Administrativo, por ser parte integrante de un “todo” en nuestro derecho positivo, está impregnado de los principios generales del derecho que, siguiendo los lineamientos del derecho romano pueden resumirse en tres grandes principios: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo¹². Estos principios integran los llamados principios generales, comunes a todas las ramas del derecho, a los cuales deberíamos recurrir frente al vacío o divergencias que pudieren existir ante a este presupuesto, a modo de resolver con justicia y superar cuestiones formales o doctrinarias sobre la antijuridicidad.

b.- Factor de atribución:

El *factor de atribución* tiene también su diferencia en el ámbito administrativo. Luego de analizar y concluir que la responsabilidad del estado es siempre directa (por aplicación de la teoría organicista), deviene inadmisibile la aplicación del factor subjetivo –culpa, dolo- a este ente. Consecuentemente el factor de atribución habrá de resultar siempre de carácter objetivo. Así ha concluido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, y ha sido receptado en la ley de Responsabilidad del Estado y en el Anteproyecto del Código Civil.¹³

La imputabilidad en el estado debe originarse en el accionar directo del funcionario/agente estatal, quien debe actuar en ejercicio de su función, dentro de la órbita de la función pública. El factor de atribución dentro de la órbita estatal se subsume, casi en forma única y exclusiva, en la conocida “falta de servicio” del estado (anteriormente con basamento en el art. 1.112 CC). Esta concepción responde a la ausencia de culpa en el Estado.

¹⁰Marienhoff, Tr. Der Adm T IV p 666

¹¹“Es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria... No hay duda que la solución debe buscarse en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 16 del Cód. Civil, y que no hay otras que las que rigen la expropiación”. (CSJN, 26/2/43, “Laplacette c. Provincia de Buenos Aires”, La Ley, 29-697).

¹²Marienhoff ob.cit.T 1 p.295

¹³ARTÍCULO 1764.-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.

Para la configuración de este presupuesto existen dos posturas: aquella por la cual se extrae del ámbito de responsabilidad del estado a las conductas realizadas por estas personas en forma absolutamente extraña o al margen de sus funciones, aún cuando hubieren actuado en apariencia de ellas, o utilizando medios obtenidos con motivo de las mismas-; y aquella postura que extiende la responsabilidad del estado a funciones en las que el agente actúa al menos en forma aparente en la función, o que de algún modo se conecta o tiene su origen en oportunidad o en ocasión de dicha función.

Existe una fuerte tendencia a limitar la responsabilidad del estado a aquellos casos en los que el agente actúa en estricta "función pública". El daño debe ser causado por el estado mismo quien con su accionar lícito o ilícito se manifiesta y lo produce. La utilización del arma, el choque del vehículo oficial, el informe del registro, la sentencia judicial, etc... deben ser estrictos actos del estado generadores del daño a resarcir.

Conforme lo ha dicho la Corte en el caso Vadell, la idea de responsabilidad objetiva por falta de servicio, con anclaje en el antiguo 1.112 CC habría de convertirse en el único y típico factor de atribución en el régimen de responsabilidad del estado, desplazando así a factores como el riesgo creado, actividad riesgosa, el provecho, la equidad, etc.. que quedarían sólo para la aplicación del ámbito privado.

Sobre este particular, la responsabilidad por riesgo tuvo su andamiaje en el derecho administrativo, pero la CSJN marcó una clara diferencia en la extensión de la responsabilidad del estado en el caso "Mosca"¹⁴, toda vez que de brindar la misma protección que los particulares en este ámbito, el Estado se convertiría en un asegurador de todos los daños que se produzcan que, de forma inmediata o mediata, lo harían responsable.¹⁵

c.- Causalidad:

En lo referente al *nexo causal*, quienes participan de la idea de abordar la responsabilidad del estado en el ámbito del derecho administrativo, exponen y desarrollan las mismas teorías que las del derecho privado. La Corte Suprema ha aplicado diferentes, sin inclinación u orientación decisiva de ninguna de ellas, dependiendo el caso.

Pueden apreciarse algunas diferencias en el criterio de causalidad seguido por la corte al juzgar los hechos del estado según éstos sean propios de su actividad lícita o actos legítimos, u originados por el accionar ilícito de sus funcionarios. En el primero de los casos la corte ha exigido que la relación entre el daño y el hecho/acto sea directo, inmediato y necesario, es decir, un criterio más estricto.

¹⁴"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 (Fallos: 321:1124)".

¹⁵Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público-Juan Carlos Cassagne p. 350 ed Rap.

Se entendió por directo a aquellas consecuencias que se producen por sí mismas, sin intermediación de otro o hecho para producir efectos; por inmediato a aquel daño que se produjese según el normal suceder o acontecer de las cosas –con cierto grado de previsibilidad-, y por exclusivo que dicho acto haya sido producido por el estado únicamente. De esta manera cualquier interferencia en el accionar del estado con un tercero excluiría la responsabilidad del mismo. El accionar del estado debe ser único y exclusivo generador del daño. Se descartan así las concausas, y responsabilidades compartidas, evidenciándose aquí una gran diferencia con el régimen general.

A modo de ejemplo podemos citar el caso “Deoca”, en el que la corte sostuvo que la entrega del sable en propiedad a un militar retirado como parte integrante de su uniforme no hacía imputable al estado del hecho dañoso por cuanto dicha entrega no era la *causa adecuada* del delito de homicidio, según el curso natural y ordinario de las cosas, asignándole el carácter de consecuencia remota por el cual el Estado no debe responder.

En igual sentido, en casos como Rabanillo c/ Nación..”, consideró que el mayordomo de una universidad estatal que atacó y mató a un compañero de trabajo para robarlo en el subsuelo de la universidad no lo hizo con motivo de sus funciones. La corte culminó expresando que no era imprescindible la condición de agente del estado para ocasionar el hecho delictuoso, y que el mismo no fue efectuado en el ejercicio de sus funciones o con motivo de su desempeño.

Vemos entonces que la provisión de cosas riesgosas o actividades riesgosas pueden tener su causa en la función pública, pero el daño causado constituir una causa remota o no previsible que lo excluya del ámbito de responsabilidad.

Con criterio diferente y más amplio entendió en “Furnier” que la entrega del arma a un policía habría sido una de las causas por las que se produjo el homicidio, pues de no habérsela suministrado el Estado, el mismo no hubiera podido producir el daño; que si bien el agente habría estado fuera de servicio, el daño guardaba conexidad con la función, ya que habría obrado *en ocasión* para cometer el delito.

Comparando estos fallos puede arribarse a la conclusión que ambos funcionarios se encontraban fuera del ejercicio de la función pública al ocasionar el daño, y el estado habría aportado en ambos casos el elemento de riesgo. La teoría de la causalidad aplicada en uno y otro caso difieren diametralmente y con ello sus resultados.

En el accionar ilegítimo o ilícito del estado en su ámbito extracontractual (conforme legislación de Velez) la jurisprudencia es menos estricta. Ello pues, se entiende que el cumplimiento de una función pública no puede ocasionar daños injustos, pero que el daño producido por una conducta ilícita debe ser reparado.

La Corte no ha adherido en especial a ninguna de las teorías existentes, dependiendo la adopción de éstas según el caso concreto. Ha adoptado la teoría de la causa adecuada, equivalencia de las condiciones, indagando sobre la idoneidad del hecho

para la producción del daño. Pero ha considerado como causa sólo a aquella que resulta imprescindible y necesaria condición para la producción del daño. Quien actúe en el carácter de funcionario público debe cumplir la función pública, no bastando que el mismo actúe con motivo de su función.

Como se ve, el esquema de causas tiene una apreciación o alcance más riguroso, y exclusivo, que en el ámbito civil. La rigidez y estrecha relación con que se mide la causa excluye muchas veces al estado como responsable, y arriba, por qué no decirlo, a soluciones diferentes a la que llegaría la doctrina civilista.

d.- Daño:

En lo que respecta al *daño*, cabe efectuar nuevamente aquí una diferenciación con la doctrina civilista en la extensión del resarcimiento. En la responsabilidad por el accionar legítimo del estado existe el deber de soportar el sacrificio, aunque no exista necesariamente el deber de soportar el daño. En el devenir de sus actos ilícitos no existe tal deber, y si bien no está presente la noción de culpa, se cristaliza el deber de reparar si se cumplimenta con el factor de atribución de la falta o incumplimiento de servicio. En tal caso, la reparación con alcance integral se impone.¹⁶

Por lo demás, uno de los puntos mas controvertidos en materia de extensión del resarcimiento lo constituye el lucro cesante, que es expresamente excluido en algunas normas, como en la ley de responsabilidad del estado, decretos, pliegos licitatorios, etc... Su fundamento se encuentra en el art. 16 de la Constitución Nacional, en la obligación de soportar las cargas públicas. Tiene erróneamente, a mi criterio, su primer antecedente en un caso de expropiación por el cual se denegó al propietario la indemnización de este rubro basado en este argumento. Con igual sustento se aplicó como justificativo para denegar otras indemnizaciones con posterioridad. Entiendo que el caso de la expropiación, al igual que otras en la que el estado actúa con su poder de imperio, aduciendo causas de utilidad pública en pos de un bien común, no pueden asimilarse ni extenderse a daños ocasionados por el ejercicio de la función pública. Este criterio debe ser restrictivo y no puede llevarse, a mi entender, al accionar lícito de los restantes actos del estado.

El daño moral es para algunos autores¹⁷ extraño a la noción de responsabilidad estatal. Si el estado detenta poder para ocasionar un daño en el ejercicio de sus funciones, no puede advertirse que dicha acción, lícita por excelencia, pueda producir daño moral. Queda así restringido también este rubro indemnizatorio.

¹⁶“...según se trate de la actuación legítima o ilegítima del Estado (y en ambas situaciones es responsable de los daños causados injustamente a los particulares) va a diferir el alcance y la medida de la reparación, habida cuenta que el sacrificio que soporta el administrado por el perjuicio causado por el Estado presenta una diferencia específica importante, pues mientras en la actuación legítima él tiene el deber de aceptar el sacrificio (aún cuando no el de soportar el daño), en la responsabilidad por actuación ilegítima o defectuosa de la actividad del Estado, no le es impuesta la obligación de soportarle, ni menos aún, de padecer el daño sin indemnización”. Cassagne Juan Carlos Tomo I Derecho Administrativo Ed. Lexis Nexis p.491.

¹⁷Julio Comadira-Derecho Administrativo, p.373

6) El sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño

Otros autores, como el citado maestro Comadira, elaboran una teoría en torno a la responsabilidad del estado con otros presupuestos además de los tradicionales: el sacrificio especial, entendido como un sacrificio superior al exigible igualmente a raíz de la vida en comunidad y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, elemento éste que extraen de la jurisprudencia sentada en el caso “Columbia”, de 1.992. Son dos requisitos separados que a veces son analizados en forma conjunta. Algunos lo denominan “el quinto presupuesto”¹⁸

El mencionado presupuesto se origina en la causa entre Columbia Financiera S.A. y el Banco Central, por medio del cual la primera demanda al último una indemnización proveniente del reemplazo de índices que debió abonar por préstamos de capitales. En primera instancia se hizo lugar a la demanda en virtud que la relación reglamentaria que unía a la compañía con el banco no implicaba que la compañía tuviera que soportarlos, pues eran objetivos sociales y económicos que afectaban la libertad y patrimonio de la financiera que comprometían su actividad.

Dicho fallo fue revocado por la Corte que invocó la existencia de un sacrificio especial del afectado. Fundó su decisión aduciendo que existe una relación especial de sujeción entre la entidad financiera y el Banco Central que constituye una relación diferente a cualquier otra de índole comercial, por la cual la entidad financiera debe sujetarse a las normas impartidas por el banco. Agrega además, que no existe lesión a una situación jurídicamente protegida, no existe un derecho de la entidad financiera a mantener una determinada situación jurídica, y por ello no existe daño, por lo que se descarta la ausencia del deber de soportarlo.

Si bien el fallo es criticado por algunos autores, por su falta de claridad y confusión en el tratamiento de ambos argumentos, se extrae como corolario que cuando un particular se somete voluntariamente a un régimen significa que puede gozar de sus beneficios pero debe tolerar ciertos sacrificios especiales, y si de ello se deriva un daño, debe soportarlo también.

Este llamado quinto presupuesto ha sido a veces tratado en forma conjunta, entendiéndose que el sacrificio especial es la causa de la ausencia del deber de soportar el daño, uniendo así estos dos presupuestos en uno. Quienes lo admiten lo fundamentan en el deber de contribuir con las cargas públicas. Ejemplos de este deber lo constituyen: la ocupación temporaria de inmuebles, la expropiación de bienes, la revocación de actos en razón de oportunidad, mérito y conveniencia, la realización de obras públicas (aún cuando éstas produjeran disminución de valor en los inmuebles

¹⁸Jorge I. Muratorio-Cuestiones de responsabilidad del Estado y dl Funcionario Público –Jornadas orgnizadas por la UnivAustral p 485.

linderos), la requisición en tiempos de guerra de bienes privados (a título de uso, consumo o dominio)¹⁹

7) Apreciaciones finales

La reparación de daños ha sido un tema importante de estudio durante las últimas décadas, evolucionando doctrinaria y jurisprudencialmente, hacia una protección cada vez más amplia de la persona humana y sus derechos.

Por tanto no deja de sorprender a todos los operadores del derecho la modificación incorporada al Código en los artículos 1.764, 1.765 y 1.766 en un cuerpo legal que, desde el mensaje de elevación hasta sus últimos artículos, se precia de jerarquizar principios como la igualdad, la buena fe, la protección de derechos fundamentales, la inclusión de pueblos originarios, la defensa de los consumidores, etc...; un código impregnado de principios, derechos, garantías, medidas protectorias, que pregona la “constitucionalización del derecho privado”, que avanza y se anticipa a la producción del daño de manera preventiva, de pronto y sin debate previo, aparta del derecho de fondo al Estado y sus funcionarios públicos, y deriva a las legislaciones locales de derecho público el tratamiento de su responsabilidad, bajo los principios del derecho administrativo.

El camino escogido por nuestro legislador crea a favor del aparato estatal una suerte de privilegio al aplicar principios del derecho público, en un momento histórico-social en el que el instituto de la responsabilidad se amplía en todas sus esferas, extendiéndose sus límites no sólo a la reparación, sino también a la prevención y a la sanción, ámbitos de los cuales, el estado quedaría excluido.

Un tema no sencillo que, como anticipé, merece ser debatido desde diferentes ópticas, algunas de las cuales se han insinuado en el presente. Sin dudas, desde la mirada de la víctima, la invocación de los tratados internacionales de derechos humanos será fundamento de sus pretensiones, pero desde otra perspectiva, hoy debatimos nuevamente el modelo que consensuaron nuestros constituyentes. Los objetivos consagrados en nuestro preámbulo de: constituir la unión nacional, afianzar la justicia, promover el bienestar general se ven comprometidos, o al menos bajo una visión diferente.

Sin desmerecer la opinión de prestigiosos tratadistas administrativistas, entiendo que la responsabilidad es un instituto que debe regularse dentro del derecho común, entendido como un conjunto de normas y principios que se encuentran por debajo de la Constitución Nacional, pero por encima de las restantes ramas del derecho, y a los que deben someterse todos los sujetos de derecho, inclusive el Estado. Su tratamiento

¹⁹Cassagne-ob.cit p. 512.

dentro del derecho común continuaría brindando a todos los habitantes igualdad y seguridad jurídica, en cumplimiento con el mandato constitucional.

La protección de los derechos fundamentales, la prioridad y el respeto de los derechos y garantías a los que la República Argentina ha adherido mediante Tratados Internacionales, deben ser la fuente de inspiración de los jueces para la resolución de casos, sin perjuicio de resaltar la necesidad de implementar acciones tendientes a superar los inconvenientes y adecuar la regulación a la especificidad que presenta la actividad del Estado, en forma equilibrada y con sujeción al estado de derecho.