

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. UN ANÁLISIS DE LAS CRÍTICAS AL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LA LEY DE RESPONSABILIDAD ESTATAL*

STATE AND PUBLIC OFFICER'S LEGAL RESPONSIBILITY SYSTEM. AN ANALYSIS OF THE CRITICS TO THE NEW NATIONAL CIVIL AND COMMERCIAL CODE AND THE LAW ON RESPONSIBILITY OF THE STATE

*Adriana Laura Vercellone***

Resumen: Se han elaborado diferentes críticas en torno al nuevo régimen de responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) y la Ley de Responsabilidad Estatal (LRE). En particular, identificamos tres líneas de críticas: la primera, relacionada con la legitimidad del mecanismo de sanción de dichas normas, y las otras dos vinculadas a su contenido jurídico. El objetivo de este trabajo es evaluar dichas críticas para concluir sobre su plausibilidad y solidez. Para ello, primero se reconstruyen los principios fundamentales sobre responsabilidad civil aplicables en el ámbito de la administración pública antes de la sanción del nuevo CCC y la LRE. Luego se reconstruyen las normas hoy vigentes en la materia, así como también la elaboración jurisprudencial y doctrinaria que las justifica. Finalmente, se exponen y evalúan los principales argumentos de las críticas más comunes que se han dirigido al mencionado régimen de responsabilidad, llamando la atención sobre algunos puntos controvertidos de dicha norma.

Palabras-clave: Responsabilidad del Estado - Funcionario público - Código Civil y Comercial de la Nación - Ley de Responsabilidad del Estado.

*Trabajo recibido el 2 de septiembre de 2016 y aprobado para su publicación el 19 del mismo mes y año.

**Abogada (Universidad Nacional de Córdoba/UNC), Magister en Derecho y Argumentación (UNC). Becaria doctoral de la SECyT (UNC). Profesora de Ética; Profesora de Derecho Político; Profesora en la asignatura opcional Ética de los funcionarios públicos (Facultad de Derecho-UNC). Miembro del "Programa en Ética y Teoría Política" y del "Programa de Práctica Profesional". Investigadora en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. (E-mail: adrivercellone@gmail.com).

Abstract: Many have argued against the new legal responsibility system for public sector -both, State and public officers-, which has been conformed after the sanction of the new National Civil and Commercial Code (CCC) and the Law on Responsibility of the State (RE). These objections can be distinguished in three groups: one of them is related with the legitimacy of the process that preceded the sanction of those laws; the other two refer to its legal content. This paper aims to evaluate those arguments in order to conclude about its plausibility and solidity. To achieve this objective are explained the fundamental principles on civil responsibility that ruled in public administration before the sanction of CCC and RE. In the second place, the principles that are being applied on that matter and the different jurisprudence and doctrinal positions that helped to the elaboration of the new regime are explained. Finally, the arguments sustained by those critical positions are assessed, and are added conclusions about some controversial aspects of these new laws.

Keywords: Responsibility of the State - Public Officers - National Civil and Commercial Code - Law on Responsibility of the State.

Sumario: I. Introducción.- II. Notas características del régimen de responsabilidad antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.- III. Régimen de responsabilidad en el nuevo Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad Estatal.- IV. Críticas al nuevo régimen de responsabilidad del Estado y funcionarios públicos. 1. Ilegitimidad. 2. Inseguridad jurídica y desigualdad ante la ley. 3. Irresponsabilidad del Estado.- V. Conclusiones.

I. Introducción

Uno de los aspectos de la reciente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) de mayor repercusión es el referido a la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. En rigor, sólo tres de los artículos incluidos en dicha reforma refieren al tema, aunque su recepción ha sido más profusa.

En el debate parlamentario previo a su aprobación se acusó que carece de legitimidad democrática y que su entrada en vigencia sucede cuando el proyecto aún se encuentra en estado de inmadurez. En relación con los aspectos jurídicos de la norma, sus principales detractores reseñan que, entre otros principios constitucionales, viola la igualdad ante la ley (1) e impide demandar civilmente al Estado por daños injustamente padecidos. Al criticar el modo en que queda regulada jurídicamente la responsabilidad en el ámbito público, se sostiene que el sistema argentino sólo promueve la impunidad de los funcionarios públicos, maximiza el poder delegado al Estado, y hasta refieren a las nuestras como las leyes de “irresponsabilidad del estado” (2).

(1) PLATAFORMA 2012. “Pronunciamiento de plataforma 2012 sobre la ley de limitación de responsabilidad del Estado, 2014”, <http://www.plataforma2012.org.ar/> (consultado en marzo 2015).

(2) GARRIDO, M., “Impunidad estatal garantizada”, artículo periodístico publicado en *La Nación*, 24.07.2014; CAMAÑO G. en SERRA, L., “La reforma del Código Civil”, artículo periodístico publicado en *La Nación*, 17/11/2013.

En este trabajo intentaré revisar dichas críticas intentando llamar la atención sobre su solidez. Para esto, previamente explicaré el anterior sistema jurídico de atribución de responsabilidad para el ámbito público, y mostraré como queda actualmente conformado el marco reglamentario de la responsabilidad estatal e individual, resaltando similitudes y diferencias. En este análisis será de utilidad concentrarnos en los principios más discutidos de la responsabilidad, y las soluciones que en jurisprudencia y doctrina se han encontrado para la administración pública.

II. Notas características del régimen de responsabilidad antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial

Una característica de nuestro sistema jurídico es que no ha existido un ordenamiento único o una legislación que regula de forma completa la atribución de responsabilidad en el ámbito público. Los principios que hasta hoy regulaban la práctica se encuentran dispersos en diferentes normas nacionales o locales, y en muchos casos constituyen creaciones jurisprudenciales o doctrinarias que se han ido moldeando con los años; en la mayoría de los casos, a partir de la aplicación e interpretación de normas previstas para el ámbito de las relaciones privadas.

En líneas generales, se suele distinguir los casos de responsabilidad individual de los funcionarios públicos, de los casos de responsabilidad del Estado como ente, y a la vez, la responsabilidad contractual o extracontractual de este último.

El Estado es responsable contractualmente por el no cumplimiento de obligaciones pactadas. Como ejemplos se suele citar la responsabilidad de resarcir que surge del incumplimiento de un contrato de empleo público y las obligaciones contraídas en licitaciones públicas con empresas privadas (3). Este tema no presenta mayor complejidad teórica, ya que son de aplicación principios generales sobre el tema (como ser, principios generales de los contratos) o leyes especiales.

Por otro lado, el Estado responde extracontractualmente por los daños ocasionados en el despliegue de su actividad funcional y de sus potestades como autoridad general. Su fundamento no se halla en el incumplimiento de lo previamente acordado, sino en el incumplimiento de un deber más genérico como el de no dañar. Atenta la falta de reglamentación en relación con la responsabilidad extracontractual estatal, jurisprudencialmente se han aceptado los siguientes criterios (4):

- 1.- Justificación de la responsabilidad del Estado. Para justificar que sea el Estado como ente colectivo el que responde se ha recurrido a la *teoría del órgano*. Ésta entiende a la persona jurídica como un organismo del cual sus integrantes son órganos. Frente a la tradicional *teoría de la ficción*, la teoría del órgano permite

(3) PERRINO, P. E., “La responsabilidad contractual del Estado”, *La Ley*, vol. 12/12/2012, 2012-F, 1286.

(4) Sobre algunos de estos aún persisten desacuerdos. No obstante, entiendo que son los pilares que ha construido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la responsabilidad en el ámbito público.

interpretar a los actos de directores, administradores o dependientes como si procedieran de la misma voluntad del Estado. Es decir que, siendo la persona física un órgano de expresión de la voluntad del Estado, la acción estatal es imputada al ente, y no individualmente al agente público que lo llevó adelante (5).

- 2.- Responsabilidad de funcionarios públicos. En principio, un funcionario no puede ser responsable contractualmente, dado que cualquier acuerdo o vínculo que establezca con terceros lo hace en nombre de la institución que representan y nunca a título individual. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, un funcionario puede causar daños en el ejercicio de su cargo a los particulares o al mismo ente estatal. Este responde de manera personal toda vez que su obrar haya sido negligente o cuando por su autoridad podía evitar la actividad dañosa. A falta de regulación específica, se ha aceptado que ésta nace de lo preceptuado en los artículos 1112 y 1123 CCC (6), normas que constituyen parte del entramado básico del régimen general de responsabilidad civil, y en la Ley de Administración Financiera del Estado. La responsabilidad del funcionario puede ser concurrente con la del Estado o no.

Así, toda vez que un particular sufre un daño como consecuencia de un acto oficial puede demandar de forma directa contra el Estado, contra el funcionario si se trataba también de una actividad irregular, o a ambos de forma concurrente. Cuando es el Estado quien ha respondido de forma exclusiva, luego éste puede repetir en contra del funcionario la indemnización.

- 3.- Tipo de responsabilidad. La CSJN ha sostenido desde el año 1984 que la responsabilidad del estado es eminentemente *directa*. Esto significa que los actos individuales de los agentes son atribuidos directamente al estado (dada su naturaleza de persona jurídica de carácter público), y por ello el particular puede demandar directamente al Estado por los hechos de funcionarios (7).

(5) Para ver en profundidad estas teorías y sus implicancias: BUTELER CÁCERES, J., *Manual de Derecho Civil*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998; ECHEVESTI, C., *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

(6) Artículo 1112, CCC: 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, son comprendidos en las disposiciones de este título.

Artículo 1123, CCC: El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia. Sobre la evolución y antecedentes jurisprudenciales ver: ECHEVESTI, C., ob. cit., 2003; PALAZZO, J. L., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995; TRIGO REPRESAS, F. A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, vol. 1, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

(7) De acuerdo a los siguientes fallos de la CSJN, la responsabilidad del Estado es objetiva y directa: CSJN, 18/12/1984, "Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires", *La Ley*, 1985-B, 3; CSJN, 28/04/1998, "Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros", *La Ley*, 1998-C, 322; CSJN, 19/09/1989, "Tejedurías Magallanes S.A. c. Administración Nacional de Aduanas", *La Ley*, 1990-C, 454 - DJ, 1990-2, 912. Todos los fallos citados han sido extraídos de TRIGO REPRESAS, F. A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, vol. 1, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

- 4.- Agentes públicos. En relación a *quiénes* pueden obligar al Estado, se ha admitido que son todas aquellas personas integradas a la estructura del Estado, dejando fuera a quienes sólo ejercen algún cargo específico, colaborativo y por regla (8). Siguiendo a Perrino (9), podemos decir que esto deja afuera a notarios públicos, contratistas y prestadores de servicios públicos, por ejemplo.
- 5.- Requisitos de procedencia. En general se sostiene que para que exista un deber de reparar debe existir un daño, antijurídico, y la relación de causalidad entre la acción u omisión de una persona y dicho daño. En el caso de la responsabilidad del Estado se agrega que se trate de un acto funcional, es decir, que el perjuicio debe ser consecuencia de una actividad funcional de agentes del gobierno (10).
- 6.- Factor de atribución. Para que proceda la atribución de responsabilidad no es necesario indagar en la subjetividad de los autores materiales del perjuicio. Por el contrario, a la víctima le alcanza con probar el daño, la potestad del funcionario para actuar en nombre del Estado y la relación de causalidad de éste con la actuación estatal, para que surja dicha responsabilidad (11).
Las nociones “ocasión de trabajo” y “ejercicio de la función” presentes en las normas del CCC mencionadas han sido ligadas a la idea de causalidad (12). Es decir, para los jueces y gran parte de la doctrina, no representan el mero ejercicio de un cargo en un tiempo y lugar determinado, sino que dicho ejercicio constituye la causa por la que algo acontece. Así lo ha entendido la CSJN desde la década del ‘90.
- 7.- Carga de la prueba. Como consecuencia procesal, se ha invertido la carga de la prueba, debiendo probar el funcionario que no ha obrado de modo negligente o culposo. Y dada la diversidad de cargos y jerarquías en el ámbito público, hay que estar en lo normado para cada función pública para evaluar si la persona se ha apartado de las directivas y reglamentos que la rigen.
- 8.- Tipos de responsabilidad. La responsabilidad puede ser consecuencia de la actividad lícita del Estado y sus funcionarios, es decir, consecuencia del despliegue de sus normales y legítimas potestades de gobierno; aunque también puede ser consecuencia de un ilícito, esto es, consecuencia de una actividad que no forma parte del encuadramiento funcional del agente. Esto generalmente sucede cuando se excede o aparta de lo propio de su cargo.

(8) Fallo: CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, *La Ley*, 1985-B, 3.

(9) PERRINO, P. E., “La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actividad ilícita”, *Documentación administrativa*, 2004, (269-270), pp. 277-296.

(10) Fallo: CSJN, 06/03/2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, *La Ley*, 2007-B, 261.

(11) CASSAGNE, J. C., “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración”, *La Ley*, 2005; CASSAGNE, J. C., “Diálogos de Doctrina”, *La Ley - JCC - 09/05/11 - 2011*; PERRINO, P. E., ob. cit., 2004, p. 447-454; PERRINO, P. E., ob. cit., 2012.

(12) PERRINO, P. E., ob. cit., 2004, pp. 452-453.

9.- Fallos rectores y casos de responsabilidad. La distinción “lícita” e “ilícita” ha sido muchas veces dejada de lado para referir al ejercicio “legítimo” e “ilegítimo” de cargos, o también, “regular” e “irregular”. Los fallos rectores de la CSJN y Tribunales Nacionales indican que:

a) En el caso de ilícitos, el Estado responde:

- 1.- Por la irregular prestación de servicios de un órgano administrativo, ejecutivo y judicial. Según Andrada (13), el argumento para sostener esto ha estado ligado a cuatro aspectos: *a) el estado como guardián*: entre cuyos casos destacan las omisiones o falta de control sobre terceros contratistas o concesionarios a cargo de un servicio público (y sobre el cual tiene un deber/potestad de control), y falta de vigilancia sobre bienes del Estado u obras públicas; *b) el estado como dueño de bienes u obras*: en este supuesto responde por la creación de riesgos innecesarios, o por daños causados por cosas y bienes que están bajo su control; *c) falta de servicio público*: es decir, la no prestación o la defectuosa prestación de un servicio que tiene el deber de satisfacer; y *d) omisiones de funcionarios* (14).
- 2.- Por daños derivados de hechos de terceros, acción propia de la víctima o fuerza mayor, pero sólo en la medida de su participación en el evento (15). No responde cuando son consecuencias normales de su actividad estatal (16). Aquí la culpa del Estado puede ser concurrente con

(13) ANDRADA, A. D., “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, *La Ley*, 2010, 24/08/2010, p. 1.

(14) Entre los casos que quedan abarcados en este supuesto pueden mencionarse: deficiente prestación de servicio de justicia (entre las causas la que sobresale siempre es la dilatación del proceso judicial, error en la investigación policial, error judicial-error *in procedendo*), ejecución irregular de servicio registral, daños derivados de alzamiento militar, daños seguidos por falta de control policial en concesionarias de servicios de transporte, accidentes en ruta por no mantenimiento de vía pública, error médico en hospital público, daños por rotura en vía pública, daños por disparo de un oficial del Ejército retirado, como organizador de espectáculos públicos, por accidente en instalaciones de hospital público, derrumbe de edificio, accidente en establecimiento educativo, desborde de desagües, mal estado de juegos en parques públicos. Ver fallos: CS, 20/3/2003, “Mochi, Ermanno y otra c. Provincia de Buenos Aires”, *RCyS*, 200-694; CSJN, 19/10/1995, “Balda, Miguel A. c. Provincia de Buenos Aires”, *La Ley*, 1996-B; CSJN, 26/10/1999, “Mallman, Arturo J. y otro c. Ministerio del Interior”, *La Ley*, 2000-D, 504; CSJN, 19/09/1989, “Tejedurías Magallanes S.A. c. Administración Nacional de Aduanas”, *La Ley*, 1990-C. 454 - *DJ*, 1990-2, 912; CSJN, 10/04/2001, “C. de G. F. c. Provincia de Buenos Aires”, *DJ*, 2001-3, 8669; CSJN, 13/10/1994, “Román S.A.C. c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia”, *La Ley*, 1995-B; CSJN, 13/05/1997, “Manzi, Carlos A. c. Estado Nacional”, *La Ley*, 1997-E, 740; CSJN, 12/08/2008, “Reynot Blanco, Salvador Carlos c. Provincia de Santiago del Estero”, *La Ley*, 01/10/2008, 11 - *DJ*, 2008-2-1693; CSJN, 29/11/2005, “Gerbaudo, José Luis c. Provincia de Buenos Aires y otro”, *DJ*, 2006-1-518.

(15) PERRINO, P. E., ob. cit., 2004, pp. 450-451.

(16) Por ejemplo, la CSJN ha sostenido que el Estado no responde por accidentes en ruta con motivo del ingreso de animales, accidentes en ruta por hechos de terceros, desaparición de bienes en AFIP, atropellamiento de persona por formación ferroviaria concesionado, accidentes en espectáculos deportivos no imputables a funcionario, ingesta de alimentos en mal estado en la vía pública.

terceros o no, y en la casuística ha abarcado principalmente los casos de daños causados por concesionarias de servicios públicos.

b) En el caso de lícitos, el Estado responde:

1.- Por la actuación regular de personal o la realización de obras destinadas a resguardar la seguridad, salud o bienestar general que causen algún daño en personas o grupos (17). Son casos en los que el daño de la administración, en principio, se encuentra amparado por una ley o deber, pero se justifica la indemnización porque el padecimiento del perjuicio representaría para el ciudadano el deber de tolerar un sacrificio desigual (18).

2.- No responde por las consecuencias normales de su actividad (19).

10.- Daño resarcible. La especificación de los supuestos que permiten determinar cuándo ha existido daño y cuándo debe el estado repararlo también son una creación jurisprudencial. Por un lado, se ha excluido la posibilidad de reclamar

Ver fallos: CSJN, 18/12/1984, "Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires", *La Ley*, 1985-B, 3; CSJN, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", *La Ley*, 2007-B, 261. CNCiv. Sala I, 05/10/2004, "Villalba, Yolanda N. y otros c. Roasio y otros", *La Ley*, 30/12/2004, 7. Sobre lo sostenido por la CSJN en estos casos ver: PERRINO, P. E., ob. cit., 2004, págs. 450-451; TRIGO REPRESAS, F. A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, vol. 1, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

(17) En este supuesto, se ha reconocido responsabilidad del Estado por daños a ciudadanos en tiempos de guerra, expropiaciones, daños a bienes por realización de obras públicas, por someter a un ciudadano a litigio innecesario ante el Estado. Excepcionalmente se admitió responsabilidad por ejercicio de actividad legislativa. Ver fallos: CSJN, 28/07/2005, "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional", *La Ley*, 2006-A, 828 - *DJ*, 2005-3, 983; CSJN, 20/3/2003, "Mochi, Ermanno y otra c. Provincia de Buenos Aires", *RCyS*, 200-694; CSJN, 12/11/1996, "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Banco Central", *La Ley*, 1998-D, 844 - Colección de Análisis Jurisprudencial 01/01/1900, 1134; CSJN, 06/10/2009, "A.R.J. c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia de la Nación", *La Ley* on-line; CSJN, 23/05/2006, "Tortorelli, Mario Nicolás c. Provincia de Buenos Aires y otros", *RCyS*, 2006. Sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado por lícitos: CSJN, 29/05/2007, "Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional", *La Ley*, 2007-D, 272 - *La Ley*, 11/07/2007, 11 - *DJ*, 2007-2-828 - *RCyS*, 2007-925.

(18) ANDRADA, A. D., ob. cit., 2010, p. 9.

(19) Entre éstas se incluyeron: demoras en licitaciones públicas, demoras en procedimientos de concurso y quiebra, actividad judicial normal, ejercicio de actividad legislativa; tampoco responde por la actuación u omisión de órganos administrativos y ejecutivos en su potestad pública propia del estado de derecho, no responde por decisiones discrecionales de ministros de gobierno en ejercicio de potestad ejecutiva. Ver fallos: CSJN, 12/11/1996, "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Banco Central", *La Ley*, 1998-D, 844 - Colección de Análisis Jurisprudencial 01/01/1900, 1134; CSJN, 27/02/1997, "Compañía Swift de La Plata c. Estado Nacional", *La Ley*, 1998-D, 128; CSJN, 13/10/1994, "Román S.A.C. c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia", *La Ley*, 1995-B; CSJN, 13/07/2007, "Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional", *La Ley*, 2007-E, 33. CS, 07/06/2005, "Rivas, Jorge s. inmunidad de opinión", *La Ley*, 2005-E, 724; CSJN, 05/09/2006, "Andrada, Roberto H. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros", *DJ* 2007-1-777; CSJN, 27/05/2004, "Cura, Carlos A. c. Provincia de Buenos Aires y otro (Est. Nacional)", *RCyS*, 2004-VIII, 71 - *DJ*, 2004-3, 483 - *La Ley*, 05/11/2004, 7; CSJN, 26/10/1999, "Mallman, Arturo J. y otro c. Ministerio del Interior", *La Ley*, 2000-D, 504; CSJN, 19/10/1995, "Balda, Miguel c. Provincia de Buenos Aires", *La Ley*, 1996-B, 132.

lucro cesante por actividad lícita de la administración. En cuanto a la actividad ilícita, no existe dicho límite (20).

Como comentario puede agregarse la complejidad de lo referido en algunos de estos puntos que aquí por razones de espacio no se amplían. Por ejemplo, lo relacionado con la naturaleza de los entes colectivos se ha puesto en cuestión en los últimos años al considerar los defectos de las tesis *estructuralistas* y la falta de respuestas ante supuestos de delitos estructurales o daños colectivos (21). Asimismo, la delimitación de las personas que pueden comprometer al estado es también discutida, ya que existe una vasta bibliografía en torno a la distinción entre funcionarios políticos, agentes administrativos y otros, de amplia repercusión en el ámbito de la responsabilidad. Finalmente, no es del todo claro el alcance de algunas nociones presentes en los artículos del CCC recurridas para distinguir actos lícitos, de ilícitos como *ocasión* de trabajo, *ejercicio irregular*, *acto funcional*.

III. Régimen de responsabilidad en el nuevo Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad Estatal

El nuevo CCC ha incorporado tres artículos que regulan de forma específica la responsabilidad el Estado y funcionarios. Ésta, en conjunto con la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (N° 26944, en adelante LRE), aprobada casi simultáneamente con el Código, constituye el marco jurídico base para la atribución de responsabilidad en el ámbito público. Ambas normativas vienen a regular, aún de modo incompleto, la responsabilidad patrimonial de funcionarios y del Estado, persistiendo vigentes las anteriores normas sobre otro tipo de responsabilidad en la que puede incurrir un funcionario público o el Estado, a saber, la responsabilidad penal, administrativa, disciplinar y política.

En cuanto a la responsabilidad contractual, siguen siendo aplicables las leyes específicas de la materia, y sólo de forma supletoria la LRE. Es decir, que es de aplicación la LRE cuando no exista regulación específica o cuando se haya incurrido, además de incumplimiento, en irregularidad o actuación ilegítima del funcionario.

Pero el punto crítico de la reforma es el referido a la responsabilidad extracontractual del Estado y de los funcionarios públicos. En líneas generales, puede adelantarse

(20) Ver fallos: CS, 09/06/2009, "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional P.E.N. Dto. 1583/96", *La Ley*, 2009-D, 420; CSJN, 29/05/2007, "Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional", *La Ley*, 2007-D, 272 - *La Ley*, 11/07/2007, 11 _ *DJ*, 2007-2-828 - *RCyS*, 2007-925; CS, 20/3/2003, "Mochi, Ermanno y otra c. Provincia de Buenos Aires", *RCyS*, 200-694; CSJN, 12/11/1996, "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Banco Central", *La Ley*, 1998-D, 844 - Colección de Análisis Jurisprudencial 01/01/1900, 1134; CS, 20/12/1994, "Carstone S.A. y otro c. Municipalidad de Vicente López", *La Ley Online*; CSJN, 27/02/1997, "Compañía Swift de La Plata c. Estado Nacional", *La Ley*, 1998-D, 128; CSJN, 28/07/2005, "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional", *La Ley*, 2006-A, 828 - *DJ*, 2005-3, 983; CSJN, 29/11/2005, "Gerbaudo, José Luis c. Provincia de Buenos Aires y otro", *DJ*, 2006-1-518; CS, 12/06/2007, "Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro", *La Ley*, 2007-D.

(21) Por ejemplo, un reciente e interesante fallo local sobre ilícito estructural de la administración pública es el dictado en la causa por las explosiones de Río Tercero: Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°2, Córdoba, 27/02/2015, "Cornejo Torino, Jorge Antonio y Otros p.ss.aa. Estrago Doloso Aggravado por la muerte de personas en grado de coautoría".

que recepta los principios establecidos por la Corte Suprema en la materia hasta 2013, además de sentar criterios interpretativos con contornos más cerrados. Pero para evitar confusiones, a continuación se analizan en detalle algunas cuestiones.

El primer aspecto de relevancia es el que sienta en el artículo 1 de la LRE y en los artículos 1764-1766 del CCC: expresamente excluye la aplicación subsidiaria y directa de normas del CCC al tema de la responsabilidad del Estado (22). Y en la misma línea, establece que son las normas de derecho administrativo local o nacional las que regularán la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos por hechos u omisiones en el cumplimiento de sus funciones. De este modo recepta algo que tanto la Corte como la jurisprudencia venían defendiendo: que el tema de la responsabilidad del Estado es materia administrativa, que es necesaria una regulación especial a tal efecto, y que la aplicación subsidiaria de normas civiles suplía una laguna que sólo podía ser llenada armonizando dichas normas con las leyes de derecho administrativo aplicables al caso.

Al incluir esta salvedad, la LRE deviene aplicable sólo en materia federal y en el territorio de aquellas provincias que adhieran a su contenido. Es de utilidad mencionar el contenido de esta ley, dada la recepción negativa que ha tenido en el ámbito político. En su articulado, destacan los siguientes puntos:

- a) La responsabilidad del estado es objetiva y directa (art. 1°).
- b) Establece dos casos en los que el Estado se exime de responder (art. 2°):
 - 1.- Los derivados de caso fortuito o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado en leyes especiales.
 - 2.- Por hechos de víctima o de terceros por los que el Estado no debe responder.
- c) Al establecer los requisitos para las demandas en contra del Estado distingue la actividad lícita de la ilícita. Ambas exigen la invocación y prueba de daño cierto e imputabilidad material al órgano estatal. Pero mientras la responsabilidad ilegítima exige un nexo causal “adecuado”, la legítima un nexo “directo, inmediato y exclusivo” (arts. 3° y 4°).
- d) La responsabilidad por actividad legítima es de carácter excepcional. Para que proceda el ciudadano no debe tener obligación de soportar el daño y debe haber sufrido un sacrificio especial (art. 5°).
- e) Los casos de responsabilidad por omisión sólo proceden cuando existía un deber normativo de actuación expreso y determinado (art. 3°).

(22) Artículo 1764 CCC. Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de éste Título, no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Artículo 1765 CCC. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Artículo 1766 CCC. Responsabilidad del funcionario y del empleado público. 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.

Artículo 1° LRE. Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzcan a los bienes o derechos de las personas (...). Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

- f) Excluye demandar lucro cesante al Estado por su actividad legítima (art. 5°).
- g) No procede demanda de daños por actividad judicial legítima (art. 5°).
- h) Excluye la responsabilidad del Estado por los hechos de contratistas o concesionarios de servicios públicos (art. 6°).
- i) Sostiene que los funcionarios públicos y agentes públicos son personalmente responsables por su actuación irregular (art. 9°).
- j) El plazo de prescripción de la acción es de 3 años, mientras que en sede civil persiste el plazo común de 2 años (art. 7°).
- k) No procede la aplicación de sanciones pecuniarias en contra del Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1°).

Como se adelantó, el articulado de CCC y LRE convierten en ley los principios que se venían sentando jurisprudencialmente. Esto se evidencia en los puntos (a), (b), (d), (f), (g) e (i) antes enunciados. En otros puntos sigue los principios de la CSJN, aunque de un modo más específico, demarcando los límites de dicho presupuesto. Tal es el caso de lo establecido en (c) y (e) que explicitan el tipo de causalidad que pueden generar responsabilidad y los supuestos de omisión, respectivamente. En un aspecto, la norma es más amplia que el régimen anterior, punto (j), el cual amplía el plazo de prescripción de la acción judicial. Finalmente, en dos supuestos regula aspectos del régimen de responsabilidad más controvertidos, (h) y (k).

En (h) la ley sostiene que el Estado no responderá por tales hechos cuando la acción u omisión del contratista “sea imputable a la función encomendada”. La preocupación generalizada sobre este tema surge a raíz de casos como la “tragedia de Once” o la explosión de gasoducto en Rosario, en los que se causó un daño no sólo por negligencia del contratista, sino por falta de control del Estado. En (k) se excluye la posibilidad de aplicar sanciones para exigir el cumplimiento de sentencias, recurso que era de mucha utilidad para los jueces en el pasado.

Con este nuevo régimen, un ciudadano damnificado puede demandar en los tribunales contencioso-administrativos, locales o federales, la reparación del daño de acuerdo al régimen vigente en el ámbito local o federal. Si reside en una provincia que ha adherido a la LRE entonces su caso será resuelto por dichas normas. Cuando el derecho administrativo local haya regulado de un modo diferente la materia, el ciudadano tendrá una reparación de acuerdo a los principios locales.

IV. Críticas al nuevo régimen de responsabilidad del Estado y funcionarios públicos

Las críticas que ha recibido el régimen de responsabilidad establecido por el nuevo CCC y la LRE van por tres líneas. La primera, ataca la legitimidad de dichas normas. La segunda, discute dejar en manos del Derecho Administrativo el tema de la responsabilidad pública. La tercera, cuestiona algunos puntos más específicos del CCC y la LER. Las tres críticas se engloban en una difundida idea de que el nuevo régimen promueve la impunidad de funcionarios y la irresponsabilidad del Estado. Me interesa detenerme sobre las dos últimas, estrictamente jurídicas, aunque estimo necesario referir también a la primera.

1. Ilegitimidad

Quienes sostienen que la reforma es ilegítima entienden que el proyecto de nuevo Código no fue suficientemente debatido en la sociedad, que fue arbitrariamente modificado por uno de los poderes del Estado antes de someterlo a debate, y finalmente que fue aprobada sin demasiado tratamiento en las instituciones representativas (23). En su mejor reconstrucción, se entiende que esta objeción reprocha el procedimiento democrático por el cual la norma se ha aprobado.

Como réplica a esta acusación puede mencionarse que para la elaboración de la reforma del Código Civil en 2011 se creó la *Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación* por decreto ejecutivo. Desde su creación, se inició un largo camino hasta la aprobación definitiva del Código en 2014. La redacción inicial del Proyecto original presentado por dicha comisión difería bastante de lo que actualmente prescribe en sus arts. 1763-1766. En breves líneas, en el proyecto original se establecía la responsabilidad objetiva del Estado y se receptaban otros antecedentes de la CSJN, pero el camino era un reconocimiento expreso en el CC evitando la delegación al derecho administrativo local. El Anteproyecto elaborado por la Comisión fue modificado por el Poder Ejecutivo Nacional y luego enviado a una Comisión Bicameral Especial para su redacción definitiva y tratamiento. Esta Comisión desde 2012 llevó adelante audiencias públicas en diferentes provincias y de convocatoria abierta, para oír la exposición y opinión de ciudadanos, abogados y especialistas en los diferentes temas tratados.

Es decir que fueron numerosas las instancias de discusión y debate habilitadas para el tratamiento de dicha norma. Y aun considerando la modificación unilateral introducida por uno de los poderes del Estado, la misma pudo ser posteriormente debatida y modificada por cualquiera de las Comisiones (la encargada de elaboración del anteproyecto y la encargada de su redacción definitiva).

Pese a esto, alguien podría decir que las audiencias y debates no fueron lo suficientemente abiertas e inclusivas, y de esta forma el procedimiento democrático seguido ha sido sólo eso: una formalidad procedimental para mostrar como democrática una norma que no lo es. Es difícil reconstruir el desarrollo de cada una de esas instancias y audiencias para evaluar cuán democráticas fueron. No obstante, pueden hacerse dos reflexiones en torno a ello.

Primero, que la objeción de “ilegitimidad” ha estado presente en la agenda política de medios y plataformas electorales, pero no ha sido un argumento de prioridad que hayan vertido en el debate parlamentario quienes se oponen a la reforma. Esto permite concluir que teniendo oportunidad de oponerse y hablar, algunas personas optaron por no hacerlo. De hecho, en instancia del debate parlamentario para la votación del nuevo CCC, gran parte del sector político que se opone a la reforma se retiró del debate antes de que éste pueda comenzar.

(23) CAPARROZ, L. D., “La responsabilidad patrimonial del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil”, 2013, www.microjuris.com: MJ-DOC-6475-AR | MJD6475, 22/10/2013.

Segundo, que un aspecto central de la legitimidad democrática depende, no sólo de cuan abierta e inclusiva ha sido una toma de decisión, sino también de la posibilidad de someterla a nueva discusión y modificación cuando persiste desacuerdo sobre ella. De acuerdo a una concepción deliberativa de democracia las decisiones colectivas son provisorias, en el sentido de que pueden ser nuevamente modificadas y discutidas en instancias democráticas posteriores (24). Así, aun cuando una norma es percibida como un equívoco por las personas, si el órgano representativo del pueblo la ha adoptado, entonces es el reflejo de la voluntad popular. Y además, es ella quien también puede modificarla sometiéndola a nueva deliberación. Es decir, que aún si pensamos que una decisión colectiva no es la mejor, la posibilidad de discutirla nuevamente asegura que nada se ha perdido en términos de legitimidad democrática.

2. Inseguridad jurídica y desigualdad ante la ley

Como se dijo, el nuevo articulado del CCC expresamente establece la inaplicabilidad de normas civiles al ámbito de responsabilidad del estado y funcionarios. Hasta 2014 persistían dudas en torno a la aplicación del régimen de relaciones privadas a una institución pública, que es la solución por la cual se había encaminado nuestra jurisprudencia. Algunos discuten que pueda darse al Estado un tratamiento homogéneo que a las personas físicas o jurídicas privadas, dada su especial misión (colectiva y social), la justificación de deberes que tiene frente a los ciudadanos, seguidos especialmente de principios republicanos y democráticos, y el desequilibrio evidente en las relaciones que establece con ciudadanos, otros entes colectivos u otros Estados (25). Otros, en cambio, no han dudado en admitir similitudes entre el derecho público y el privado, siendo aplicables unos u otros principios de modo complementario. Finalmente, otros sugieren que algunas normas del Código Civil son de naturaleza pública, pero han sido incorporadas en dicho cuerpo normativo a los efectos de delimitar aspectos esenciales sobre las personas y las cosas, evitando así una posible colisión entre regímenes jurídicos públicos y privados (26).

Con la reforma del CC parece haber reflatado esta discusión sobre el lugar que ocupan las normas de responsabilidad del Estado en el derecho público o privado. Se critica que excluir del ámbito civil la responsabilidad del estado y funcionarios permite que en el futuro cada localidad se encuentre facultada para brindarse su propio sistema

(24) De acuerdo a esta posición el procedimiento democrático debe además ser abierto, inclusivo, y los participantes deben contar con libertades para expresar y participar en igualdad de condiciones. Sobre democracia deliberativa ver: COHEN, J., "Deliberation and democratic legitimacy", *Debates in Contemporary Political Philosophy*, 1989, p. 342; COHEN, J., "Procedure and substance in deliberative democracy", *Deliberative democracy: Essays on reason and politics*, 1997, pp. 407-437; ELSTER, J., *La democracia deliberativa*, trad. J. M. Lebrón, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001; GUTMANN, A., y THOMPSON, D., *Why deliberative democracy?*, Princeton University Press, 2004; GUTMANN, A., & THOMPSON, D. E., *Democracy and disagreement*, Harvard University Press, 1996; MARTÍ, J. L., *La república deliberativa: Una teoría de la democracia*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid, 2006; NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997.

(25) PERRINO, P. E., ob. cit., 2004, págs. 444-447; PERRINO, P. E., ob. cit. 2012, pp. 1-2.

(26) CASSAGNE, J. C., ob. cit., 2011, pp. 1-7.

de responsabilidad, lo que generaría en la ciudadanía inseguridad respecto del marco jurídico que debe protegerlos. El efecto directo de esto es que un ciudadano de una provincia sería compensado ante un daño bajo ciertos estándares jurídicos establecidos por la legislación local; mientras que en otra localidad, otro vería el mismo daño compensado de acuerdo a principios diferentes. Y la desigualdad no se manifiesta sólo entre ciudadanos, sino también entre ciudadanos y el Estado. Esto es porque cuando un particular ha dañado a terceros, tiene el deber de reparar dicho mal siguiendo principios civiles generales, mientras que para el Estado como victimario regirían estándares indemnizatorios diferentes (27). Dado que la igualdad ante la ley es un principio constitucional, entonces para esta posición la reforma calificaría de inconstitucional.

El argumento para defender que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios es materia de derecho privado se basa en la justificación misma que posee la reparación civil. En esa línea se sostiene que “la obligación de reparar a la víctima de un daño es la misma, independientemente del victimario” (28). Se agrega que la responsabilidad se justifica en los deberes de reparar y de no dañar a terceros, ambos con cabida constitucional. La responsabilidad en el ámbito público funcionaría de similar modo que en el ámbito privado, con el sólo objetivo de arreglar entre los involucrados -quien causó el daño y quien es víctima- las consecuencias perjudiciales de un hecho.

Pero en favor de la regulación local de la materia de responsabilidad pueden también citarse principios constitucionales, antecedentes de la CSJN, y apoyo por parte de gran parte de la doctrinal. En Argentina es casi unánime la posición que afirma que el fundamento del deber de reparación de daños por parte del Estado surge de principios constitucionales que protegen la propiedad privada (29), prohíben perjudicar derechos de terceros (30) y en especial, la igualdad ante las cargas públicas (31). Cuando se trata de responsabilidad de funcionarios públicos, se agrega el precepto constitucional de igualdad ante la ley (32), y el correlato entre deberes del cargo propio de funcionarios y los derechos de particulares que sostienen al Estado (33). Todas estas son normas de Derecho Público, cuya justificación se encuentra en el reconocimiento de la diferente posición y rol que ejerce el Estado.

Siguiendo esta línea, el Estado no puede ser tratado como una persona privada más, atenta su función especial y las relaciones jurídicas y de poder que entabla. La misma distinción entre derecho público y privado se basa en la diferencia sustancial

(27) CAPARROZ, L. D., ob. cit., pp. 1-9, 2013; PLATAFORMA 2012, ob. cit., 2014.

(28) HEVIA, M., “Tres visiones de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Tiempo Judicial*, Buenos Aires, octubre, 2014.

(29) Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional (CN).

(30) Artículo 19 CN.

(31) GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo*, F.D.A, Buenos Aires, 2014, pp. 733-749; PALAZZO, J. L., ob. cit., 1995, p. 32; PERRINO, P. E., ob. cit., 2004, pp. 464-465; PERRINO, P. E., ob. cit., 2012, pp. 5-6.

(32) Art. 16 CN.

(33) ECHEVESTI, ob. cit., 2003, p. 121.

que existe entre el tipo de relaciones y los intereses que se protegen en ambas esferas. En el caso de la responsabilidad del Estado y de quienes llevan adelante actividades que potencialmente pueden dañar a aquellos por los que debe velar, la razón que la justifica no es sólo la de emparejar una situación de desigualdad en favor de un perjudicado, sino también la de proteger un interés general. La ventaja de un sistema especial para este ámbito, es que puede dar cuenta de situaciones particulares que no se presentan en el ámbito privado, por ejemplo, supuestos en los que está justificado que algunos sacrificios sean soportados por las personas (por razones públicas).

Esto mismo ha reconocido la CSJN en numerosos casos, cuando ha rechazado avocarse a causas argumentando que la responsabilidad del estado es un tema de derecho administrativo local, propio del derecho público (34). Entre los argumentos vertidos en el debate parlamentario en defensa de este punto se dio especial importancia a lo que dijo el alto tribunal, el cual toda vez que recurrió a normas civiles para la resolución de conflictos afirmó hacerlo de modo subsidiario, sin que ello signifique identificar ambos regímenes ni reconocer la necesidad de llevar al ámbito civil dichas causas (35).

Por otro lado, la LRE ha pretendido sentar bases generales y un tratamiento integral de la cuestión sobre responsabilidad en el ámbito público. Al hacerlo, recepta los mismos principios que la casuística ha permitido concluir, es decir, aquellos principios que solucionaron una necesidad o preocupación concreta en ausencia de otra regulación específica. En su último artículo la LRE invita a las provincias a adherir, para que así cada provincia pueda adecuar estos principios a lo que exigen sus instituciones locales, y circunstancias. Esto permite que cada gobierno asuma un régimen que dé cuenta de particularidades y problemáticas específicas locales, a la vez de elegir seguir los principios generales. Así, cada provincia podría adherir en su totalidad al régimen nacional, o sólo en parte.

(34) CS, 17/03/2009, "Basigaluz Saez, Laura Ema c. Provincia de Entre Ríos", La Ley Online; CS, 09/10/2007, "Las Curain, Laura Verónica y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros", La Ley Online; CS, 28/07/2005, "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional", *La Ley*, 2006-A, 828 - DJ, 2005-3, 983; Cs, 05/06/2007, "Agrar S.A. c. Provincia de Santa Fe y otra", La Ley Online; CS, 21/11/2006, "Godoy, Mauricio Nicolás c. Provincia de Buenos Aires y otro (Estado Nacional)", La Ley Online; CS, 30/10/2007, "Frezzini, Leonardo Angel y otra c. Provincia de Buenos Aires y otros", La Ley Online. Fecha de búsqueda: mayo 2015.

(35) En este sentido, el Senador Giunle sostuvo: "¿Qué dice la Corte? Es competencia del contencioso administrativo federal, atento que la cuestión debería ser resuelta por aplicación de manera sustancial del principio del derecho público, sin que fuera óbice a ello la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público se aplicaran subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasaban a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en que se encuadraba el caso. Esto lo resuelve en Jara contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, lo reitera en Dobal sobre daños y perjuicios, y en aquella primera causa de Jara contra Gobierno de Buenos Aires también estaba demandado el Estado nacional. Esta es la jurisprudencia actual de la Corte, que sin duda, ubica la regulación de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho administrativo y, por lo tanto, le reconoce el carácter local a esta rama del derecho, según la distribución de competencias que hace la propia Constitución Nacional", Debate Parlamentario - Período 131, 2013, p. 75.

Asimismo, la regulación de este supuesto de responsabilidad es una facultad provincial que no ha sido delegada a la Nación. Como comunidad hemos elegido la forma federal de gobierno, que supone la delegación de poderes en el Estado Nacional y la delegación de otras potestades autónomas a las provincias -entre las que cuenta la regulación del tema de la responsabilidad del Estado-. De manera que no reconocer la facultad provincial para dictarse sus propias normas en dicha materia, es lo que podría ser tachado de inconstitucional. Inclusive, algunos afirman que presuponer que las provincias regularán el tema de un modo violatorio de principios básicos o libertades individuales es temer al federalismo y el autogobierno (36).

En la vereda de enfrente, otra difundida opinión sobre el tema sostiene que derivar al foro administrativo el tema es llevar causas a un ámbito tanto más “amigable” para el Estado y los funcionarios (37). Esto puede entenderse de dos modos. Primero, si significa que el régimen jurídico administrativo local es menos exigente con el Estado que el régimen civil, sólo basta ver cómo queda regulado localmente el tema para evaluar si la crítica es acertada. En el caso de Córdoba también se reconocen tanto la responsabilidad directa del Estado como la responsabilidad individual del funcionario en casos de irregularidad (38). Ni el nuevo régimen nacional ni lo establecido por nuestras normas locales modifican de un modo grosero el esquema de responsabilidad que se venía definiendo en la Corte, y que tenía amplia aceptación (39).

Por otro lado, si lo que se afirma es que en el ámbito administrativo los jueces son disuadidos de fallar en contra del Estado o de un funcionario público, entonces quizás debamos analizar los resultados de causas radicadas en sede civil y administrativa para evaluarlo. En ese sentido, ambos fueros se han caracterizado por un alto número de demandas contra el Estado, demoras judiciales notables, y una marcada dificultad para ejecutar las sentencias. Es decir, siguiendo las estadísticas el problema no es demandar al Estado y esta posibilidad no se ve obstruida en el nuevo régimen ni en el ámbito local. Por el contrario, las problemáticas que dilatan la resolución de este tipo de causas son aquellos defectos propios de toda práctica judicial (que deberían ser solucionadas, pero no es este el punto en el que se centra la crítica).

3. Irresponsabilidad del Estado

En esta línea se defiende abiertamente que tanto el CCC como la LRE “blindan al Estado de demandas civiles” (40), “garantizan la impunidad de los funcionarios y

(36) RUBIN, C., “Responsabilidad del Estado en el proyecto de Código Civil”, *Microjuris, Doctrina*, Argentina, MJ-DOC-6031_AR | MJD6031, 2012.

(37) PLATAFORMA 201, ob. cit., 2014; SERRA, L., ob. citada, 2013, p. 1.

(38) Artículo 14, Constitución Provincial Córdoba, y artículos 109 y 113 de la Ley Orgánica Municipal 8102.

(39) En el mismo sentido se regula la responsabilidad en la mayoría de las provincias del territorio nacional, dato aportado en numerosas instancias del debate parlamentario de la ley.

(40) Senador Giustiniani, en *Debate Parlamentario*, 2014, p. 42.

limitan derechos individuales” (41), señalando que en definitiva el nuevo régimen implica una regresión en los estándares de responsabilidad del Estado, volviendo a un sistema anterior a 1934 en el que la regla era que el Estado no puede causar daño (42). En particular, estas críticas se siguen de los siguientes aspectos de la norma:

- a) El plazo para demandar al Estado, que se sostiene que es sumamente exiguo.
- b) La restrictividad e incompletitud de la norma, que sólo regula algunos casos en los que el Estado no es responsable, callando respecto de los casos en que la culpa debe ser concurrente, o por ilícitos (43).
- c) La quita de una herramienta judicial potente, al desechar la posibilidad de sancionar a quien desobedece una orden judicial (44).
- d) La dificultad de sancionar personalmente al funcionario público (45).
- e) La exigencia de probar la causa y el daño para la procedencia de responsabilidad, lo que resulta muy restrictivo (46).

En relación con el punto (a), el nuevo régimen amplía el plazo en beneficio del damnificado, mientras que los demás puntos encuentran en la LRE el abordaje que ya tenía antes en la CSJN. Por ello, no puede decirse que sea un régimen más permisivo que el anterior. Una lectura general de la ley muestra que no modifica sustancialmente el régimen que ya se venía aplicando en la materia, y no se ha entorpecido la facultad de demandar individualmente al funcionario o al Estado toda vez que alguien es perjudicado por su accionar. Asimismo, las denuncias penales por corrupción, delitos graves, o la posibilidad de sancionar internamente a un funcionario por faltas administrativas siguen vigentes en el régimen jurídico nacional (penal, administrativo, etc.).

Quizás es objetable que ni la LRE, ni el nuevo CCC solucionan problemáticas específicas de la responsabilidad estatal, como el ilícito estructural, las demoras judiciales, los daños causados por negligencia burocrática, la subestimación del daño que muchos funcionarios muestran en su comportamiento. No obstante, no deja de ser un esquema de responsabilidad que se ha limitado a receptor y reproducir principios de responsabilidad pública sobre los que ya había acuerdo.

V. Conclusiones

Si repasamos los más resonantes casos en materia de responsabilidad del estado y funcionarios públicos de los últimos años (por ejemplo, caso “tragedia de Once”, “explosiones en la fábrica militar de Río Tercero”, “tragedia de Cromañon” -todos los cuales involucraron también reclamos en el ámbito penal y administrativo, no sólo en el civil-) encontramos un generalizado descontento hacia las soluciones ofrecidas

(41) Diputada Graciela Camaño, en SERRA, ob. cit., p. 1, 2013.

(42) En 1934 por primera vez nuestra CSJN falla en favor de la responsabilidad del Estado.

(43) GARRIDO, M., ob. cit., 2014 . p. 1.

(44) *Ibidem*.

(45) *Ibidem*.

(46) SERRA, ob. cit., 2013, p. 1.

desde el poder judicial. No obstante, un análisis más fino de la legislación aplicada en cada instancia permite evaluar que ello se debe a problemáticas vinculadas al retardo judicial, la corrupción estructural o la desidia burocrática, temas sobre los que no avanza ni el viejo CC ni el nuevo régimen de responsabilidad establecido por el CCC y la LRE.

En ese sentido, puede objetarse a este nuevo régimen que se ha limitado a plasmar principios sobre los que ya existía acuerdo en la jurisprudencia y doctrina local, sin avanzar en otras cuestiones de orden urgente, como las mencionadas. No obstante, defender que promueven la impunidad de funcionarios y la irresponsabilidad del Estado resulta exagerado.

Finalmente, y en relación con la última crítica desarrollada -que acusa al nuevo régimen de promover la *irresponsabilidad del Estado*-, acordamos con dos preocupaciones: i) la eximición de responsabilidad del Estado por daños causados por concesionarios o contratistas del Estado y ii) la prohibición de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas al Estado o funcionario. En relación con la primera, la LRE sostiene que el Estado no responde cuando la acción u omisión del contratista “sea imputable a la función encomendada”. Es decir, no excluye la posibilidad de demandar al Estado en tales causas, pero que no lo diga expresamente es una señal de alarma, ya que dependerá del criterio que se adopte para interpretar la obligación que recae en cada parte en la “función encomendada”.

La segunda cuestión se ha salvado recurriendo a una fina interpretación que hicieron la Corte y la doctrina entre “sanciones pecuniarias” y “astreintes”. Quienes defienden la LRE entienden que, pese a la prohibición expresa, sigue vigente la posibilidad de multar a un funcionario por incumplimiento de una orden judicial, apelando a otro tipo de multas de nuestro régimen legal (47). Pero es también preocupante que siendo la multa una herramienta que ha sido de gran utilidad para la ejecución de sentencias, no quede claro en el mismo texto de la ley cuándo procede o cómo suplirla.

(47) *Debate Parlamentario - Período 131*, 2013, pp. 41 y 80.