

## LINEAMIENTOS PRINCIPALES DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS Y AGENTES PÚBLICOS

**Pablo Esteban Perrino**

El pasado 2 de julio el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos. Sin lugar a dudas, se trata de un hito sumamente relevante en nuestra historia jurídica, ya que constituye la primera regulación legislativa de derecho público en la que se aborda de manera general y orgánica dicha materia, la cual constituye uno de los pilares del Estado de Derecho. Sin embargo, dicha circunstancia no es suficiente para sostener que ello produce un avance o mejora en nuestro derecho pues, muchas de las soluciones que allí se establecen acotan – inadmisiblemente– el alcance del deber de responder estatal y acarrear un retroceso respecto de criterios sentados en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En sustancial síntesis, los lineamientos más relevantes de la ley sancionada son los siguientes.

1) El legislador se enrola en la postura de la doctrina mayoritaria de los autores de derecho administrativo que postula que la responsabilidad del Estado es un instituto de derecho público, cuya regulación no corresponde, como principio, a la legislación civil. En ese entendimiento, el art. 1° párrafo 3° de la ley, con una redacción criticable, dispone: *"las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria"*. Ciertamente, ello no puede significar que no se pueda acudir a la legislación civil para cubrir las lagunas existentes en la materia ya sea a fin de aplicar principios generales (v.gr. el principio de la buena fe receptado en el art. 1198 del Cód. Civil) u otras soluciones allí consagradas a través de una aplicación extensiva mediante la técnica de la interpretación analógica.

2) La ley no se dictó por el Congreso con arreglo a la facultad que le confiere el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional para dictar los denominados Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, de aplicación uniforme en todo el país, sino en su condición de legislador federal, por lo que no alcanza a

los daños provocados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. Sólo comprende a la responsabilidad del Estado Nacional y a la de sus funcionarios y agentes públicos. Concorde con lo dicho, en el art. 11 se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones, lo cual implica reconocer que la regulación de la responsabilidad está atrapada dentro del cúmulo de las facultades normativas de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, propias de sus autonomías (arts. 121, 122 y 129 de la Const. Nac.) y 2). Frente a dicha invitación, las opciones de sus destinatarios son tres: 1) aceptar y adherir sin más; 2) dictar una ley estableciendo su propio régimen de responsabilidad o 3) guardar silencio, lo cual equivale a continuar con un régimen pretoriano de responsabilidad.

3) Al igual que lo han afirmado la Corte Suprema de Justicia a partir del famoso caso "Vadell" y la mayoría de la doctrina, en el art. 1º, 2º párrafo se determina que la responsabilidad estatal es objetiva y directa. Que sea objetiva implica que la culpa o dolo del empleado o funcionario no constituyen elementos para que el Estado responda, y que sea directa significa que la responsabilidad del estatal no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los funcionarios o agentes públicos, pues su conducta se atribuye al Estado por su condición de órganos del mismo.

4) Las previsiones de la ley no se circunscriben a la responsabilidad extracontractual estatal ya que, según se prevé en el art. 10, en caso de ausencia de normas que regulen la responsabilidad contractual del Estado, se la debe aplicar en forma supletoria.

5) En la ley se regula la responsabilidad de todos los órganos estatales (art. 1º), tanto por su actuación ilegítima (art. 3) como legítima (arts. 4 y 5). La primera, sustentada únicamente en el factor de atribución falta de servicio, y la segunda, en el sacrificio especial. No se han contemplado otros factores de atribución tales como el riesgo de las cosas o de actividades riesgosas o la violación de la confianza legítima, etc., lo cual en muchos supuestos puede provocar la exclusión de la responsabilidad estatal ya sea porque la conducta dañosa no es susceptible de encuadrar en la figura de la falta de servicio, o por la mayor laxitud del régimen de eximentes en la falta de servicio respecto de otros factores de atribución.

6) La noción de falta de servicio prevista en el art. 3 comprende el comportamiento irregular de la Administración Pública, como asimismo, el de los poderes legislativo y judicial. De tal modo, dicho factor de atribución se aplica entonces a los supuestos de responsabilidad por daños provocados por leyes inconstitucionales, por error judicial y por el denominado irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia, que no deriva del error de una sentencia de fondo, los cuales no han sido objeto de una regulación específica.

7) En el art. 3, inc. d) se contempla la falta de servicio por omisión y se condiciona su configuración a las siguientes dos exigencias: a) que el deber estatal omitido esté impuesto normativamente; y b) que aquél sea expreso y determinado. La redacción de la norma no es adecuada porque los deberes de actuación de una autoridad estatal, cuya omisión puede comprometer su responsabilidad, pueden tener su fuente, no sólo en las normas positivas, sino también, en los principios generales del derecho; o derivar de la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos. Pero, además, como lo ha resuelto la Corte Suprema en el caso "Mosca", la inacción estatal generadora de responsabilidad puede provenir no solo de la violación de mandatos expresos y determinados, sino también de aquéllos que están impuestos de manera general e indeterminada. En este último supuesto, como afirma el máximo tribunal, corresponde realizar *"un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar"*.

8) En la ley se efectúa una regulación marcadamente restrictiva de la responsabilidad por actuación legítima del Estado, a la cual erróneamente, se le atribuye un carácter excepcional (art. 4). Así, concorde con ello se establece que los perjuicios causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización (art. 5, 3º párrafo). Además, con relación al daño se introducen inadmisibles e inconstitucionales restricciones al requerirse en el inc. a) del art. 4 que aquel sea *"actual"* (por lo que se margina la indemnización del daño futuro); al acotarse en el 2º párrafo del art. 5 la indemnización a los perjuicios de índole patrimonial (el *"valor objetivo de la cosa"*); y al excluirse en el 1º párrafo del mismo precepto, la reparación del lucro cesante.

A su vez, en el inciso b) del art. 4, en el que se contempla el requisito de

la imputabilidad material, no se menciona a la inactividad estatal, como sí se lo hace en el inciso b) del art. 3 en el que se establece el mismo requisito para la responsabilidad ilegítima del Estado. Ello nos lleva a pensar que, a pesar de no mediar razones que lo justifiquen, el legislador pretende excluir la responsabilidad estatal provocada por omisiones legítimas.

También en la ley se introduce otra grave limitación a través de la regulación del requisito de la relación de causalidad que debe mediar entre el daño y la conducta estatal legítima lesiva, pues, mientras que para la responsabilidad por actuación ilegítima se requiere que la causalidad sea adecuada (art. 3, inc. c) y no se exige que sea exclusiva, en la responsabilidad por actuación legítima, siguiendo el criterio restrictivo empleado en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, se exige que la causalidad sea “*directa, inmediata y exclusiva*” (art. 4, inc. c). El estricto tratamiento que se confiere a este recaudo no es razonable y puede suscitar situaciones aberrantes de lesión a los derechos de igualdad ante las cargas públicas y de propiedad, y al principio *neminem laedere*; en especial, que baste para relevar al Estado de su responsabilidad por actuación legítima el sólo hecho de que medie algún grado de interferencia en el nexo causal.

9) En el art. 6 se excluye la responsabilidad del Estado, directa o subsidiaria, “*por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada*”. La redacción del art. 6 no es acertada puesto que margina de manera laxa, en todos los supuestos y sin distinguir el rol de actuación del Estado, su responsabilidad por la actuación de los prestadores de servicios públicos, lo cual no es razonable. Que el Estado por su mera condición de autoridad concedente, contratante o licenciante no sea responsable *ipso jure* por los perjuicios ocasionados por los prestadores de servicios públicos, no significa que nunca deba responder por los daños derivados de la prestación de servicios públicos ocasionados por concesionarios o contratistas. Evidentemente, deberá hacerlo respecto de aquellos perjuicios que provoque el prestador al acatar, en forma ineludible, órdenes o cláusulas impuestas por el Estado o que se susciten por el irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico les confía a las autoridades

administrativas (v.gr. entes reguladores).

10) En el art. 2 se mencionan como eximentes de la responsabilidad estatal al caso fortuito o fuerza mayor y al hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder. Sin embargo, por las características de la responsabilidad por falta de servicio la demostración por parte del Estado de que su actuación no fue irregular o contraria a derecho también operará como una causal para excluir su responsabilidad. De ahí que los tribunales descarten la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar.

11) En el art. 8 se regula adecuadamente la relación entre la acción impugnatoria y la de inconstitucionalidad respecto de la acción indemnizatoria. Allí se dispone que *“el interesado puede deducir la acción indemnizatoria junto con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento”*, lo cual implica que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se desplaza en el tiempo hasta este último momento procesal.

12) En el art. 8, cuya fuente es el art. 1112 del Código Civil, se contempla la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y agentes públicos por su actuación irregular en la ejecución de las obligaciones legales a su cargo. A tal efecto y, como acontece en diversas legislaciones comparadas, se exige la concurrencia del factor de atribución subjetivo culpa o dolo.

13) Dos son los legitimados para reclamar la responsabilidad de los funcionarios y agentes estatales: a) las víctimas directas de su actuación irregular; y b) también el Estado en caso de haber sido condenado en un proceso en el cual el funcionario o agente no fue demandado, quien tiene a su disposición una acción de repetición, cuya plazo de prescripción recién comienza a los 3 años desde la sentencia firme de condena al Estado. La ley no precisa si es obligatorio en estos casos promover la acción de repetición y tampoco si la responsabilidad del funcionario o agente es solidaria con la del Estado, como alguna vez lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, o concurrente, como se lo preveía

en el art. 1765 del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial elaborado por la comisión de juristas creada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 191/2011.

14) En el art. 7 se legisla el plazo de prescripción para los supuestos de responsabilidad extracontractual, el que se fija en tres años, y se lo alinea con el establecido en el art. 2561, 2° párrafo del Proyecto de Código Civil y Comercial para la responsabilidad civil extracontractual, aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación en la sesión del 28 de noviembre de 2013. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el 3° párrafo del art. 2561 del citado Proyecto de Código Civil y Comercial no se dispone la imprescriptibilidad de la acción en el supuesto especial de daños derivados de delitos de lesa humanidad.

15) En el art. 1°, 4° párrafo se establece no es procedente “*contra el Estado, sus agentes y funcionario la sanción pecuniaria disuasiva*”. Si bien hay quienes interpretan que las sanciones pecuniarias disuasivas se identifican con las astreintes, entendemos que ello es incorrecto. Con dicha terminología el legislador se refiere a los denominados “daños punitivos”, los cuales están previstos con esa denominación en el art. 1714 del TÍTULO V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo I “Responsabilidad civil”, Sección 2ª “Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva” del Proyecto de Código Civil y Comercial -aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación en la sesión del 28 de noviembre de 2013- Igual terminología es empleada en el texto proyectado en sustitución del artículo 52 bis de la Ley N° 24.240, modificada por la ley 26.361, (Anexo II del Proyecto de Código Civil y Comercial antes citado). Por lo demás, las astreintes son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces aplican a quien no cumple un deber jurídico impuesto en la resolución judicial y su finalidad no es preventiva o disuasiva, sino compeler al cumplimiento de un mandato judicial.

Muchos son los interrogantes y cuestiones que suscitará la aplicación de ley que comentamos. Una vez más el Poder Judicial tendrá la última palabra.