

## Capítulo XX

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS CONCESIONARIOS Y LICENCIATARIOS

## I. Introducción

### 1. *El status quo ante y sus problemas*

#### 1.1. *El viejo dogma de la responsabilidad del Estado*

La problemática de la responsabilidad del Estado<sup>1</sup> y de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los administrados, constituyó uno de los puntos esenciales del derecho administrativo del siglo XX. Fue una de las claves del Estado de Derecho.<sup>2</sup>

Cuando el Estado dictaba un acto antijurídico, existía la posibilidad de impugnarlo primero en sede administrativa, en el procedimiento administrativo o luego

<sup>1</sup> El tema ha concitado una extraordinaria bibliografía que es imposible enumerar. A mero título ejemplificativo señalamos nuestra tesis de 1959 y las sucesivas revisiones de los cap. XX y XXI; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969; “Responsabilidad del Estado,” en AA.VV., *El derecho administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 227 y ss.; MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973; PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio,” *ED*, 185: 781; LIENDO, HORACIO (H.), “La responsabilidad del Estado Nacional en el derecho positivo,” *LL*, 1983-B, 951; BIANCHI, ALBERTO B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado,” *LL*, 1996-A, 922; GHERSI, CARLOS A., “Responsabilidad del Estado por actos dañosos de sus dependientes (artículo 1113, Código Civil),” *LL*, 1985-C, 319; CUADROS, OSCAR ALVARO, *La responsabilidad del Estado y el derecho civil*, UNIVERSIDAD AUSTRAL, Buenos Aires, Rap, 2007; GALDÓS, JORGE M., “La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía,” *LL*, 1996-C, 557; “Peaje y ley de defensa al consumidor,” *JA*, 2000-I, 186, p. 18 y ss.; ANDRADA, ALEJANDRO DALMACIO, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

<sup>2</sup> Como lo explicamos en el t. 1, *Parte general*, cap II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 2.2.2, “La irresponsabilidad del soberano.” Es paradigmático recordar el fallo *Blanco* del Tribunal de Conflictos francés, en 1873, pero LUCHET, JUST, *L'arrêt Blanco*, París, Sirey, 1935, introduce su obra con una cita de PAUL VALÉRY: “*Il y a des victoires per se et des victoires par accidens.*” Su prólogo de pp. 5-6 lo explicita y la obra lo desarrolla. Como veremos, en nuestro país, un fallo *Blanco* está en el futuro, no en el pasado, de nuestra historia jurídica.

en el judicial, por el derecho procesal administrativo. En la hipótesis de fracaso de la tutela judicial que evitara la consumación del daño, se pasaba a la etapa de reparación pecuniaria de la actividad antijurídica. Era allí necesario que la sociedad, a través del Estado, indemnizara el perjuicio ocasionado al particular. Ya se trataba, como se advierte, del perjuicio derivado de la acción administrativa con más el efecto sinérgico de la inacción judicial para detenerla. Era responsabilidad por acción administrativa y omisión jurisdiccional. Sólo quedaba reparar el daño que ningún órgano de control había sido eficaz en impedir. El antiguo principio latino fue casi siempre desconocido: *melius est intacta iura servare quam vulneratæ causæ remedium quærere*. Ese disfuncionamiento del sistema perdura pero se avizora un cambio.<sup>3</sup> La responsabilidad por acto lícito era una medida de la solidaridad social; la responsabilidad por acto ilícito, un *test* tardío de la vigencia del Estado de derecho.<sup>4</sup> Mientras tanto, la responsabilidad del Estado a nivel internacional comienza a ser una realidad pujante.<sup>5</sup>

### 1.2. *La vieja utopía de la responsabilidad del funcionario*

Debía además, en buenos principios, hacerse efectiva igualmente la responsabilidad pecuniaria conjunta, solidaria o no, del funcionario autor del daño<sup>6</sup> y no solamente del Estado. El problema de la responsabilidad del Estado no debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Lamentablemente han sido muy pocos los casos en que el actor ha hecho efectiva esa responsabilidad en forma conjunta.<sup>7</sup>

Hemos considerado que la responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse juntamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño —lo que puede hacerlo tanto uno como el otro y general-

<sup>3</sup>Ver en este vol., *supra*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo;” “Los grandes fallos de la actualidad,” en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318.

<sup>4</sup>*Supra*, cap. XII, “La licitación pública;” cap. XIII, “La tutela judicial,” § 1, “Dificultades del tema” y § 2, “Diferencia entre «plena jurisdicción» y «anulación.»” Sigamos a SÉNECA, NIETZSCHE: castigamos, no porque se ha obrado mal, sino para que no se obre mal; detengamos a tiempo las ilegalidades, *antes* que los hechos, no llegemos *después* solamente a la “reparación.”

<sup>5</sup>Ello es disfuncional, pues se mantiene la inmunidad de los organismos internacionales: CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 390; nuestro art. “La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido,” *LL*, 2003-E, 1195.

<sup>6</sup>Remitimos nuevamente a la transcripción de HAURIUO que hicimos en el cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios,” p. 1; en contra, LINARES, JUAN FRANCISCO, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público,” *LL*, 153: 601.

<sup>7</sup>Uno de ellos, que pertenece a la época más dramática del siglo XX en la Argentina, fue *Tarnopolsky, D. c. Estado nacional y otros*, Sala III, *LL*, 1996-C, 439, con nuestra nota “*In memoriam*,” *LL*, 1996-C, 438; otro, recurrente y creciente, la responsabilidad de los cirujanos y anestesiistas junto al Estado por error del anestesiista y desatención del equipo médico ante el problema, en el caso de los hospitales estatales: CNFed. Civ. y Com., Sala II, *M.F.G. c. Jäger, Emilio y otros*, *LL*, 1997-E, 643, año 1996.

mente lo hará el Estado— sino también de castigar al verdadero responsable de aquél —que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió— a fin de contribuir a evitar su repetición. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa, en la práctica, otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales. El ahogo fiscal se viene combatiendo con mayores impuestos y reducción del gasto público; parece no alcanzar. Hay que llegar hasta el hueso y efectivizar la responsabilidad civil del funcionario que compromete irregularmente la responsabilidad y el patrimonio colectivos.<sup>8</sup> Bien sabemos la verdad del aserto que el pescado comienza a pudrirse por la cabeza: los mayores desaguisados, los mayores daños y perjuicios a los habitantes no han sido jamás causados por funcionarios intermedios y mucho menos pequeños. Son los más altos titulares del poder ejecutivo nacional, quienes ejerciendo poderes que ni siquiera la Constitución les confiere, siempre han cometido los más grandes daños a la economía del país y sus habitantes. Y ahí se torna amarga realidad la definición que dio Yabrán cuando le preguntaron qué era el poder. Contestó, con impecable acierto empírico: “Es la impunidad.” Pero si al menos la sociedad persigue a comienzos del siglo XXI a los autores de las atrocidades de los años de plomo, que no sea impensable que algún día también haga responsables a los que cometieron otros daños no tan cruentos pero en todo caso gravosos en grado sumo.

### 1.3. *La responsabilidad por error judicial. Hacia la responsabilidad política de los jueces*

Al crecer constantemente la insatisfacción social con el grado de tutela judicial oportuna y eficaz, no es impensable responsabilizar políticamente<sup>9</sup> a los magistrados que generan a la sociedad responsabilidad patrimonial, por no impedir a tiempo acciones dañosas que luego todos debemos sufragar: cautelares que se deniegan y amparos que se rechazan sólo para permitir que el daño se consume y se genere la responsabilidad patrimonial del Estado.<sup>10</sup> Ser magistrado tiene sus costos frente a las reacciones del poder político, pero es una dignidad pública a

<sup>8</sup>Se enrola en esta tendencia el art. 32 de la ley 4.816 de Chubut, ley de ética y transparencia en la función pública: “Cuando por el hecho, acto u omisión del funcionario se ha visto lesionado el patrimonio del erario público, el Estado por medio de la autoridad competente, está obligado a promover las acciones de responsabilidad contra el presunto responsable;” ver también art. 33 y ss. de la misma ley y arts. 69 y 135 de la Constitución provincial.

<sup>9</sup>Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Responsables privilegiados - Los jueces,” *ED*, 186: 1169; SAGUÉS, NÉSTOR P., “Sobre la responsabilidad de los jueces,” en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, op. cit., p. 877; MARTÍN REBOLLO, LUIS, *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. No parece, en cambio, que se los pueda responsabilizar civil o penalmente por los incumplimientos al ordenamiento que su accionar omisivo permitan materializarse en conducta dañosa.

<sup>10</sup>Una remisión a los antecedentes del tema en BARRAZA, JAVIER, *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*, Buenos Aires, Universitas, 2006.

la que resulta indispensable honrar. Debería crearse también un *ombudsman* judicial, una magistratura independiente encargada de velar críticamente por el desempeño legal y eficiente de los magistrados, que prevenga y oriente la intervención eventual del Jurado de Enjuiciamiento o del juicio político.

## 2. La responsabilidad del Estado en transición

### 2.1. Sus dos aspectos

En las últimas décadas del siglo XX se producen dos hechos trascendentes: por un lado, la condena internacional de los Estados que violan los derechos humanos de sus habitantes, lo que incrementa la responsabilidad estatal en un ámbito donde antes no existía, para suplir su ausencia en el derecho interno.<sup>11</sup> Por el otro, luego de ceder las violaciones sistemáticas del terrorismo de Estado, en lugar de aumentar su responsabilidad en el derecho interno, más bien aparece en su lugar una retirada del Estado.<sup>12</sup> Los gobiernos de facto que generaron la responsabilidad internacional dejan a sus propios Estados débiles y endeudados, incapaces de resistir la oleada de los dos últimos decenios y además con la carga de reparar los perjuicios por ellos ocasionados.

### 2.2. La responsabilidad internacional aumentada<sup>13</sup>

En el primer aspecto, ya hemos visto en el cap. VI del primer tomo y en los caps. XVI a XVIII del presente, cómo el Estado se encuentra ahora sometido a un orden jurídico supranacional y a tribunales supranacionales.<sup>14</sup> No solamente la violación de las propias leyes genera responsabilidad, sino también el cumplimiento de tales leyes cuando ellas son contrarias al orden jurídico supranacional. Ha sostenido así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-14/94 obligatoria en el derecho interno, como los demás pronunciamientos y

<sup>11</sup> Lo ampliamos en el cap. XXII, "Hacia la unidad del orden jurídico mundial." Ver también *supra*, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," del t. 1, *op. cit.* y en los caps. XVI, "La justicia administrativa internacional," XVII, "El arbitraje administrativo nacional" y XVIII, "El arbitraje administrativo internacional." BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 448; VITTA, EDOARDO, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milán, Giuffrè, 1953.

<sup>12</sup> Que algunos llamaron "huida" del derecho administrativo. Sin embargo, lo que hay es un cambio de roles del Estado. En lugar de prestar servicios, debe controlar su prestación. De donde sí parece inteligente huir es del derecho administrativo nacional hacia un nuevo orden jurídico mundial, donde tribunales internacionales apliquen e interpreten los tratados internacionales.

<sup>13</sup> Para una comparación con el derecho español contemporáneo ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., con notas de AGUSTÍN GORDILLO, nota al cap. XXI, "La responsabilidad patrimonial de la administración," XXI.3, "La responsabilidad del Estado, aumentada ante los tribunales arbitrales internacionales," pp. 448-B, 448-C y sus remisiones.

<sup>14</sup> Ver nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 109 y "Responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional," *Res Pública, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, nro. 1, México, 2005, pp. 1974 y ss.

opiniones consultivas de dicho Tribunal, según lo reconoció expresamente nuestra Corte Suprema en los casos *Giroldi*<sup>15</sup> de 1995 y *Arce* de 1997.<sup>16</sup>

1. “Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.”

2. “Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para el Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de tal Estado.”<sup>17</sup>

La responsabilidad internacional del Estado genera también supuestos de responsabilidad interna antes inexistentes, como ocurrió con la solución amistosa en el caso *Birt*,<sup>18</sup> pero ello no representa una tendencia general del derecho positivo interno sino que constituye una excepción a la nueva regla. Pero es claro que es la tendencia universalista la que habrá finalmente de predominar, no la reducida versión nacional de los problemas, frecuentemente teñida de oportunismos políticos o al menos necesidades políticas de los gobiernos de turno.

En el derecho europeo, el fallo *Francovich*<sup>19</sup> llevó a las jurisdicciones nacionales, p. ej. en Italia, a aceptar la responsabilidad del Estado por violación de intereses legítimos,<sup>20</sup> lo cual es una innovación en lo que respecta a nuestro derecho, que carece de esa solución.

A todo ello cabe agregar que los numerosos tratados de protección de las inversiones extranjeras tienen cláusulas de responsabilidad internacional frente al inversor extranjero y posibilidad de recurrir al arbitraje internacional, a fin de defender su derecho a un trato “justo y equitativo,” no “arbitrario” ni “discriminatorio,” dotado de “seguridad,” según las distintas formulaciones de los tratados. Se trata, como es obvio, de una problemática sumamente debatida en nuestro medio, compleja y de enormes repercusiones de toda naturaleza, como lo desarrollamos en otro lugar de este mismo vol.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> *Fallos*, 318: 514, *LL*, 1995-D, 462; *RAP*, 215: 151, con nuestra nota.

<sup>16</sup> *LL*, 1997-F, 697; *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, p. 165.

<sup>17</sup> *ED*, 162: 693. Ampliar en FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 95 y ss.

<sup>18</sup> *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo;” sólo aparece en un voto en *LL*, 1995-D, 294; *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 2, p. 33.

<sup>19</sup> CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, *op. cit.*, cap. XI, § 15 y 16.

<sup>20</sup> Ampliar en CHITI, *op. cit.*, cap. XI, § 15 y 16, p. 408 y ss., 412 y ss.

<sup>21</sup> Ver *supra*, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.” Como se explica en ese cap. y el precedente cap. XVII, “El Arbitraje administrativo nacional,” se trata de dos temas que en nuestro país aparecen fuertemente entremezclados.

### 2.3. *La responsabilidad interna disminuida*<sup>22</sup>

En el último decenio del siglo XX se produce en la Argentina una transferencia masiva de funciones o cometidos del Estado hacia particulares a través de concesiones y permisos, más la apertura general de la economía a sectores antes sometidos a mayor intervencionismo del Estado. Se trata más en particular de la privatización de los grandes servicios públicos y todo el fenómeno de la reforma del Estado.<sup>23</sup> Esa traslación va acompañada de una mutación temporal aunque sustancial, tanto formal como informal, de la responsabilidad clásica del Estado, que pasa ahora a manos de tales concesionarios y licenciatarios; pero hay otras manifestaciones legales y jurisprudenciales de fuente y recorte de la responsabilidad estatal. El origen de este segundo movimiento legal y jurisprudencial es su situación de endeudamiento crónico y su general estado de insolvencia; cabe por lo tanto suponer que es una mutación transitoria, que tendrá tanta duración como los hechos que la ocasionan.<sup>24</sup> En lo informal, se advierte en la judicatura y en el legislador de la época una reacción adversa a hacer pagar a la sociedad, a través de la vía de responsabilidad civil del Estado, cargas económicas y financieras que antes se veía normal imponerle.<sup>25</sup>

El precepto de HAURIOU, que la administración preste servicios y actúe, pero que pague, es ahora sabiamente matizado por LUIS MARTÍN REBOLLO: “Pero no cualquier servicio. Ni tampoco a cualquier precio.”<sup>26</sup> Es una fase que pareciera inscrita en el frontispicio de los tribunales argentinos contemporáneos. Por eso hemos destacado al comienzo de este cap., “en nuestro país un fallo *Blanco* está en el futuro, no en el pasado de nuestra historia jurídica.”<sup>27</sup>

En lo formal, hay un verdadero *stacatto* de decisiones limitativas de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así como se volvió al pasado en materia de prestación de servicios públicos monopolizados, en parte por haberse también

<sup>22</sup> Para una comparación con el derecho español contemporáneo ver GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, con notas de GORDILLO, nota al cap. XXI, “La responsabilidad patrimonial de la administración,” XXI.2, “La responsabilidad del estado disminuida en nuestro derecho interno,” pp. 448-A, 448-B, y sus remisiones.

<sup>23</sup> Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” esp. § 2, “La crisis y el cambio de fin de siglo;” *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, 2ª ed. Ver BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *La Constitución de 1999*, Caracas, Arte, 2000, 5ª parte, § VIII, p. 224 y ss., “Los problemas de una constitución económica concebida para el estatismo insolvente.”

<sup>24</sup> Aunque no estará de más consultar las tendencias que muestra FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2001). Historia argentina en cifras*, El Ateneo/ Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3.

<sup>25</sup> Hemos pasado de la antigua irresponsabilidad a la tradicional responsabilidad plena y ahora estamos en la responsabilidad disminuida. Es dable suponer que retomaremos el primer camino una vez superados los condicionamientos actuales.

<sup>26</sup> Brillante frase con que cierra su prólogo a CASTRO ESTRADA, ÁLVARO, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, D.F., Porrúa, 1997, p. XXXI.

<sup>27</sup> Tanta importancia le damos, que la hemos incorporado también en los comentarios que mencionamos *infra*, nota 2.3.

retrocedido al pasado en materia de un endeudamiento que superó la capacidad normal de pago de los intereses de la deuda, así también se volvió al pasado —al menos por un tiempo— en materia de responsabilidad del Estado.

El proceso de saneamiento de las finanzas públicas argentinas, como cuestión de hecho y no de derecho, ha llevado también a un *mix* de abordajes:

a) contención del gasto público, interrumpida por procesos electorales como el que se vivió en el año 2009;

b) mayor presión tributaria, imposible de realizar en la actualidad política del año 2009/2010, y

c) erosión de la responsabilidad del Estado salvo en los pagos de la deuda pública. Aquí la erosión de la responsabilidad existe incluso para los pagos de la deuda pública interna y externa, aunque el aislamiento público a que esto coadyuva se torna finalmente difícil de soportar.

Ese endeudamiento importa una suerte de bancarrota virtual del Estado, fenómeno que ocurrió muchas veces en la historia de las naciones, y que se encara siempre igual.

Cuando no alcanzan los mayores impuestos ni el menor gasto público,<sup>28</sup> se procede a cercenar los créditos de terceros, reduciéndolos, eliminándolos, limitando en suma por un tiempo la responsabilidad del Estado.<sup>29</sup> Algunos fallos extendieron su responsabilidad, antes de esta situación, pero fueron el fin de una era.<sup>30</sup> Constituyeron el canto de cisne de la responsabilidad plena de fines del siglo XX. Esta nueva responsabilidad atenuada del Estado argentino, hoy,

<sup>28</sup> Que tampoco se puede restringir en todos los ámbitos dadas las importantes erogaciones que en la actualidad el Estado se considera en la necesidad de hacer, por asistencialismo a veces prebendario, para intentar paliar la exclusión social y lograr un mínimo de contención social que asegure su propia viabilidad como gobierno.

<sup>29</sup> Ver la involución en el t. 1, *op. cit.*, cap. IV; los datos son antiguos: DE CORMENIN, LARES, etc.

<sup>30</sup> Así la admisión de lucro cesante en *Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I.*, Fallos, 306-2: 1409 (1984). Ver COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 416 y ss.; MARIENHOFF, ED, 114: 949; ED, 157: 759; LL, 1993-E, 912; BARRA, RODOLFO, “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos,” ED, 122: 859; BIANCHI, “Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado,” ED, 111: 550. MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública, op. cit.*, p. 128 y ss.; CSJN *in re El jacarandá S.A. c. Estado Nacional*, 28-XII-2005, cons. 9º: “Que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el sub lite, y en tanto el daño resarcible satisface los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409, cons. 4º y 5º; 316:1335, cons. 20.)” Aunque en el caso en cuestión la Corte rechaza la pretensión, ya que no se ha probado en ese litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas es obvio que tan sólo ha reiterado el viejo *tic* forense de enunciar en *obiter* mera doctrina, teoría de cátedra magistral, no derecho vigente en el año 2005. No parece probable, en los tiempos actuales, que aparezcan de ahora en más, por muchos años, concretos pronunciamientos otorgando indemnizaciones por tal concepto. Habría que recordar, por último, el verso final del poema veneciano de 1610, todavía hace falta “deudor que pueda pagar,” ya que hacer efectiva una sentencia de condena pecuniaria contra el Estado es tarea de titanes.

se advierte en las leyes 23.982 y 25.344 de consolidación de deudas del Estado,<sup>31</sup> en la negativa judicial a devolver el ahorro obligatorio salvo del modo dispuesto por el mismo Congreso,<sup>32</sup> en la declaración de constitucionalidad de la forzosa transformación de depósitos bancarios en bonos de la deuda pública a largo plazo e incierta cotización al momento de la emisión.<sup>33</sup>

Cabe resaltar nuevas concepciones que abandonan el antes firme criterio de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, que privilegiaba el mantenimiento de la rentabilidad inicial al contratista del Estado,<sup>34</sup> por otras que incrementan su riesgo<sup>35</sup> al pasar a manejarse con las más antiguas teorías de la imprevisión, caso fortuito y fuerza mayor,<sup>36</sup> o son más severos con los precios o indemnizaciones abultadas o excesivas.<sup>37</sup>

Además se aprecia la tendencia a la reducción de la responsabilidad del Estado por los depósitos bancarios; en la reducción de la misma garantía bancaria mientras estaba vigente.<sup>38</sup>

En lo legislativo, es grave y bastante sintomática la eliminación que la ley dispuso de la responsabilidad del Estado por los actos y hechos de sus entidades descentralizadas,<sup>39</sup> como lo ha sido también en el pasado reciente el dictado de leyes especiales acortando el tiempo para demandar deudas antiguas al Esta-

<sup>31</sup> SPISSO, RODOLFO, *Ley de consolidación de deudas del Estado. La Constitución mancillada. Ocaso de la seguridad jurídica. Quiebra de la división de poderes del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1992. Ver ALEGRÍA, HÉCTOR y RIVERA, JULIO CÉSAR, con la colaboración de RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC y TOMÁS HUTCHINSON, *La ley de convertibilidad*, Abeledo-Perrot, 1991, cap. III; IOSUE, SANDRA M., “Deuda pública perpetua interna, la actual emergencia y las leyes 25.344 y 25.565 ¿Existen acreedores más acorralados?” en AHE, DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 29-48.

<sup>32</sup> CSJN, *Horvath*, LL, 1995-D, 721; “Ninguna clase de hombres...,” LL, 1995-D, 718.

<sup>33</sup> CSJN, *in re Peralta*, 1990, LL, 1991-C, 158.

<sup>34</sup> CSJN, *Tecnobra S.A.*, LL, 1993-E, 490; COVIELLO, PEDRO, “El caso «Tecnobra»: un fallo con interesantes planteos,” LL, 1993-E, 486, CSJN, *Calderas Salcor Caren S.A.*, LL, 1997-C, 786, 1996; MERTEHIKIAN, “El costo financiero en el contrato de obra pública,” LL, 1997-C, 783.

<sup>35</sup> VEGA, SUSANA, “El nuevo régimen de redeterminación de precios en las obras públicas nacionales—Decr. 1295/02,” en AHE, *op. cit.*, pp. 109-25; SARCIAT, DIEGO, “El restablecimiento de la ecuación económica financiera de los contratos administrativos en la emergencia,” en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 115-39.

<sup>36</sup> VEGA, SUSANA, “Indexación, mayores costos y la emergencia económica,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 141-56; nuestro art. “Mayores costos, imprevisión e indexación,” en AADA, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1982, p. 103 y ss.; BARRA, RODOLFO, “El régimen de los mayores costos en la obra pública y la teoría de la imprevisión,” ED, 54: 719; *Contrato de obra pública*, t. 3, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 1125 y ss.

<sup>37</sup> CSJN, *OCASA*, LL, 1996-E, 76, año 1995 y nota de MILJIKER, “El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo,” LL, 2000-A, 123; *Torello*, Sala II, LL, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” LL, 2000-B, 274.

<sup>38</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Arrizabalaga*, LL, 1996-A, 619, año 1995; *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 19, p. 72; hay múltiples privilegios: GHERSI, CARLOS (dir.), *Responsabilidad del Banco Central por la actividad financiera*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pp. 102-14.

<sup>39</sup> Art. 21, ley 24.624; art. 133, ley 11.672 (t.o. 2005), complementaria permanente de presupuesto.

do,<sup>40</sup> acompañadas por jurisprudencia, lo que hace deliberadamente más difícil demandar al Estado.<sup>41</sup>

Hay recortes en todos lados, el más clásico y repetido en materia jubilatoria,<sup>42</sup> y salarios, que ha dado lugar a una jurisprudencia extraordinariamente vacilante como los tiempos mismos que se atravesaron en los últimos años. La Corte Suprema ha efectuado un constante esfuerzo para impedir los efectos nocivos de las políticas estatales respecto a los derechos jubilatorios, no siempre con éxito.

Pero además ha habido toda clase de limitaciones adicionales a la responsabilidad del Estado, por ejemplo en materia de expropiaciones,<sup>43</sup> derechos adquiridos que en ocasiones parecen trastabillar y ver amenazada su firmeza de antaño;<sup>44</sup> derechos de propiedad con estabilidad que la pierden sin que proceda el amparo para enmendar el entuerto;<sup>45</sup> suspensiones de juicios<sup>46</sup> y eliminación de instancias;<sup>47</sup> inembargabilidad por ley de los medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público,<sup>48</sup> aplicación de viejas soluciones

<sup>40</sup> Ver nuestro art. "Emergencia residual en la deuda pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991)," *LL*, 1995-C, 839, cap. V del libro *Después de la Reforma del Estado*, op. cit., 2ª ed.; BIANCHI, ALBERTO B., "Caducidad y prescripción de créditos contra el Estado nacional en la ley 24.447," *LL*, 1995-C, 1055; HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, *Reclamos de créditos contra el Estado*, Depalma, 1995; SPISSO, op. cit.

<sup>41</sup> Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. III, § 1.2 y 18.3; cap. VIII, § 1.5, 2.3.2, 2.3.6, 14.1, 14.2; cap. IX, § 13; cap. X, § 1.3 y 9.2.

<sup>42</sup> *Chocobar*, CSJN, *LL*, 1997-B, 247; CORTI, HORACIO GUILLERMO, "Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución," *LL*, 1997-F, 1033. Si bien *Chocobar* abunda en pseudo fundamentos, los reales permanecen ocultos en el siglo, como dice en general IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, *De los daños a la persona*, Ediar, 1995, p. 46 y ss. Ver también GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, "El final de la doctrina Chocobar. La reducción de jubilaciones por emergencia previsional frente a la Corte Interamericana," *LL*, 2003-D, 453. La CSJN se ha apartado de tal precedente en *Sánchez c. ANSeS*, *LL*, 2005-C, 616, con nota de MORELLO, AUGUSTO M. y GONZÁLEZ CAMPAÑA, *LL*, 2005-C, 399; CARNOTA, WALTER F. y BULIT GONI, LUIS G., *LL*, 2005-C, 432; CIPOLLETA, GRACIELA E., *DT* 2005 (mayo) 695, y PAWLOWSKI DE POSE, AMANDA LUCÍA, *LL*, *IMP* 2005-13, 1872. Igualmente *in re Itzcovich*, *LL*, 2005-B, 646, ya había declarado la inconstitucionalidad del recurso ordinario de apelación en materia previsional.

<sup>43</sup> Sala III, *Sánchez Elía*, *LL*, 1997-A, 88, con nuestra nota "El costo de ser expropiado."

<sup>44</sup> CNFed. CA, Sala I, *Caja de Crédito Impulsora Soc. Coop. Ltda.*, *LL*, 1996-D, 121, con nota "Derecho adquirido y derecho ejercido;" *Cien notas de Agustín*, op. cit., § 40, p. 117.

<sup>45</sup> Sala I, *Méndez*, *LL*, 1997-C, 843, con nota "El moribundo amparo;" *Cien notas de Agustín*, op. cit., § 65, p. 145.

<sup>46</sup> Sala II, *Rosso*, *LL*, 1996-A, 643; *Cien notas de Agustín*, op. cit., § 24, p. 83.

<sup>47</sup> La ley 23.658 eliminó la segunda instancia en las ejecuciones fiscales.

<sup>48</sup> Art. 21 de la ley 24.624, que ha sido interpretado restrictivamente: Sala Civil y Comercial Federal n° 2, *Ghirardi*, 8-V-1997 y sus referencias y en sentido similar por las Salas 2 y 3; ver asimismo las críticas de MERTEHIKIAN, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Buenos Aires, Rap, 10ª ed., 2004, p. 22 y BONINA, NICOLÁS, "El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado," *RPA, Res Pública Argentina*, 2006-1, Rap, Buenos Aires. Ver también el art. 16 de la ley 24.624 y el art. 25 de la ley 24.764. Esta norma, actualmente art. 66 de la ley complementaria de presupuesto, es por cierto inaplicable a los convenios económico-financieros internacionales del país, como señala LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN, "Aplicación de una nueva ley argentina a los convenios económicos-financieros internacionales que se están cumpliendo," *RDA*, 30/1: 95, Buenos Aires, Lexis Nexis/Depalma, año 1999. En cuanto a la interpretación restrictiva, ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, "La Constitución y la reforma de la jurisdicción contenciosoadministrativa," *RDA*, 30/1: 43, esp. p. 85, Buenos Aires, Lexis Nexis/Depalma, año 1999.

limitativas de la responsabilidad,<sup>49</sup> inadmisibilidad de excepciones en la vía de apremio fiscal, etc.<sup>50</sup> Vienen a la memoria las premonitorias palabras de BORDA: “La equidad exige que no todo el perjuicio sea soportado por la víctima del daño; que el autor del hecho nocivo participe también de él. No hay criterios fijos y seguros sobre la proporción en que el daño debe ser soportado por ambos; es un problema que debe ser resuelto por el juez con criterio sustancial y sobre la base de la equidad.”<sup>51</sup>

Si bien el Estado no se encuentra siempre comprendido en una hipótesis de estado de necesidad, lo cierto es que actúa como si lo estuviera;<sup>52</sup> pero así como el interés público no es el interés de la administración pública, la emergencia autocreada del gobierno no implica la emergencia del Estado. En suma, “la solución de todo caso de responsabilidad por actividad estatal lícita [...] [es que] la conducta legítima que origina daños no da lugar a una reparación integral, sino acotada.”<sup>53</sup>

#### 2.4. *La irresponsabilidad del Estado por los actos y hechos de los concesionarios*<sup>54</sup>

Algunos autores se han preguntado si el Estado sería responsable por los hechos y omisiones de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos.<sup>55</sup> La culpa *in vigilando* e *in eligendo* sustentarían clásicamente una respuesta afirmativa, pero esa responsabilidad se traslada ahora en los contratos de concesión,

<sup>49</sup> CNFed. CA, Sala V, *Centurión Andrés F. c. Estado Mayor General del Ejército*, LL, 1997-E, 548, con nota “Responsabilidad administrativa para los ex conscriptos,” LL, 1997-E, 547; *Cien notas de Agustín*, op. cit., p. 155.

<sup>50</sup> CSJN, *Recife*, 27-X-1994, *Periódico Económico Tributario*, 1º-XII-1994, con nota de ORDOQUI, DAMIÁN, “Un fallo tributario de la Corte y el derecho en retirada, cuando las cuentas no cierran,” pp. 1, 4-5.

<sup>51</sup> BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 241; COMADIRA, op. cit., p. 451.

<sup>52</sup> Ver DIANA, NICOLÁS, “El estado de sitio económico: estado de emergencia (¿o emergencia del Estado?),” LL, *Supl. Adm.*, 22-VI-09, pp. 1-10. Con sentido más general ver también BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La desconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009.

<sup>53</sup> COMADIRA, op. cit., p. 452.

<sup>54</sup> Para una comparación con el derecho español contemporáneo ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, op. cit., nuestra nota al cap. XXI, “La responsabilidad patrimonial de la administración,” XXI.1, “La responsabilidad estatal a los concesionarios y licenciatarios,” p. 448-A, y sus remisiones.

<sup>55</sup> PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Buenos Aires, Depalma, 1997; “La responsabilidad del Estado por el accionar del concesionario de servicios públicos,” en AA. VV., *Derecho Administrativo*, San Juan, 1997, p. 69 y ss. DELPIAZZO, CARLOS E., *Contratación administrativa*, Universidad de Montevideo, 1999, pp. 425-7, recuerda que la respuesta clásica es la irresponsabilidad: SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, FCU, 1998, p. 660; MARTINS, DANIEL HUGO, “La responsabilidad de la administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya,” *Rev. de Der. Público y Privado*, t. 30, p. 196 y ss.; *Constitución y administración*, Montevideo, 1999, p. 199 y ss., p. 282.

que establecen que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión.<sup>56</sup> Por de pronto, entonces, no tiene sentido práctico alguno demandar al Estado (dotado como está de muchos privilegios procesales que dificultan la acción), sino que debe demandarse al concesionario o licenciatario, que además no tiene los privilegios que a veces se le acuerdan al Estado en el proceso judicial,<sup>57</sup> será más fácil, igualmente, obtener medidas cautelares y otros medios de preservación del derecho litigioso.<sup>58</sup>

Pero cabe además preguntarse, si el Estado por ley se ha desembarazado de la responsabilidad por los actos de sus propias entidades descentralizadas, no parece ello presagiar en el futuro un desarrollo del principio de responsabilidad subsidiaria por entidades que ni siquiera ha creado, sino a las que solamente ha dado la concesión o licencia.<sup>59</sup> Parece en estos tiempos previsible que esa irresponsabilidad estatal por los actos de quienes prestan el servicio llevará a su vez a un mayor rigor en la responsabilidad aplicable a los actos de los concesionarios o licenciatarios. Esa responsabilidad será juzgada como objetiva y de resultados o fines.

No cabe pues imaginar por ahora un cambio jurisprudencial que haga responsable al Estado por los actos, hechos u omisiones de los concesionarios o licenciatarios.<sup>60</sup> Aunque puede verse una tendencia a responsabilizar al Estado en tales casos en algún pronunciamiento de la justicia nacional de primera y segunda instancia.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> Así en los servicios eléctricos, art. 24 del contrato: “la distribuidora será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de estos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o incumplimiento de las obligaciones asumidas.”

<sup>57</sup> Cabe recordar que “el ejercicio de las acciones frente a las licenciatarias no se encuentra sujeto a las normas del Título IV de la ley 19.549. *No cabe extender a ellas prerrogativas conferidas sólo al Estado Nacional como gestor del interés público*”: Sala IV, *Consumidores Libres, LL*, 1997-F, 273, punto XIV *in fine*. Ver también Sala IV, *Caplan, LL*, 1997-F, 277.

<sup>58</sup> Les resulta aplicable el principio de la ley 24.240, de estar en la duda a favor del usuario. En vez de una presunción de legitimidad del acto administrativo que dificulta la cautelar, una presunción *iuris et de iure* de una ley de orden público (art. 65: “La presente ley es de orden público”) a favor del usuario: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor” (art. 3º, modificado por ley 26.361); “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.” (Art. 37.) Ver la nota precedente.

<sup>59</sup> Conf. SARMIENTO GARCÍA, *op. loc. cit.*; PERRINO, *op. cit.*, V, 2, 2), nota 76.

<sup>60</sup> Conf. SARMIENTO GARCÍA, *op. loc. cit.*; PERRINO, *op. loc. cit.* En contra DELPLAZZO, CARLOS E., “Responsabilidad de los funcionarios públicos y de concesionarios de servicios públicos,” revista *A & C*, 3: 39, 52-3 y sus referencias, Curitiba, Juruá, 2000.

<sup>61</sup> Así lo ha resuelto la CNCiv., Sala L, *Roberti, Angel L. c. Trenes de Buenos Aires y otro*, 04-VII-2005, ED, 3-XI-2005, al responsabilizar tanto a la empresa concesionaria del servicio de trenes como al Estado Nacional en su calidad de concedente por las lesiones que sufrió un pasajero al ser golpeado y arrojado, por un grupo de personas no identificado, del vagón en el cual viajaba. Expresamente el citado pronunciamiento dice “con relación a la responsabilidad del Estado y su expresa manifestación acerca de la indelegabilidad no puede soslayarse en razón del marco de interpretación de los contratos de concesión, a la luz de la buena fe y la idea de servicio público.”

### 3. La responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos

#### 3.1. La traslación de la responsabilidad del Estado a los prestadores

Ahora se comprende mejor la posición que asumió BIELSA<sup>62</sup> en la primera mitad del siglo XX, en forma adversa a la responsabilidad del Estado si no era mediante una ley regulatoria. Eran los prestadores de los servicios públicos quienes debían hacer frente a las demandas resarcitorias de los usuarios con motivo de la prestación o no prestación de sus servicios, y la actuación del Estado como factor causante de daños quedaba así reducida a su mínima expresión. Su tesitura era en definitiva trasladar la responsabilidad del Estado hacia los concesionarios o licenciatarios, fenómeno que finalmente se produjo.

Por ello también otra doctrina de la misma época identificaba la responsabilidad de los concesionarios como igual a la del Estado cuando prestaba un servicio.<sup>63</sup>

Las mismas reglas construidas por la doctrina y jurisprudencia para fundar la responsabilidad del Estado sin culpa, por la falta anónima del servicio, es ahora la base mínima del régimen jurídico de la responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios. Su responsabilidad es de resultado, objetiva.<sup>64</sup> Pero más aun, se advierte en la jurisprudencia una tendencia a acentuar la responsabilidad frente a terceros de los prestadores privados, yendo a un criterio de riesgo.

La traslación de prestaciones a los concesionarios y licenciatarios del Estado ha importado que sean estos los sujetos pasivos de los reclamos de daños y perjuicios que antes correspondía dirigir al Estado.<sup>65</sup> Hay en ello una distinta percepción social del entorno de la cuestión, pues si el concesionario o licenciatario obra con fines de lucro en una explotación monopólica tiene mayores razones para ser el único responsable de los hechos que realiza.<sup>66</sup>

Queda pendiente determinar si también pueden ser corresponsabilizados los funcionarios públicos que concedieron la concesión con culpa *in eligendo* o fallaron en su control con culpa *in vigilando*. Pero esto no ha de verse solamente en relación al pasado, sino también al futuro.<sup>67</sup> En ese futuro próximo, parece improbable que

<sup>62</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1966, 6ª ed., p. 1 y ss.

<sup>63</sup> Así VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951.

<sup>64</sup> SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 272-3; MOSSET ITURRASPE, "La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor," *LL*, 1998-D, 950. En este sentido, CNCiv., Sala L, *Roberti, Ángel L. c Trenes de Buenos Aires y otro*, 4-VII-2005, *ED*, 03-XI-2005.

<sup>65</sup> El Estado no es responsable por los daños que se deriven del obrar de los concesionarios de obras o servicios públicos: PERRINO, *op. cit.*, V, I, 2, 2), notas 71-75 y 81.

<sup>66</sup> PÉREZ HUALDE, en AA. VV., *Derecho administrativo, op. cit.*, pp. 69-70; *El concesionario...*, *op. cit.*, pp. 43-5; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 280-1.

<sup>67</sup> Hay que resolver p.ej. lo que funciona mal en la licitación pública que es mucho y extraordinariamente dispendioso para la sociedad, y caldo de cultivo de la corrupción: *supra*, cap. XII.

se declare responsable al Estado por tales comportamientos privados, aun mediando culpa *in vigilando o in eligendo*. En otro aspecto, aquella responsabilidad del concesionario frente al usuario ha sido considerada de carácter contractual,<sup>68</sup> con lo cual la prescripción de la acción del usuario del servicio público por un servicio defectuosamente prestado es de diez años.<sup>69</sup> El contrato es de carácter administrativo y sometido a la justicia procesal administrativa.<sup>70</sup> Sin embargo, muchas de las causas son resueltas por la jurisdicción civil, tanto federal como local. Ello provoca una rica confluencia de precedentes de derecho administrativo y derecho civil; más específicamente derecho de daños y la legislación de defensa del usuario y el consumidor. El objetivo que ha de tenerse en esta materia es que el usuario no se vea obligado a reclamar o peor, demandar, por los daños y responsabilidades del concesionario o licenciatarario. En tal sentido los entes reguladores aplican a las empresas multas resarcitorias con destino a los usuarios, por sus infracciones al contrato o al ordenamiento.<sup>71</sup> Estas multas resarcitorias crean desde su imposición un derecho subjetivo de propiedad de los usuarios, por lo que cuando las autoridades las perdonan o remiten sin causa suficiente, están lesionando dicha propiedad. Ello genera la consecuente responsabilidad civil de los funcionarios y del Estado. Pero no hay precedentes judiciales.

Así también se aumenta la responsabilidad por daño ambiental (art. 41 de la Constitución), se instrumenta la defensa del consumidor y del usuario tanto frente al prestador del servicio como frente al Estado que no cumple su función de control y tutela, pero no ya a los efectos de obtener de él el resarcimiento del daño, sino para forzarlo a ejercer sus facultades de contralor. En general la justicia, con pocas excepciones, ha sabido comprender su lugar en la historia de este problema jurídico; cabe esperar un mayor desarrollo de esta responsabilidad alternativa a la del Estado, en un esquema económico en el cual tales actividades son realizadas precisamente por los particulares y no por el Estado. Así como las facultades y poderes del concesionario o licenciatarario se interpretan restrictiva-

<sup>68</sup> En contra MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos aires, 1994, pp. 604-5, § 1157, a quien sigue MERTEHIKIAN, "Naturaleza jurídica de los contratos que celebran concesionarios y licenciatarios de servicios públicos," en AA.VV., *Derecho administrativo*, San Juan, 1997, p. 50. Consideran que si el servicio es obligatorio se trata de una relación reglamentaria y si es facultativo es contractual de derecho común. No compartimos la distinción, dado que el servicio público constituye un monopolio y no existe libertad de contratar del usuario. Conf. BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., "Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario," *JA*, 1997-IV, 858.

<sup>69</sup> Sin embargo, la solución se presta a conflictos. La ley 24.240 daría lugar a una prescripción de tres años y encuadrarla como extracontractual podría reducirla a dos. No obstante, la reforma producida por la ley 26.361 al art. 50 de la ley 24.240 introduce el principio de la ley más favorable, al establecer que "Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario."

<sup>70</sup> Esta es la jurisprudencia procesal administrativa nacional, que estimamos correcta. En contra MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, a quien sigue MERTEHIKIAN, "Naturaleza jurídica...", *op. cit.*, p. 51.

<sup>71</sup> Ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 2, "Estado actual," nota 2.4. También existen multas no resarcitorias, con destino al Tesoro nacional.

mente, así también sus responsabilidades han de entenderse en forma extensiva;<sup>72</sup> del mismo modo en los contratos administrativos ya no rige la perfecta ecuación económico financiera del contrato sino un sistema más parecido al de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. La antigua fórmula de doctrina referida a la intangibilidad de la ecuación económica financiera del contrato (BARRA), se ha transmutado en la intangibilidad de la situación jurídica del usuario (GUSMAN.)

### 3.2. Otros tipos de responsabilidad de los prestadores de servicios públicos

Además de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios públicos y sus agentes respecto de usuarios y consumidores, que por la ley 24.999 es solidaria con la cadena de intermediarios que pueda existir, cabe recordar que la empresa tiene responsabilidad administrativa y penal administrativa; y sus agentes eventual responsabilidad penal.

También en el plano sancionatorio y de las responsabilidades empresarias se aplican las normas de defensa de la competencia y de la lealtad comercial, la lucha contra el abuso de posición dominante, la tutela del ambiente, la Convención Interamericana contra la Corrupción o CICC,<sup>73</sup> modos todos ellos de defensa del administrado, usuario o consumidor, vecino o afectado y sus respectivas asociaciones no gubernamentales. En tal sentido es antigua la doctrina de que hay una cierta<sup>74</sup> independencia entre los distintos tipos de responsabilidad, no aplicándose el principio *non bis in idem*: Un mismo acto puede dar lugar a responsabilidad civil, penal y administrativa de más de un tipo.

Así p. ej. si una concesionaria o licenciataria de servicios públicos computa en sus balances como inversiones o gastos lo que realmente no lo son (honorarios absurdos de dirección, inversiones que no existen en la realidad o tienen precios que no son de mercado, o tienen subsidios cruzados, o son de empresas subsidiarias), ello puede acarrearles denuncias y sanciones. Puede corresponder también la caducidad del título y generarle la obligación de devolver a los usuarios las ganancias excesivas, inversiones falsas o infladas respecto al precio del mercado, o dentro del mismo grupo económico, etc. El mismo hecho configura violación a las leyes de lealtad comercial, defensa del consumidor, etc. Puede por fin fundar

<sup>72</sup> Conf. SARMIENTO GARCÍA, *Concesión de servicios públicos*, 1999, *op. cit.*, p. 272.

<sup>73</sup> Ver BOTASSI, CARLOS A., "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, 1029; nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10. En igual sentido la convención internacional contra la delincuencia organizada, ley 25.632.

<sup>74</sup> La regla no es absoluta: la acción penal desplaza la contravencional. MILITELLO, *Código contravencional*, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 67-8; LAPADÚ, *Legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 57-8.

condenas en sede penal a sus funcionarios.<sup>75</sup> A la inversa, si la reacción del Estado es desmedida congelando por varios años las tarifas a pesar de los incrementos de los costos, como se hizo a partir del 2002 hasta el 2008/9, la situación no se arregla concediendo subvenciones y subsidios, porque su importancia finalmente no se puede ya erogar desde el Estado y debe entonces aumentarse la tarifa súbitamente, no siempre con buen análisis del esquema tarifario y ni siquiera audiencia pública. Eso sólo genera más conflictos judiciales, desde luego.

Circunstancias irrelevantes en el ámbito penal pueden no serlo en el administrativo.<sup>76</sup> Con todo, no ha de olvidarse que las reglas de la prueba no son las mismas en derecho administrativo que en derecho penal; incluso puede haber diferencias sustanciales, como es el caso de la prueba testimonial.

Hay una creciente vinculación entre el derecho penal y el derecho administrativo,<sup>77</sup> a lo que puede sumarse la responsabilidad patrimonial por los mismos hechos.<sup>78</sup> Hay, por fin principios del derecho disciplinario de la función pública que los tribunales también han aplicado en otros supuestos de derecho penal administrativo.<sup>79</sup> Es así una responsabilidad que puede analizarse dentro del contrato administrativo, “a la luz del principio rector aplicable al ámbito administrativo, según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.”<sup>80</sup> Cuando, a juzgar por el resultado, ese “cuidado y previsión” fallaron objetivamente en los resultados o en el fin que debían satisfacer, procede aplicar la responsabilidad frente a la administración, pero principalmente frente a los usuarios, pues si se lo mira desde el ángulo extracontractual del tercero afectado, se aplica tanto el principio de la culpa objetiva en materia de actividades peligrosas como el clásico *Ex lege Aquilia et levissima culpa venit*.<sup>81</sup>

Aunque se trate de un sumario para determinar la responsabilidad del concesionario, seguimos estando ante una responsabilidad penal administrativa de efectos patrimoniales a favor de los usuarios: Las multas por defectos en las metas de calidad o cantidad no ingresan al patrimonio del Estado sino que se

<sup>75</sup> *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 18: 300, año 1991.

<sup>76</sup> CSJN, *Fallos*, 307-1: 1282, *Luis Osvaldo Caputo* (1985); PTN, *Dictámenes*, 97: 310; 108: 34 y otros; *Revista ...*, *op. cit.*, 18: 300.

<sup>77</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Hirschen y Cía. S.A.*, *LL*, 1996-A, 626 (1995), con nota “La prescripción penal de una multa administrativa,” *LL*, 1996-A, 625; reproducido en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 20, p. 73.

<sup>78</sup> Así el caso *M.F.G. c. Jäger y otros*, *LL*, 1997-E, 643, citado.

<sup>79</sup> Sala II, *Aceitera Chabas*, 25-X-1994, cons. 7º), recuerda *Fallos* 303:1776 “respecto de que la faz sancionadora del derecho administrativo no se encuentra regida por los principios que informan estrictamente el derecho penal;” *Vicentín*, 17-V-1994; *Francisco López*, 7-IV-1994.

<sup>80</sup> Sala IV, *Tanque Argentino Mediano*, 29-XI-94; *La Jirafa Azul*, 23/IV/1993; *Ghiggeri*, 24/VIII/1994, *LL*-1995-D, 701; CSJN, *Fallos*, 305-1: 1011, *Panedile Argentina S.A.I.C.F.I.* (1983); CSJN, *Fallos*, 311-1: 971, *Juan María de Vido e Hijos S.C.A.* (1988.)

<sup>81</sup> Sala IV, *Giocattoli S.A.*, *LL*, 1995-D, 319, con nota “La culpa en la infracción administrativa,” *LL*, 1995-D, 319; *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, §10, p. 50.

transfieren directamente al patrimonio de los usuarios a través de una disminución proporcional de la tarifa.

### 3.3. *La responsabilidad de los concesionarios viales*<sup>82</sup>

En el caso de los concesionarios de autopistas y rutas nacionales o provinciales el problema de la responsabilidad hacia los usuarios es ligeramente diferente. La jurisprudencia no siempre ha resuelto que se los puede hacer responsables de indemnizar, p. ej., los accidentes ocurridos por animales sueltos en la vía pública, pues el único modo de impedirlo sería hacer vallados a lo largo de toda la ruta,<sup>83</sup> distinguiendo así entre qué es el debido cuidado y mantenimiento de autopistas urbanas y de rutas rurales;<sup>84</sup> aunque la tendencia pareciera revertirse a partir de la aplicación de las reglas de la “relación de consumo” al vínculo entre concesionario y usuario, haciéndose responsable al primero más allá de los términos de la concesión por un deber implícito de seguridad.<sup>85</sup>

En cambio, es claro que cuando el accidente se produce como consecuencia de una mala construcción<sup>86</sup> o estado de la ruta, escombros, pozos,<sup>87</sup> etc., es responsabilidad exclusiva del concesionario.

A ello es equiparable la falta de iluminación adecuada a lo largo de la autopista, de divisoria entre ambas manos, de control suficiente y adecuado del tránsito, de seguridad en zonas que lo requieren, etc., de modo tal que la autopista esté construida<sup>88</sup> y funcionando según las reglas del arte. Cuando la autopista atra-

<sup>82</sup> Nos remitimos al excelente y pormenorizado desarrollo y remisiones de GALDÓS, JORGE MARIO, “Peaje y ley de defensa al consumidor,” *JA*, 2000-I, 186.

<sup>83</sup> *Cons. Autostrada Messina Catania Siracusa v. Tropea*, Corte de Casación Civil Italiana, sección III, 10-VI-98, nro 5772, en el que la Corte entendió —bajo la vigencia del anterior código estradal (equivalente a la Ley Nacional de Tránsito)— que no existía obligación alguna de los concesionarios de cercar las autopistas. Por lo tanto, solamente será responsable el concesionario, si éste hubiese voluntariamente cercado o vallado la ruta y no cumpliera con su deber de conservación y mantenimiento de estos.

<sup>84</sup> GALDÓS, *op. loc. cit.* En el caso de animales sueltos vivos es responsable el propietario del animal, no el Estado o el concesionario: CSJN, *Ruiz*, *LL*, 1990-C, 430 (1989); pero la responsabilidad es del concesionario si el animal está muerto, o había un animal suelto, le avisaron y no hizo nada; o cuando el accidente se produce por un mal mantenimiento de la ruta o autopista dada en concesión (baches, montículos, roturas, etc.), manchas de aceite (*Abba*, *CNCiv.*, Sala F, *LL*, 1992-D, 195) u otra concausa imputable al no debido cuidado del concesionario.

<sup>85</sup> CSJN, *Pereyra de Bianchi*, 7-XI-2006; CASSAGNE, “Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte,” *LL*, 2007-B, 1293; BARRA, RODOLFO C. y SERRANO, MARCOS S., “Comentarios acerca de la ‘Responsabilidad del Estado.’” A propósito de una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la relación concesionario vial-usuario y los accidentes causados por animales sueltos en las rutas concesionadas, *RDA* N° 66, Abeledo Perrot, 2008, p. 911.

<sup>86</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *T.S.N. y otros c. GCBA y otros s/ daños y perjuicios*, 6-XI-07; *CNCiv.*, sala D, *LL*, 1998-F-1013; Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro (Provincia de Buenos Aires), Sala I, *Rojas*, 18-VI-2002.

<sup>87</sup> CSJN, *Lanati, Marta N. y otros v. Dirección Nacional de Vialidad s/ daños y perjuicios*, *Fallos* 314:66.

<sup>88</sup> Un claro caso de defecto constructivo es la tercera vía que en la Panamericana pasa a centímetros de gruesas columnas de puentes viejos, que no han sido modificados aún.

viasa zonas de riesgo, donde de hecho los vallados existen, es responsabilidad del concesionario no solamente construir sino también mantener y custodiar el vallado y el lugar, lo que de hecho puede efectuarse abonando en su caso un servicio adicional de seguridad a la fuerza policial,<sup>89</sup> o contratando un servicio privado, en tanto ello no afecte una ganancia razonable del concesionario. Lo mismo cabe decir de los accidentes de tránsito producto de la violación ostensible de reglas de tránsito. (Adelantarse irregularmente, conducir con exceso de velocidad, hablando por celular, sin cinturón de seguridad, etc.) Corresponde al concesionario instrumentar razonables prevenciones para que las normas de seguridad en el tránsito sean cumplidas, sea por instalación de sistemas automáticos de video y fotos para la detección de infracciones, sea contratando sistemas de seguridad públicos o privados de control, o ambas cosas.

La omisión constituye un defectuoso cumplimiento de sus obligaciones que debe generar responsabilidad, si existe causalidad directa o concurrente de tales infracciones que generan un accidente en la autopista o ruta dada en concesión. La víctima que maneja correctamente tiene derecho a que el concesionario haga lo razonable para que exista una igual conducta de los demás usuarios.

La importancia del valor en juego, que más que la responsabilidad civil ulterior es la prevención de la pérdida de vidas humanas,<sup>90</sup> justifica que esta carga preventiva y de control recaiga en el concesionario; además, desde luego, de la responsabilidad del conductor que manejaba culposamente.

#### 4. *La responsabilidad civil en general*<sup>91</sup>

##### 4.1. *Elementos*

El sistema de responsabilidad civil o patrimonial no es entonces ya necesariamente el mismo para todas las personas físicas y jurídicas: *a)* en las empresas de bienes y servicios en un régimen de libre competencia, la responsabilidad es extensiva por la ley de defensa del consumidor, de aplicación progresivamente extensiva; *b)* en el grupo de prestadores de servicios que lo hacen en situación de monopolio o exclusividad concedida o licenciada por el Estado, rigen más severamente los principios de la ley de protección del usuario y del consumidor. *c)* En el otro extremo, la responsabilidad del Estado ha quedado progresivamente limitada, tanto en el derecho positivo y jurisprudencial como en la práctica, según veremos más adelante en el cap. XXI.

<sup>89</sup> Dicho vallado y custodia existen en la entrada de la Autopista Illia al centro de la ciudad; otras autopistas también tienen vallados en zonas peligrosas. Los particulares que realizan actividades a lo largo de la ruta a su vez cuidan la seguridad de sus clientes, contratando la custodia nocturna por un móvil policial o privado. Ello es un buen indicio de cuáles son las responsabilidades que debe razonablemente asumir el concesionario de la autopista.

<sup>90</sup> Una de las principales causas de muerte son los accidentes de tránsito.

<sup>91</sup> Ver IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, *De los daños a la persona*, Buenos Aires, Ediar, 1995; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972.

Ha dicho así la Sala II “la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima [...] exige [...] por un lado, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar ilícito del Estado, o funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas y aquel perjuicio, y por otro, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a dicho Estado.”<sup>92</sup>

Los elementos del concepto clásico de responsabilidad civil extracontractual del Estado son así: *a*) un daño cierto,<sup>93</sup> que puede ser material o moral,<sup>94</sup> en lo que no hay diferencia con el régimen de la responsabilidad civil; *b*) antijuridicidad<sup>95</sup> en el hecho u omisión dañosa; es decir, que haya existido un defectuoso o irregular funcionamiento del servicio, la llamada “falta de servicio”<sup>96</sup> que produce el daño. *c*) que ese daño haya sido ocasionado por, o pueda ser imputado al, funcionamiento (defectuoso) del servicio o al accionar irregular del presunto responsable —relación llamada de causalidad.<sup>97</sup>

También hay responsabilidad del Estado por omisión que pueda considerarse un irregular ejercicio de la función,<sup>98</sup> siempre que se den los demás elementos ya mencionados más arriba.

<sup>92</sup> Sala II, *D’Albo*, 20-X-1994, cons. 6°; *Fallos*, 306-2: 2030, *Vadell* (1984); 307-1: 821, *Hotelera Río de la Plata SACI* (1985).

<sup>93</sup> No hipotético, eventual, potencial o conjetural: PERRINO, *op. cit.*, V, 1, *b*, notas 60 y 61; no excluye el daño de “suficiente probabilidad” o “previsible agravación,” *Fallos*, 317-3: 1225, *Godoy*, 1994, ni a veces la pérdida de chance: PERRINO, notas 63 y 64. Ver SHAPIRO, BARBARA J., *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, Berkeley, Univ. of Cal. Press, 1991, p. 186 y ss.

<sup>94</sup> Patrimonial o espiritual: PERRINO, *op. cit.*, V, 1), *a*, nota 55.

<sup>95</sup> Que el afectado no tenga el deber jurídico de soportarlo: PERRINO, *op. cit.*, nota 59.

<sup>96</sup> En el derecho francés la responsabilidad por “falta de servicio” se distingue de la responsabilidad por “falta del servicio,” por funcionamiento anormal, anónimo. En ese doble aspecto de la falta o culpa administrativa, es el derecho común de la responsabilidad administrativa. Ver LAUBADÉRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE Y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15 ed., libro VIII, título II, cap. I, subsección I, § 1275 y ss., p. 983 y ss. Recuerda PERRINO diversa jurisprudencia de la CSJN, *op. cit.*, V, 2, 3, nota 92, en que usó como único concepto, englobando los dos, el de “falta de servicio.”

<sup>97</sup> PERRINO, *op. cit.*, § V, distingue dos momentos: *a*) la relación de causalidad directa entre el accionar estatal y el perjuicio; *b*) posibilidad de imputar los daños a la persona estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó.

<sup>98</sup> MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad omisiva en el ámbito del derecho público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996; CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado por omisión,” *LL*, 1989-C, 512; COMADIRA, JULIO RODOLFO y CANDA, FABIÁN OMAR, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa,” *LL*, 1996.-A, 600; GAMBIER, BELTRÁN, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia,” *LL*, 1990-E, 617; TAWIL, GUIDO S., “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado,” *LL*, 1991-D, 362; LAMOGLIA, CARLOS MARCELO, “Responsabilidad del Estado por omisión,” en BOTASSI, CARLOS A., *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 393-412; BERÇAITZ DE BOGGIANO, ANA L., “La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión,” *ED*, 137: 860; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., STIGLITZ, GABRIEL A. y otros, *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 750 y ss.; LORENZETTI, RICARDO L., *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 90. CSJN, *Lanati*, *LL*, 1992-A, 201, año 1991; CS de Mendoza, *Torres*, *LL*, 1989-C, 514.

Ya no se menciona que deba haber dolo, culpa o negligencia de la persona jurídica que lo cometió.

#### 4.2. La antijuridicidad

El criterio clásico es que todo daño que no reconoce por origen una *conducta* u *omisión* antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable,<sup>99</sup> poco menos que asimilable al “caso fortuito” o la “fuerza mayor;” todo daño económico o moral no es necesariamente un daño jurídico, esto es, indemnizable. Ahora bien, con el progreso técnico aumentan día a día las ocasiones de daño, muchas veces daño en apariencia no culpable, anónimo casi;<sup>100</sup> el usuario, consumidor y administrado de hoy no está ya más dispuesto, en el decir de RINCK, a “vivir peligrosamente,”<sup>101</sup> mucho menos cuando ello es producto de una actividad que enriquece a otros bajo un sistema de monopolio o exclusividad.

Nace así la idea de un derecho de daños, más que un tema de responsabilidad. Lo importante es el daño antijurídico sufrido, y de él fluirá la responsabilidad de quien o quienes lo hayan ocasionado por actos, hechos u omisiones, aunque estos sean lícitos *per se*.<sup>102</sup>

Uno de los postulados es hoy lograr la indemnización de la mayor parte posible de los daños sufridos por una persona sin su culpa,<sup>103</sup> y si el Estado flaquea en su responsabilidad por las razones ya expuestas, les toca a quienes han asumido lo que eran antes sus funciones, asumir también sus responsabilidades. Es un nuevo desarrollo de la responsabilidad objetiva, por riesgo.

Es como en el caso del tabaco, del medio ambiente, del amianto: el foco de atención se traslada de la actividad dañosa a la persona que sufre el daño. La antijuridicidad no hay que buscarla en quién inflige el daño, sino en el damnificado. ¿Existe el deber jurídico de sufrir un daño a manos de quien se lo ha ocasionado a uno? No hay razón para que una persona *deba* sufrir un daño sin indemnización, imputándolo al caso fortuito, la fuerza mayor, el acto de Dios, etc.

La antijuridicidad se mide entonces no en quién realiza la actividad, en estas actividades que estamos analizando,<sup>104</sup> sino en que es antijurídico *per se* que un usuario, consumidor o administrado deba sufrir perjuicios a consecuencias de la relación de servicio, consumo o administración. La carga de la prueba está en

<sup>99</sup> RODOTÀ, STEFANO, *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964, p. 20.

<sup>100</sup> RODOTÀ, *op. cit.*, p. 20 y sus referencias.

<sup>101</sup> RINCK, *Gefährdungshaftung*, Göttingen, 1959, p. 7.

<sup>102</sup> Ver ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, “El derecho administrativo; responsabilidad del Estado por acto lícito y seguridad jurídica. Análisis para una mejor interpretación y legislación,” *ED*, 178: 638; CSJN, *Heredia de Morales, Justiniana c/ Estado Nacional*; *LL*, 1980-C, 232; MARIENHOFF, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita,” *RDA*, 12/13: 1; HUTCHINSON, “Los daños producidos por el Estado,” *JUS*, 36: 51-74; GUASTAVINO, ELÍAS P., “Indemnizaciones por la Actividad Lícita Lesiva del Estado,” *ED*, 118: 190.

<sup>103</sup> En sentido similar RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 23-4.

<sup>104</sup> Y hemos descripto en el § 3.1.

este caso en el que provoca el daño. Es él, en estos tres supuestos, el que debe demostrar la eximente de responsabilidad.

En el caso de los prestadores de servicios públicos y los proveedores de bienes y servicios, p. ej., es claro que la culpa subjetiva no cabe ser exigida como elemento de responsabilidad, aunque puede haber culpa objetiva que exceda lo normal y justifique una mayor cuota de responsabilidad. Así quien instala una red de alta o media tensión debe extremar los cuidados para que el peligro o el daño a la salud, actual o potencial, quede reducido a su mínima expresión. Si no ha tomado ese cuidado y el daño que produce es mayor que el estrictamente necesario, su responsabilidad patrimonial también debe ser mayor. La culpa objetiva no es así una falta de demostrar culpa subjetiva del causante del daño, sino analizar si no le corresponde una responsabilidad mayor por haber actuado desaprensivamente o sin importarle las consecuencias dañosas de su actividad. Esto último ocurre no solamente en las actividades de servicios públicos, también con la producción de amianto, la venta de cigarrillos, la circulación de automotores, etc. Se puede optar entre muchas calificaciones de esta situación: responsabilidad sin culpa, o por culpa objetiva o del servicio, por riesgo, actividad peligrosa, etc., pero el resultado no varía. La falta de culpa no es una eximente de responsabilidad del daño causado por estas actividades de servicios públicos monopólicos.

Es cierto que a veces el daño material es una carga que debe soportar *en primera instancia* cada individuo. Es el precio que paga la sociedad por el progreso y el beneficio social que brindan determinadas actividades; pero ello no excluye que inmediatamente ese daño sufrido deba ser reparado. Queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado y sus concesionarios. Se la llama a veces responsabilidad “civil,” pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código (estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de “responsabilidad civil”).<sup>105</sup>

A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios sufridos por administrados, usuarios y consumidores.

<sup>105</sup> Procuración General de la Nación, *L., B.J., LL*, 1998-E, 528: “se deberán aplicar, de manera sustancial, principios propios del derecho público, atento a que debe examinarse la responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de su actuación;” “No empee a lo expuesto, la circunstancia de que ante la ausencia de normas propias del derecho público que regulen la materia, se apliquen subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuentra el presente caso (*Fallos*, 306: 2030; 307: 1942; 312: 1297; 314: 620; 315: 1231),” p. 529.

De cualquier forma, el punto de partida para el análisis de la responsabilidad del Estado y de sus concesionarios o licenciarios no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado. Los tres principios clásicos estructurados por el viejo derecho civil, estén o no vigentes en el presente<sup>106</sup> no son de todos modos de estricta ni necesaria aplicación en lo que a la defensa del usuario, consumidor y administrado se refiere.

#### 4.3. *El daño*

La “responsabilidad,” en sentido amplio, existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado o sus concesionarios o licenciarios, deba ser indemnizada por alguno de ellos.

No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando. En algunas ocasiones se exigirá que la conducta dañosa sea apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral, o se calculará presuntivamente el daño en ausencia de elementos probatorios tradicionales. Se revalorizan como el daño a la persona y a la intimidad, el derecho a la imagen y a la privacidad, la exactitud de los bancos de datos y que no tengan un carácter irrazonablemente invasivo de la privacidad de las personas,<sup>107</sup> entre otros.

#### 4.4. *La culpa*

Ha habido en el propio derecho privado común una gran evolución en esta materia, aun en supuestos normales y no de las actividades que aquí estamos considerando: “La jurisprudencia se ha mostrado [...] sensible a la exigencia de dar nueva dimensión a los problemas de la responsabilidad civil,” lo que se advierte en el esfuerzo y hasta en “el abuso del recurso a las presunciones y a las construcciones en materia de culpa,” la tutela del derecho a la personalidad;<sup>108</sup> a la afirmación de que no sólo los hechos ilícitos originan responsabilidad, sino también los hechos lícitos que ocasionen un daño, no interviniendo la culpa de la víctima o de terceros, ni tampoco del causante del daño.<sup>109</sup>

Las construcciones hechas para la responsabilidad sin culpa del Estado<sup>110</sup> se aplican ahora a los concesionarios que han tomado su lugar. Se ha dicho también que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones

<sup>106</sup> BORDA, GUILLERMO, “Fundamento de la responsabilidad extracontractual,” *LL*, 94: 827 y ss., 830, 832.

<sup>107</sup> *Supra*, cap. III, § 6.5 y sus referencias.

<sup>108</sup> RODOTÀ, *op. cit.*, p. 31.

<sup>109</sup> Ampliar en BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil, op. cit.*, pp. 73, 233, 285-364; sus arts. “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía,” en *LL*, 1990-C, 429; “La responsabilidad civil extracontractual de una entidad autárquica,” *LL*, 1992-A, 199.

<sup>110</sup> Ver *supra*, nota 4.12.

adecuadas para llenar ese fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.<sup>111</sup> El funcionamiento irregular o defectuoso del servicio se maneja con el criterio de la culpa objetiva, como el que resulta contagiado en un hospital. No es necesario probar culpa, basta que el daño se haya producido, pues ello importa un funcionamiento defectuoso del servicio. Esto se aplica igualmente al concesionario en su deber de elección y control del propio contratista.

## II. Tipos de responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos

### 5. *En general*

En sus más grandes líneas la responsabilidad civil del Estado puede clasificarse en *a*) contractual<sup>112</sup> y *b*) extracontractual (administrativa, legislativa, judicial). La responsabilidad de los prestadores, por lo que nos interesa a los efectos de esta obra, puede clasificarse en *a*) civil (contractual por la defectuosa o excesivamente onerosa prestación del servicio, o extracontractual) y *b*) administrativa. En el caso del Estado, trataremos aquí principalmente de la responsabilidad extracontractual, es decir, aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída —la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos— sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto, hecho u omisión del concesionario o licenciataria; en el caso del Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa. De acuerdo con la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del Poder Judicial o del Poder Legislativo comportará la responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede también existir responsabilidad administrativa por actos o hechos de tal carácter realizados por tales poderes. La responsabilidad llamada “legislativa” se concreta pues en una responsabilidad por el daño causado por una ley del Congreso; cualquier otro daño ocasionado por conductas que no comporten específicamente una “ley” en sentido formal, encuadrará dentro del campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa. Del mismo modo, la responsabilidad llamada judicial sólo existe en la medida en que emerge de actos judiciales típicos; los daños que un órgano judicial realice en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa y no judicial.<sup>113</sup> Es de mucha importancia advertir esta

<sup>111</sup> Sala IV, *Stancato*, 1992; Sala II, *D'Albo*, 1994; CSJN, *Fallos*, 306: 2030; 307: 821.

<sup>112</sup> BOTASSI, “Responsabilidad contractual del Estado,” en BOTASSI (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, op. cit., pp. 357-81.

<sup>113</sup> En sentido similar SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3-IV, Buenos Aires, 1951, p. 551 y ss.

circunstancia, pues la responsabilidad estatal por actos legislativos y judiciales *stricto sensu* puede considerarse mínima o prácticamente inexistente, al menos en nuestro país, con la salvedad que se expuso en el § 1.3.

### 6. *La responsabilidad por hechos y actos administrativos*

Hasta aquí hemos considerado la responsabilidad del Estado por los daños cometidos a través de actos judiciales y legislativos; toca ahora referirnos a la responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos, que es la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños. En este tipo de responsabilidad se han planteado muchos problemas de distinta índole, derivados en su mayor parte del hecho de que se ha querido partir de la aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. Un problema de antaño superado es que pudo parecer que si el Código Civil exige que el daño sea producido por una conducta negligente o culposa, el Estado no actúa con “culpa,” por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas. Sin embargo, este argumento es fácilmente desechado si se recuerda que el Estado actúa a través de órganos que son desempeñados por personas físicas, cuya voluntad, manifestada dentro del ámbito de sus funciones, se imputa al Estado considerándose como propia;<sup>114</sup> o sea que, en definitiva, el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.

El segundo problema clásico, que ha dado lugar a más dificultades que soluciones, como hemos visto en el cap. XIX, es el de la distinción entre responsabilidad directa e indirecta. Responsabilidad directa es la que corresponde por un hecho propio;<sup>115</sup> indirecta, la de un empleador o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo.<sup>116</sup> Los criterios para determinar cuándo el Estado será responsable directamente y cuándo indirectamente son muy variados, como veremos a continuación.

## 7. *Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado*

### 7.1. *Distinción por “funcionarios” o “empleados”*

Quienes distinguen entre “funcionarios” y “empleados”<sup>117</sup> dicen que los primeros, por representar la voluntad del Estado, son órganos suyos y los segundos, por no

<sup>114</sup> Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 2, “El órgano y el ente al que pertenece,” y ss.

<sup>115</sup> Art. 1109: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.”

<sup>116</sup> Art. 1113: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.”

<sup>117</sup> Dicha distinción, con todo, se halla rechazada por todo el ordenamiento jurídico nacional y supranacional: t. 1, *op. cit.*, cap. XIII, “Agentes públicos” § 1, “La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público” § 2, “Crítica conceptual” y § 3, “Continuación. Crítica legal”: CN, CC, CP, ley de empleo público 25.164, ley de ética pública 25.188, CICC, etc.

realizar sino actividades de ejecución, son sus dependientes, diferencian de ese modo la responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un dependiente.)

Sostienen que existirá responsabilidad directa cuando actúa un órgano (“funcionario”); e indirecta cuando actúa un dependiente (“empleado.”)<sup>118</sup> Si bien la jurisprudencia nunca se ha definido claramente, pareciera a veces que adhiere a este criterio.<sup>119</sup> Hemos visto que no existe distinción entre funcionarios y empleados:<sup>120</sup> todos los agentes del Estado, sea cual fuere su jerarquía o función, asumen el carácter de órganos del Estado. De allí se deduce que la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes será siempre directa, no pudiéndose dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas el Estado tenga responsabilidad indirecta.<sup>121</sup> En otras palabras, el rechazo de la distinción entre funcionario y empleado excluye la posibilidad de fundar en ella la distinción entre responsabilidad directa o indirecta de la administración, pero, permite en cambio afirmar que dicha responsabilidad será siempre directa, en razón de ser siempre órganos propios del Estado los que actúan en su nombre. Esta es la solución que consideramos correcta y positiva, pero estimamos necesario referirnos también a otros criterios existentes a fin de poder efectuar su evaluación.

## 7.2. Distinción por “actos” y “hechos”

Otros autores han pretendido hallar la distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado según que se trate de actos o de hechos de la administración: los primeros configurarían la hipótesis de responsabilidad directa, los segundos indirecta.<sup>122</sup> Esta distinción, además de carecer de un convincente fundamento lógico y jurídico, está claramente refutada por una serie de instituciones de derecho administrativo en que se ha admitido, más allá de toda duda, que ciertos hechos pueden ser directamente imputables a la administración, comprometiendo precisamente tal tipo de responsabilidad y no la indirecta.<sup>123</sup>

Ello ocurre en materia de: a) afectación y desafectación de bienes del dominio público, que puede producirse por hechos administrativos, en el sentido de he-

<sup>118</sup> ALESSI, RENATO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milán, 1955, p. 48.

<sup>119</sup> A veces aparece como objetiva indirecta: *Fallos*, 249: 592, *Irala Arias*, 1961, 252: 191, *Luis Rene Valenzuela*, 1962, citados en REIRIZ, *op. cit.*, p. 96 y ss.; otras fundada en el 1112 y como objetiva directa: CASSAGNE, “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte,” *ED*, 114: 215; otras en el 1113: *Fournier Patricia M. c/ Prov. de Bs. As.*, *LL*, 1996-C, 558; GALDÓS, *La relación...*, *op. loc. cit.*; a veces es fundada al mismo tiempo en los arts. 1109 y 1113, *Fallos*, 300-1: 639, *Oscar Zezza y otros*, 1978, etc.

<sup>120</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. XIII “Agentes públicos.”

<sup>121</sup> En Bélgica en la práctica la responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes será siempre directa; BUTTGEBACH, ANDRÉ, *Manuel de droit administratif*, Bruselas, 1959, p. 307.

<sup>122</sup> CASETTA, ELIO, *L'illecito degli enti pubblici*, Turín, 1953, pp. 119-20.

<sup>123</sup> La comisión de hechos no constituye de por sí una hipótesis de responsabilidad indirecta. En igual sentido MARIENHOFF, *op. cit.*, t. IV, p. 717.

chos provenientes de la propia administración;<sup>124</sup> b) daños causados por trabajos públicos, materia en la cual la Corte Suprema ha dicho que “cuando ésta (la obra pública) desmejora o desvaloriza en cualquier sentido o en cualquier medida los inmuebles linderos, puede decirse que hay por parte de la autoridad una ingerencia, y hasta cierto modo, una ocupación de esos inmuebles;”<sup>125</sup> es decir, se admite que es un hecho “de la autoridad,” un hecho de la propia administración; c) restricciones administrativas a la propiedad privada, en las que se reconoce que pueden constituirse a través de hechos administrativos,<sup>126</sup> es decir, actuaciones materiales directamente imputables a la administración como propias de ella; d) el empleo de la fuerza pública, o sea, de la coerción directa e inmediata a cargo de los órganos policiales administrativos, configuran también hechos administrativos,<sup>127</sup> etc. Todo ello, en definitiva, se traduce en la existencia de una figura específica de derecho administrativo: el hecho administrativo, que procede naturalmente de los órganos administrativos, en forma directa: “Es el comportamiento material, operaciones que representan actividad física de los órganos de la administración por medio de los cuales el Estado [...] realiza actividad administrativa.”<sup>128</sup>

Por fin, si se advierte que un hecho administrativo puede ser seguido de un acto que lo ratifica, y que la distinción entre acto y hecho administrativo depende nada más que de la forma en que la voluntad administrativa se exterioriza;<sup>129</sup> si se tiene presente entonces que la actuación de un órgano administrativo necesariamente se traduce alternativamente en actos y hechos, en forma sumamente entrelazada y sin que pueda en modo alguno señalarse una predominancia de los unos sobre los otros, menos podrá decirse que sólo los actos son del órgano y por lo tanto del Estado, pero no los hechos que concomitantemente realiza. Concluimos así en que en el derecho vigente los actos y hechos realizados por un órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones son imputables al Estado y generan eventualmente su responsabilidad directa.

### 7.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima

Otra forma de intentar la distinción, tal vez la más vulgarizada, tiene su punto de apoyo en el art. 36 del Código Civil, de acuerdo con el cual “se reputan actos de

<sup>124</sup> Ver MARIENHOFF, *Tratado del dominio público, op. cit.*, pp. 158, 160, 171, 191, 196 y ss.

<sup>125</sup> CSJN, *Fallos*, 211-1: 46, *Zavaleta de Labrue*, 1948; 185: 105, *Piria*, 1939.

<sup>126</sup> Ver BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. IV, La ley, 1965, 6ª ed., p. 393; VILLEGAS BASA-VILBASO, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. VI, p. 80 y otros.

<sup>127</sup> Ver BIELSA, *op. cit.*, t. IV, p. 40; FIORINI, *Poder de policía*, 1957, p. 310 y ss.

<sup>128</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo, op. cit.*, 1956, p. 69. Ampliar en GASPARRI, PIETRO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padua, 1964, p. 9 y ss.; TESAURO, ALFONSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Turín, 1961, p. 18 y ss.

<sup>129</sup> Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. III, “La distinción entre acto y hecho administrativo;” ver también *supra*, t. 1, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 4, “Actos y hechos de la administración.” Sobre el problema de la imputación, ver t. 1, *op. cit.*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 4 y 5.

las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efectos respecto de sus mandatarios;” en consecuencia, serán actos y hechos propios del Estado los que realicen sus agentes dentro de sus atribuciones; en lo que se excedan de ellas, sus actos o hechos no serán imputables directamente al Estado y darían lugar a la aplicación de la responsabilidad indirecta si se dieran las condiciones pertinentes (relación de dependencia, culpa, etc.)

De este criterio se ha ocupado la propia jurisprudencia, sosteniendo con acierto que “la irresponsabilidad de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, más allá de sus atribuciones, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes han obrado dentro de sus propias funciones.”<sup>130</sup> Se ha sentado de tal modo el principio de que un acto es imputable directamente al Estado y lo hace responsable, en su caso, cuando es ejecutado por el órgano dentro de sus funciones o tareas, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales. Recordamos al efecto la distinción que hicieramos entre “ejercicio de la función” y “ejercicio de la competencia”: la segunda constituiría la actuación legítima, dentro del límite de las atribuciones del funcionario, mientras que la primera constituiría simplemente la actuación del funcionario dentro de las tareas a él encomendadas, sin interesar que su actuación sea legítima o ilegítima.

Por lo demás, el derecho administrativo ya ha hecho un frontal rechazo del art. 36 del Código Civil a través de todas sus instituciones y en particular de la del acto administrativo:

a) Se ha dicho así que un acto administrativo, aunque viciado, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente;<sup>131</sup> obviamente, afirmar que el acto ilegítimo, dictado en extralimitación de las atribuciones del órgano que lo produjo, mantiene su condición de acto administrativo y no se transforma en un acto personal del agente que lo dicta, es repudiar lisa y llanamente aquella norma del Código Civil.<sup>132</sup>

b) Como consecuencia de lo anterior, cuando el derecho argentino establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales

<sup>130</sup> CSJN, *Fallos*, 163:155, 162, *Ferrugia*, 1931; ver también 160: 381, *Gassull*, 1931, en igual sentido y *supra*, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 4, “Peligro de la noción amplia,” y 5, “Derecho procesal administrativo.”

<sup>131</sup> CSJN, caso *Los Lagos*, que analizamos en el t. 3, *op. cit.*, cap. X, “Formalidades.”

<sup>132</sup> Nunca podría hablarse de “nulidad” de un acto administrativo si se aplicara dicha norma, porque todo vicio determinante de nulidad implicaría una extralimitación legal y por lo tanto un acto personal del funcionario, no un acto del Estado. En tal criterio, sólo serían “actos administrativos” los actos válidos emanados de una autoridad pública, lo cual es un absurdo en el derecho público; que en el derecho privado se sostenga todavía, por el contrario, que sólo es acto jurídico el acto válido, no así el inválido, es afirmación que corre por cuenta de algunos civilistas y que no se ha fundamentado hasta ahora debidamente.

llamados “de lo contencioso administrativo”<sup>133</sup> en un juicio contra el Estado, está admitiendo también, inexorablemente, que el acto viciado puede ser del Estado, propio de él, y no un acto personal del funcionario.

c) Cuando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve,<sup>134</sup> también se reconoce sin duda que el acto es del Estado y no personal del funcionario, a pesar del vicio que tiene;

d) en materia de “funcionarios de hecho” —aquellos que tienen un nombramiento irregular— se admite que sus actos son administrativos, válidos o anulables según el caso, pero administrativos al fin.

En suma: en el derecho público, es un error pensar que sólo los actos legítimos son propios del Estado y comprometen por lo tanto su responsabilidad directa, en criterio similar al art. 36 del Código Civil; por el contrario, según lo acabamos de ver, también los actos ilegítimos pueden ser propios del Estado y comprometer su responsabilidad directa, cuando han sido realizados dentro del ejercicio aparente de la función encomendada al agente del Estado, sea dicha función regular o irregularmente ejercida, legítima o ilegítimamente manifestada.<sup>135</sup>

#### 8. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado

Reafirmamos entonces —desde 1959— nuestro concepto de que todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto órganos de él.<sup>136</sup>

Por ello, no son “dependientes” en el sentido del art. 1113 del Código Civil. Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, lo hacen como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos.<sup>137</sup>

La responsabilidad del Estado es en consecuencia —en estos casos— siempre directa; pues no tiene el Estado “agentes,” esto es, personas humanas, que no sean órganos suyos.<sup>138</sup> No altera esta conclusión el que la actividad del órgano se manifieste a través de actos o de hechos, legítima o ilegítimamente. De ello se desprende que la tesis otrora sostenida por la jurisprudencia y buena parte de

<sup>133</sup> Ver al respecto *supra*, cap. XIII, “La tutela judicial,” acerca de los caracteres y defectos de esta terminología.

<sup>134</sup> Decreto-ley 19.549/72, arts. 18 y 19; *infra*, t. 3, cap. VI, § 2 y 7.

<sup>135</sup> Lo cual coincide con lo dicho *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 4 a 7, sobre el alcance del ejercicio de la función administrativa.

<sup>136</sup> *Supra*, t. 1, cap. XII, § 2 y ss. y cap. XIII, § 1 a 3.

<sup>137</sup> Lo venimos sosteniendo desde 1959 en adelante; lo comparte finalmente la CSJN *in re Vadell*, Fallos, 306-2: 2030 (1984) y *ED*, 114: 215 con nota de CASSAGNE; coincidió primero en este criterio —expresamente— MARIENHOFF, t. IV, p. 717 y recientemente PERRINO, *op. cit.*, § II, quien también recuerda en igual sentido, en el ínterin, a LINARES (1974) y CASSAGNE (1982).

<sup>138</sup> Los consultores sin relación de dependencia asumen la responsabilidad a título propio.

la doctrina,<sup>139</sup> de acuerdo con la cual el Estado puede ser responsable “indirectamente” —o sea, como empleador por el hecho de sus dependientes— por los actos o hechos de sus agentes, es insostenible desde el punto de vista conceptual. La responsabilidad existe, pero no es indirecta sino directa.<sup>140</sup> Y tampoco hay en la actualidad responsabilidad indirecta por los hechos de las entidades descentralizadas del Estado, según vimos.<sup>141</sup>

Tampoco puede afirmarse que cuando el agente actúa dentro de sus funciones es órgano y origina responsabilidad directa, pero que cuando se excede de ellas es dependiente y origina responsabilidad indirecta, puesto que uno de los requisitos fundamentales para que exista la responsabilidad indirecta es que el dependiente haya actuado en el ejercicio de las tareas a él encomendadas por el superior. Luego, si el agente actúa en ejercicio de las tareas encomendadas, actúa como órgano; cuando se excede de ese ejercicio no actúa como órgano ni tampoco como dependiente, pues sólo se es dependiente, en el sentido de la responsabilidad indirecta, cuando se ejecutan tales tareas.

### 9. La responsabilidad directa e indirecta, antes y hoy

La responsabilidad directa del Estado surge de que un órgano suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones; en la jurisprudencia anterior se pone énfasis, en cambio, en que sea un dependiente o funcionario estatal el que comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones. En ambos casos lo determinante es el ejercicio aparente de las funciones del responsable, sea regular o irregular la prestación del servicio.

La conducta debe ser dañosa, pero ya no se enuncia que deba ser culposa: a) daños causados por la ejecución de trabajos públicos,<sup>142</sup> b) daños causados en forma anónima por la administración pública o el prestador privado del servicio, sin que el autor humano, concreto y personal del daño sea individualizado,<sup>143</sup> c) daños productos del servicio público, bien o mal ejercido, etc. El daño puede ser producido por una omisión administrativa en lugar de un acto o hecho concreto ordenado por una norma.<sup>144</sup> Salvo que el daño sea anónimo, el agente de que se trate debe haber actuado “en ejercicio” y no “con ocasión” de la función: es decir, que no basta con que el daño sea cometido en el lugar y en horas de trabajo, sino

<sup>139</sup> Nos referimos a la legislación y jurisprudencia que aceptan la responsabilidad del Estado con limitaciones, no a la primera que la niega ni la posterior que la admite sin límites. Esta última suele ser la opinión de la doctrina.

<sup>140</sup> El primero en adherir a nuestra tesis fue MARIENHOFF, *op. cit.*, t. IV, p. 717.

<sup>141</sup> Ver *supra*, § 2, “La responsabilidad del Estado en transición.”

<sup>142</sup> CSJN, *Fallos*, 185: 105, *Piria*, 1939: 211-1: 46, *Zavaleta de Labrue*, 1948: 258: 345, *Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/Provincia de Buenos Aires*, 1964.

<sup>143</sup> Hechos policiales (*Fallos*, 205: 635, *Susan*, 1946), incendios al lado del ferrocarril (169: 111, *Devoto*, 1933), certificados erróneos del Registro de la Propiedad (182: 5, *Ferrocarril Oeste*, 1938; 192: 231, *Dupré*, 1942; 190: 318, *Saslavsky*, 1941; 205: 365, *Pérez Ortiz*, 1946; 210: 346, *Butavand y Cía.*, 1948), etc.

<sup>144</sup> CSJN, *Fallos*, 193: 246, *Spinacci*, 1942 y otros; *supra*, nota 4.8.

que debe tener alguna relación, aunque sea aparente, con el objeto de las funciones encomendadas al agente.<sup>145</sup> Encauzado el criterio jurisprudencial en el sentido de que “responsabilidad indirecta” del Estado es la que le corresponde por los hechos y actos de sus propios agentes públicos, no encontró fundamento jurídico disponible para decidir que el Estado debiera ser responsable por los actos y hechos de sus entidades descentralizadas, y es así como ha resuelto que teniendo ésta personalidad jurídica propia, no puede demandarse al Estado central por los daños por ellas cometidos.

Postulamos en 1959<sup>146</sup> llamar responsabilidad *directa* a la que corresponde al Estado por los hechos de sus órganos, y que el Estado era responsable *indirectamente* por los actos de sus entes descentralizados (pues han sido creados y pueden ser disueltos por él; son controlados también por él, a través del recurso de alzada, nombramiento de autoridades, intervención, autorización o aprobación del presupuesto, etc.). Empero, la ley 24.624, en tanto no sea declarada inconstitucional, es adversa a ese criterio y limita la responsabilidad del Estado central al aporte que hizo al ente descentralizado.<sup>147</sup> Dado que esa ley forma parte de una tendencia general a limitar la responsabilidad del Estado en la época de insolvencia<sup>148</sup> que le toca atravesar, tendencia que la jurisprudencia también ha asumido como propia,<sup>149</sup> no vemos como previsible en el futuro próximo su declaración de inconstitucionalidad. Queda como interrogante futuro el hecho de que el Estado ha sido responsabilizado internacionalmente por daños cometidos por las Provincias, lo cual es más amplio.<sup>150</sup>

#### 10. *Coordinación entre las responsabilidades institucionales y personales*

El funcionario público o privado es también responsable civilmente por los daños cometidos en el ejercicio de la función, pero en la práctica su responsabilidad no es efectivizada por cuanto los interesados demandan exclusivamente al Estado o al prestador del servicio, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños; el Estado no siempre reclama de sus agentes el resarcimiento por los daños cometidos respecto de terceros.

<sup>145</sup> CSJN, *Fallos*, 194: 170, *Rodríguez*, 1942 y otros.

<sup>146</sup> Nuestra tesis doctoral, inédita (1959); conf., desde su 1ª ed., MARIENHOFF, *Tratado ...*, op. cit., t. I, p. 421.

<sup>147</sup> Art. 21 de la ley 24.624, incorporado como art. 133 de la ley 11.672, complementaria permanente de presupuesto (t.o. por decreto 1.110/2005.) Ver las obras de MERTEHIKIAN citadas *supra*, cap. XII, “La licitación pública,” nota 2.2.

<sup>148</sup> Lo explicamos *supra*, cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” del t. 1.

<sup>149</sup> CSJN, *Horvath*, LL, 1995-D, 721; *Peralta*, LL, 1991-C, 158; *Tecnobra*, LL, 1993-E, 490; *Calderas Salcor Caren S.A.*, LL, 1997-C, 783; *Chocobar*, CSJN, LL, 1997-B, 247.

<sup>150</sup> *Garrido y Baigorria*: CURIEL, ALICIA y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino,” *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36, (1996); CURIEL, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Guillermo José Maqueda c/República Argentina,” LL, 1997-E, 515.

En el caso del prestador del servicio es posible que haya sanciones internas, incluso expulsivas, para los que generaron el daño sin beneficio para la empresa; pero si el daño ha sido en beneficio de las ganancias empresarias lo más probable es que sea deliberado y premiado institucionalmente, como lo prueban los casos de las empresas telefónicas en nuestro país. También si el daño es generado por negar el pago de acreencias del Estado es posible que sea felicitado, o sancionado si procura que el Estado cumpla con sus obligaciones, como lo explicamos en el cap. XXI.

Para solucionar tal estado de cosas no puede en modo alguno proponerse la supresión de la responsabilidad del Estado o del prestador del servicio, dejando como único responsable al funcionario, pues éste será generalmente insolvente; además, existirán casos en que el funcionario, por haber actuado regularmente no será responsable, a pesar de lo cual puede haber resultado un daño del ejercicio de su función: en tal hipótesis es siempre necesario que el Estado o el prestador sea responsabilizado.

Ha habido casos excepcionales en que el damnificado correctamente demandó a ambos,<sup>151</sup> en materia de daños cometidos por las fuerzas de seguridad la norma es perseguir penalmente al autor del daño y civilmente al Estado. La acción penal es más instructoria cuando la justicia funciona.

En el caso de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o privados (lo segundo, a tenor del art. 36 de la Constitución y la complicidad en los delitos de corrupción de la Convención Interamericana Contra la Corrupción), pareciera también ser necesario, desde un punto de vista práctico y ciudadano, demandar a ambos y sus respectivas entidades y querellar a los responsables de tales actos punibles por el derecho penal. En algunas legislaciones esto resulta indispensable, en la nuestra prolifera salvo excepciones la impunidad, lo cual demuestra el bajo nivel de juridicidad de la sociedad misma.

Repitamos a HAURIUO: “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la even-

<sup>151</sup> *Tarnopolsky, D. c. Estado nacional y otros*, CNFed. CA, Sala III, LL, 1996-C, 439; lo planteó una vez como necesario la Corte Suprema en *Fallos*, 255: 321, 325, *Nación Argentina v. Provincia de Córdoba y otro*, 1963. Fue la tesis que preconizamos en “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” *Lecciones y Ensayos*, 14: 117, Buenos Aires, 1959 y en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 53 y ss.

tualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.”<sup>152</sup> Ahora bien, cuando ni siquiera el ostensible enriquecimiento por escritura pública mientras sus autores están en ejercicio de la función pública es castigado oportunamente, poco resta para el optimismo.

### III. El problema de las responsabilidades especiales

#### 11. *La responsabilidad por acto judicial irregular*

Nuestro derecho es restrictivo en cuanto a la responsabilidad por acto judicial *regular*, aunque algunas constituciones provinciales establecen la responsabilidad por el llamado *error judicial*, sin que haya una conducta judicial irregular o culposa. Pero cuando el Estado a través de uno de sus órganos comete un daño, la responsabilidad internacional que entra en juego no hace distinciones en función de los órganos.<sup>153</sup>

A su vez, si se trata del *funcionamiento anormal o irregular del servicio*, se la admite, también en el derecho interno.<sup>154</sup> Es siempre la misma idea de la falta del servicio, del ejercicio irregular de la función.

##### 11.1. *La regla de la irresponsabilidad por acto judicial regular*

La responsabilidad del Estado por actos judiciales se da en el derecho comparado cuando una persona es condenada en primera instancia y luego absuelta,<sup>155</sup> o procesada y detenida, siendo luego sobreseída definitivamente.<sup>156</sup> Puede tratarse de una conducta regular.<sup>157</sup> En la generalidad de los casos el daño y la responsabilidad consecuentes emergen de una conducta legítima y no culpable, razón por la cual algunos juristas se resisten a aceptar la responsabilidad estatal.

En nuestro derecho la jurisprudencia predominante no ha aceptado que exista un derecho a indemnización, sobre todo en el ámbito de la justicia nacional.<sup>158</sup>

<sup>152</sup> HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, op. cit.*, t. I, p. 649. Cabe destacar en contra de esta tesis a LINARES, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público,” *LL*, 153: 601, año 1974.

<sup>153</sup> Ver *infra*, nota 12.2.

<sup>154</sup> Ver en este sentido CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso «Amiano»),” *LL*, 2000-C, 750.

<sup>155</sup> Ver REBOLLO, LUIS MARTÍN, *op. cit.*; SANTI ROMANO, “Responsabilità dello Stato e riparazione degli errori giudiziari,” en su libro *Scritti Minori*, Milán, 1959, p. 156 y ss.; GIANTURCO, VITO, *Della responsabilità dello Stato verso le vittime di errori giudiziari*, Milán, 1956, p. 1 y ss.

<sup>156</sup> GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 129.

<sup>157</sup> GIESE, *op. cit.*, p. 127 y la doctrina alemana admiten la responsabilidad sin culpa y por un acto judicial legítimo. La llaman “indemnización de derecho público,” diferenciándola así de la responsabilidad tradicional, que se referiría a los casos de antijuridicidad y culpa. Ver SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 163.

<sup>158</sup> Esta es también la lectura que de nuestra jurisprudencia hace la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 57: 162.

Algunas constituciones o leyes provinciales, a su vez, lo aceptan.<sup>159</sup> La doctrina es uniforme en admitirla.<sup>160</sup> Es difícil determinar si, en el clima expuesto en el § 2, existe campo favorable para su mayor desarrollo. Pero queda de todos modos la vía reparatoria del derecho de fondo, de perseguir la tutela del derecho ante las jurisdicciones internacionales.<sup>161</sup>

### 11.2. *Un supuesto sistemático de responsabilidad del Estado por error judicial*

El principal y quizás único caso de responsabilidad del Estado por error judicial que se da sistemáticamente, es la responsabilidad que se produce por la denegación de medidas cautelares y acciones o recursos de amparo que podrían haber evitado que un daño se cometiera. Claro está, allí el Estado no indemniza a título de responsabilidad por omisión judicial, sino por comportamiento administrativo. Pero la concausa, o la causa inmediata del daño, es la inacción judicial que no impidió la materialización del perjuicio.

Otro problema es de decisiones de hace pocos años de la CSJN, rechazando liminarmente acciones en la instancia extraordinaria, algo verdaderamente insólito. Esta privación de justicia se traduce en que el daño, en lugar de ser evitado por la acción correctora de la justicia, se materializa. El agraviado por la inacción preventiva judicial debe entonces volver al mismo Poder Judicial, vencido y dañado por la administración, a reclamar la reparación de los daños y perjuicios que ese mismo Poder Judicial no quiso evitar que se perpetrara. Y si no la obtiene localmente debe acudir al mecanismo del control supranacional, como en *Birt, Garrido y Baigorria, Verbitsky, etc.*<sup>162</sup>

En ese momento es toda la sociedad la que debe pagar el prurito de pseudo *prudencia iuris* de quienes no han ejercido su potestad jurisdiccional para prevenirlo. Es más fácil condenar al Estado por hechos de ex funcionarios ya sin poder, que impedirle a los funcionarios que lo ejercen, que cometan daños antijurídicos con él. No puede ser que toda la sociedad continúe pagando lo que los jueces no quieren ver a tiempo, o ven pero se escudan en artilugios procesales para dejar que la administración destruya el derecho del particular y lo remita a nuestra indemnización colectiva.

No es para eso que sufragamos un Poder Judicial.

<sup>159</sup> Ampliar en REIRIZ, *op. cit.*, p. 81; ALTAMIRA GIGENA, *op. cit.*, pp. 162-3.

<sup>160</sup> REIRIZ, *op. cit.*, pp. 73-81; ALTAMIRA GIGENA, *op. cit.*, pp. 156-63; BULLRICH, *La responsabilidad del Estado*, *op. cit.*, p. 262 y ss.; TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 2ª ed., p. 148; ANDRADA, ALEJANDRO D., "Responsabilidad de los magistrados judiciales. Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana," *LL*, 1998-D, 1157; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1971, p. 163 y ss.; MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, p. 759 y ss.; FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, pp. 1121-3.

<sup>161</sup> Ver *supra*, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional" e *infra*, nota 12.1 y cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," del t. 1.

<sup>162</sup> Ver la referencia de la nota anterior e *infra*, nota 12.2.

## 12. Responsabilidad por acto legislativo<sup>163</sup>

En el derecho internacional la responsabilidad del Estado se juzga prescindiendo de cuál poder es el que ocasiona el daño.<sup>164</sup> Existen precedentes del Tribunal Europeo condenando a un Estado miembro por violación legislativa de una norma comunitaria,<sup>165</sup> o por la inacción legislativa para cumplir una norma comunitaria;<sup>166</sup> en el derecho argentino, todavía la solución cambia según cual sea el órgano autor del daño, según ahora veremos.

### 12.1. La regla de la irresponsabilidad interna por actos legislativos

La jurisprudencia nacional, partiendo del principio de que el Estado no debe indemnización alguna por la privación de propiedad que realiza a través del cobro de impuestos, siempre que éstos sean válidos, ha llegado a conclusiones criticables. El error a que se ha llegado proviene inicialmente de extender el principio de irresponsabilidad por el cobro de impuestos legítimos. El principio era que “el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los anteriores (en el caso no se ha discutido la validez de la forma en que se lo ha puesto en práctica) puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión.”<sup>167</sup> De allí la jurisprudencia pasa luego a decir otra cosa, que en realidad la garantía de la propiedad “siempre se ha considerado alude al desapoderamiento directo, y no al consiguiente perjuicio resultante del ejercicio de legítimos poderes. Nunca se ha supuesto que tenga algún efecto sobre o para inhibir leyes que indirectamente produzcan daño o pérdida a los particulares,”<sup>168</sup> lo cual es ya llevar la afirmación demasiado lejos. También se expresa que el ejercicio de los “poderes de guerra” no puede dar lugar a responsabilidad del Estado, cuando se lo ejerce “con fundamento en disposiciones legales expresas.”<sup>169</sup> De allí a decir que tampoco será responsable el Estado por las leyes que organicen o regulen un “servicio público,” aunque de ellas se desprendan daños a terceros, no hay sino un paso, que la jurisprudencia también ha dado.<sup>170</sup> No existe pues, en principio y en el estado

<sup>163</sup> BIANCHI, “Responsabilidad del Estado por actividad legislativa,” I.E.D.A., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, 2000, p. 211 y ss.

<sup>164</sup> La responsabilidad internacional del Estado existe hoy *cualquiera sea el órgano estatal nacional que comete el daño*: CHITI, *op. cit.*, p. 404-5.

<sup>165</sup> Desde los casos *Factortame III* de 1996 y *Brasserie du Pêcheur*. Ver CHITI, *op. cit.*, p. 404.

<sup>166</sup> Solución ésta ya incorporada al derecho interno por la CSJN, *Ekmekdjian*; conf. BREWER CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Arte, 2000, p. 232; *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, p. 269.

<sup>167</sup> *Fallos*, 180: 107, *Gratry S.A.*, 1938. Ampliar en REIRIZ, *op. cit.*, p. 65 y ss.

<sup>168</sup> CSJN, *Fallos*, 182: 146, 152, *Spurr*, 1938.

<sup>169</sup> CSJN, *Fallos*, 245: 146, *Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano*, 1959.

<sup>170</sup> *Fallos*, 256: 87, *CADE*, 1963; 258: 322, 333, *Suñé c/SEGBA*, 1964.

actual de la jurisprudencia nacional, responsabilidad interna del Estado por leyes legítimas, aunque ocasionen daños; pero no creemos que pueda categóricamente decirse que “en nuestro derecho, el Estado no responde civilmente por los actos legislativos,”<sup>171</sup> por lo que sigue.

## 12.2. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo

### 12.2.1. Perjuicio especial

La CSJN expresó en *Gratry*,<sup>172</sup> que “no reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de responsabilidad.” Parece aceptar, en la responsabilidad legislativa, la doctrina alemana del “perjuicio especial.” Como dice MAYER, la actividad del Estado “no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material [...] habrá lo que se llama el sacrificio especial [...] que debe indemnizarse.”<sup>173</sup>

### 12.2.2. Enriquecimiento sin causa

En *Asociación Escuela Popular Germano Argentina Belgrano* se sostuvo que si bien la ley no generaba responsabilidad, existía de todos modos responsabilidad del Estado si a consecuencia de ella se producía un enriquecimiento sin causa de la administración.<sup>174</sup> Fue en verdad un artilugio para responsabilizar al Estado por la ley, pero sin decirlo directamente así. En sentido similar decía HAURIUO: “El principio de justicia sobre el cual debe fundarse aquí el derecho a indemnizaciones es aquel del enriquecimiento sin causa y dos condiciones serán exigidas para que el daño dé lugar a reparación: 1º) será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento administrativo [...]; 2º) será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea sin causa, y lo será cuando resulte del ejercicio por la administración de un derecho exorbitante al derecho común, por ejemplo el derecho de expropiación, el derecho de los trabajos públicos, el derecho de legislación, etcétera.”<sup>175</sup>

<sup>171</sup> *Dictámenes*, op. cit., 71: 369, 370 vta. La afirmación es previa a la existencia de los ordenamientos internacionales que cuentan con tribunales y órganos de aplicación, como la Convención Americana de Derechos Humanos. La expresión es hoy en día insostenible.

<sup>172</sup> *Fallos*, 180: 107, *Gratry S.A.*, 1938, en que la CSJN se remite a *Arrupé*, *Fallos*, 180: 114.

<sup>173</sup> MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 217; BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgrau, 1956, 2ª ed., p. 165.

<sup>174</sup> *Fallos*, 245: 146, 153, año 1959.

<sup>175</sup> HAURIUO, MAURICE, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1921, 10 ed., p. 382: “Finalmente el principio obligatorio me parece ser éste: enriquecimiento sin causa de un patrimonio administrativo a consecuencia de un daño especial causado a un tercero por el ejercicio de un derecho exorbitante.”

### 12.2.3. *Sustitución del derecho por una indemnización*

Por fin, también ha dicho la jurisprudencia que la ley puede válidamente reglamentar un derecho sustituyéndolo por una indemnización. O sea, que en verdad quiere decir que la lesión del derecho efectuada por la ley quedará purgada, no con la declaración de su inconstitucionalidad, sino con la reparación pecuniaria del agravio. Partiendo del principio de que los derechos no son absolutos sino relativos, la Corte Suprema ha sentado el criterio de que “la tutela de un derecho por la justicia no requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existentes,”<sup>176</sup> y que puede admitirse la constitucionalidad de la ley si deja a salvo la “reparación indirecta del agravio jurídico.”<sup>177</sup> Concretamente, se ha resuelto que si una ley sustituye la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público por una indemnización pecuniaria en caso de cesantía, ello se adecua al sistema constitucional, pues “la garantía del artículo 14 «nuevo» se satisface con el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía.”<sup>178</sup> No obstante, este último criterio ha quedado desestimado actualmente, considerándose que la estabilidad otorga un derecho a la permanencia en el cargo, y no a un mero resarcimiento sustitutivo.<sup>179</sup>

### 12.2.4. *Posible desarrollo de las excepciones*

En algunas hipótesis estos distintos argumentos pueden superponerse, sin embargo interesa de todos modos recordarlos, pues de acuerdo con la propia jurisprudencia pueden dar lugar a la responsabilidad estatal por la actividad legislativa.

La doctrina recuerda p. ej. el caso ocurrido en el Uruguay con la creación de ANCAP. El legislador prohibió una actividad hasta ese momento legítimamente ejercida por los particulares, y estableció un monopolio estatal sobre tal actividad; la jurisprudencia les reconoció derecho a indemnización, con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa.<sup>180</sup> Nuestra jurisprudencia, que ha admitido la responsabilidad del Estado si a resultas de la actividad legislativa se produce un enriquecimiento sin causa de aquél, probablemente también habría de reconocer la existencia de responsabilidad en dicho caso. A su vez, el principio de

<sup>176</sup> CSJN, *LL*, 119: 141, *Enrique*, 1965.

<sup>177</sup> CSJN, *LL*, 117: 261, 263, *Borro*, 1964, que recuerda *Assereto*, *Fallos*, 249: 654 (1961), en que se debatía si una reparación patrimonial era suficiente o correspondía la eliminación de la lesión a través del amparo; conf. *Fallos*, 251: 457, *Ilzarbe de Grande*, 1961.

<sup>178</sup> CSJN, *Enrique*, *LL*, 119: 141 (1965). La lesión surge de la propia ley que deniega la reposición del agente y la sustituye por una indemnización.

<sup>179</sup> CSJN, *Madorrán*, 3-V-2007, en el que se ordena la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo. Ver IVANEGA, MIRIAM, “Acerca del Caso Madorrán,” en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), Suplemento de Derecho Administrativo, 11-V-07.

<sup>180</sup> *Urreta S.A.*, *LL*, 28: 810, 817, año 1942. Conf. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., “La responsabilidad del Estado legislador,” *LL*, 36: 1088, 1092 y ss., aunque fundándose en el principio de la igualdad ante las cargas públicas; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, pp. 603-5; “Responsabilidad del Estado por acto legislativo,” *JA*, 1949-I, 54, sección doctrina.

la especialidad del daño ha sido invocado para fundamentar la responsabilidad del Estado por un acto reglamentario válido, con fundamentos que son en un todo aplicables al caso en que el daño es en iguales condiciones producido por una ley: se ha dicho así en la causa *Reisz* que “si la administración, en ejercicio de facultades cuya legitimidad no se cuestiona en la causa, producía actos que necesariamente incidirían en el objeto del contrato,” “el perjuicio causado al accionante [...] reúne la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad a que esta Corte se refirió en Fallos, 180: 107, razón por la cual [...] cabe reconocer el derecho del demandante a ser indemnizado.”<sup>181</sup>

### 13. *Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional*

El perjuicio ocasionado por una ley inconstitucional debe ser indemnizado. Lo mismo ocurre con los decretos de necesidad y urgencia dictados al margen del sistema constitucional, aunque en tal caso no se trata de responsabilidad por acto legislativo *stricto sensu* sino por acto de la administración invadiendo competencias legislativas.<sup>182</sup>

Esta cuestión puede ser compleja cuando existen pronunciamientos de la Corte Suprema rechazando acciones de amparo o cautelares, que podrían sugerir la constitucionalidad del acto impugnado pero en verdad no lo hacen sino que evitan —cuidadosamente— pronunciarse al respecto.

Queda en tales casos abierta la vía del juicio de conocimiento en el cual obtener, muy tardíamente, la declaración de inconstitucionalidad y la reparación del perjuicio y si no ocurrir a las instancias internacionales.

Pero la vía del derecho interno no es precisamente muy eficaz, ante el colapso de la justicia argentina, fruto de la extrema y deliberada renuencia de los poderes públicos en crear suficientes tribunales en relación a las causas pendientes y que siguen ingresando.<sup>183</sup>

Esto es también materia de responsabilidad internacional del Estado, porque la omisión legislativa de crear tribunales en número adecuado es lisa y llana privación de justicia.<sup>184</sup> Y es un argumento que, por supuesto, ha sido utilizado exitosamente por los acreedores del Estado que lo demandaron ante el CIADI.

<sup>181</sup> CSJN, *Fallos*, 248: 79, 83, *Reisz*, año 1960.

<sup>182</sup> Por ello conviene estar atento al cómputo de los plazos, como surge en *Nóbile*, CNFed CA, Sala V, *LL*, 1997-C, 831, con nuestra nota “La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños,” *LL*, 1997-C, 830, reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 64, p. 144.

<sup>183</sup> No se olviden los plazos reales que lleva un juicio ordinario contra el Estado: fácilmente supera el par de décadas, como explicamos en el XIV, “Problemas del acceso a la justicia,” y XV, “Comparación del control administrativo y judicial” y en especial en el cap. XXI, “La responsabilidad del Estado en la práctica.” Por eso es que, fracasados los mecanismos alternativos de solución de controversias y siendo insuficiente o inoportuna la respuesta del sistema de contralor, no queda sino apelar al último recurso que explicamos en el cap. XXII, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial.”

<sup>184</sup> Nos remitimos a lo resuelto *in re Zimmerman y Steiner*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de julio de 1983, citado en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., anexo al capítulo XVI, pp. XVI-39-52.

No hay allí nividad alguna. Incluso han contado con un dictamen de un ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ratificando la inexistencia de justicia interna oportuna, eficaz y de costo razonable, abriendo con ello la vía del arbitraje internacional sin necesidad de agotar las vías del derecho interno. El mismo argumento sirve, desde luego, cuando se trata de ejecutar dichas sentencias en otras jurisdicciones, como ya lo expusimos antes de ahora y lo reiteramos en el cap. XXII.

Es el Poder Legislativo el que impide que funcione un Poder Judicial imparcial e independiente que dicte justicia oportuna y eficaz con un costo razonable, con la complicidad del Poder Ejecutivo: Insuficiencia de recursos y de creación del número de juzgados para atender los números reales de causas, distorsión del Consejo de la Magistratura para pretender presionar a los jueces desde el poder político, prórroga constante de facultades delegadas inconstitucionalmente, abuso de la legislación delegada y los decretos de necesidad y urgencia, superpoderes, etc.

La responsabilidad por acto legislativo y por su irrazonable omisión como en el párrafo anterior, corresponde en primer lugar porque una ley inconstitucional es también violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, y su ejecución genera de todos modos responsabilidad internacional.<sup>185</sup>

Puede incluso darse el caso de una ley nacional violatoria del orden público internacional; lo mismo puede llegar a ocurrir por la aplicación de los tratados contra la corrupción, que incluyen expresamente a los tres poderes del Estado; ya hemos adelantado que nos encontramos allí en presencia de un *ius cogens in statu nascendi*. El antiguo principio de que “no puede haber derecho legal contra la autoridad que hace las leyes de que el derecho depende”<sup>186</sup> no resulta de aplicación cuando el legislador está a su vez bajo un orden jurídico superior interno e internacional. Se trata tanto del orden constitucional como supranacional e internacional, e incluso del principio de justicia natural. Por ello, si se dicta una ley o decreto de necesidad y urgencia inconstitucional, o contraria al derecho supranacional o internacional imperativo y con ello ocasionara un daño, éste será indemnizable. Tampoco debe olvidarse que los tratados de inversiones extranjeras limitan al poder legislativo en materia de nacionalizaciones, etc., y que instituyen también la vía arbitral, como ya explicamos.<sup>187</sup>

Un caso muy antiguo puede ilustrar el punto: si una provincia o la Nación impiden el tránsito de mercaderías, en contravención al principio constitucional

<sup>185</sup> OC-14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *supra*, § 2.2, “La responsabilidad internacional aumentada,” publicada en Separata de *El Derecho, Jurisprudencia Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 17 de abril de 1995, p. 9 y ss. Ver *supra*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” del t. 1 y cap. XVI, “La justicia administrativa internacional,” del presente t. 2; los antecedentes se encuentran en el cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” del t. 1.

<sup>186</sup> HOLMES, OLIVER W., citado por WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act*, Nueva York, 1957, p. 5.

<sup>187</sup> Ver *supra*, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.”

del art.11, la Corte Suprema ha resuelto que son inconstitucionales los decretos nacionales o provinciales que establecieron tales prohibiciones, aclarando que “ni la Nación ni las provincias están autorizadas para crear aduanas interiores o institutos o regímenes administrativos que funcionen como tales.”<sup>188</sup>

Ninguna razón habría para no llegar a igual conclusión cuando la transgresión constitucional y el consiguiente daño proviene no de un decreto del Poder Ejecutivo sino de un reglamento de necesidad y urgencia o incluso de una ley del Congreso, pues tanto la antijuridicidad como el daño son idénticos en ambos casos. Tendríamos allí otro posible ejemplo de responsabilidad estatal por los daños causados por leyes o reglamentos de necesidad y urgencia inconstitucionales.<sup>189</sup> En ese caso habría que ponderar también, aunque sea tardío, la responsabilidad que les corresponde tanto a los que emitieron tales actos como a quienes desde el Poder Judicial no impidieron su consumación pudiendo hacerlo; en este último caso debe ser al menos materia a considerar en el Tribunal de Enjuiciamiento y desde luego a ponderar en toda propuesta del Consejo de la Magistratura, una vez que se haya restablecido el perdido equilibrio que debía tener de acuerdo a la Constitución. No sea cuestión que se termine premiando con ascensos la colaboración judicial en la violación de la Constitución.

<sup>188</sup> CSJN, *Fallos*, 177: 237, 270, *Cahiza*, 1937; un decreto nacional prohibía el embarque de uva de una provincia a otra para su elaboración; otro caso en *Fallos*, 252: 39, *Acuña*, 1962. En la actualidad, los decretos de necesidad y urgencia inconstitucionales han dado lugar a reparaciones. Hay casos en que se admite la acción para pedir la inconstitucionalidad, pero se declara prescripta la reparación (CNFed. CA, Sala V, *Nóbile*, LL, 1997-C, 831; “La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños,” LL, 1997-C, 830, reproducido en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 64, p. 144): el fundamento no dicho es el expuesto *supra*, § 2.2.; su contracara, lo que ocurrió con el caso *Birt*.

<sup>189</sup> En contra, SPOTA, *op. cit.*, pp. 578-9. Si a resultas de la ejecución de la ley inconstitucional se produce un daño a la propiedad, p. ej., no hay restitución posible al estado anterior y entonces la única solución viable es la reparación del daño. En este sentido se pronunció la Corte Suprema en casos en que el Estado tomó posesión de un bien, en una hipótesis sin mediar expropiación y en otra desistiendo posteriormente de la expropiación iniciada; en ambas situaciones se declaró la ilegalidad e inconstitucionalidad de la ocupación y ello evidentemente no comporta diferencia alguna esencial con la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por lo que a la responsabilidad se refiere. Ver *Fallos*, 145: 89, *Delcasse*, 1925; 171: 142, *Miloch*, 1934; 177: 237, *Cahiza*, 1937; 216: 241, *Milberg*, 1950. Conf. ORTIZ, *op. cit.*, p. 193. Ampliar y comparar en ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *Expropiación y responsabilidad pública*, San José, LIL, 1996.