

XXIV JORNADAS NACIONALES DERECHO CIVIL – BUENOS AIRES 2013

COMISIÓN: “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”

PONENCIA: “Exclusión de responsabilidad del Estado y de funcionarios públicos en el proyecto de Código Civil y Comercial”.

AUTORES:

Cristian Ricardo A. PIRIS (Doctor en Derecho - Profesor Adjunto por concurso Universidad Nacional del Nordeste)

Haraví Eloisa RUIZ (Becaria de Investigación de Postgrado de la Universidad Nacional del Nordeste)

PONENCIA:

1) El proyecto de nuevo Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad del estado y de funcionarios públicos implica el retroceso de una centuria y media de evolución jurídica. Sumado a ello la mala técnica legislativa utilizada agrava el cuadro de situación. De ser aprobado el proyecto sin modificaciones en ese punto se estaría consagrando una virtual exclusión de responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

2) El anteproyecto del Código contenía soluciones justas y convenientes, que reflejaban normativamente la evolución jurídica en la materia. Por lo que se propicia sus soluciones ante las que se halla en el proyecto.

FUNDAMENTOS DE LA PONENCIA

La responsabilidad patrimonial del Estado puede ser contractual o extracontractual. En lo que respecta a la responsabilidad contractual, la misma se refiere tanto al accionar previo a la celebración de un contrato administrativo o durante su ejecución y extinción. Lo relativo a este punto en referencia a los contratos administrativos se halla regulado por el Derecho Administrativo y es conveniente que así sea dado que se rige por principios diferentes a los contratos del Derecho Privado, ya que no hay parangón entre un contrato de obra pública, de suministro, de concesión de obra o servicio público, etc. con contratos privados. No así cuando se tratan de contratos comunes donde el Estado puede concurrir como un particular más, por ejemplo en la locación de inmuebles.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, la misma puede originarse en un acto o hecho de los poderes del Estado. En estos casos puede aplicarse un enfoque subjetivo, exigiendo para el nacimiento de la responsabilidad estatal, la corroboración de la existencia de *culpa o dolo*, o bien la concurrencia al concepto de *falta de servicio*, reclamando que éste no ha funcionado, ha funcionado tarde o defectuosamente.

Por el contrario, desde una perspectiva objetiva, se proclama que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso sino en el daño causado, de modo que, comprobado que un particular ha sufrido un daño derivado de la acción u omisión estatal, procede su reparación sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que ocasionó ese daño.

Sistematizando, hay tres posibles situaciones que no deben ser confundidas:

- 1) Estado-Particular.
- 2) Funcionario Público-Particular.
- 3) Estado-Funcionario Público.

Queda claro que la situación N°3 corresponde exclusivamente el Derecho Administrativo.

En los casos N° 1 y N° 2, pueden darse diversas situaciones. En el caso N° 1, haciendo una tipología básica se puede dañar a un particular de los siguientes modos, afectando:

- a) *Igualdad ante las cargas públicas* (art. 4 y 16 CN), si se exige a un particular un “sacrificio especial” violando el principio que las contribuciones a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales.
- b) *Derecho de propiedad* (art. 17 CN), si se viola este derecho afectando la propiedad privada sin la consecuente indemnización.
- c) si se afectan *Derechos Adquiridos*, que como expresó la jurisprudencia de la Corte, forman parte de patrimonio del particular, y en consecuencia, al afectarlos, también se estaría afectando El Derecho de Propiedad.

Muchas veces el daño proviene de un irregular ejercicio del poder de policía. Controles que no se hacen o que se hacen mal, del cual resultan daños a los particulares. En cualquiera de los casos es indiferente que el acto sea legítimo o ilegítimo, la antijuricidad viene dada por el daño o afectación a un bien jurídico de un particular y no por el defecto del acto.

El daño a un particular por parte del Estado puede provenir no sólo de hechos y actos administrativos, sino también de un acto judicial, es decir de un error judicial, o de actos legislativos, por ejemplo, ley de expropiación que no reconozca derecho a indemnización.

En el caso N° 2 se suele afirmar doctrinariamente que los “*funcionarios*”, por representar la voluntad de Estado son *órganos* suyos, en cambio los “*empleados*” por realizar actividades materiales de ejecución son *dependientes*. En el primer caso la responsabilidad de Estado es directa y en el segundo indirecta. Ahora bien, en nuestra legislación no existe dicha separación entre funcionarios y empleados, todos los “agentes” del Estado cuando actúan en

su calidad de tales exteriorizan una voluntad del Estado y actúan en su nombre, y por ende su responsabilidad es siempre directa.

Tampoco ha tomado cuerpo en la doctrina y la jurisprudencia la distinción entre actuación legítima o ilegítima del “agente” estatal. Según esta pretensión, el Estado sería responsable solo cuando el agente haya obrado dentro de sus atribuciones o límites legales. La CSJN ha manifestado que el Estado es responsable siempre que el agente haya ejecutado el acto dentro de sus funciones o tareas, sin importar sus atribuciones o límites.

En la práctica lo usual es demandar civilmente al Estado de manera directa y exclusiva, lo cual es razonable porque el Estado es un responsable que está libre de peligros tales como insolvencia, fuga, desaparición, etc. Y el Estado rara vez reclama a sus agentes por los daños cometidos a particulares.

Hoy el “agente” estatal es pasible de múltiples responsabilidades personales, que van desde lo administrativo (sanciones por incumplimiento), penales (delitos cometidos por funcionarios públicos como abusos de autoridad, cohecho, malversación, negociaciones incompatibles, etc.), políticas (juicio político) y civiles (art. 1.112 cod. Civil).

La responsabilidad en el Anteproyecto

El Anteproyecto elaborado por la Comisión contenía los siguientes artículos en materia de responsabilidades especiales (Libro III. Título V. De otras fuentes de las obligaciones. Capítulo 1. Responsabilidad Civil. SECCIÓN 10. Supuestos de responsabilidades especiales):

Artículo 1764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario

identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Artículo 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Artículo 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas.

La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

En resumen se establecían parámetros muy claros, a saber:

- Responsabilidad del estado, atribuible objetivamente, por el ejercicio irregular de sus funciones. Esta responsabilidad es independiente de que pueda determinarse el autor.
- Responsabilidad de funcionarios y empleados públicos por daños a particulares por acciones u omisiones por el ejercicio irregular de su cargo. El estado y el autor tienen responsabilidad concurrente.
- Responsabilidad del estado por actividad lícita, cuando suponga desigual reparto de cargas públicas. En este supuesto la reparación comprende el daño emergente y lucro cesante en la medida de la compensación del valor de las inversiones no amortizadas.

En la exposición de fundamentos del anteproyecto del Código, se expresa que en esta Sección se tratan supuestos de responsabilidad que han sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia argentina, y se sigue conforme con esos criterios.

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, *no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.*

El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

En cuanto a la actividad lícita, se establece que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Esta norma sigue criterios de varios fallos de la Corte Suprema.

La responsabilidad en el Proyecto

Los artículos del anteproyecto fueron sustituidos por el Poder Ejecutivo Nacional por los siguientes:

Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

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

Artículo 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

En realidad lo que importa es el art. 1764, que si bien declara la inaplicabilidad absoluta de las disposiciones del título, si lo hacemos jugar en consonancia con los dos restantes artículos, supone la inaplicabilidad del Código Civil a la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos.

Los artículos 1765 y 1766 vienen a cerrar toda duda, el Derecho Administrativo es el derecho que corresponde aplicar a estos casos.

Ahora bien, vamos a algunas paradojas:

- 1) Si el art. 1.764 declara inaplicable las disposiciones del título, los arts. 1.765 y 1.766 por ser parte del título también serían inaplicables.
- 2) Los arts. 1.764, 1.765 y 1.766 declaran “incompetente” al Derecho Civil para regir la materia, pero resultan competente para establecer qué derecho resulta aplicable. Es

decir, el Código Civil sería competente para determinar el derecho aplicable mas no para regular la materia.

Para romper con estas paradojas creadas por la mala técnica legislativa, podemos decir que en realidad solo tendría valor preceptivo el artículo 1.764, siendo los restantes sólo meras declaraciones sin valor normativo.

Dejando de lado las cuestiones de técnica y yendo a las cuestiones de fondo, obsérvese que ni siquiera se mantiene el actual art. 1.112 que sostiene que *“Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”*. El título al cual hace referencia es *“De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”*.

En resumen el proyecto consagra los siguientes principios:

- Inaplicabilidad absoluta de las normas del derecho privado a la responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos.
- Aplicación de normas del derecho administrativo nacional o local para estos casos.

Atento que no hay –ni podría haber- un código administrativo que regule toda la materia del mismo modo que el Código Civil. En la Argentina, el Derecho Administrativo, en esta materia, se reduce a los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional, y luego se halla el artículo 1.112 del Código Civil, el resto es jurisprudencia. Entonces, remitir la responsabilidad del Estado al Derecho Administrativo es remitir a un “vacío”. Es volver por vía de omisiones a la irresponsabilidad del Estado y los funcionarios públicos.

En un supuesto dañoso ligado a una actividad de servicio público local, según el encuadre que se le dé, podría plantearse en distintos fueros, someterse a diversas normas, cargas

probatorias, y obtener distintas indemnizaciones o ninguna. Por un hecho similar un funcionario puede ser responsable en este lado del Paraná y no serlo cruzando el puente, afectando sin lugar a dudas otro derecho de raigambre constitucional: el de la igualdad o igualdad de trato. En efecto, dos personas ante el acaecimiento de siniestros similares, incluso producidos por el mismo agente dañador (publico en este caso) podrían obtener diferentes resultados a sus reclamos.

Adicionalmente, obsérvese la problemática situación de tener que demandar simultáneamente al Estado Nacional, una provincia y un municipio.

Por otra parte, existe una clara tendencia del Estado a tomar nuevamente a su cargo la prestación de servicios, pareciendo la misma una tendencia a incrementarse, por lo que el mencionado régimen estatuye una suerte de “privilegio” frente a eventuales reclamos de daños del consumidor, quien deberá recurrir al Derecho Administrativo en los casos que el Estado sea el proveedor. En consecuencia, habrá mayor desprotección de éstos frente a los proveedores de Servicios.

El artículo 1.766 del proyecto establece que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Esto implica que estarán eximidos de reparar civilmente los daños que causen a otras personas y sólo podrán ser alcanzados por la sanción administrativa que les fije la administración desde el punto de vista disciplinario.

CONCLUSIONES. REFLEXIONES FINALES

Ante el panorama descrito, surgen inevitables algunos interrogantes ¿Cuáles son los fundamentos esgrimidos por el PEN para apartarse del anteproyecto? ¿Cuáles son los fundamentos del PEN para optar por esta propuesta normativa; dado que se pudo haber optado por otras, por ejemplo, de mínima, mantener todo como está con el 1.112 incluido? A faltas de respuestas solo cabe formular hipótesis.

Resulta claro que en el tema hay cuestiones constitucionales comprometidas, que no se trata solo de Derecho Administrativo sino también de Derecho Constitucional, por lo que más allá del Código, los jueces podrán hallar el modo de volver al equilibrio recurriendo a las bases de la Teoría General de la Responsabilidad del Estado, que se halla en la CN.

No obstante existe un final abierto, ya que el proyecto aun se encuentra en el Congreso, pero dadas las circunstancias, cierto escepticismo es legítimo. El peligro es nada menos que una vuelta a los orígenes, desandar una centuria y media de evolución jurídica.

En efecto, creemos que una reforma debe sindicarse como negativa o al menos sospechosa, cuando, entre otras cosas, las nuevas normas claramente son más beneficiosas para quien las promueve, es decir, cuando el principal beneficiado de la reforma del instituto jurídico es el poder de turno, significando en los hechos en un reducción de los derechos de los ciudadanos comunes y un incremento del poder del Estado.-