

CIUDADANÍA, DERECHOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: ANÁLISIS DEL CASO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Federico Aranda

Resumen:

La ponencia buscará analizar la forma en que la responsabilidad del Estado provincial se articula con el concepto de ciudadanía en el marco de un Estado de Derecho democrático y republicano. Se considerarán las fuentes jurisprudenciales, doctrinarias y legales deteniéndose en su evolución a lo largo del tiempo. Se hará un tratamiento especial sobre lo previsto por la ley nacional de Responsabilidad Estatal y en cómo se ha receptado la regulación que dicha norma hace de la materia. A su vez, se realizarán comentarios sobre un proyecto de ley de responsabilidad estatal presentado en el senado bonaerense y un anteproyecto desarrollado en el marco de una iniciativa del Poder Ejecutivo provincial.

1- Marco general de la responsabilidad estatal.

Como ha señalado Gordillo (2013), en un sentido amplio la responsabilidad del Estado existirá *“toda vez que una persona que ha sufrido un daño –material o moral– causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él”* (p. 539).

Hasta el 7 de agosto de 2014, fecha de promulgación de la ley N° 26.944¹, no existía una norma a nivel federal que regulara la responsabilidad del Estado. Es así que la evolución del reconocimiento de una base conceptual consensuada de responsabilidad pública fue promovida desde sus orígenes por las soluciones que los jueces fueron forjando y desarrollando ante la necesidad de restablecer el desequilibrio que todo daño produce en el marco del Estado de Derecho (Salvatelli, 2012: pp. 53-56).

Más allá de que la Constitución Nacional no contiene una norma que refiera específicamente a la responsabilidad estatal, la jurisprudencia y la doctrina han encontrado en ella su fundamento. En efecto, se ha señalado como fuente de la misma el carácter inviolable de la propiedad privada (art. 17), el principio de igualdad ante a las cargas públicas (arts. 4 y 16) y aquellos derechos adquiridos de los particulares en sus relaciones con el Estado que no pueden alterarse mediante su reglamentación (art. 28) y cuya afectación genera el derecho a ser indemnizado².

Simultáneamente, debe tenerse presente que desde la reforma a la Constitución Nacional realizada en el año 1994 el fundamento normativo de la responsabilidad estatal se ha visto reforzado por las fuentes convencionales incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional mediante el art. 75 inc. 22° (Salvatelli, 2019).

Es fundamental tener en cuenta que, sin perjuicio del régimen federal sobre la responsabilidad del Estado Nacional en particular, el marco jurídico de la responsabilidad estatal es una cuestión de orden administrativo y, por lo tanto, de carácter local. Tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de lo previsto por los arts. 121 y 129 de la Constitución Nacional, tienen su propio régimen jurídico sobre responsabilidad del

¹ Sancionada el 2 de julio de 2014.

² Sobre el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal puede consultarse la exposición de Reiriz (2004).

Estado. Sin embargo, no todas las jurisdicciones a nivel subnacional han legislado sobre la materia. Como ha sido descripto por Balbín (2015: pp. 295-314) ante la ausencia de una regulación propia, los tribunales provinciales han debido recurrir por vía analógica de segundo grado a los preceptos del Código Civil (CC), hoy sustituidos por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

En opinión de Mertehikian (2008), *“la ausencia de una regulación positiva no ha sido en modo alguno un obstáculo para que la jurisprudencia ubicara los fundamentos jurídicos constitucionales, y así admitirla en todos los campos posibles de la función administrativa estatal”* (p. 79).

Como resulta evidente a la luz del título de esta ponencia, la Provincia de Buenos Aires se encuentra entre las jurisdicciones que a la fecha no han regulado la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos, ya sea por medio de la sanción de una ley propia³ como por la adhesión a la Ley N° 26.944⁴, en los términos previstos por su art. 11⁵.

2- Tipos de responsabilidad estatal

En primer lugar, es fundamental considerar que los debates en torno a la responsabilidad del Estado tienen su foco principalmente en los supuestos extracontractuales. Como señala Mertehikian (2008) *“en lo atinente a la responsabilidad de naturaleza contractual la cuestión ya no ofrece dificultades y ha sido admitida desde los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”* (p. 23). Por lo tanto, en este trabajo abocaremos al análisis de uno de los dos subtipos de responsabilidad: la extracontractual.

Nos encontramos ante responsabilidad de tipo extracontractual, en la medida en que esta no surge de la violación de una obligación contraída mediante la realización de un contrato, sino que nace de la acción de un órgano estatal que genera daño⁶ y, por consiguiente, obligación de indemnizar. Tenemos por lo tanto una serie de requisitos comunes para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado constituidos por: a) la constatación de un daño cierto y mensurable en dinero; b) la imputación de ese daño a la acción u omisión de un órgano estatal⁷; y c) la existencia de

³ Como lo han hecho las provincias de Mendoza (Ley N° 8.968, sancionada el 9 de mayo de 2017), Entre Ríos (Ley N° 10.636 sancionada el 6 de noviembre de 2018), Río Negro (Ley N° 5.339 sancionada el 30 de noviembre de 2018) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 6.325 sancionada el 27 de agosto de 2020).

⁴ Son los casos de Santa Cruz (Ley N°3.396) Santiago del Estero (Ley N° 7.179) Catamarca (Ley N° 5.536) La Rioja (Ley N° 10.004) Chubut (Ley N° 560).

⁵ Ley N° 26.944. Artículo 11: *Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.”*

⁶ Para una definición del concepto de daño debemos remitirnos al CCCN que en su artículo 1737 establece: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”*.

⁷ Se ha dicho que *“el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad de que se trate. Para algunos autores el órgano es un conjunto de competencias –algo así como un “cargo,” office, ufficio, Amt, etc.– que será ejercido por una persona física –el funcionario público, agente o “personal” del Estado– que, al actuar dentro de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce tal imputación”* (Gordillo, 2017: p. XII-1).

un nexo de causalidad que permita vincular la acción u omisión del órgano estatal con el resultado dañoso⁸.

Cabe recordar que, respecto al factor de imputación en el ámbito de la responsabilidad estatal, el criterio de la CSJN fue evolucionado a lo largo del tiempo a través de distintas teorías. En primer lugar, mediante la teoría de la representación (a partir de la aplicación del art. 43 del CC⁹) el Estado no era responsable por las conductas ilícitas de sus agentes. En un segundo momento, el criterio de la Corte se fundamentó en la teoría de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (responsabilidad indirecta en el marco del art. 1113 del CC). El fallo Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional, del 22/09/1933 (Fallos, 169:111) dio inicio a esta etapa y constituyó, según Alberto Bianchi, “el *‘acta de nacimiento’ de la responsabilidad extracontractual del Estado*” (Bianchi, 1996). Finalmente, el Tribunal siguió la teoría del órgano, haciendo responsable al Estado de forma directa y objetiva en los términos del art. 1112 de CC¹⁰. Esta construcción dogmática, que como puede observarse representó un cambio no solo en la forma de imputación (directa en lugar de indirecta) sino también respecto al factor de atribución (reemplazo del criterio subjetivo por el objetivo) fue retomada por el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales al momento de sancionar leyes de responsabilidad estatal que, en todos los casos, han establecido la responsabilidad objetiva y directa del Estado¹¹.

En este punto, en el marco la teoría del órgano y del criterio de imputación orgánica, para sostener que se encuentran presentes los requisitos de procedencia comunes de la responsabilidad estatal –y, en consecuencia, poder imputar el daño al Estado– el órgano en cuestión debe haberlo provocado “*en el ejercicio de sus funciones*”¹². Como límite

⁸ Balbín (2015) describe diversas teorías que la doctrina ha elaborado sobre la relación de causalidad: el antecedente más próximo; la causa eficiente; la causalidad idónea o adecuada (pp. 389-395).

⁹ Balbín (2015) advierte que este criterio nació “*como aditamento por el propio criterio judicial*” incluso antes de la modificación del artículo 43 realizada por la Ley N° 17.711, que en su versión original negaba la responsabilidad al establecer que “*no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas*” (p. 389).

¹⁰ En *Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización* (Fallos: 306: 2030) la Corte sostuvo que “*la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte [...] En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas*”(considerando 6°).

¹¹ A nivel nacional esto fue establecido en el artículo 1 de la Ley 26.944. Las leyes subnacionales hicieron lo propio en sus articulados: Mendoza (artículo 6), Entre Ríos (artículo 1), Río Negro (artículo 3) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 1).

¹² A nivel nacional el art. 9 de la Ley N° 26.944 señala que “*La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones [...] los hace responsables de los daños que causen*”. Por su parte, el CCCN alude en su art. 1766 (que vino a reemplazar al art. 1112 del CC) a “*los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones*”. En opinión de Balbín aunque “*este mandato se refiere específicamente a la responsabilidad de los agentes públicos y no del Estado, cabe utilizar el cauce de imputación y, en especial, sus límites (en el ejercicio de sus funciones), respecto del alcance de la transferencia de las conductas de los agentes estatales al Estado*” Balbín, C., op. cit., p. 383.

externo a este criterio “*todo lo que no haya sido realizado en ese marco funcional será falta personal del propio agente*”¹³.

3- Tipo de responsabilidad extracontractual. El factor de atribución.

A su vez, dentro del sistema de responsabilidad pública extracontractual pueden distinguirse dos ámbitos diferenciados: a) el que tiene origen en los daños causados por la actuación ilícita del Estado y b) aquel que surge de los daños producidos por su accionar lícito¹⁴. El factor de atribución, como cuarto requisito necesario para que se configure la responsabilidad estatal, variará en función de si nos encontramos dentro del ámbito de la ilicitud o de la licitud. Los requisitos de procedencia distintivos de uno u otro tipo de responsabilidad han sido desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de una serie importante de fallos.

El factor de atribución o el requisito de procedencia distintivo de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita está compuesto por dos elementos: a) la existencia de un sacrificio especial en el afectado¹⁵ y b) la ausencia del deber jurídico de soportar el daño¹⁶.

El fundamento normativo de este tipo de responsabilidad puede hallarse en el propio texto constitucional: el derecho de propiedad (art. 17), la igualdad de los particulares frente a las cargas públicas (art. 16) y el principio de razonabilidad (art. 28).

Los casos más frecuentes de responsabilidad estatal por actividad legítima son, entre otros, los daños por la ocupación temporánea de bienes y/o por expropiación (Ley N° 21.499) y la revocación de actos en sede administrativa por razones de oportunidad mérito o conveniencia (Ley N° 19.549).

Por su parte, como factor de atribución distintivo de los supuestos de conductas ilícitas de los órganos estatales la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado y utilizado el concepto de *falta de servicio*.

A partir del fallo *Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización*, del 18/12/1984 (Fallos, 306: 2030) la CSJN comenzó a sostener decididamente que el art. 1112 del CC encerraba un supuesto de responsabilidad objetiva del Estado denominada falta de servicio. Así, la falta de servicio, sumada a la teoría del órgano como elemento de atribución directa, configuraron los recaudos jurídicos sobre los que se basa el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita. No obstante, el concepto de falta de servicio puede rastrearse en algunas decisiones de la CSJN que antecedieron al fallo *Vadell*, aunque en dichas ocasiones la Corte utilizara otras expresiones y presentara este supuesto asociado también a los arts. 1109 y 1113 del CC (Mertehikian, 2006: pp. 52-57). En efecto, en *Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/*

¹³ Salvatelli, A., La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego reglamentarias, bajo situación de estado policial, op. cit., p. 77.

¹⁴ A nivel nacional dichos ámbitos han sido regulados por los artículos 3 y 4 de la Ley N° 26.944, respectivamente.

¹⁵ Ver decisiones de la CSJN en *Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional*, del 15/05/1979 (Fallos 301:403) y en *Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento* del 15/05/2014 (Fallos 337:548).

¹⁶ Ver decisión de la CSJN en *Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios*, del 19/05/1992 (Fallos: 319:2658).

Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños e intereses, del 3/10/1938 (Fallos, 182:5) el Tribunal había anticipado que “*quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución*”(párrafo 5º de los considerandos)¹⁷.

Este fragmento fue citado expresamente por la CSJN en el considerando N° 5 del fallo *Vadell*, para agregar a continuación que “*Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y omisiones de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir si no de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*”¹⁸.

Definido de esta forma, el concepto de falta de servicio se convierte en un estándar genérico que debe ser completado luego con las circunstancias del caso (Balbín, 2015: pp. 345-353). En *Zacarías, Claudio H. v. Provincia de Córdoba y otros*, del 28/04/1998 (Fallos, 321:1124), al analizar una causa de responsabilidad estatal por omisión, la CSJN detalló que “*La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*”(considerando N° 6)¹⁹.

De lo dicho podemos sintetizar que la falta de servicio resulta de confrontar la conducta dañosa del órgano estatal de que se trate con la función normativamente atribuida al mismo (dejando a un lado la subjetividad del órgano), teniendo en consideración lo que la jurisprudencia y la doctrina han identificado como las pautas o reglas de concreción de la misma (Salvatelli, 2012: pp. 67-70). En efecto, en *Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de conocimiento*, del 30/06/1998 (Fallos, 321:1776, considerando N° 6), y en la línea que hemos descripto, la Corte sostuvo que “*quien contrae la obligación de prestar un servicio [...] lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o su ejecución irregular*”. Por lo tanto, es necesario advertir que para que se configure el supuesto de responsabilidad de la demandada por actividad ilícita se deberá probar que los agentes del Estado incurrieron

¹⁷ Mertehikian (2006) apunta que este criterio fue reiterado más modernamente en *Automotores Faillace Triangeli y Cía. S.C.A. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios*, del 23/10/1973 (Fallos, 287:108); *Sánchez Puppulo, Eduardo Luis y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/cobro de pesos*, del 6/5/1974 (Fallos, 288:362) y *Gallegos Botto, María Teresa Busso de y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios*, del 15/10/1974 (Fallos, 290:71).

¹⁸ Con posterioridad, la Corte repitió textualmente esta formulación. Por ejemplo, en el considerando N° 8 de la sentencia en los autos *Hotelera Río de la Plata SA c/Provincia de Buenos Aires*, del 4/06/1985 (Fallos, 307:821).

¹⁹ Esto fue retomado por la Corte en fallos como *Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios*, del 6/03/2007 (considerando N° 6) y *Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*, del 12/04/2011 (considerando N° 9)

en negligencia o cumplimiento irregular²⁰ de sus funciones al cumplir con las obligaciones que le son impuestas por la normativa aplicable al servicio.

La Ley N°26.944 se hizo eco de la doctrina y la jurisprudencia señalada en los párrafos anteriores y plasmó en su articulado los requisitos para la procedencia de ambos tipos de responsabilidad de la siguiente manera.

Respecto a la responsabilidad por actividad ilícita, estableció en su art. 3 que *“son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.”*

En lo que respecta a la responsabilidad por accionar lícito, en su art. 4 determinó que *“son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.”*

Expuesto esto, analicemos a continuación la situación normativa de la responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires.

4- La responsabilidad estatal en la provincia de Buenos Aires.

Al momento de considerar el estado de materia en la provincia de Buenos Aires, debemos señalar el importante cambio normativo que introdujo la reforma del Código Civil y la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2014²¹.

El pre proyecto de Código Civil y Comercial unificado elaborado por la comisión de juristas que había nombrado el Poder Ejecutivo Nacional contemplaba un capítulo sobre la responsabilidad del Estado que fue excluido del proyecto que finalmente sería enviado al Congreso de la Nación.

En la provincia de Buenos Aires, como en las demás jurisdicciones en las que se carece de una norma específica que regule la materia, las cuestiones que versaban sobre la responsabilidad del Estado eran juzgadas a partir de la doctrina y jurisprudencia elaborada a partir las normas del sistema del Código Civil (específicamente los artículos 1109, 1112 y 1113)²².

²⁰ Cassagne (2005) menciona que *“Para medir la actuación irregular de los órganos del Estado generadores del daño deben tenerse en cuenta, no sólo las obligaciones establecidas en las leyes y reglamentos, como señalamos, sino también los denominados estándares de responsabilidad que los jueces tienen que graduar, en cada caso, sobre la base de las circunstancias inherentes a la naturaleza de los deberes de la Administración y a las posibilidades concretas que hacen al incumplimiento irregular de las obligaciones que las leyes y reglamentos imponen a los agentes públicos”* (p. 1268).

²¹ Sancionado mediante Ley N° 26.994, publicada en el Boletín Oficial el 8/08/2014. Según la modificación introducida al artículo 7 por la Ley N° 27.077, la Ley entró en vigencia el 1° de agosto de 2015.

²² *“La responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados a los particulares, nace de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad que establecen los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, y la*

Con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación, la ley directamente se pronuncia en contra de que el sistema del derecho civil sea utilizado para resolver conflictos en los que se juzgue la responsabilidad del Estado frente a los particulares.

En efecto, el CCCN establece en su artículo 1764: *“Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”,* y en su artículo 1765 *“Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda [...]”*. Así, vemos que el CCCN descarta expresamente la posibilidad de su aplicación en lo que respecta a la responsabilidad del Estado, al menos en sentido general, de forma directa o subsidiaria.

Esto supone que, frente a la carencia de una normativa local específica sobre la materia, los operadores jurídicos se vean en la obligación de recurrir a métodos hermenéuticos que permitan fundamentar sus pretensiones, opiniones o decisiones.

Frente a esta situación de anomia en lo referido a la responsabilidad estatal de la provincia de Buenos Aires, la doctrina no ha dejado de enfatizar que la ausencia de una norma concreta que regule la materia no conlleva la irresponsabilidad del Estado. Según se ha señalado, el fundamento de la responsabilidad excede la normativa de rango legal y encuentra su fundamento en principios generales del derecho, preceptos constitucionales y obligaciones convencionales.

Cassagne (2011) ha sostenido que el fundamento de la responsabilidad del Estado puede encontrarse *“en la justicia y los principios derivados de ella. Se trata de principios generales del derecho pertenecientes al derecho natural, que han tenido recepción en el ordenamiento positivo constitucional (v.gr. igualdad ante las cargas públicas y ‘alterum non ledere’). Como la justicia consiste en una relación de igualdad, la ruptura de ésta exige la correspondiente compensación o reparación, ya se trate de la justicia distributiva o de la conmutativa, pues resulta injusto que no se reconozca la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por sus órganos, de un modo parecido a lo que acontece en las relaciones inter-privadas...”* (p. 1).

Tomando distancia de la visión iusnaturalista expuesta por Cassagne, pero argumentando en el mismo sentido, Mertehikian (2006) ha señalado que *“el principio de orden natural según el cual nadie debe dañar a otro posee raigambre en el art. 19 de la Constitución Nacional, según ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ‘Santa Coloma, Luis Federico y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos’. De este principio no se encuentra marginado el Estado, persona ética por excelencia y creadora primaria del derecho”* (p. 23).

No obstante, debe insistirse en que la omisión de la provincia de Buenos Aires de darse un cuerpo normativo que regule su responsabilidad, procurando un equilibrio entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los ciudadanos de obtener una justa reparación por los eventuales daños provocados por este, representa una clara vulneración a principios democráticos y republicanos básicos.

forma de hacerla efectiva es necesario buscarla en los principios del derecho común a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria” Sentencia de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala 3, del 04/05/1993, en los autos “Agostinelli, Donato c/Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”.

El desarrollo de legislación sobre la materia aportaría previsibilidad y certeza acerca de las obligaciones del Estado, acerca de los supuestos y requisitos en que dichas obligaciones deben hacerse efectivas y respecto de los derechos que los particulares encuentran resguardados por la ley.

A la fecha, encontramos dos propuestas diferentes que se han hecho cargo de la imperiosa necesidad de legislar este vacío. Por un lado, tenemos un proyecto de ley de responsabilidad presentado en el Senado bonaerense y, por el otro, una iniciativa promovida por el Poder Ejecutivo provincial en el marco de la agenda participativa. Para finalizar esta ponencia realizaremos unos breves comentarios sobre ambos.

5- Proyectos de ley de responsabilidad del Estado para la provincia de Buenos Aires

En abril del 2021 fue presentado en el Senado bonaerense un proyecto de ley con el fin de establecer “un cuerpo normativo que regule la responsabilidad civil del estado bonaerense”²³ (en adelante lo mencionaremos como proyecto del Senado). Por otro lado, en agosto de 2021, el Poder Ejecutivo bonaerense lanzó la plataforma “Agenda Participativa”²⁴, con el fin de que la ciudadanía pueda hacer aportes a proyectos de ley elaborados en el seno del Poder Ejecutivo y que se esperan enviar a la Legislatura. En este marco se propuso avanzar en el desarrollo de una Anteproyecto de Ley de Responsabilidad del Estado²⁵ (en adelante lo mencionaremos como anteproyecto del PE).

Mencionemos algunos puntos en común y algunas diferencias entre ambas propuestas:

Tanto el proyecto del Senado como el anteproyecto del PE establecen que la responsabilidad del Estado será objetiva y directa, pero el primero resulta un poco más extensivo a la hora de definir los sujetos alcanzados por la norma. El anteproyecto del PE establece que las disposiciones de ley son de aplicación al sector público de la Provincia de Buenos Aires (que comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los Municipios y a los entes descentralizados (en tanto ejerzan función administrativa). El proyecto del Senado se extiende además a las entidades autárquicas y organismos de la seguridad social.

Al momento de observar la regulación de los requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima, ambos proyectos resultan casi idénticos, aunque se debe mencionar que, respecto a la falta de servicio entendida como factor de atribución, el anteproyecto del PE incorpora la mención expresa de los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado para evaluarla: “*Con la finalidad de evaluar la existencia de falta de servicio frente a un deber indeterminado, se deberá apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*”(art. 5 inc. d, segundo párrafo).

²³ Presentado el 28/04/2021 por el senador Luis Alejandro Cellillo. Expediente E-138/2021-2022. Desde el 7/7/21 el proyecto se encuentra en estudio por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos. Consulta disponible en: https://www.senado-ba.gov.ar/secleg_busqueda_acypro_detalle.aspx?expe=118645

²⁴ A cargo de la Secretaria General y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/>. Las normas que se invita a elaborar participativamente incluyen, además de la Ley de Responsabilidad del Estado, el nuevo Código Procesal de Familias, Civil y Comercial; una Ley de abogada y abogado del Niño, Niña y Adolescente; y una Ley de Ética Pública y Transparencia.

²⁵ Disponible en:

https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/anteproyecto_de_ley_de_responsabilidad_del_estado

Por el lado de los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad legítima, ambos proyectos representan una mejora sustancial en comparación con lo previsto por la Ley Nacional N°26.944, que en su art. 4 inc. c establece que debe darse una *“relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”*. El proyecto del Senado elimina el término “exclusiva” estableciendo que debe darse una *“relación de causalidad directa e inmediata entre la actividad de la Provincia de Buenos Aires y el daño”* (art. 11 inc. c). El anteproyecto del PE resulta aún más amplio al determinar que solo debe darse una *“Relación de causalidad adecuada entre la acción del órgano y el daño cuya reparación se persigue”* (art. 6 inc. c).

Respecto al alcance de la reparación, el proyecto del Senado es levemente más amplio que el anteproyecto del PE. Establece el primero en su artículo 5 que *“La reparación del daño debe ser plena, de conformidad a lo previsto por el artículo 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación, salvo las limitaciones que establece esta Ley...”*. La salvedad prevista implica una distinción entre los alcances de la reparación que surge por la responsabilidad estatal por actividad ilegítima (art. 10) y la que surge en los casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado (art. 12): mientras que en el primer supuesto se deben reparar *“los daños que causen”* los funcionarios y agentes públicos con el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas, en el segundo supuesto la responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente (los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien que sean consecuencia directa e indirecta de la actuación legítima del órgano estatal).

En ambos proyectos se establece que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional y que, en ningún caso, procede la reparación del lucro cesante y sin que se tomen en cuenta para valorar los bienes afectados las circunstancias de carácter personal, los valores afectivos ni las ganancias hipotéticas. Sin embargo, ambos proyectos representan una mayor proyección en relación con la Ley Nacional N° 26.944 en tanto consideran que *“cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas”* el juez puede fijar prudencialmente una indemnización sobre esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños (art. 12 párrafo tercero del proyecto del Senado y art. 7 párrafo segundo del anteproyecto del PE de PBA).

Debemos señalar que el proyecto del Senado se extiende un paso más que el anteproyecto del PE al regular que en aquellos casos *“que sea afectada la continuación de una actividad, la reparación del daño emergente incluirá la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.”* (art. 12 segundo párrafo).

Un punto en que ambos proyectos coinciden y replican lo previsto por la Ley Nacional N° 26.944 es en cuanto a la limitación de la responsabilidad del Estado en el marco de los contratos o concesiones de servicios públicos. En ambos proyectos se repite que el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6 de la Ley N° 26.944, art. 13 del proyecto del Senado y art. 8 del anteproyecto del PE).

Por último, resulta interesante señalar un añadido en el anteproyecto del PE que incluye en su art. 9 lo previsto por el CCCN en su artículo 1767²⁶ en relación con la responsabilidad del Estado por los daños ocurridos en establecimientos educativos.

6- Comentarios finales

En esta ponencia hemos realizado un breve recorrido por la evolución de las fuentes jurisprudenciales, doctrinarias y legales a la luz de las cuales se ha analizado la responsabilidad del Estado a lo largo del tiempo, para detenernos en último término en el caso de la provincia de Buenos Aires.

De lo dicho es importante rescatar la idea que vincula la existencia de una regulación específica sobre la responsabilidad estatal con el concepto de ciudadanía en el marco de un Estado de derecho democrático y republicano. Como nos recuerda María Angélica Gelli (2014) “*la responsabilidad del Estado y sus funcionarios públicos es un principio cardinal de la república democrática*” (p.1).

En este sentido, hemos visto que las iniciativas existentes en provincia de Buenos Aires (un proyecto de ley pendiente en el Senado y un anteproyecto elaborado en el marco de la Agenda Participativa del Poder Ejecutivo bonaerense) representan cuerpos normativos que, pese a algunas pequeñas diferencias entre ellos, tienen la virtud de ser propuestas normativas que amplían la responsabilidad del Estado en relación con la norma nacional.

Deseamos que, sea cual sea la propuesta que cuente con el apoyo social y los acuerdos políticos necesarios para prosperar, no se extienda en el tiempo la posibilidad de saldar una gran cuenta pendiente para con todos los bonaerenses.

7. Bibliografía

Balbín, C., “Capítulo XX- La Responsabilidad del Estado”, en Tratado de Derecho Administrativo-Tomo IV, Buenos Aires: La Ley, 2015.

Bianchi, A. “Panorama Actual de la Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”, La Ley, 1996-A-922, pp. 922-953.

Cassagne, J. C., Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración, La Ley 2005-D.

Cassagne, J. C., “Responsabilidad del Estado, Diálogos de Doctrina”, en La Ley 27/06/2011.

Gelli, M. A. “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado” en La Ley 25/08/2014.

Gordillo, A., “Capítulo XVI: La responsabilidad del Estado”, en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*. Tomo 8. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

²⁶ “Artículo 1767- Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exige sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”.

Gordillo, A., “Capítulo XII- Los órganos del Estado”, en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

Mertehikian, E., *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires: el autor, 2006.

Mertehikian, E. “La responsabilidad del Estado en el derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso “Friar SA”, en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008.

Reiriz, M. G., “Fundamentos Constitucionales de la Responsabilidad del Estado”, en Revista RAP-XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, junio 2004, Buenos Aires: Ediciones RAP, p. 254.

Salvatelli, A., *La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego reglamentarias, bajo situación de estado policial*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2012, pp. 53-56.

Salvatelli, A. “El fundamento convencional de la responsabilidad del Estado. Perspectivas actuales y desafíos a futuro” en *Revista de Derecho Público - 25 años de la reforma constitucional de 1994 – I, Año 2019-1*, Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Referencias del autor:

Federico Aranda

Magíster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO). Licenciado en Ciencia Política (UBA). Docente e investigador de la Universidad Nacional Arturo Jauretche.