



La responsabilidad del Estado ... y ahora que hacemos ...

Dr. Carlos Gherzi

Sumario

1. Introducción.
2. Apreciaciones.
3. ...y ahora que hacemos
4. Conclusión.

La responsabilidad del Estado ... y ahora que hacemos ...

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación con modificación del Poder Ejecutivo - estimamos por iniciativa del Ministerio de Justicia – ha introducido tres artículos:

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.

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 rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Coincidente con ello se dicta la Ley 26.944, que en el art. 1 establece los **daños** causados por el Estado; que la responsabilidad del Estado es **objetiva** y directa; que las **disposiciones del Código Civil no son aplicables**; en el art. 2 dice que se exime de responsabilidad por caso **fortuito y fuerza mayor** o por **hecho de la víctima o de un terceros por quien no tiene que responder**.-

En el art. 3 se establece para que el daño sea reparable: **daño cierto, debidamente acreditado y mesurable en dinero; imputabilidad material; relación de causalidad adecuada**.-

En el art. 8 establece **la responsabilidad de los funcionarios y agentes por culpa o dolo, es decir responsabilidad subjetiva**.-

2. Apreciaciones

La idea central de esta normativa sin duda es suprimir toda participación del Código Civil y Comercial de la Nación y derivarla al derecho administrativo y por supuesto evadir la reparación integral.-

Sostenemos cuando el Estado es **prestador de servicios**: salud, educación, seguridad, vial, etc. se rige por la Ley de los Derechos de Consumidores o usuarios 26.361 por una doble razón:

a.-en primer lugar, porque la ley 26.361 es de orden público y no puede ser derogada por la Ley 26.944 o el Código Civil y Comercial de la Nación porque no son de orden público, es decir una cuestión de jerarquía normativa.-

b.- en segundo lugar por las Convenciones Internacionales: Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica. Los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción., sin discriminación alguna por motivo de posición económica. Los Estados partes en el presente Protocolo (Protocolo de San Salvador adicional al Pacto de San José de Costa Rica) se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se enuncia establece el principio de progresividad de los derechos y la no regresividad de los ya adquiridos.-

Con lo cual en estos supuestos es de aplicación exclusiva la Ley 26.361 y no la Ley 26.944 o el Código Civil y Comercial de la Nación.-

3. ...y ahora que hacemos....

El tema es que al determinar que el Código Civil y Comercial de la Nación no es de aplicación (a los demás casos no contemplados por la Ley 26.361) ni si quiera subsidiariamente, nos quedamos sin remisión de algunas cuestiones que son solo existentes en dicho Código.

Entendemos que la confusión de los legisladores – de la Ley 26.944y los que modificaron el Código – es no comprender que el Código Civil y Comercial de la Nación al igual que el Código Civil suprimido existen dos cuerpos legales:

a.-una parte efectivamente es el Código para las relaciones Civiles y Comerciales;
b.- la otra, fundamental y fundacional, es la parte común a todos los derechos o principios generales del derecho, lo atinente por ejemplo, en nuestro caso a la responsabilidad y al derecho de daños, y que es ineludible a cualquier rama del derecho.-

Cuando el Código en los artículos introducidos y la ley establecen la **responsabilidad objetiva** del Estado, para determinar el concepto y contenido de dicha responsabilidad no hay más remedio que recurrir a los artículos: Artículo 1721.- Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa. Artículo 1722.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. Artículo 1723.- Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

Cuando señala la **responsabilidad subjetiva** de la misma forma habrá que recurrir a los arts. Artículo 1724.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Artículo 1725.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

En cuanto a la **relación de causalidad**, debemos abreviar en el art. Artículo 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Artículo 1727.- Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

De la misma forma que en la **reparación del daño**: Daño resarcible Artículo 1737.- Concepto de daño. 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. Artículo 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su

integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. Artículo 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

En cuanto a los **eximentes** citados por la norma deber recurrirse a los arts. Artículo 1729.- Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial ; Artículo 1730.- Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos. Artículo 1731.- Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito.

4. Conclusión

Hemos querido solo dar una muestra de la inutilidad de la supresión del Código de fondo para los principales tema como la responsabilidad del Estado y el derecho de reparación de daños y que una vez mas muestra la ignorancia de quienes legislan.