

Reflexiones constitucionales sobre el nuevo régimen legal de responsabilidad del Estado y de los funcionarios

Por Guillermo E. Barrera Buteler

1. Introducción.

La sanción de la Ley 26.944 y luego del Código Civil y Comercial que sustituyó al secular cuerpo normativo redactado originariamente por Vélez Sársfield, en especial por las disposiciones de los arts. 1764 a 1766, han generado una polémica jurídica entre quienes elogian la decisión legislativa de sustraer esa materia de la regulación del Derecho Común para confiarla al Derecho Público¹, federal o local según los casos –por un lado- y quienes la cuestionan severamente.

No se trata de un tema sencillo. Ya Arturo M. Bas decía que “es sin duda uno de los puntos más delicados en el deslinde de poderes entre la Nación y las provincias el que se refiere a las materias respecto a las que pueden chocar en su aplicación los códigos fundamentales que debe sancionar el Congreso y las leyes administrativas locales que corresponde a las provincias dictar, en ejercicio de la facultad constitucional de organizar sus propias instituciones, con absoluta prescindencia del Gobierno Federal”² Este maestro del Derecho Público Provincial, al referirse a la legislación de fondo y el Derecho Administrativo”³, analiza diversas hipótesis de posibles conflictos sin incluir el tema que ahora nos ocupa lo que probablemente se deba a que él no veía allí un conflicto y no pudo suponer que después de un siglo, el legislador podría tomar una decisión como la que tomó en el año 2014.

Estas reflexiones no pretenden, ni remotamente, proponer una solución acabada y terminante al punto, sino únicamente realizar algunos aportes desde la perspectiva constitucional que considero útiles para un adecuado abordaje de la cuestión.

2. La perspectiva constitucional imprescindible para abordar la cuestión.

¹Véase Altamira Gigena, Julio I., “Algunas reflexiones acerca de la ley de la Nación sobre responsabilidad del Estado y del funcionario público” en Revista de Derecho de Daños, ed. Rubinzal –Culzoni, 2014-3 Responsabilidad del Estado –I, pág. 145 y sgtes.

² Bas, Arturo M.; “El Derecho Federal – Nación y provincias”, ed. Valerio Abeledo, Bs.As. 1927, Tomo II, pág. 309.

³ Bas, Arturo M., ob. cit., capítulo IX.

En primer lugar creo importante señalar que el tema no debiera ser enfocado como una disputa entre el Derecho Público y el Derecho Privado por el dominio de determinadas áreas disciplinares. Un enfoque de esas características, que enfrente a “publicistas” y “privatistas” en una competencia por apropiarse de esta área del conocimiento jurídico no sólo se muestra inconducente sino, sobre todo, anacrónica.

En efecto, no es novedad que día a día se fortalece la noción de unidad del orden jurídico, que los límites entre las disciplinas se tornan cada vez más difusos y opinables, que la concepción del Estado como gestor y garante del Bien Común ha hecho que el Derecho Privado se vea invadido por regulaciones publicísticas y que la creciente importancia que toma la tutela de la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales día a día pone nuevas y mayores limitaciones al poder de *imperium* del Estado, lo que desdibuja algunos rasgos característicos del Derecho Público. También es una verdad evidente que la complejidad cada vez mayor de las relaciones sociales exige profundizar los enfoques interdisciplinarios que complementen los aportes de las distintas áreas del saber jurídico, en lugar de buscar aislarlos y encapsularlos en aras de pretendidas autonomías científicas.

La perspectiva adecuada para abordar el tema de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios la proporciona sólo la Constitución, porque ésta es fundamento de todo del ordenamiento jurídico, tanto del Derecho Público como del Derecho Privado y procura ordenarlos a ambos al logro del Bien Común, reflejado en los fines que se enumeran en el preámbulo y sus declaraciones, derechos y garantías.

3. Una verdadera mutación constitucional.

Más allá del acuerdo o desacuerdo que podamos tener con la solución que adopta la nueva legislación (Ley 26.944 y arts. 1764 a 1766 del C.C.C.), objetivamente no podemos desconocer que ella importará, si termina consolidándose, una verdadera *mutación constitucional*, es decir un cambio en el orden constitucional sin alteración del texto normativo.

En efecto, desde el proyecto constitucional de Alberdi contenido en “Bases y puntos de partida” (art. 67 inc. 5°), pasando por la Constitución histórica de 1853 (art. 64 inc. 11°) y su reforma de 1860 (art. 67 inc. 11°), hasta la ley fundamental hoy vigente (art. 75 inc. 12° C.N.), la atribución de dictar los códigos civil y comercial es un poder delegado en el Gobierno Federal y esa normativa integra lo que se denomina

“derecho común”. Este rasgo característico del régimen federal argentino, que marca una clara diferencia con el modelo norteamericano, obedeció a las condiciones particulares de las provincias argentinas, que no presentaban una “diversidad de vida” ni “encontrados sentimientos” que impidieran una legislación común⁴. Por el contrario, las diversas comunidades que luego se federaron, es decir “los pueblos” (hoy las provincias) estaban ya habituadas a regirse por un sistema jurídico común, no sólo a ellas sino a toda la América española, como el Derecho Indiano que coexistía con disposiciones locales de menor rango⁵.

Ahora bien, como esa delegación de poderes no se relaciona tanto con los contenidos que arbitrariamente pueda introducir el legislador (o dejar de hacerlo) en los cuerpos normativos que llevan el nombre de “códigos”, sino que comprende todas las materias que por su naturaleza correspondan al marco jurídico de cada uno de ellos⁶, es imprescindible precisar cuáles son esas materias, para tener noción acabada de cuál es el alcance de esa delegación de poderes.

Concebida la Constitución como un fenómeno jurídico multidimensional⁷, que está integrado no sólo por la dimensión normativa, sino también por la antropológica, la social y la cultural, no podemos eludir que estas dos últimas incluyen entre sus contenidos a la interpretación que en forma pacífica y por un tiempo prolongado le han dado a la norma constitucional el legislador, la jurisprudencia, los doctrinarios y los diversos operadores del mundo jurídico, es decir lo que Peter Häberle llama la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. En suma, cómo ha regido en la práctica esa norma, cómo se ha “encarnado” en la realidad social y cultural.

Desde esta perspectiva resulta trascendente advertir que durante casi un siglo y medio, en especial desde 1871, fecha en que entra en vigencia el Código Civil, lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios fue considerado sin mayores discusiones, parte del Derecho Civil y, por ende, comprendida entre las materias que conforman los poderes delegados en el Congreso de la Nación. Por eso Vélez Sársfield incluyó en su proyecto, que luego se hizo ley, el art. 1112 que regulaba la cuestión.

⁴ Véase Pi y Margall, F.; “Las nacionalidades”, Imp. de Enrique Rubiños, Madrid 1882, pág. 149.

⁵ Véase Sanmartino de Dromi, María Laura, “Intendencias y Provincias en la historia argentina” ed. Ciencias de la Administración, Bs.As. 1992, págs. 70 y 71.

⁶ C.S.J.N., Fallos 126:315 y 126:325. La reforma de 1994 agregó al inciso en cuestión la expresión “en cuerpos unificados o separados”, confirmando esa línea jurisprudencial.

⁷ Martínez Paz, Fernando, “El mundo jurídico multidimensional” Advocatus, Cba. 1998.

Es verdad que el codificador no incluyó ninguna norma reguladora de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, pero eso no puede ser atribuido a una posición doctrinaria que excluyera el tema del Derecho Civil, sino más bien a que todavía sobrevivía el principio de irresponsabilidad del Estado, como resabio de las concepciones del absolutismo monárquico. Téngase en cuenta que sólo dos años después de la entrada en vigencia del Código Civil Argentino, es decir en 1873, la jurisprudencia francesa se pronuncia en el célebre caso “Blanco”⁸, condenando al Estado a resarcir los daños sufridos por un niño que había sido embestido por un vehículo de propiedad de una empresa tabacalera estatal, quebrando así el antiguo principio de irresponsabilidad⁹. Esa línea jurisprudencial recién tendrá recepción en nuestro país sesenta años después, en 1933, al pronunciarse la Corte Suprema en el caso “Tomás Devoto y Cía S.A. c/ Gobierno Nacional”¹⁰ donde por primera vez se responsabiliza al Estado por actos de gestión y luego en 1938 cuando es condenado a resarcir daños provocados por actos de imperio (error registral) en “Ferrocaril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”¹¹. Todo esto mediante la aplicación de las normas del Código Civil.

En adelante, la jurisprudencia y la doctrina continuarán haciendo efectiva la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y del Estado aplicando la regulación del Código Civil para la responsabilidad extracontractual, invocando o no –según los casos– la analogía o la aplicación subsidiaria.

El hecho de que esa haya sido la inteligencia que pacíficamente se dio durante casi un siglo y medio a la delegación de poderes del art. 75 inc. 12 C.N. es circunstancia más que suficiente para reconocer que la sociedad y la cultura jurídica argentina habían

⁸ Sentencia del Tribunal de Conflictos de Francia del 8 de febrero de 1873 en la demanda entablada por Juan Blanco ante el tribunal civil de Burdeos, contra el Estado, en la persona del prefecto del Gironde y de empleados de la manufactura de los tabacos, en Burdeos, porque el 3 de noviembre de 1871, su hija Agnès Blanco, de edad de cinco años y medio, que pasaba sobre la vía pública delante del almacén de los tabacos, cuando un vagón empujado por el interior por los empleados la atropelló y le pasó sobre el muslo, por lo que debió sufrir su amputación. La resolución declaró que este accidente es imputable a la culpa de dichos empleados, a quienes condena como coautores del accidente y el Estado como civilmente responsable a causa de sus empleados.

⁹ Desde 1799 hubo en Francia cierta apertura en este sentido, y se flexibilizó el rigor del principio de irresponsabilidad, en tanto comenzaron a admitirse demandas contra funcionarios públicos, previa autorización del Consejo de Estado.

¹⁰ C.S.J.N., Fallos 169:111. En esta sentencia se condena por primera vez al Estado a resarcir al dueño de un campo de los daños producidos a consecuencia de un incendio provocado por descuido de los empleados de telégrafo en la ejecución de una obra de tendido de líneas.

¹¹ C.S.J.N., Fallos 180:253.

asumido que la atribución para legislar sobre responsabilidad patrimonial de los funcionarios y del Estado, al menos en lo que se refiere a responsabilidad extracontractual por actos ilícitos, era un poder delegado en el Congreso de la Nación, porque –como su nombre lo indica- se trata de materia civil, aunque el autor del daño fuera el mismo Estado o uno de sus funcionarios.

Abona esa conclusión la terminología utilizada tradicionalmente y en forma pacífica por la doctrina y la jurisprudencia, que identifica los conceptos de “responsabilidad patrimonial” y “responsabilidad civil”, de manera que el principio republicano de responsabilidad de los funcionarios incluye no sólo a la responsabilidad penal, política y administrativa, sino también la civil.

Así surge claramente del art. 14 de la Constitución de Córdoba cuando dispone en su art. 14 que “todos los funcionarios públicos ... son responsables civil, penal, administrativa y políticamente”. En términos similares regulan la cuestión los arts. 203 de la C. de Mendoza, 9 de la C. de San Luis y 47 de la C. de Catamarca.

Hablan de “responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos” las Constituciones de Mendoza (art. 99 inc. 11 y 203), de Corrientes (art. 118 inc. 10), Buenos Aires (art. 100 inc. 8) y Neuquén (arts. 71 y 189) y de “acción civil” el art. 57 de la Const. de Buenos Aires y de “daños civiles” las Constituciones de Jujuy (art. 10) y Catamarca (art. 48).

En el mismo sentido podemos señalar las disposiciones del art. 165 inc. d) de la Constitución cordobesa y 189 de la del Neuquén, que establecen normas procesales, determinando la competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia para entender “de las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados y funcionarios del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones”.

La misma terminología que identifica responsabilidad patrimonial con responsabilidad civil de los funcionarios públicos ha sido empleada incluso por el constituyente federal, en la reforma de 1994, porque en el art. 36 C.N., referido a la defensa de la democracia dispone que quienes usurpen funciones previstas para las autoridades constitucionales por actos de fuerza “responderán civil y penalmente de sus actos”.

Finalmente, la Constitución de Santa Fe en su art. 18, al igual que el art. 43 de la Constitución de San Juan, consagran el principio de responsabilidad del Estado por los ilícitos de sus funcionarios y disponen de manera clara y explícita que se regirán por las normas del derecho común.

Lo dicho lleva a pensar que, de consolidarse y adquirir efectiva y plena vigencia la reforma legislativa que nos ocupa, ella importará una alteración del modo en que hasta aquí ha venido interpretándose el sistema constitucional de reparto de atribuciones constitucionales entre los sujetos de la relación federal y, como eso se habrá producido sin una modificación del texto de la constitución escrita, ello nos aproxima a la noción de “mutación constitucional”.

Esta noción ha sido desarrollada por la doctrina constitucional que ha hallado su justificación y legitimación al margen de la dimensión normativa, en la necesidad de readecuar la inteligencia del texto constitucional a los cambios habidos en las dimensiones social y cultural. Pero en el caso que nos ocupa, no se advierte que exista un cambio social o cultural que conduzca a tal alteración. Más bien podríamos decir que los cambios sociales y culturales reclaman antes una profundización de la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos que la atenuación que podría provenir del nuevo sistema; más un afianzamiento del principio de sujeción plena del Estado al orden jurídico y a la jurisdicción que su limitación; preferentemente una ampliación de los derechos de las personas con la correlativa restricción de los privilegios del Estado que a la inversa; mejor un incremento en la protección a la parte débil de la relación -el particular víctima del ilícito- que favorecer la posición del Estado dañador o sus funcionarios. En suma, los cambios sociales y culturales a inicios del Siglo XXI parecen exigir una profundización de la igualdad, circunscribiendo los privilegios y prerrogativas del Estado y sus funcionarios a lo que es estrictamente necesario para el cumplimiento de su función de autoridad pública, gestor y garante del bien común, antes que retrotraer el orden jurídico a etapas que parecían superadas de privilegios que rodean al poder y a sus operadores.

Sin embargo, los cambios legislativos que nos ocupan, que a contrapelo de la interpretación jurídica que tradicionalmente ha imperado en nuestro país excluyen del régimen del Código Civil y Comercial todo lo relativo a la responsabilidad del Estado y los funcionarios, lejos de acompañar los cambios sociales y culturales para adecuar el orden jurídico a las nuevas realidades, parece más bien regresarnos al siglo XIX, cuando

el Tribunal de Conflictos de Francia resolvió en ese sentido el célebre caso “Blanco” (Fallo del 8 de febrero de 1873), diciendo que la responsabilidad del Estado no puede ser regida por principios del Código Civil establecidos para las relaciones de particular a particular, porque esa responsabilidad no es ni general, ni absoluta y tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio, fundándose en la ley 16 del 24 de agosto de 1790, que prohíben a los tribunales judiciales “perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos y de conocer de los actos de administración de la especie que sean”¹².

Esa resolución importó un notorio avance en el siglo XIX, en los inicios de la III República en Francia, es decir a poco tiempo de la caída del imperio de Napoleón III, pero en el siglo XXI, derogar un régimen que regula igualitariamente la responsabilidad del dañador, sin discriminar según se trate de un particular, del Estado o de un funcionario público, para establecer aquellos criterios que fueron de avanzada en 1873, importa sin lugar a dudas un notorio retroceso, una regresión a etapas que ya parecían superadas en la evolución del Derecho. Entonces, no estamos frente a una mutación constitucional que, superando algunas ataduras normativas, reinterpreta el orden jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades sociales y culturales, sino más bien ante una mutación regresiva, que en contra de la dirección de los cambios sociales y culturales, procura reestablecer privilegios donde ya parecía que habían desaparecido para siempre.

Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que el nuevo régimen legal sobre responsabilidad del Estado y sus funcionarios no es únicamente una cuestión legal infraconstitucional, sino que –por el contrario- involucra cuestiones constitucionales, en tanto importa dar un giro de ciento ochenta grados en lo que ha sido durante casi siglo y medio la interpretación que se ha dado y el modo en que ha sido vivido el sistema de reparto de poderes en el Estado Federal, además de afectar otros principios constitucionales de no menor trascendencia.

Por eso, el propósito de este trabajo es hacer algunas reflexiones sobre el tema desde la perspectiva constitucional que, sin pretender agotarlo ni arribar a conclusiones

¹² Puede consultarse sobre el tema a Islas Colín, Alfredo; “El servicio Público en el Derecho francés”, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., www.juridicas.unam.mx

definitivas, permitan abordarlo desde el prisma de la Constitución, como corresponde en un Estado Constitucional de Derecho.

Desde ese punto de vista creo que no puede eludirse al examinar la nueva normativa, poner el centro de atención en, al menos, cinco cuestiones constitucionales: el federalismo (arts. 1, 121 y 122 C.N.), la forma republicana de gobierno (arts. 1 y 5 C.N.), el derecho a la igualdad (art. 16 C.N., art. 24 C.A.D.H.), el derecho a la reparación integral del daño como contenido del derecho propiedad (arts. 15, 17 y 19 C.N.; art. 21 C.A.D.H.) y los derechos de los usuarios y consumidores (art. 42 C.N.).

4. Reflexiones desde el federalismo.

Es común que se invoque la necesidad de fortalecer el federalismo y de defender las autonomías locales para justificar el nuevo régimen legal que nos ocupa, pero si bien examinamos la cuestión concluimos que ese argumento no pasa de ser un pretexto inconsistente.

Es que para fortalecer el federalismo y las autonomías de las provincias no es necesario hacer una mutación constitucional en el reparto de atribuciones legislativas que, al menos en ese aspecto, no estaban en discusión, ni hacen a la plenitud del poder político de las provincias. Sólo sería necesario cumplir con la Constitución tal como está y como cualquier persona con recto entendimiento la interpreta; o sea entre otras cosas, hacer efectivo el reconocimiento del dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales (art. 124 C.N.); restituirles los recursos tributarios de los que han sido despojadas históricamente por el Gobierno Federal aprobando el régimen de coparticipación federal que registra una mora de más de veinte años del Congreso de la Nación.

Esas medidas de cumplimiento real de la Constitución Nacional son las que requiere la defensa del federalismo y no asignarles a las provincias atribuciones para legislar a su antojo sobre su propia responsabilidad civil y la de sus funcionarios, para permitirles dictar leyes que la atenúen o limiten frente a los legítimos derechos de las víctimas de los daños. No es a costa de éstas como debe restituirse a los estados miembros de la federación su autonomía económica financiera,

El principio de subsidiariedad federal no obsta a la unificación de legislación en determinadas materias entre las diversas comunidades federadas, porque esa suele ser la

consecuencia de la existencia del conjunto de principios y valores comunes que sirve de base a la solidaridad que las vincula. No ocurre así en Estados Unidos, pero sí en otras federaciones como Canadá¹³ o Alemania¹⁴. Esa unificación legislativa no contradice los principios federales en la medida en que no se logre “forzando la marcha de las cosas”, de manera que “se quiera la unidad donde no la consientan la diversa vida y tal vez los encontrados sentimientos de las provincias”¹⁵ y lo cierto es que ya en 1853 no había entre las provincias argentinas una “diversidad de vida” ni “encontrados sentimientos” que fueran obstáculo a la creación de un Derecho Común en las materias civil, comercial, penal y de minería, a las que más adelante, con la reforma de 1957 se agregaría la de trabajo y seguridad social (actual art. 75 inc. 12 C.N.). Los pueblos que luego formarían la confederación argentina ya estaban habituados a convivir en un sistema jurídico común (el Derecho Hispano Indiano) que coexistía con disposiciones locales¹⁶

La necesidad de preservar la diversidad, dentro del marco de la unificación legislativa ya había quedado salvada con la reforma constitucional de 1860, que la acotó añadiendo al art. 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12) la cláusula que reserva la interpretación y aplicación del Derecho Común a “los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”, que sirvió de base a su vez al párrafo del art. 15 de la Ley 48 que excluye de la casación federal por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia todo lo relativo a la interpretación del Derecho Común.

¹³ Douglas Price; Jorge y Rosenkrantz, Carlos, “Las cuestiones del federalismo – Análisis de la reforma constitucional desde la perspectiva del federalismo comparado”, Tomo I, pág. 131. Señalan estos autores que en Canadá el Derecho Criminal es federal según lo dispone la sección 91 de la British North American Act, tanto en lo sustancial como en lo procesal.

¹⁴ Douglas Price y Rosenkrantz, ob. Cit., pág. 174 a 176 destacan la gran preeminencia de la federación en materia legislativa en Alemania donde, por ejemplo, los art. 72.1 y 72.2 de la Ley Fundamental le asignan atribución para legislar, excluyendo la competencia de los Lander “cuando así lo requiere el mantenimiento de la unidad jurídica o económica, especialmente el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un land”. Esta área legislativa comprende, entre otras, materias tales como estado civil, derecho de asociación y reunión, defensa del patrimonio cultural alemán, legislación económica (minería, industria, energía, artesanado, pequeña industria, régimen bancario y bursátil, seguros, etc.), derecho laboral, expropiación, transacción inmobiliaria, tránsito en carreteras, etc.

¹⁵ Pi y Margall, F., ob. Cit. pág. 149.

¹⁶ Alberdi incluye como punto 5° en la enumeración de los “antecedentes unitarios” del gobierno argentino a la “unidad de legislación civil, comercial y penal”; “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, ed, Plus Ultra, 1980, pág. 114.

Finalmente, la breve reseña histórica que hemos hecho en el punto anterior nos demuestra además que, a inicios del siglo XXI, tampoco hay una diversidad de vida que no consienta la inclusión de la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en ese Derecho Común, sino más bien todo lo contrario, que esa incorporación estaba pacíficamente asumida y había buenas razones para mantenerla, que analizaremos luego.

Es que no hace falta demasiado esfuerzo para prever que, de consolidarse la mutación constitucional que propicia la nueva legislación e incorporarse la conciencia jurídica del pueblo argentino que todo lo relativo a responsabilidad de los funcionarios y del Estado es materia propia del derecho administrativo y, por ende, su regulación un poder conservado inherente a la autonomía, en poco tiempo tendremos no sólo un régimen para la responsabilidad del Estado y los funcionarios federales y uno diferente para cada provincia y sus funcionarios, como así también para la Ciudad de Buenos Aires, sino además uno diferente para cada municipio y sus funcionarios, al menos en los municipios de aquellas provincias que, como Córdoba, cumplen con el art. 123 C.N. y reconocen y reglan un régimen de autonomía amplia para sus municipios¹⁷.

Fácil es comprender que tan extrema fragmentación del régimen jurídico de la responsabilidad estatal y de los funcionarios poco se compadece con el principio de unidad del Derecho Común que está plasmado como una de las bases fundamentales de nuestra organización constitucional histórica.

Por último, el sentido común se resiste a admitir como razonable una interpretación del art. 75 inc. 12 C.N. según la cual la “responsabilidad civil” del Estado y sus funcionarios no sería materia propia del Derecho Civil, sino del Derecho Administrativo y, por ende, no estaría comprendida en la delegación de atribuciones que contiene la referida norma constitucional para legislar en materia civil. Con igual criterio podríamos sostener que la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, por hechos cometidos en el cumplimiento de sus funciones, no es materia propia del Derecho Penal y, por ende, la atribución para legislar en esta materia estaría también reservada a las legislaturas provinciales y a los concejos deliberantes municipales.

¹⁷ Véase Urrutigoity, Javier, “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado y sus agentes” en Revista de Derecho de Daños, ed. Rubinzal-Culzoni, 2014-3, Responsabilidad del Estado-I, pág.177 y sgtes., aunque este autor expresa una opinión favorable a esta consecuencia, que no comparto, al menos sin serias reservas.

5. Reflexiones desde la forma republicana de gobierno.

La forma republicana de gobierno que claramente adopta la Constitución Nacional (arts. 1, 5, 6 y cc. C.N.), cuya esencia radica en que es “la negación del gobierno personal”¹⁸, de manera tal que “lo público” no se identifica con una persona o grupo de la sociedad, sino que pertenece al conjunto y, por ende el gobernante no es el “dueño” de la cosa pública, sino un mero administrador de bienes e intereses ajenos (de la comunidad), se define hoy por los siguientes caracteres: 1) periodicidad de los mandatos, 2) responsabilidad de los funcionarios, 3) publicidad de los actos de gobierno, 4) división y equilibrio de poderes, 5) origen popular del poder, 6) igualdad y 7) sujeción del Estado al orden jurídico.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios, es unánime en los autores constitucionalistas el criterio que señala que ella está compuesta por la responsabilidad política, penal, civil y administrativa. Nadie pone en tela de juicio que la regulación de la primera y la última es materia propia de los poderes conservados por las provincias para darse sus propias instituciones y regirse por ellas, sin intervención del Gobierno Federal (art. 122 C.N.). Incluso es claro que un régimen municipal coherente con el art. 123 C.N. debe, como regla, reconocer como ámbito de regulación local esas materias.

Pero en lo referido a la responsabilidad penal y civil, al haberse delegado en el Congreso la atribución de legislar en esas materias como Derecho Común, no se advierte cuál pudiera ser la razón por la cual los supuestos en que el responsable del daño a resarcir sea un funcionario público pudieran quedar excluidos de tal delegación.

En cuanto a la sujeción del Estado al orden jurídico, de allí se deriva que la república reemplaza el gobierno de un hombre por el gobierno del derecho y eso implica que, todos –aún los gobernantes y el mismo Estado- quedan sometidos al orden jurídico. De ahí que si es el Estado o alguno de sus funcionarios quien comete un acto antijurídico que causa daño a otro, tiene el deber de repararlo. ¿En qué condiciones y con qué alcance? El principio de igualdad, también esencial a la república conduce a concluir que lo ha de ser en las mismas condiciones que cualquier otra persona que causa un daño injusto.

¹⁸ Pérez Guilhou, Dardo y otros, “Derecho Público Provincial”, Depalma, Bs.As., 1990, Tomo 1, pág. 314 y ss.

Pero, como ya lo hemos señalado, no se llega a estas conclusiones de manera instantánea, con la sola adopción de la idea republicana, sino como resultado de un proceso lento de evolución desde lo que fueron los resabios del absolutismo monárquico. Es bien sabido que la monarquía absoluta, al presuponer que el poder es conferido directamente por Dios al soberano, consagra como dogma que éste no responde de sus actos sino ante el Creador. Es decir, consagra el principio de irresponsabilidad del soberano tradicionalmente expresado en la frase *Rex non potest peccare* o *the King can do no wrong*.

Los primeros pasos de la república nos muestran que la soberanía deja de pertenecer al monarca para pasar a pertenecer al pueblo, pero por un tiempo se va a mantener el principio de irresponsabilidad, ahora encarnado en la persona jurídica del Estado, que actúa a través de sus órganos (los funcionarios). Luego comenzará a atenuarse, admitiendo limitadamente su responsabilidad, para ir avanzando progresivamente hacia la responsabilidad plena en iguales condiciones que cualquier otra persona.

La revolución francesa en un primer momento reforzó el principio de irresponsabilidad estatal al suprimir dos instituciones que habían significado un avance dentro del régimen monárquico: los Intendentes y el Consejo del Rey. De esa manera se transfirió la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa que, de esa manera, eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto generando una suerte de inmunidad¹⁹.

En 1799, bajo el gobierno de Napoleón, se crea el Consejo de Estado y se admite el sometimiento de los funcionarios a la jurisdicción²⁰, pero como ya hemos visto, fue recién en 1873 que la jurisprudencia francesa admite una condena que responsabiliza al Estado mismo por los daños ocasionados (caso “Blanco”), aunque haciendo la salvedad de que no corresponde a esos fines aplicar las disposiciones del Código Civil.

Parece claro entonces que, si partimos del principio monárquico de irresponsabilidad del Estado y los funcionarios, el desarrollo y perfeccionamiento de la república conduce necesariamente a un avance en la igualación del régimen de

¹⁹ Ley 16 del 24 de agosto de 1790 Ley 16 del 24 de agosto de 1790

²⁰ El tema es desarrollado por Cassagne, Juan Carlos en “El acceso a la justicia administrativa”, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/> El acceso a la justicia administrativa.pdf, pág. 10.

responsabilidad del Estado y los funcionarios con el de cualquier otra persona. Dicho en otros términos, cualquier diferenciación que disminuya la responsabilidad del Estado y los funcionarios respecto de la de cualquier persona frente a daños similares, estableciendo privilegios a su favor o limitando los factores de atribución de responsabilidad sólo a la “falta de servicio” y excluyendo el riesgo creado, constituyen resabios del absolutismo monárquico e importan un retroceso de la república.

Eso es lo que sucede con el nuevo régimen que surge de la Ley 26.944 y de los arts. 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial.

6. Reflexiones desde el principio de igualdad

El principio de igualdad es no sólo uno de los caracteres esenciales de la república democrática, sino además uno de los derechos fundamentales del hombre, con explícito reconocimiento en el art. 16 C.N. y en el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras normas que integran el bloque de constitucionalidad federal y, por supuesto, en todas las constituciones provinciales.

La norma constitucional habla de igualdad entre todos los “habitantes” de la Nación y, como los funcionarios públicos tienen esa condición, al igual que cualquier otra persona que tenga su domicilio o aún se halle en tránsito en el territorio argentino, no parece posible hallar alguna razón que autorice un trato diferenciado en cuanto a la responsabilidad que les pueda caber a unos y a otros por daños injustamente causados a terceros. De ahí que no hay ninguna razón legítima que pueda justificar dar un tratamiento diferenciado, que atenúe o limite la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños ocasionados a otros particulares, respecto de la que se establece para cualquier persona.

Ahora bien ¿el principio constitucional de igualdad excluye también la diversidad de trato entre el Estado y los habitantes? No hay duda que cuando el Estado actúa como poder público, es decir, en ejercicio de su potestad de *imperium*, en su rol de garante del bien común, actúa legítimamente desde una posición de superioridad jurídica, estableciendo reglas y condiciones para el ejercicio de los derechos y llevando adelante políticas para alcanzar sus fines específicos. En consecuencia, no puede pensarse en tales supuestos en una relación de iguales y, en consecuencia, es natural y legítimo que exista una regulación jurídica de las consecuencias de sus actos diferente de la que rige para las relaciones entre particulares.

Sin embargo, es bien sabido que el Estado también desarrolla actividades y ejecuta actos que son comunes a los que puede desarrollar cualquier habitante y, para esos supuestos no puede haber razón alguna, salvo aquel antiguo resabio monárquico, que justifique un trato diferenciado. Cuando un particular entra en relación con la persona jurídica Estado en este tipo de cuestiones, en las que no se trata del ejercicio legítimo del poder, no se advierte qué razón podría argüirse para negarle a aquél su derecho “a igual protección de la ley” (art. 24 C.A.D.H.).

El nuevo régimen legal que nos ocupa establece tratamientos jurídicos diferenciados en dos niveles: a) desigualdad entre el Estado dañador y los dañadores privados; b) desigualdad entre víctimas del Estado y víctimas de otros sujetos. A la vez, como se ha señalado ya, abre la puerta a la posibilidad de un mosaico de regímenes diversos con tratos desiguales entre víctimas del Gobierno Federal y víctimas de cada una de las provincias argentinas y de la Ciudad de Buenos Aires e incluso de los innumerables municipios autónomos.

Por supuesto que la diversidad de trato no necesariamente importa una violación del principio constitucional de igualdad porque, como sostiene la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, sino su igualdad relativa”²¹. Es bien sabido también que el Alto Tribunal tiene dicho que “la garantía del art. 16 C.N. no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”²².

De lo dicho podemos concluir que la condición para que el trato diferenciado que de la ley sea válido constitucionalmente es que esa diferenciación se funde en criterios razonables; esto es, que reúna los siguientes requisitos: 1) la diversidad de trato debe estar justificada y ello ocurre cuando se funda en la búsqueda de un objetivo generalmente asociado al bien común y no en el mero arbitrio del legislador o en propósitos prohibidos (privilegiar u hostilizar a determinados grupos); 2) debe ser adecuada, o sea que ha de existir una relación de medio a fin son el objetivo que la

²¹ C.S.J.N., Fallos 151:359.

²² C.S.J.N., 10/6/92 en “Fernández, Eduardo”, J.A. 1993-III-35.

justifica y 3) debe haber proporcionalidad entre el menoscabo a la igualdad que se ocasiona al admitir la disparidad de trato y el fin que se persigue con ella.

El argumento al que suele recurrirse para hallar una justificación a la diversidad de tratamiento legal entre el Estado y los particulares es que, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, el Estado tiene como fin el bien común y ello conllevaría la necesidad de preservar sus arcas para que pueda cumplir con sus fines. Pero ese argumento se torna inconsistente si lo analizamos a la luz del principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas (art. 16 C.N.). Aceptar esa justificación para convalidar un trato desigual importaría tanto como hacer pesar sobre las víctimas de los daños provocados por el Estado, una carga para contribuir al bien común superior a la que pesa sobre quienes no han sido dañados. Esa solución no tiene ningún sustento jurídico, ni se compadece con criterios de justicia, equidad y proporcionalidad que según la Constitución Nacional (Preámbulo y art. 4 C.N.) deben presidir la distribución de las cargas de las contribuciones pecuniarias entre los habitantes de la Nación.

Es forzoso distinguir entre los supuestos de responsabilidad por daños provocados por actos lícitos e ilícitos, porque la primera no existe para los particulares y sí para el Estado, de manera que en esta materia, un régimen especial de responsabilidad estatal no afectaría el principio de igualdad.

Pero es distinto cuando nos referimos a la responsabilidad por el daño causado por actos ilícitos, porque aquí sí es necesario demostrar que es razonable cualquier solución que diferencie según que el dañador sea el Estado u otra persona.

La doctrina tradicional distingue entre “actos de gestión”, que son aquellos que, aún ejecutados por el Estado, pueden serlo por cualquier persona y los “actos de imperio”, que son aquellos en los que el Estado actúa como poder público.

En cuanto a los primeros, por más esfuerzo que se haga no es posible hallar un motivo que justifique dar trato diferente a situaciones idénticas. Las condiciones y circunstancias son exactamente las mismas, salvo la persona del dañador. Entonces el régimen que limite la responsabilidad por esa razón resultaría claramente inconstitucional, aunque se argumentara la necesidad de preservar las arcas del Estado, porque el equilibrio fiscal no puede buscarse a expensas de las víctimas de actos ilícitos cometidos por el Estado o sus órganos.

¿Tendría algún justificativo que quien ha sufrido lesiones incapacitantes por haber sido atropellado por un automotor se halle regido por un régimen más beneficioso si el vehículo embistente pertenece a un particular o una empresa privada (art. 1769 del C.C.C.), pero halle limitaciones y restricciones a su derecho si se trata de un vehículo policial u otro oficial (arts. 3 y cc. de la Ley 26.944 o, en su caso a las de las leyes provinciales u ordenanzas municipales, según quién haya sido el dañador)? ¿Es razonable que exista diversidad de régimen jurídico frente a la necesidad de resarcir los daños que ha sufrido un alumno que resultó lesionado en una escuela, según que ésta sea privada (caso regido por el art. 1767 C.C.C.) o perteneciente a un ente público nacional, provincial o municipal? ¿Puede admitirse semejante discriminación entre personas que han sido víctimas de mala praxis médica, según que ésta haya ocurrido en una clínica privada (caso regido por el art. 1768 C.C.C.) o en un hospital público nacional, provincial o municipal? Parece que la respuesta negativa se impone. Al menos no consigo hallar la justificación, la adecuación y la proporcionalidad del tratamiento desigual.

Tampoco parece justificarse la desigualdad de trato en los supuestos en los que el daño ha sido consecuencia de un acto de imperio, es decir uno de los supuestos en que el Estado actúa como poder público. Si, aun obrando en ese ámbito, el Estado incurre en un acto u omisión antijurídico y con ello provoca daño, cualquier diferencia entre el derecho a ser resarcido que tiene la víctima de un particular y el que tiene la víctima de un ente estatal sería írrito al art. 16 C.N. aunque se invoque como justificación la finalidad de bien común que guía al Estado a diferencia de los particulares. Es que el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas –al que ya hemos hecho referencia- exige que ambos sean idénticos, con igual extensión y tutela, porque de lo contrario se estaría exigiendo a unos (las víctimas de daños provocados por el Estado), un sacrificio en pro del bien común, que no se les requiere a otros (quienes no han sido víctimas de daños provocados por el Estado).

7. Reflexiones desde el derecho de propiedad (art. 17 C.N.) y la prohibición de dañar (art. 19 C.N.).

Es bien sabido que las normas constitucionales que protegen el derecho de propiedad, lo que están tutelando en definitiva es la integralidad del patrimonio de una persona, de manera que cualquier acto que lo menoscabe ilegítimamente, sea sustrayendo o afectando de alguna manera cosas o bienes que lo integran, sea

desconociendo derechos que se habían incorporado válidamente a él, constituye una violación al art. 17 C.N. y al art. 21 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El primero establece que “*la propiedad es inviolable*” y que nadie “*puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley*” y el segundo, por su parte, dispone que “*ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa...*”

A la vez, como el principio *alterum non laedere* tiene recepción constitucional en el art. 19 C.N.²³ ~~por lo que~~, ello conduce a reconocer que el derecho de la víctima de un daño a ser resarcida tiene base constitucional.

Es que, cuando una persona ve menoscabado su patrimonio por un acto dañoso antijurídico, o sea cuando resulta afectada la integridad de su patrimonio, el orden jurídico no queda restaurado y no se ha hecho justicia si no se incorporan al patrimonio de la víctima bienes por un valor equivalente al de aquel del que ha sido privada a causa de dicho acto. El derecho de la víctima a ser reparada integralmente por el daño patrimonial injustamente sufrido tiene jerarquía constitucional²⁴ porque, si eso no se logra, aquella habrá sido privada de su propiedad, aunque fuera parcialmente, por un acto o hecho distinto de una sentencia fundada en ley (art. 17 C.N.) y sin indemnización justa (art. 21 inc. 2 C.A.D.H.).

La Corte Suprema de Justicia ha profundizado esta línea de pensamiento en la causa Aquino, diciendo que la regulación sobre responsabilidad por daños extracontractuales del Código Civil “en cuanto a las personas y responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”²⁵. En el mismo sentido, en un caso en que se discutía la responsabilidad estatal por daños, el máximo tribunal de la Nación ha dicho que “es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en

²³ C.S.J.N. 5/8/86, “Günther, Fernando c/ Gobierno Nacional”, Fallos 308:1118 y “Santa Coloma, Luis c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:1160.

²⁴ Véase Juárez Ferrer, Martín; “El derecho constitucional a la reparación integral”, tesis doctoral Facultad de Derecho y C. Sociales, U.N.Cba, 2011.

²⁵ C.S.J.N., Fallos 327:3753 (2004).

su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos 324:2972 y 326:2329)²⁶.

Lo dicho nos permite concluir que, desde la perspectiva constitucional, lo que resulta prioritario es la **integralidad de la reparación, con miras a la efectiva** tutela de los derechos de la víctima del daño injusto y no la condición de persona o ente estatal o privado del dañador. En consecuencia, cualquier restricción o limitación que las leyes reglamentarias pudieran establecer en el régimen de responsabilidad del Estado y sus funcionarios, respecto del régimen general, resultaría violatoria de tales principios constitucionales, ya que la prohibición de dañar está dirigida no sólo a los particulares sino también a aquéllos.

Tanto es así ~~Tanto así~~, que la propia Constitución en su art. 15, ha previsto un supuesto muy específico de aplicación del deber de indemnizar todo menoscabo provocado en el patrimonio de una persona, aun cuando esté fundado en indiscutibles razones de bien común y de justicia. En esa norma el constituyente previó que una ley especial debía reglamentar las indemnizaciones a que diera lugar la abolición de la esclavitud. Difícil es imaginar acto más legítimo y justo que la liberación de los esclavos, pero aun así, el constituyente no quiso que ese objetivo de bien común se lograra a expensas del patrimonio de sólo algunos, sino que su costo fuera tomado a cargo por la comunidad toda, asumiendo que había sido la comunidad toda quien había convalidado tan abominable institución.

Ya hemos dicho hasta qué punto luce carente de toda significación y, por ende, de razonabilidad, una legislación que frente a daños similares (los que sufre un paciente a causa de una mala praxis, los que sufre un paciente a causa de una mala praxis, los que sufre un alumno que es lesionado mientras se halla en la escuela o un peatón que es arrollado por un vehículo, etc.) establezca regímenes de responsabilidad diferenciados según que el establecimiento sanitario o educativo o el vehículo, pertenezcan al Estado o a una persona privada. El mandato constitucional de preservar la incolumidad del patrimonio es el mismo, cualquiera sea la persona del dañador y, en consecuencia, toda regulación legal que niegue a algunas víctimas, lo que concede a otras en iguales

²⁶ C.S.J.N., 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, SAJJ: FA12000216.

condiciones y circunstancias, será inconstitucional. De la misma manera lo será si concede a algunos dañadores (en el caso del Estado, las personas jurídicas públicas estatales y los funcionarios) ciertos privilegios que aminoran o condicionan su responsabilidad, otorgándoles preferencias sobre otros dañadores.

8. Reflexiones desde los derechos constitucionales de los usuarios.

También es necesario reflexionar sobre el tema que nos ocupa desde la perspectiva de los derechos constitucionales de los usuarios de los servicios públicos, porque está fuera de toda duda que las normas constitucionales y legales específicas tutelan por igual a los usuarios de éstos y a los de los servicios regidos por el derecho privado. Ni el art. 42 C.N. ni las disposiciones de la ley 24.240 y sus modificatorias, excluyen a los usuarios de servicios públicos, ni menguan su amparo normativo, por el contrario, los incluyen expresamente (véase art. 42 C.N. último párrafo, arts. 2, 19, 25 a 31 y cc. de la ley 24.240).

Sin pretender entrar a profundizar sobre el concepto y naturaleza de los servicios públicos, podemos decir que se trata de actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas que, en base a una decisión estatal, fundada en el grado de intensidad y vinculación con el bien común de la necesidad a satisfacer, el Estado en cualquiera de sus niveles asume como propia, sustrayéndola total o parcialmente del régimen de libre competencia y libre contratación que predomina en el derecho privado, para someterla a un riguroso control y regulación propio del derecho público.

Pero eso no significa que forzosamente el prestador de un servicio público deba ser una persona jurídica estatal. La doctrina administrativista clásica admite pacíficamente que su prestación puede ser desarrollada por la administración en forma directa o indirectamente²⁷, recurriendo a la colaboración de particulares mediante diversas modalidades de contratación, entre las que se destaca la concesión de servicio público.

Ahora bien, en cualquier caso es posible que el usuario sufra daños en su persona o bienes a causa de alguna acción u omisión del prestador del servicio público o

²⁷ Bielsa, Rafael; "Derecho Administrativo", tomo 1, Bs.As., La Ley 1964, 6ª. Ed.,pág. 44. Esa es además la solución que explícitamente adoptan en general las constituciones provinciales, entre ellas la de Córdoba en su art. 75 que establece que "...pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares".

del riesgo o vicio propios de éste y, en esta hipótesis se nos plantea también el dilema: ¿Queda el caso regido por el art. 40 de la Ley 24.240 o, por el contrario, será aplicable la Ley 26.944 o las leyes que pudieren dictar las diversas provincias y, en su caso, las ordenanzas municipales que regulen el punto?

Si el servicio público es prestado en forma directa por el ente estatal, la discusión nos remite a los aspectos ya analizados en los puntos anteriores (federalismo, república, igualdad y propiedad), pero con un agravante y es que cualquier mengua en la tutela de la víctima del daño, en estos casos añadiría a la violación a los principios constitucionales ya analizados, un desconocimiento al mandato explícito que hace el art. 42 C.N. a las autoridades públicas, de proteger en la relación de consumo los derechos de los usuarios a *“la protección de su salud, seguridad e intereses económicos ... y a condiciones de trato equitativo y digno”*. Limitar de cualquier manera la responsabilidad del prestador de un servicio público por daños ocasionados al usuario que guarden relación causal con ese servicio, importaría un evidente alzamiento contra el mandato constitucional que nos ocupa.

Pero la contraposición con la Constitución Nacional se torna todavía más patente si imaginamos un daño es ocasionado al usuario con motivo de la prestación de un servicio público encomendado a un particular, sea por concesión u otra figura contractual, porque el art. 6 de la Ley 26944 es, desde mi punto de vista, manifiestamente inconstitucional cuando dispone que *“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas 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.”*

Podemos coincidir con la doctrina administrativista en que el concesionario de servicio público actúa como empresario con ánimo de lucro y lleva adelante la explotación “a su propia costa y riesgo”. Pero de allí a sostener, como lo hacen destacados autores²⁸ que únicamente el concesionario –y no el ente estatal concedente-

²⁸ Marienhoff, Miguel S, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, tomo III-B, 1970, pág. 581; Pérez Hualde, Alejandro, “El concesionario de servicios públicos privatizados - La responsabilidad del Estado por su accionar”, Lexis Nexis – Depalma, 1997; Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Fundación Derecho Administrativo, 2003, pág. XX-8 y ss., entre otros.

es responsable por los daños causados a terceros por hechos que importen el ejercicio de la concesión, hay una larga distancia.

Es que no puede perderse de vista en este punto que el ente estatal, titular y concedente del servicio, es quien ha tomado la decisión de someter la actividad a un régimen de monopolio (perfecto o imperfecto), quien ha elegido al concesionario teniendo en consideración, entre otras cosas, su solvencia económica y técnica (por lo que podría, incluso desde la doctrina tradicional, configurarse un supuesto de *culpa in eligendo*) y se ha reservado el poder de control y mecanismos jurídicos para hacerlo efectivo a través de las denominadas “cláusulas exorbitantes” (por lo que podría, desde igual perspectiva, configurarse un supuesto de *culpa in vigilando*).

Por eso parece más acertada y justa la postura de otro sector de la doctrina, integrado por autores de no menor valía, que antes de la Ley 26944, se pronunciaban claramente diciendo que existe también responsabilidad del titular del servicio por los daños causados a terceros en ejercicio de la concesión²⁹.

En mi opinión la responsabilidad del titular del servicio dado en concesión frente al usuario es de carácter objetivo y surge nítida del art. 40 de la Ley 24.240, que “se aplica a toda clase de servicios públicos”, entre ellos el transporte y “es indiferente si el servicio está a cargo del Estado o ha sido privatizado o si es prestado a domicilio o no”³⁰. No encuentro razones para que el ente estatal titular de un servicio público no sea considerado “proveedor” de ese servicio en los términos del art. 40 de la L.D.C. (texto incorporado por el art. 4º de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998) y por ende claramente situado en el polo pasivo de la relación de consumo, aunque preste el servicio valiéndose de la colaboración de un particular contratado a tal fin.

En efecto, se ha dicho que el concepto de proveedor “se construye a partir del dato sociológico que muestra situado frente al consumidor a un profesional caracterizado por su superioridad técnica, económica y jurídica, con cuya participación

²⁹ Bustamante Alsina, LL 1990-C-429; Cassagne JuanCarlos, LL 2007-B-1293 y E.D. 159-987; Di Stéfano, Marta y Rubín Miguel, E.D. 222-909.

³⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal –Culzoni, 2009, pág. 55.

en la cadena de comercialización de los productos o servicios destinados al consumo persigue la obtención de beneficios”³¹

El hecho de que el usuario no haya contratado con el ente estatal concedente sino con una empresa privada concesionaria, no excluye la condición de “proveedor” de aquél, de la misma manera que en el ámbito de las relaciones de consumo privadas tampoco queda excluida la condición de “proveedor” para el fabricante, importador, productor, constructor, distribuidor, etc. de un producto, aunque el usuario o consumidor que resultó dañado sólo haya tenido vínculo contractual con el comerciante que le vendió el producto o le prestó el servicio³².

Si no caben dudas que todos los sujetos de derecho privado que de alguna manera intervienen en la cadena de producción, distribución y comercialización de un producto o servicio integran el polo pasivo de la relación de consumo y responden en tal carácter frente al usuario o consumidor dañado, menos pueden caber aún que ocurre lo mismo con el titular de un servicio concesionado, porque la intervención e injerencia que éste tiene en la relación entre el concesionario y el usuario es mucho más intensa (bases y condiciones, niveles de calidad, tarifas etc.).

Las razones expuestas me llevan a concluir que el art. 6 de la Ley 26944 no resiste al más superficial control de constitucionalidad por su manifiesta contraposición con el art. 42 C.N., ya que establece una írrita diferenciación entre la situación del Estado y la de los particulares en situaciones equivalentes, a la vez que priva de tutela a la parte débil de la relación de consumo. Por otra parte, hiere el sentido más elemental de justicia admitir que el ente estatal que por voluntad política propia asumió como servicio público a una determinada actividad, sustrayéndola de la libre competencia del mercado y sometiénola a un régimen de derecho público con una regulación y control intensos, pueda desentenderse alegremente y en forma unilateral de las responsabilidades que genera la prestación de ese servicio, delegando su prestación contractualmente en un tercero, a quien ese mismo ente estatal selecciona como prestador, le fija las condiciones de esa prestación y se reserva amplias facultades para

³¹ Frustagli, Sandra; “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor” en Revista de Derecho Privado y Comunitario”- Rubinzal – Culzoni, 2009-1,pág. 232.

³² Véase Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., “Ley de Defensa del Consumidor”, Rubinal – Culzoni, 2010, pág 231/232.

controlarlo y sancionarlo en caso de incumplimiento, incluso con la caducidad o rescate de la concesión.

9. Conclusiones.

Los puntos analizados precedentemente nos ponen de manifiesto las serias tensiones que surgen entre la legislación del Congreso que nos ocupa y el orden constitucional.

Esas tensiones hacen que la solución que se muestra más razonable y jurídicamente correcta sea la derogación lisa y llana de la Ley 26944 y la reforma de los arts. 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial, para volver el texto que originariamente había propuesto la comisión redactora y que fue alterado por el Poder Ejecutivo Nacional al remitir el proyecto al Congreso. Esa solución se mostraría como un avance en el proceso republicano de profundización de las responsabilidades del Estado y sus funcionarios, en un contexto de igualdad.

Pero si esa labor legislativa no se concretara y se insistiera en que los regímenes de responsabilidad del Estado y sus funcionarios deben ser distintos del régimen de responsabilidad de las demás personas y que, en lo que hace a la responsabilidad de las provincias y los municipios autónomos, éstos tienen atribuciones para regular por sí esta materia, será necesaria una ardua labor de la doctrina y la jurisprudencia que armonice la diversidad de regímenes que se generaría, de manera tal que –para no incurrir en violación a los derechos y garantías constitucionales arriba mencionados- establezca como mínimo común denominador para todos los regímenes los derechos que le reconoce a la víctima el Código Civil y Comercial. De tal manera, aun abriendo las puertas a un mosaico de regímenes, quedaría preservado el principio de igualdad, para lo cual debería declararse la inconstitucionalidad de todas las normas, del Congreso, de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires o de municipios de provincia, que pretendan restringir los derechos de la víctima por debajo de ese mínimo. Los regímenes especiales podrían reconocer, entonces, mayores derechos a la víctima, pero jamás podrían válidamente, retaceárselos.—