

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ARGENTINA

*Dr. Beltrán Gambier\**

**E**star en la ciudad de México es para mí un hecho lleno de significación por la riqueza cultural de este país. Por eso agradezco profundamente la invitación de D. Álvaro Castro Estrada para asistir y a los organizadores por haber tenido la sensibilidad de producir este importante encuentro académico. La presencia en este Seminario de mi amigo D. Jesús Leguina Villa es un incentivo adicional porque tengo un gran respeto por sus calidades humanas y académicas. En Madrid y Buenos Aires he aprendido de él.

Me ocuparé de tratar el tema de la Responsabilidad del Estado en Argentina.

Ningún jurista resiste la tentación de citar el magnífico pensamiento de Maurice Hauriou cuando alude a la importancia de este tema junto al del control judicial de la actividad del Estado. Y no pretendo ser la excepción frente a tan atinado concepto.

Antes de entrar en las cuestiones técnicas que hoy me propongo desarrollar, me gustaría aludir someramente a una serie de casos de responsabilidad estatal que tienen una particularidad en común. Han ocurrido una serie de catástrofes que me han llamado la atención: Waco (agentes del FBI se introducen violentamente en una residencia de fanáticos religiosos y provocan con sus acciones un incendio que genera la muerte de la mayoría de éstos),

---

\* Profesor del curso de posgrado en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y Profesor titular de derecho administrativo del Museo Social Argentino

Bru (un joven que muere en una comisaría de La Plata en circunstancias dudosas), María Soledad Morales (la joven María Soledad muere en un episodio de drogas y sexo y en la investigación se producen hechos inadmisibles ej.: el cadáver fue lavado por la policía antes de que intervinieran los peritos - para una seria investigación policial), Cabezas (el asesinato de un fotógrafo que tomó una foto a un empresario argentino cercano al poder en el que hubo policías implicados), Núñez (un albañil que es apresado y que luego de su asesinato en cautiverio es encontrado en la finca de un comisario de policía), Menem Jr. (el hijo del entonces Presidente Menem muere en un accidente aéreo y su madre asegura que fue un atentado). En todos estos casos la constante es que se ha producido un grave deterioro en la preservación de pruebas.

El último caso que deseo mencionar ocurrió en Ramallo (Provincia de Buenos Aires). Unos delincuentes toman rehenes durante el asalto a un banco. De repente y luego de muchas horas de tensión deciden salir del banco con los rehenes. El banco está rodeado de policías. Al salir los delincuentes, la policía abre fuego y mueren casi todos. Pero la orden había sido tirar a las gomas. Hay huellas de entre 50 y 100 impactos de bala, ninguno en las gomas ni en las llantas. Uno de los delincuentes herido es capturado y encerrado en la comisaría, en una celda. A menos de 48 horas aparece ahorcado. En fin, tremendos casos todos estos.

En mis pocos días aquí, me mencionaron el caso de la matanza Aguas Blancas en Guerrero y el accidente reciente en Guanajuato que pueden llegar a ser comparables a los ejemplos antes mencionados. La verdad es que a la hora en la que debe garantizar la posibilidad de tener un juicio donde la prueba pueda desplegarse y terminar con una condena del Estado, los deudos no están en condiciones de contratar a un abogado para preservar esta prueba, de manera que creo que es una función del estado legislar esta materia puntualmente para evitar esta deficiencia del sistema.

He querido referirme al "submundo" de la responsabilidad del Estado solamente para llamar vuestra atención y, en todo caso, dejar el tema para el debate posterior.

Vuelvo ahora al "mundo" de la responsabilidad del estado para hacer alguna mención de lo que ocurre en Argentina.

Cuando leí el libro de Álvaro Castro y repasaba su anteproyecto de ley realmente me sentía regocijado porque su postura contrasta con una tendencia, en nuestro país, de solucionar el tema de la responsabilidad del estado a partir de las normas del Código Civil y creo que ya es hora de abandonar a los civilistas. Se deben tomar sus enseñanzas pero en seguida pensar y repensar profundamente el tema a partir de los principios propios de nuestra disciplina. Vamos a ver en concreto cómo, con algún ejemplo que quiero darles, ese apego a la solución de las normas del Código Civil, conduce a veces a situaciones realmente injustas, por no formularse la adaptación necesaria que toda analogía implica. Tendría que haber una ley en Argentina en el ámbito nacional -que no la hay-, y tantas leyes como provincias tenemos porque el

tema de la responsabilidad del Estado no fue delegado a la Nación. Así como se dictan leyes de procedimientos, de proceso, de obras públicas, de funcionarios públicos, también tiene que dictarse una ley de responsabilidad del estado y no nos deben preocupar las diferencias de soluciones en una y otra provincia porque, en definitiva, todas van a ir tendiendo hacia las soluciones más razonables.

Por el riesgo de aplicación de las soluciones civilistas, hay juicios que directamente no se promueven. Los abogados tienen temor de que se les aplique, por ejemplo, la prescripción. La prescripción fue pensada por el legislador en Argentina, y en todas las legislaciones, para relaciones entre los particulares, para relaciones de coordinación. Es riesgoso extrapolar al derecho público institutos del derecho privado cuando esta institución de la responsabilidad del estado está desarrollándose cada vez con más intensidad. Me viene a la memoria una restricción administrativa establecida en forma gratuita cuando debió ser onerosa, recaída sobre un inmueble donde funcionaba un teatro. El legislador había dicho "cuando se tira abajo un teatro debe construirse otro de similares características". En 1959 quien era el propietario del teatro pensaba seguir en el rubro y no le preocupó esta restricción y, en todo caso, no se le ocurrió que podía hacer un juicio de responsabilidad de Estado por actividad legítima, fundado en que la restricción en vez de ser onerosa lo fue gratuita.

¿Qué abogado se animaría a demandar hoy, en Argentina, cuando le pueden aplicar una prescripción de dos años contada a partir del dictado de la ley restrictiva?. Yo me animaría a decir si tuviera ese caso: "esa prescripción no resulta aplicable". Pero tendría que obtener una declaración judicial de inaplicabilidad lo cual no es, por cierto, fácil.

Para no repetir consideraciones que ya fueron mucho mejor expuestas en este día y medio que llevamos, solamente, a modo de titulares, haré una mención de cómo está la responsabilidad del estado en Argentina, y cuáles son sus principales características, para luego entrar a reflexionar someramente sobre algunos casos que yo considero importantes en esta materia.

En Argentina se reconoce ampliamente la responsabilidad del estado tanto por su actividad lícita como por la ilícita. También acudimos a la noción de falta de servicio y se ha desplazado, definitivamente, la noción de culpa. Se puede responsabilizar al Estado aun cuando no se individualice al autor del hecho.

Hay responsabilidad del estado contractual y extracontractual, la clasificación no es tan importante, desde el punto de vista doctrinal, aunque sí lo es, por ejemplo, en lo que se refiere al plazo de prescripción. Hay un buen desarrollo de la responsabilidad del estado por omisión. En materia de responsabilidad del estado por actividades legislativas -y esto lo va a explicar el profesor Zubiaur- se acude a la noción o a la doctrina de la confianza legítima.

En cuanto al alcance de la reparación corresponde distinguir. Si es responsabilidad del estado por actividad ilegítima, la reparación es integral: se repara el daño emergente más el lucro cesante. Si es lícita, a veces se repite, sin demasiada reflexión, que solamente debe repararse el daño emergente. Eso es equivocado y los precedentes jurisprudenciales lo demuestran. Hay casos donde es responsable el estado por actividades legítimas en las cuales se indemniza el daño emergente y también el lucro cesante. Pero también hay casos en los que sólo se indemniza el daño emergente.

En Argentina estamos lejos de tener casos como el que resulta de "Francovich", referido a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de directivas del derecho comunitario. Tenemos un Mercosur con normas que emanan de sus órganos, pero no podemos plantear la responsabilidad de los Estados del Mercosur por el incumplimiento de esas normas.

En cuanto a los presupuestos, quiero decir que nosotros también utilizamos en el caso de la responsabilidad legítima: la imputabilidad, el daño cierto y la conexión causal. Y en el caso de la responsabilidad ilegítima incluimos la noción de la falta de servicio. También acudimos a la idea del "sacrificio especial" y tenemos desarrollado el tema de los estándares comunes de la vida social.

Vamos ya entonces a los casos que quiero exponer hoy. El primero es un caso de responsabilidad del Estado por actividad contractual. Supongamos que la firma Blasco Esteve S.A. se acoge a un régimen de promoción industrial para desarrollar una industria editorial en Monterrey, y para eso le dicen: "Usted va a estar allí por diez años, nos interesa que la industria editorial se desarrolle en esa área del país, va a tener desgravaciones impositivas durante ese período y va a tener reembolsos a las exportaciones que haga". Blasco Esteve S.A. tiene entonces un derecho adquirido a esos beneficios. Un día el gobierno decide quitarle a la empresa una parte de estos beneficios por no subsistir las razones de interés público que lo llevaron a concederlos. Le dejan los otros beneficios. ¿Que hace Blasco Esteve S.A. frente a un acto ilegítimo como éste? Está frente a un supuesto de responsabilidad del estado, dirá que tiene un derecho adquirido, dirá que existen todavía las razones de interés público que llevaron a la promoción industrial. Tendrá que plantear la nulidad del acto y, en su caso, los daños y perjuicios.

En Argentina, no sé aquí, puede plantear la nulidad del acto, y mientras lo discute, no le corre la prescripción. Cuando obtiene la nulidad del acto, entonces sí ya puede plantear los daños y perjuicios. Pero puede también hacerlo todo al mismo tiempo. El problema, y en esto la conexión entre responsabilidad del estado y el proceso es importante, es que el debate, no debería ser muy complicado si fuera solamente sobre la existencia o no de un derecho adquirido. Yo haría todo junto, nulidad más daños. Pretendería que se declare la nulidad y que me otorguen los reembolsos que dejé de percibir. Pero como el interés público también es un elemento del acto administrativo que va a ser debatido, tendría una complicada prueba. Será necesario debatir con el Estado si el

interés público ha desaparecido o no, y para eso voy a tener que acudir a pericias complicadas y costosas. Y antes de empezar ese pleito, voy a tener que pagar la tasa de justicia -no se aquí cuánto es- en Argentina es el 3% si estoy reclamando los daños. Por eso muchas veces se decide plantear la nulidad y pagar la tasa reducida por monto indeterminado, y luego, si la nulidad se decreta, reclamar los daños y perjuicios y, entonces ahí sí pagar la tasa de justicia relacionada con el monto.

Fijense ustedes cómo el ciudadano o la empresa que es invitada a someterse a un régimen contractual para un fin de interés público -como es promocionar a una industria determinada- se debe enfrentar frente a ciertas decisiones de la administración que la colocan en una difícil situación, y en algunos casos pueden poner en riesgo la subsistencia de la empresa.

Otro supuesto que a todos le va a resultar familiar es el que gira en torno a la seguridad en las rutas.

Imaginémonos una ruta de aquí a una ciudad del interior que no esté concesionada en cuanto al mantenimiento. La seguridad de la ruta está comprendida en la policía de seguridad, que está a cargo del estado. La ruta está perfectamente señalizada. Colisiona un auto con un animal suelto no marcado. No podemos identificar al dueño del animal. Se produce en una zona donde hay mataderos de animales y por lo tanto hay carteles, antes y después de llegar a esa zona, de uno y otro lado, donde dice "animales sueltos". No hay imprudencia de la víctima que va a la velocidad correspondiente para ese tramo.

Veamos si frente a este supuesto fáctico se configuran los presupuestos de la responsabilidad ¿Hay daño? Si es imputable, ¿qué es lo que tengo que imputar?, ¿un hecho o una omisión? Me parece que estoy más cerca de tener que reflexionar en torno a una omisión, si hay una omisión antijurídica. Para eso debo verificar si la administración tomó todas las medidas de seguridad razonables. Debe verificarse el estado del pavimento, la existencia de los carteles, que los fondos estén con los alambrados correspondientes, etcétera. Pero ¿cuánto más puede hacer el estado? No es pensable que pueda pasar un helicóptero todo el tiempo para ver si hay animales sueltos, me parece exagerado. Bueno, un caso similar fue resuelto por nuestra Corte Suprema rechazando la demanda. Un sector de la doctrina de mi país criticó la sentencia opinando que no se había ejercido en forma regular el poder de policía de seguridad en las rutas y que, por lo tanto, correspondía indemnizar. Este caso, me hizo reflexionar bastante porque no me imaginaba qué otra cosa puede hacer el estado para preservar esas rutas y, a mi modo de ver, la responsabilidad no se configuraba. Lo que me hace dudar de esta doctrina es que si la extrapolamos al tema de la seguridad pública podemos estar frente a una suerte de garantía de total eficiencia del poder de policía de seguridad pública y esto es peligroso.

Otro caso. Este es un supuesto de una revocación de una autorización para funcionar de un establecimiento comercial. Concretamente una estación de servicios (gasolinera) encima de la cual hay viviendas. Un día la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires dijo "esto es inseguro, revoco la autorización para funcionar como estación de servicio, ponga usted cocheras, ponga usted lavaderos, pero no puede funcionar como estación de servicio con tanques, porque esto genera riesgo para los que viven arriba de la estación de servicio" ¿Qué debe demandar el dueño de la estación de servicio? Es un acto legítimo, entonces será responsabilidad del estado por actividad legítima. ¿Debería repararse el daño emergente y el lucro cesante? Aquí es donde se plantea la duda, la Corte Suprema dijo "lucro cesante no" y se razona aplicando la ley de expropiaciones que, para mí, es inaplicable al caso porque es un instituto que tiene connotaciones diferentes. Me parece que durante el tiempo que este señor tarde en reinstalarse con una estación de servicio en otro lugar, vamos a suponer que tarda un año, se genera un lucro cesante resarcible. El problema se plantea si el hombre no decide reinstalarse y resuelve cesar en la actividad de estación de servicios. En este caso hay que ver cómo plantear la demanda y en todo caso creo que puede, aunque no quiera reinstalarse, dictarse una sentencia donde la indemnización contemple ese lucro cesante, como si se hubiera efectivamente reinstalado.

Otro caso interesante que se da con bastante frecuencia en Argentina es el de las obras hidráulicas que producen inundaciones en fundos o campos. Estamos frente a actividad legítima. Existe una jurisprudencia reiterada que acepta la responsabilidad del Estado por actividad legítima y condena al estado al pago del daño emergente y el lucro cesante, mientras esté inundado el campo. Esto merece una reflexión adicional. Ha habido un supuesto en que la indemnización que pagó el estado fue casi igual a la del valor del campo. El dueño del campo estaba muy contento porque sin trabajar durante cinco años - lo que tardó el retiro de las aguas - se lo indemnizó, incluso, con lucro cesante futuro. En un caso como este creo que bien hubiera podido decidirse la expropiación del bien. El estado entonces debe pagar el valor del inmueble y se queda con la propiedad. Luego puede nuevamente colocarla, devolvérsela a ese particular o a otro.

En otro caso similar la justicia teniendo en cuenta los dichos del actor de que el daño era total, resolvió indemnizar el valor del campo pero, ffljense que interesante, ordenó la transferencia del dominio a favor del estado. Se trata de un supuesto difícilmente clasificable. Es una suerte de expropiación judicial, sin base legal.

Llego a los dos últimos casos, los más interesantes. Quienes hayan estado en Buenos Aires, sabrán que desde Ezeiza hasta el centro de la ciudad hay una autopista que se construyó a finales de los 70. Los vecinos plantearon juicios por los daños y perjuicios generados por la disminución del valor de las propiedades causado por la construcción de la autopista y el consecuente deterioro urbanístico. Hubo casos en los cuales se rechazaron las demandas. No todas las circunstancias eran equiparables pero, en general, fueron acogidas. Llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la cual

aplicando erróneamente una norma que dice "los trabajos y las obras que, sin causar a los vecinos un perjuicio positivo o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen, simplemente, por resultado, privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no les dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios" rechazó las demandas. Para la Corte, la disminución del valor de la propiedad no significa un "perjuicio positivo". Con este equivocado criterio se dejaron sin efecto las sentencias y se privó de indemnización a todos esos propietarios que tuvieron que soportar sobre sus espaldas este "sacrificio especial" en aras al bienestar general, causado con la construcción de la autopista.

Es aquí donde se ve claramente que la aplicación de la norma del derecho civil es equivocada, está pensada para un supuesto distinto; si yo tengo un predio y de un lado está Álvaro y del otro lado está Carlos Zubiaur y ninguno de los dos construye, mi predio se valoriza porque ellos los tienen arbolados y pastizados. Mi propiedad vale, por ejemplo cien y el día que ellos decidan construir, de acuerdo a las normas urbanísticas, quizá mi casa, si pierde ese entorno, ese paisaje, valga menos. De valer cien, pasa a valer ochenta. Esta pérdida de "ventaja" no se puede equiparar a "la ventaja de 'no tener' una autopista frente a nuestra casa o al lado".

Para terminar, el caso de las que nosotros denominamos "ordenanzas de excepción", ordenanzas urbanísticas de excepción, o sea, autorizaciones para construir o edificar aquello que está prohibido por el Código de Edificación o de Planeamiento Urbano. No sé cómo será la situación en el D.F. pero me imagino. En Buenos Aires las ordenanzas de excepción, fueron en su momento, una fuente de corrupción impresionante, se cobraba un valor por metro cuadrado que se autorizaba contra las reglas. Ese dinero en vez de ir a las arcas públicas iba a los bolsillos de los funcionarios que aprobaban estas ordenanzas.

En este caso, se trataba de una ordenanza de excepción dictada en 1974 en un barrio residencial, en las afueras de Buenos Aires. En 1976 con un gobierno de facto y el 65% de la obra construida, se decide dar marcha atrás. El nuevo intendente dice: "esto viola la legalidad urbanística". La empresa Zubiaur S.A. demanda los daños y perjuicios por actividad ilícita ya que le revocaron la autorización por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. La municipalidad se defiende y dice "la autorización fue ilegítima, porque supuso una violación al principio de inderogabilidad singular". La Suprema Corte de Buenos Aires que tiene la jurisdicción contencioso administrativa a su cargo, en forma originaria, consideró que la ordenanza de excepción era ilegítima y, por lo tanto, que nadie tiene derecho a daños y perjuicios provenientes de un acto ilícito, máxime si el particular sabía que el acto era ilícito.

Pero ¿podía Zubiaur S. A. saber que el acto era ilícito cuando se demostró en el expediente que había 100 ordenanzas de excepción iguales? Hoy si uno le preguntara a diez administrativistas argentinos si la ordenanza de excepción es un acto legítimo o ilegítimo, ocho dirán que es legítimo, dos que es ilegítimo. La Corte ha oscilado y dijo finalmente, que eran legítimos considerando que constituyen un privilegio pero que la

sustancia legislativa de la ordenanza permite que estos se otorguen por el Consejo Deliberante.

Si nosotros hubiéramos sido abogados de Zubiaur S.A; en 1974 cuando se dictó la ordenanza por el Consejo Deliberante, ¿nos hubiéramos atrevido a decirle al inversor "mire no invierta porque quizá un día viene un intendente con otro modo de pensar y dice 'esto conculca la legalidad urbanística' y si esto ocurre a usted no le van a indemnizar nada, porque usted ya debe saber que esto es ilegítimo" ? La verdad que esto es impensable. Cualquiera de nosotros hubiera asesorado que Zubiaur S.A bien pudo llevar adelante la obra.

Ahora bien, el hecho de que consideremos ilegítimas a las ordenanzas de excepción no significa que en todos los casos tengamos que iniciar la acción de lesividad. En mi país muchos creen que la acción de lesividad es de inexcusable ejercicio. Con ese criterio, todas las ordenanzas de excepción que permitieron construir edificios que violan la normativa urbanística tendrían que someterse a un proceso de lesividad, y demolerse los edificios. Eso es absurdo. Creo que antes de iniciar una acción de lesividad hay que hacer un juicio de oportunidad y conveniencia y la administración puede decidir no hacer la acción de lesividad y convivir con la ilegalidad.

En relación al caso de Zubiaur S.A. ocurrido en 1974 debo decir que con el pago de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza de hoy, los vecinos están pagando ese juicio.

Termino con un lamentable episodio ocurrido en mi país. En 1976 el gobierno militar decide cumplir con una norma del gobierno anterior que ordenaba "aniquilar la subversión" a través de un plan concreto que incluyó el asesinato clandestino de personas. Cuando vino el gobierno democrático del Presidente Alfonsín se condenó a las Juntas por los homicidios. Lamentablemente el Presidente Menem indultó a los comandantes. Mientras tanto y volviendo a la responsabilidad del estado- quienes sufrieron los daños del "terrorismo de estado" demandaron los daños y perjuicios ¿Qué instrucciones daba el Procurador del Tesoro de la Nación, máximo organismo de asesoramiento legal del estado argentino y jefe del Cuerpo de Abogados del Estado, a los abogados que defendían estas causas? Él decía "opongan la prescripción". Una inmoralidad teniendo en cuenta que era durante un gobierno democrático (Alfonsín). Los abogados del estado, yo fui abogado del estado, están preparados para defender al cliente, que es el estado, como si fuera uno más. Pero no debemos olvidar que el Estado es una persona moral y entonces es una inmoralidad la oposición de la prescripción en casos como éstos.

En Argentina todavía falta un camino por recorrer en esta materia. Creo que, sobre todo, en el terreno del alcance de la indemnización. En definitiva, y para terminar citando a nuestro querido anfitrión, Álvaro Castro Estrada, creo que reconocer o incluir en la legislación la responsabilidad del estado genera respeto y genera confianza. Estos valores agrego yo- le hacen mucha falta a nuestras administraciones. Muchas gracias.