

Algunas reflexiones sobre el régimen de responsabilidad del Estado y sus diferencias con el sistema de responsabilidad civil del derecho privado

Comentario al fallo *L. S. J. y otro c/ T. d. B. A. S.A. y otros s/daños y perjuicios*.

por Pablo E. Perrino y Julio C. Durand

Sumario: I. Introducción y antecedentes del caso.- II. Las normas aplicables a la responsabilidad extracontractual del Estado. 1. La “relación de responsabilidad” y el problema de las normas aplicables. 2. La “subsunción” del caso en la norma administrativa.- III. El razonamiento de la sentencia para aplicar las normas de Derecho Administrativo y rechazar la responsabilidad estatal. 1. Síntesis del razonamiento. 2. La responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios públicos. 3. La responsabilidad estatal por el riesgo o vicio de las cosas.

I. Introducción y antecedentes del caso

El fallo que anotamos, dictado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, decide un reclamo por daños y perjuicios atribuidos al concesionario de un servicio público de transporte.

Según el escueto relato de la sentencia, el hijo de los demandantes falleció en un accidente ferroviario, y sus padres dirigieron la pretensión indemnizatoria tanto contra la empresa ferroviaria (concesionaria del servicio) como contra el Estado Nacional (concedente).

Las implicancias de este único daño son analizadas con relación a dos sistemas normativos y sujetos diferentes: el Derecho Civil, en cuanto corresponde a la empresa de transporte, y el Derecho Administrativo, en cuanto respecta al Estado Nacional.

Con relación a la primera cuestión: el tribunal declara responsable al concesionario, por aplicación del “régimen de responsabilidad civil” (cuestión que no habría sido materia de agravio).

En cuanto a la segunda cuestión, que es la que nos interesa comentar: los jueces descartan la posibilidad de aplicar ese mismo régimen de responsabilidad civil al Estado; en su lugar, entienden que la cuestión debe ser analizada a la luz del Derecho Administrativo, y en su virtud declaran la ausencia de responsabilidad del Estado por su falta de participación directa en el evento dañoso, en consonancia con la solución legislativa vigente (Ley 26.944).

¿Es esta una buena solución? ¿Cuál es su fundamento?

II. Las normas aplicables a la responsabilidad extracontractual del Estado

1. La “relación de responsabilidad” y el problema de las normas aplicables

Como explica López Olaciregui, la responsabilidad nace cuando se encuentran las esferas de acción de dos sujetos: “uno que es titular del bien destruido y otro de cuya órbita haya emanado la fuerza que lo destruyó o deterioró”(1). A partir de allí, el sistema de responsabilidad es el conjunto de normas y principios que se ocupa de “distribuir” el daño entre el responsable y la víctima(2).

El Derecho Civil nos provee de un antiguo y consolidado sistema de normas y principios que establece quién debe responder cuando un sujeto provoca un daño a otro (la llamada “Teoría de la Responsabilidad Civil”). Siendo así, es tentador concluir que -con el foco en el “daño injusto” y la necesidad de compensar a la víctima- esas mismas normas podrían ser aplicables en todos los casos, con independencia de que el sujeto generador del perjuicio sea un particular o alguien vinculado con el Estado(3). Esta es la idea base que conduce a la llamada “unidad del Derecho de daños”.

Una idea contrapuesta sostiene que la particular naturaleza y funciones del Estado introduce elementos peculiares que no son adecuadamente atendidos por las normas que disciplinan la responsabilidad civil, ya que estas fueron creadas sobre la base de presupuestos diferentes(4). Así, por ejemplo, cuando uno de los

sujetos intervinientes en esa “relación de responsabilidad” es el Estado, las normas y principios que determinan quién asume las consecuencias del daño ya no estarán solamente decidiendo el restablecimiento del equilibrio entre el patrimonio de dos personas que se han “encontrado” en torno de ese daño, sino definiendo la relación de equilibrio entre el patrimonio del dañado y el de todos los contribuyentes; al mismo tiempo, el “interés propio” que persigue el sujeto privado, que con su conducta o sus cosas provoca un daño a otro, es bien diferente de los motivos y las causas que sustentan la actividad del Estado, dirigida siempre a la consecución del interés público o general(5).

Pero, antes de continuar por esta senda, es prudente aclarar dos cosas: la primera, que no debe pensarse que las respuestas del Derecho Civil y del Derecho Administrativo, frente a la ocurrencia de un daño injusto, vayan a ser siempre opuestas ni divergentes. Esto no debe sorprender, ya que por sobre la división entre Derecho Público y Derecho Privado(6) (y sin negar su “autonomía”, en el sentido que la doctrina otorga a esta expresión) existen principios generales, y garantías constitucionales y convencionales, que proyectan sus efectos sobre todas las situaciones alcanzadas por el mismo ordenamiento jurídico(7), de forma tal que -en términos generales- ni en el ámbito del Derecho Público ni en el ámbito del Derecho Privado sería constitucionalmente admisible una norma que dispensara una obligación indemnizatoria sin adecuada justificación, o la imputación de responsabilidad patrimonial a un sujeto sin una razón jurídica (“factor de atribución”) suficiente. Por lo expuesto, conviene no exagerar la contraposición entre las distintas ramas de un mismo ordenamiento jurídico al punto de imaginarlas constantemente pugnando entre sí para aplicar soluciones opuestas.

La segunda cuestión que queremos recordar es que, más allá de lo que ha ocurrido en el caso que comentamos, también sería completamente equivocado pensar que el régimen jurídico de responsabilidad estatal, propio del Derecho Administrativo, busca “proteger” o “limitar” la responsabilidad estatal. Simplemente, es un régimen que presenta diferencias o matizaciones(8), con factores de atribución cuyas particularidades, incluso, pueden conducir a una responsabilidad patrimonial más extensa respecto de aquella que hubiese correspondido por aplicación de las normas civiles. (Por ejemplo, en materia de daños por actividad lícita, el régimen administrativo dispone indemnizaciones a cargo del Estado, fundadas en la idea del “sacrificio especial”, que no serían imaginables entre particulares(9)).

2. La “subsunción” del caso en la norma administrativa

¿Cuál es, entonces, la solución que corresponde aplicar frente a un planteo de responsabilidad del Estado?
¿Dónde deben buscarse las respuestas jurídicas?

Cada porción de la realidad presenta infinitos matices, que son atendidos por diferentes normas. Del mismo modo que la tarea del legislador es asociar hechos o conductas con sus consecuencias jurídicas, la tarea del juzgador consiste en identificar los hechos relevantes, y seleccionar la norma jurídica aplicable(10).

Simplificadamente: en este caso particular, el operador (el legislador primero, y el juzgador después) podría hacer foco en el daño sufrido por la víctima y limitarse a disponer la aplicación de las normas de la responsabilidad civil, o podría incorporar también el dato de la presencia del Estado en cumplimiento de cometidos de interés público, que conduce a diseñar y aplicar soluciones específicas, pertenecientes al ámbito del Derecho Administrativo, que prevean cuál es la respuesta justa cuando la esfera de intereses de un sujeto privado se ve interferida por una actividad estatal. De nuestra parte, creemos que este último es el encuadre correcto (sin perjuicio de acudir a la legislación civil y comercial para cubrir las lagunas existentes en la materia(11), sea a fin de aplicar principios generales del derecho, por ej., el de buena fe receptado en los arts. 9 y 961 del CCyC, u otras soluciones allí consagradas, mediante la técnica de la analogía(12)).

Veamos ahora cómo se ha realizado esta tarea en la sentencia que comentamos.

III. El razonamiento de la sentencia para aplicar las normas de Derecho Administrativo y rechazar la responsabilidad estatal

1. Síntesis del razonamiento

En sustancial síntesis, para rechazar la responsabilidad estatal en este caso, el tribunal sostuvo lo siguiente:

1) La responsabilidad que los actores endilgan al Estado corresponde al campo del Derecho Administrativo, sin que obste a ello que, ante la ausencia de normas propias del Derecho Público se apliquen subsidiariamente disposiciones de Derecho Común.

2) La responsabilidad por riesgo de la cosa, prevista en el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del derogado Código Civil no resulta aplicable, en principio, al Derecho Administrativo, pues el factor de atribución del sistema de Derecho Público es la “falta de servicio” (art. 1112 del derogado Código Civil).

3) Para que sea viable la responsabilidad estatal por falta de servicio debe concurrir un factor que permita atribuir el daño al Estado. Ello no ocurre cuando el agente dañador es un concesionario de un servicio público (porque) el concesionario no está incluido en los cuadros de la administración y no representa la voluntad estatal, la cual solo se exterioriza a través de sus órganos.

4) La transferencia de la gestión de un servicio mediante la técnica de la concesión conlleva la de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de su prestación.

5) Los usuarios de un servicio concesionado no se relacionan directamente con el Estado, sino con el concesionario, quien presta el servicio por su cuenta y riesgo.

2. La responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios públicos

Estimamos acertada la decisión del tribunal en este caso, en cuanto desestimó la responsabilidad del Estado Nacional, que le había sido imputada por su sola condición de concedente del servicio público de transporte ferroviario.

Como lo enseña la doctrina(13) y la jurisprudencia(14), y lo exige el art. 3, inc. b), de la Ley 26.944, de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos (LRE), uno de los requisitos que deben concurrir para que surja el deber de responder estatal es la imputabilidad de la actividad o inactividad productora del daño a un órgano estatal. Esto significa que, para que el Estado sea responsable, el perjuicio debe derivar del comportamiento de sujetos que estén integrados a su estructura, lo cual puede ocurrir en su condición de autoridad, de empleados en el régimen administrativo o laboral; que estén vinculados por un contrato (v.gr., de locación de servicios); o que realicen una gestión de facto(15).

Así, como bien se ha dicho, “el carácter directo de la responsabilidad estatal torna improcedente la responsabilidad del Estado por la actuación de contratistas y concesionarios 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 (artículo 6). Ni unos ni otros son órganos o entes estatales”(16).

Como regla, el Estado no responde, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por aquellos sujetos genéricamente denominados colaboradores externos de la Administración -tales como los notarios públicos(17), los contratistas y los prestadores de servicios públicos-, pues no están integrados a la organización estatal ya que constituyen personas distintas que -por regla- actúan per se(18).

En esta inteligencia, el art. 6 de la LRE(19) excluye enfática y laxamente la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por contratistas estatales que prestan servicios públicos, aunque lo hace mediante un texto poco afortunado que ha dado lugar a numerosas voces críticas(20). Pero, más allá de los defectos en la redacción empleada(21), es evidente que lo que se quiso plasmar es la regla imperante en nuestro derecho, receptada en la generalidad de los marcos regulatorios de servicios públicos y compartida por la mayoría de la doctrina(22), que indica que el Estado, por su mera condición de autoridad concedente, contratante o licenciante, no es responsable por los perjuicios ocasionados por los prestadores de servicios públicos, cualquiera sea el título habilitante que ostenten(23) (ya que en estos casos falta el presupuesto de la imputabilidad material de la conducta dañosa al Estado(24)).

Sin embargo, lo dicho y establecido en el art. 6 de la ley de cita no significa que el Estado nunca deba responder por los daños derivados de la prestación de servicios públicos ocasionados por concesionarios o contratistas, ya que, por ejemplo, deberá hacerlo respecto de aquellos perjuicios que ocasione el prestador al acatar órdenes o cláusulas impuestas por su concedente o comitente estatal, o que se susciten por el irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia(25) que el ordenamiento jurídico les confía a las autoridades administrativas (v. gr., a los entes reguladores)(26).

En todos los supuestos recién citados, la responsabilidad estatal se encuadrará en el régimen de la “falta de servicio” reglado en el art. 3 de la ley(27). Así se lo establece en algunas leyes locales de responsabilidad estatal, en las cuales se mejora el texto del art. 6 de la LRE y se establece la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado por los perjuicios ocasionados por los contratistas o concesionarios de servicios públicos cuando el hecho generador del daño resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control por parte del Estado, o cuando aquellos sean consecuencia directa de una falta grave en el ejercicio del poder de ordenación o regulación del servicio (y sin perjuicio de la responsabilidad de los contratistas o concesionarios en forma concurrente con la responsabilidad estatal(28)).

Esta situación fue también abordada en la sentencia que comentamos. En ella, con cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se señaló que los actores no habían identificado el deber infringido o la obligación estatal determinada incumplida, lo cual era menester a fin de posibilitar el pertinente juicio de antijuridicidad material. Seguidamente se recordó que la jurisprudencia del máximo tribunal de la República postula que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que se produzcan por hechos extraños a su intervención directa.

3. La responsabilidad estatal por el riesgo o vicio de las cosas

El fallo que comentamos también nos invita a una última reflexión, sobre la posibilidad de aplicar en el ámbito de la responsabilidad estatal el factor de atribución denominado “riesgo creado”.

Como lo señalamos antes, la postura de la Cámara sobre el punto fue el absoluto rechazo a la “responsabilidad por riesgo de la cosa” (prevista en el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del derogado Código Civil) en el entendimiento de que el factor de atribución por excelencia del sistema de Derecho Público es la “falta de servicio” (art. 1112 del derogado Código Civil), e -implícitamente- que esto último excluiría lo anterior.

Se podría buscar apoyo a este criterio en el propio texto de la LRE, en tanto y en cuanto no prevé la responsabilidad estatal por el riesgo o vicio de las cosas, y solamente regula -con un criterio reduccionista- los factores de atribución “falta de servicio” para la responsabilidad estatal por su actuación ilegítima y “sacrificio especial” para la responsabilidad del Estado por comportamientos legítimos (arts. 3 y 4).

La conclusión del tribunal no nos convence, ni creemos tampoco que la LRE deba interpretarse en un sentido excluyente: si bien es cierto que los factores de atribución regulados por la ley son los más relevantes, no hay un texto explícito que justifique descartar por completo la posibilidad de aplicar otros títulos de atribución en casos específicos(29), incluso o el riesgo o vicio de las cosas, o la garantía.

El rechazo à outrance de la utilización del factor de atribución “riesgo o vicio de las cosas” en beneficio de una supuesta exclusividad de la “falta de servicio” puede conducir a resultados injustos para las víctimas, al limitar irrazonablemente la responsabilidad estatal (recuérdese que cuando se sustenta la responsabilidad en el riesgo creado, la conducta desplegada por el autor del daño carece de entidad para exonerar su eventual deber de responder, lo que en cambio tiene lugar cuando el factor de atribución es la falta de servicio(30)). Por eso consideramos tan criticable utilizar inadecuadamente la “teoría del riesgo” para aprehender supuestos que encuadran en el factor falta de servicio(31) (y provocar la expansión excesiva del deber de reparar estatal(32)) como, a la inversa, descartar absolutamente su uso y sustituirla por la falta de servicio para acotar la responsabilidad del Estado.

Es cierto que, así expuestas, estas ideas distan mucho de configurar un régimen previsible y de contornos más o menos precisos. El problema es que, hasta el momento, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país no permiten mayores precisiones. Existen fallos que muestran la aplicación de la teoría del riesgo a supuestos de daños estatales, y otros (como el que comentamos) que la rechazan; la Corte Suprema no parece tener una posición definida, y la doctrina especializada -aun aquella que acepta la posibilidad- no abunda en detalles.

En este escenario: ¿cuándo corresponde aplicar la “teoría del riesgo” a supuestos de responsabilidad por daños vinculados a “cosas” del Estado? ¿Qué relación -excluyente, complementaria, alternativa- tiene este factor de atribución con otros como la “falta de servicio”? Supuesta la aplicación del factor de atribución “riesgo o vicio de la cosa” a una situación de responsabilidad estatal, ¿funciona el sistema del mismo modo que ante un daño provocado por particulares?

Todas estas preguntas, cuya respuesta está pendiente, nos llevan a postular la necesidad de pensar con profundidad estos temas para comenzar a delinear los supuestos de aplicación de la teoría del riesgo a la responsabilidad del Estado, sus condiciones, límites y consecuencias. Solo por medio del desarrollo de criterios jurisprudenciales (y eventualmente normas legales) que otorguen precisión sobre estos temas se asegurará que todos los casos particulares reciban una solución justa, con adecuada ponderación de todos los elementos relevantes (incluida la participación del Estado en la “relación de responsabilidad”).

En este sentido, estimamos valiosa y digna de imitación -al menos como un primer paso, para nosotros, en el sentido correcto- la regulación de responsabilidad estatal de la Provincia de Mendoza que, además de la responsabilidad estatal por falta de servicio y sacrificio especial, prevé como supuestos especiales de responsabilidad estatal la derivada del riesgo o vicio de las cosas, por actividades peligrosas y por los daños sufridos por menores en establecimientos educativos de titularidad estatal(33).

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - ESTADO - PODER JUDICIAL - PERSONA - PERSONAS JURÍDICAS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - PODER DE POLICÍA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONCESIONARIO - DERECHOS HUMANOS - SEGURO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - INTERESES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DEMANDAS DE Y CONTRA LA NACIÓN - OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Responsabilidad del Estado por actividad normativa legítima: reglamentación de las tarifas de servicio público, riesgo empresario y doctrina del sacrificio especial, por Fernanda Moray, ED, 245-333; La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, por Lucas A. Piaggio, ED, 249-602; Reformas al derecho privado patrimonial. En busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil, por Mauricio Boretto, ED, 249-692; La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos es un tema constitucional, por Eugenio Luis Palazzo, EDCO, 2013-563; El alcance de la reparación por la actividad lícita del Estado. A propósito del proyecto de Código Civil y Comercial, y del proyecto de ley sobre responsabilidad del Estado, por Juan Santiago Ylarri, EDA, 2014-499; La responsabilidad del Estado y los funcionarios corresponde al derecho común y es inconstitucional toda norma que disponga lo contrario, por Roberto Antonio Punte, EDCO, 2014-466; Responsabilidad del Estado por acto lícito (Aplicación cuestionable de la doctrina del “sacrificio especial” a un caso de daño resultante de vacuna obligatoria y otras cuestiones), por Camilo Tale, ED, 255-209; La Ley de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por Agustín Díaz Funes, Revista de Derecho Administrativo, noviembre 2020, N° 11. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Esencia y fundamento de la Responsabilidad Civil”, RDCO, año 11, N° 64, agosto 1978, Bs. As., ed. Depalma, p. 941 (n. 27).

(2) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Esencia y fundamento de la Responsabilidad Civil”, cit., n. 19.

(3) Conf. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, Rubinzal-Culzoni, SantaFe, 2004, t. X, p. 109 y ss. y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Responsabilidad por daños (Elementos), Bs. As., Depalma, 1993. p. 27 y ss.

(4) En tal sentido, se ha dicho: “mientras el Derecho Privado se inspira en las ideas de autonomía, igualdad y limitación de los poderes jurídicos que el ordenamiento otorga a las personas, el Derecho Administrativo, si bien sobre la base de criterios de equilibrio y justicia, se articula con normas y principios que derivan de la posición preeminente del Estado y de los intereses comunes que él debe proteger y promover” (Cassagne, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, 13a ed. actualizada y ampliada, Bs. As., ed. La Ley, 2021, Tomo I, p. 143).

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, “Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la Responsabilidad Patrimonial del Estado”, La Ley, diario del 20/07/2021, p. 1 (TR LALEY AR/DOC/2053/2021), con cita de Cornu, Gérard, Étude Comparée de la Responsabilité Delictuelle en Droit Privé et un Droit Public, ed. La Mémoire du Droit, Paris, 2010, pp. 23.y 24.

(6) Explica MAURER que “el Derecho público y el Derecho privado tienen funciones y puntos de partida esencialmente distintos. El Derecho privado parte de la autonomía privada de los ciudadanos y tiene como función la de suministrar reglas para el tráfico jurídico y para la resolución de conflictos de intereses actuales o potenciales que pueden surgir entre sujetos particulares. A su vez, el Derecho público, sobre todo sus partes más importantes (el Derecho del Estado y el Derecho administrativo), tiene por objeto al Estado como sujeto revestido de autoridad y sirve para fundamentar y limitar prerrogativas. Ello no excluye que también el Estado pueda valerse de las formas del Derecho privado; pero dicho uso sólo resulta admisible de forma excepcional y se circunscribe al empleo de las formas jurídico-privadas, sin que el Estado participe por ello de la autonomía privada” (MAURER, Hartmut, Derecho administrativo. Parte general, traducción coordinada por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, 17ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid, 2009 p. 83).

(7) En este sentido, refiriéndose a las relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Civil, escribe GORDILLO: “Existen ciertos valores y principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo lo haya tomado del primero, sino de que este fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el abuso del derecho, la interdicción de la mala praxis, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc.” (Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, FDA, Bs. As., 2013, T. 1, cap. VIII-1/2).

(8) PERRINO, Pablo E., “Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, obra colectiva Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público RAP, Bs. As., 2008, p. 791 y ss.

(9) Esta clase de responsabilidad, por su propia naturaleza, no tiene parangón en el derecho privado, pues se apoya en un principio constitucional inaplicable a las relaciones jurídicas entre personas privadas sujetas al derecho civil o comercial, como es el de igualdad ante las cargas públicas (Conf. Cassagne, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, 12ª ed. actualizada, La Ley, Bs. As., 2018, t. I, pp. 499 y 508). Como destaca COMADIRA, si bien en el Derecho Civil se reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar, “los fundamentos y las circunstancias que los justifican son en verdad diferentes” (COMADIRA, Julio R., Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 369).

(10) Frente al daño, el ordenamiento jurídico interviene distribuyendo sus consecuencias “según circunstancias significativas. Las circunstancias significativas que el ordenamiento ha de tener en cuenta pueden referirse a cómo fue causado el daño (daños injustamente causados o daños ilícitos) y a cómo repercute el daño sobre aquel en quien cayó (daños injustamente sufridos) (...) A ese daño injusto se lo debe adjudicar según razones que tengan virtualidad para justificar la solución que se propicia” (LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Esencia y fundamento de la Responsabilidad Civil”, cit., cap. VI; el destacado es propio).

(11) En este sentido, MARIENHOFF afirma que entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil existen obvias relaciones -que denomina de contacto, de continuidad- que se producen por la aplicación, en derecho administrativo, de normas y principios contenidos en el Derecho Civil a través del Código Civil. Según el citado jurista, “Hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo. En este último caso no se trata de una integración de normas, sino de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto pertenecen a la llamada parte general del derecho” (MARIENHOFF, Miguel S. T., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Bs. As., 5ª ed. actualizada, 1995, T. I, pp. 287, 182/183).

(12) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)”, ED Rev. de Der. Adm., Tomo 2016, 391. La interpretación analógica de las normas del Código Civil en el ámbito de la responsabilidad estatal ha sido expresamente invocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos pronunciamientos (Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959).

(13) CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, 12ª ed. actualizada, La Ley, Bs. As., 2018, t. I, pp. 516/517); COMADIRA, Julio R., Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, 2ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 374; FRANCAVILLA, Ricardo H., “La imputabilidad en la responsabilidad del Estado”, Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, Bs. As., 2008, p. 219 y ss.; PERRINO, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada, cit., pp. 80/81, entre otros.

(14) Fallos: 324:1701 y 328:2504.

(15) González Pérez, Jesús, Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, 2ª ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 204.

(16) SAMMARTINO, Patricio M., “Responsabilidad del estado: características generales del sistema legal vigente”, obra colectiva, El control de la actividad estatal, t. II (Dir. Enrique M. Alonso Regueira, Asociación de Docentes de la UBA, Bs. As., 2016, p. 520 y ss.

(17) En el famoso caso “Vadell”, la Corte Suprema nacional rechazó la pretensión de la actora de responsabilizar al Estado por los daños ocasionados por el irregular ejercicio de la actividad profesional de un notario, al considerar que este no expresa la voluntad estatal, la cual únicamente es exteriorizada por medio de sus órganos (Fallos: 306:2030).

(18) La transferencia de la gestión de un servicio al concesionario mediante la técnica de la concesión -y lo mismo vale para las restantes técnicas de habilitación por las cuales el Estado puede encomendar a sujetos privados la prestación de servicios públicos- conlleva que sean estos quienes deben hacerse cargo de las indemnizaciones por los daños ocasionados a los usuarios (ver: GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, cit., t. 2, cap. XX, p. 10 y ss.). La privatización del servicio implica no solo el traslado de la gestión de la actividad sino también de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación del servicio. La idea misma de la concesión responde al deseo de separar de la

organización propia de la Administración (no en vano la concesión es una forma de gestión indirecta de servicios) la atención de algunas necesidades de interés general (Muñoz Machado, Santiago, La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 1992, pp. 132/133). Por lo demás, en nada incide la llamada publicatio, la cual no es un título de dominio del Estado sobre la actividad desplegada por el sujeto prestador, sino que opera en un sentido diverso, dirigido a justificar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad (Conf. Hutchinson, Tomás, “Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito”, Rev. de Der. de Daños, Accidentes de tránsito - III, pp. 319/320; y Grecco, Carlos M., “Responsabilidad del estado por actividad de concesionarios y licenciatarios”, obra colectiva, Responsabilidad del Estado y del funcionario, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 308; MUÑOZ MACHADO, ob. cit., p. 131).

(19) Igual criterio ha sido consagrado en todas las leyes provinciales y en la de CABA de responsabilidad estatal y de los agentes públicos, aunque en muchas de ellas se ha mejorado la redacción del art. 6 de la Ley 26.944 (art. 2 de la Ley 3396 de Santa Cruz; art. 6 de la Ley I - 560 de Chubut, art. 14, Ley 5339 de Río Negro; art. 13 de la Ley 8968 de Mendoza, art. 11 de la Ley 10.636 de Entre Ríos y art. 6 Ley 6325 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y leyes de adhesión a la LRE dictadas por las provincias de La Rioja (Ley 10.004), Catamarca (Ley 5536) y Santiago del Estero (Ley 7179).

(20) ABERASTURY, Pedro, “Principios de la responsabilidad del Estado”, AA. VV., Responsabilidad extracontractual del Estado, Pedro Aberastury director, Abeledo Perrot, 2014, p. 51; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., “Sinergias internas e internacionales en materia de responsabilidad del Estado”, RAP N° 437, p. 51 y ss.; ANDRADA, Alejandro D., Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las provincias, Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2017, p. 166 y ss. y Casiello, Juan José, Una mirada a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944), ED, 260-820; PERRINO, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada, cit., p. 173 y ss.

(21) Ver: PERRINO, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada, cit., p. 173 y ss.

(22) Si bien se han expuesto opiniones favorables a responsabilizar al Estado por los perjuicios ocasionados por la actuación de prestadores de servicios públicos privatizados, la generalidad de los marcos regulatorios y la mayoría de la doctrina rechazan dicha posibilidad (CASSAGNE, Curso de Derecho Administrativo, cit., t. I, pp. 461/462; COMADIRA, Julio R., Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, 2ª ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p. 374; PÉREZ HUALDE, Alejandro, El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar, Depalma, Bs. As., 1997, p. 55 y ss.; FARRANDO, Ismael, “La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios”, obra colectiva Servicios públicos, Dike, Mendoza, 2001, p. 180 y ss.; BUSTELO, Ernesto N., “Responsabilidad del Estado por la actividad u omisión de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados”, obra colectiva Servicios públicos, Dike, Mendoza, 2001, pp. 442/443; HUTCHINSON, Tomás, “Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito”, Rev. de Der. de Daños, Accidentes de tránsito - III, pp. 319/320; GRECCO, Carlos M., “Responsabilidad del estado por actividad de concesionarios y licenciatarios”, obra colectiva, Responsabilidad del Estado y del funcionario, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 308; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, Concesión de servicios públicos, 2ª ed., Ciudad Argentina, Mendoza, 1999, p. 269; CANOSA, Armando N., “La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos de transporte”, AA. VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ediciones RAP, Bs. As., 2008, p. 819 y ss.; MONTI, Laura, “La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos”, AA. VV., Servicio público, policía y fomento, Ediciones RAP, Bs. As., 2004, p. 597 y ss.; BALBÍN, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Bs. As., 2011, T. IV, pp. 370/372 y ss.; y PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, obra colectiva, Contratos administrativos, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 163 y La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados, JA 2006-III-1141. En contra: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, 3ª ed., Fundación de Estudios de Regulación y Comarpes Editorial, Granada, 2004, p. 575 y ss.; González Navarro, Francisco, “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, Rev. de Der. Adm. y Fiscal, n° 44/45, pp. 215/250 y en nuestro país: Chávez, César, “Responsabilidad del Estado. El deber de reparación del Estado en la delegación transestructural de cometidos”, RAP n° 224, p. 5 y ss.

(23) Así se ha escrito: “La regla que campea en la materia es la que consagra la norma. Sin embargo, el aserto anterior, sin ningún tipo de aclaración, es equívoco” (Boretto, Mauricio, “La responsabilidad del Estado según la ley 26.944”, ED, 259-873).

(24) En igual sentido, MERTEHIKIAN escribe: cuando un concesionario o contratista daña ejerciendo la función encomendada por el contrato de concesión, él es el sujeto directamente responsable por ese perjuicio, y en tanto no se trata de un órgano estatal, su responsabilidad no importa, necesariamente, la responsabilidad del Estado; pues falla, respecto de este último, el requisito de la imputación...” (MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6° de la Ley 26.944)”, obra colectiva Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico, Horacio Rosatti director, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 176).

(25) Conf. Barraza, Javier Indalecio, “La nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Perspectivas e interrogantes”, ED, 260-588 y Silva Tamayo, Gustavo E., “La responsabilidad estatal en la ley 26.944 (Algunas consideraciones exegeticas preliminares)”, RDA N° 97, p. 67.

(26) Ver: PÉREZ HUALDE, El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar, cit., p. 53 y PERRINO, Pablo E., “Responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de sus funciones de vigilancia”, obra colectiva Servicio público, policía y fomento, RAP, Bs. As., 2004, p. 609 y ss., y “La responsabilidad patrimonial de las entidades administrativas por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia” obra colectiva Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz de la CUÉTARA, Juan Miguel, LÓPEZ MUÑIZ, Francisco J. y VILLAR ROJAS, José, coordinadores, La Ley, Madrid, 2011, p. 702 y ss.

(27) Ver: SALVATELLI, Ana M., “Hipótesis de responsabilidad concurrente del Estado y de los concesionarios viales, por accidentes en rutas, derivada de los arts. 3° y 6° de la Ley 26.944”, RAP 437, p. 209 y ss.; conf. Piaggio, Lucas Aníbal y MATTERA, María Eugenia, El nuevo régimen de responsabilidad del Estado, p. 179 y ss. y PERRINO, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada, cit., p. 176 y ss.

(28) Art. 2 Ley 3396 Provincia de Santa Cruz; art. 6, 2° párr., Ley 6325 de CABA. En la legislación mendocina, después de enarbolarse la regla de la irresponsabilidad estatal por los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado a los cuales se les atribuyan o encomienden un cometido estatal, se precisa “salvo que se acredite que la acción u omisión ilegítima le sea imputable directamente a un funcionario o agente del Estado” (art. 13, Ley 8968).

(29) Conf. CICERO, Nidia K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado”, RDA 2015-97-35. Así, la Sala I de la Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed. en la sentencia pronunciada el 21/4/15, en la causa “Dagostino Francisco Humberto y otros c/EN - M° Defensa s/daños y perjuicios” (Expte. 30.227/2007), ha expresado que la falta de servicio, como factor de atribución, “no resulta excluyente de otros factores de atribución posiblemente aplicables”, tales como el riesgo de la cosa; ver: PERRINO, Pablo E. “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita”, AA. VV, Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 72 y ss.

(30) PERRINO, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada, cit., p. 86 y ss.

(31) En este sentido, ver la nota crítica que efectúa Armando N. CANOSA al fallo de la Corte nacional “Pose”, cit. (Nuevamente el artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado, ED, 157-84).

(32) Conf. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado”, Rev. de Der. Adm. N° 27/29, p. 435 y ss. y PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas, en obra colectiva Organización administrativa, función pública y dominio público, RAP, Bs. As., 2005, p. 503 y ss.; y “La responsabilidad por riesgo creado del Estado, obra colectiva Estudios de derecho administrativo X, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2004.

(33) Arts. 12 y 14 de la Ley 8968.

Daños y Perjuicios:

Responsabilidad del Estado: falta de servicio; derecho administrativo; disposiciones de derecho común; aplicación subsidiaria; concesión de servicios públicos; ausencia de factor de atribución; poder de policía. Servicios Públicos: Concesionario: explotación a su costa y riesgo; responsabilidad; atribución; relación entre el Estado y el concesionario; responsabilidad extracontractual; normas de derecho común; inaplicabilidad; identificación del deber infringido u obligación incumplida; carga de la prueba. Seguro:

Franquicia: accidente ferroviario; oponibilidad; excepción; exorbitancia; nulidad. Intereses: Plenario "Samudio": tasa activa; supuesto de excepción; facultades judiciales.

1 - La responsabilidad estatal, cuyo fundamento último se encuentra en los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional sin perjuicio de la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, ha sido estructurada por la Corte Suprema a partir del caso "Vadell" sobre el concepto de falta de servicio, configurado como su incumplimiento o su irregular ejecución.

2 - La responsabilidad estatal corresponde al campo del derecho administrativo, sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el caso se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos -entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados- aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate. No obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local, se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo.

3 - Para que opere la responsabilidad del Estado es necesaria la concurrencia de un factor que permita atribuir el daño este, lo que no ocurre -como regla- cuando el agente involucrado es un concesionario de un servicio público desde que no está incluido en los cuadros de la administración y no representa la voluntad estatal que solo se exterioriza a través de sus órganos.

4 - El concesionario, técnicamente, no es un órgano de la Administración Pública, no está insertado en los cuadros de la administración ni es un dependiente del Estado; no es ni un funcionario ni un agente del Estado. La explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo, de allí que toda la responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio de la concesión le corresponde al concesionario.

5 - La transferencia de la gestión de un servicio mediante la técnica de la concesión conlleva la de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de su prestación. Esa traslación de prestaciones a los concesionarios y licenciatarios del Estado ha importado que sean estos los sujetos pasivos de los reclamos de daños y perjuicios que antes correspondía dirigir al Estado. Hay en ello una distinta percepción social del entorno de la cuestión, pues si el concesionario o licenciatario obra con fines de lucro en una explotación monopólica tiene mayores razones para ser el único responsable de los hechos que realiza.

6 - Desde la perspectiva del derecho público se ha afirmado que los usuarios son parte de los contratos administrativos de concesión de servicios públicos por ser personas a quienes pueden alcanzarles sus efectos o que son sujetos de la relación jurídica de derecho público originada en aquellos, por lo que poseen derechos y obligaciones que emanan de tales convenios, y también por ello es que la relación de derecho público entre el Estado y el concesionario no es res inter alios acta respecto de ellos.

7 - El contrato de concesión objeto de autos que preveía la responsabilidad del concesionario por los daños y perjuicios emanados del incumplimiento de las obligaciones asumidas y por los que se produjeran como consecuencia de su actividad o de la utilización o riesgo por los bienes afectados, o por los dependientes o cosas de las cuales se sirve, fue aprobado por decreto nacional. Así, esta normativa se presenta como la aplicable al caso.

8 - El art. 1113 del Código Civil, en cuanto regula la responsabilidad por riesgo de la cosa, no resulta aplicable, en principio, al derecho administrativo, pues el factor de atribución del sistema de derecho público es la falta de servicio y toda vez que, a través de la concesión, el Estado transfiere a una empresa el cuidado y la explotación de ciertos bienes a su cuenta y riesgo. Las cosas entregadas por acto público al concesionario se hallan bajo su guarda y el Estado puede demostrar que se trata de un tercero que actúa por su propia cuenta y riesgo y por quien no debe responder, y la preexistencia de la relación jurídica contractual con la concesionaria excluye la responsabilidad extracontractual.

9 - La identificación del deber infringido o la obligación determinada incumplida pesa sobre el reclamante a fin de posibilitar el pertinente juicio de antijuridicidad material, máxime teniendo en cuenta que la situación del Estado demandado se distingue claramente de la del concesionario, desde que los usuarios de un servicio concesionado no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador de tal servicio.

10 - El ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los

delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.

11 - No resulta aplicable al caso el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil atinente a la no oponibilidad de la franquicia en los seguros de responsabilidad civil contratados por una empresa de transporte público de pasajeros, pues respecto de los servicios de ferrocarriles no rige la resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, más allá de que tal plenario ha sido descalificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

12 - Si bien la institución de la franquicia tiene por finalidad -entre otras- estimular el compromiso del asegurado en la prevención del siniestro, corresponde concluir que, en el caso, su cuantía es absolutamente irrazonable e ilícita en tal grado que violenta el servicio asegurador y lo priva de utilidad práctica, lo que apareja la desnaturalización del objeto del seguro contratado y afecta indirectamente los derechos de los damnificados por los accidentes ferroviarios, para quienes el seguro contra la responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño.

13 - Aun cuando la ley considera que la oponibilidad de la franquicia es la regla, dicha solución no impide discriminar entre la diversidad de situaciones que pudieran plantearse y reconocer que cuando se ha estipulado una franquicia como la de autos se afecta el acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima del accidente, principio de raíz constitucional por cuya tutela corresponde velar a los magistrados. En virtud de ello y que, a mayor abundamiento, no se ha invocado ni menos aún probado que respecto de este tipo de riesgos la contratación de pólizas sin franquicia o con un razonable fraccionamiento de la cobertura no resulte económicamente viable, corresponde concluir que la cláusula que contiene la aludida limitación resulta abusiva (art. 1071 del Código Civil), ilegal (art. 21 del citado cuerpo legal) y perjudicial para terceros (art. 953 del aludido), por lo que corresponde declarar su nulidad (art. 1047).

14 - Puesto que los importes establecidos en la sentencia por las diversas partidas que progresan no constituyen valores históricos sino actuales, se configura la salvedad prevista en la respuesta al cuarto interrogante del plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" y debe aplicarse la tasa del 8 % anual desde el hecho hasta la sentencia y desde allí la activa fijada. De lo contrario, tendría lugar una superposición con el componente de la tasa activa para operaciones de descuento a treinta días del Banco Nación, que contempla la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Tal solución no se contrapone con la que surge de aplicar la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación, que, si bien no contempla en su letra la facultad judicial de fijar intereses, ha de ser integrada con los arts. 767, 771, 1740 y 1748 (cf. art. 2 del mismo cuerpo legal) y con el deber de los jueces de resolver -con razonable fundamento- los asuntos que les sean sometidos a su jurisdicción, conforme con la idea de contar con "mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso". M.M.F.L.

CNCiv., sala G, marzo 4-2021. - L. S. J. y otro c/ T. d. B. A. S.A. y otros s/daños y perjuicios. (Consultar texto completo de la sentencia en ED, diario n° 15.207 del 29-11-21 y en www.elderechodigital.com.ar).