

Voces: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL - MUNICIPIOS - VACÍO LEGAL - SERVICIOS PÚBLICOS - AUTONOMÍA MUNICIPAL

Título: La responsabilidad del Estado conforme la nueva Ley 26.944. La responsabilidad del Estado en el ámbito local. Imposibilidad de aplicación de la nueva ley

Autor: Díaz Acosta, Daniela V.

Fecha: 10-may-2016

Cita: MJ-DOC-9872-AR | MJD9872

Producto: MDZ,MJ

Sumario: *I. Introducción. II. Problemática local. Jurisprudencia actualizada. IV. Conclusión.*

Por Daniela V. Díaz Acosta (*)

I. INTRODUCCIÓN

El 2 de julio del 2014, se sancionó la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (1), con el fin de eliminar dicha temática del ámbito del Código Civil (CCiv) y reservarla exclusivamente al derecho administrativo. Un año después, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCivCom) (2), que excluye de su articulado a la responsabilidad del Estado en forma directa o subsidiaria (3). Sin embargo, nada dice de la aplicación analógica, aunque resulta extraño pensar que podría aplicarse esta última, ya que «analogía» implica aplicar la ley a situaciones semejantes, por lo que si no se puede utilizar la ley cuando hay una relación directa, forzar la norma a la aplicación en cuestiones semejantes parecería un absurdo.

La nueva Ley 26.944 trae más problemas que soluciones, resume años de jurisprudencia, intentando dar escasas reglas sobre la responsabilidad del Estado. Más que una normativa a seguir para que el Estado repare los daños que causa, parece un índice con puntos temáticos resumiendo conceptos y restringiendo de algún modo la forma de resolver de los jueces y del propio Estado.

El problema de la técnica legislativa de la Ley de Responsabilidad del Estado es que, como dije anteriormente, resume aproximadamente los últimos 100 años de jurisprudencia de la Corte en la temática, por lo que, en definitiva culmina constituyendo una ley casuística y no cumple con el requisito de generalidad que debe tener una norma para poder ser aplicada a la resolución de conflictos y reparación de daños y, más aún, no resuelve todas las cuestiones que, «bien o

mal», venían siendo resueltas por el Código Civil. Por otro lado, si bien resume la jurisprudencia histórica en forma temática, aplica criterios contrarios a lo que la jurisprudencia venía resolviendo en forma pacífica.

La ley invita a las provincias a adherir a ella. Hasta la fecha de este trabajo, aún no han formalizado ninguna adhesión en general, con excepción de la provincia de Santa Cruz, mediante la Ley 3396 de fecha 16/10/14 (4); y la provincia de Santiago del Estero, mediante la Ley 7179 de fecha 14/9/15 (5). Asimismo, la provincia de Mendoza está consensuando un proyecto de ley de responsabilidad -propio- conforme las jornadas realizadas el 29 julio del año 2015 (6), mediante la necesidad de dictar una norma local que regule los criterios básicos que deben regir la responsabilidad del Estado en la provincia, a fin de otorgar seguridad jurídica y garantía de derechos tanto para los particulares como para el mismo Estado.

Los problemas que plantearé hacen que hoy no haya forma alguna de resolver la responsabilidad estatal -del articulado de la ley en cuestión- ya que el Código Civil y Comercial no puede aplicarse -como dije antes- ni de manera directa ni subsidiaria sobre este tema, y no hay leyes locales generales al respecto, existiendo un vacío legal importante.

Del articulado de la Ley 26.944, se pueden plantear varios problemas graves como la confusión terminológica; tal es el caso de la «inactividad del Estado» -término con el que intenta innovar la presente ley- por el de «omisión del Estado». El primer término hace referencia al «no actuar del Estado», y el segundo término a la falta de actuación de la Administración, «cuando estaba obligada a hacerlo». La omisión genera responsabilidad, la inacción no; por el contrario, esta última es la que suele -en general- configurar el silencio de la Administración, que implica la negativa del Estado.

Otro de los problemas es el no reconocimiento de lucro cesante, que puede tener mucha implicancia en la mala praxis médica sobre todo, y cabe preguntarnos entonces esto: ¿por qué ha de resolverse de manera diferente el monto de integración del daño cuando uno se atiende en un hospital público a cuando uno se atiende en una clínica privada? Por otro lado, la nueva ley excluye la responsabilidad del Estado por error judicial. ¿Por qué? ¿Es correcto si genera un daño? ¿Qué pasa con la responsabilidad legislativa? La ley nada dice.

«No es posible Estado de derecho ni seguridad jurídica del nacimiento de la irresponsabilidad estatal».

Mucho más grave es que la ley excluye la responsabilidad del Estado -aun subsidiariamente- en cuanto a la contratación de concesionarios o contratistas de servicios públicos. Darle irresponsabilidad al Estado en la contratación de terceros cuando históricamente se ha demostrado que la Administración contrata mal, o no controla las contrataciones privadas, es dejar librado al azar el destino de los individuos afectados a los servicios públicos que hoy son de carácter mixto, más aún en un país con constante crisis económica en la que las empresas quiebran en un abrir y cerrar de ojos.

¿La ley plantea tantos errores? A mi modo de entender no son errores, esto más que una ley de responsabilidad estatal es una ley de irresponsabilidad. El Estado ha querido o quiere restringir su responsabilidad al mínimo, pero la Corte ha dicho en numerosos fallos que el Estado no puede trasladar la responsabilidad ni a otro órgano estatal ni al sector privado, la responsabilidad por los daños que ocasiona es inherente al propio Estado como persona jurídica pública, máxime cuando esto deviene de la Constitución Nacional (CN), de las

provinciales y de las Cartas Orgánicas municipales, tanto en forma expresa como derivada.

II. PROBLEMÁTICA LOCAL

La nueva ley tiene muchas críticas en los escasos 12 artículos que contiene; sin embargo, el objeto de este trabajo es centrarme en la aplicación de esta ley, ya no en forma abstracta ni a nivel nacional, sino llevar la normativa al plano local, entendiéndose como tal a los municipios, principalmente en dos ejes temáticos:

1. Cómo se ha resuelto la responsabilidad del Estado a nivel municipal antes de la reforma de la Ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial.

2. Cómo debería resolverse a partir de la vigencia de la normativa mencionada, lo cual -adelanto- expreso en la conclusión del presente artículo.

En referencia al primer punto, en principio, la responsabilidad del Estado ya sea por acción u omisión, por actividad legítima o ilegítima, se regía por las normas específicas locales, y en el caso de la actividad contractual por las normas de la contratación -específicamente en la Provincia de Buenos Aires- por la Ley Orgánica de las Municipalidades (7) y la Ley de Contabilidad (8) y ante un vacío legal se recurría al Código Civil.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó claramente zanjada la discusión sobre la autonomía municipal mediante el art. 123 (9) que viene a completar el art. 5 (10) de la CN, debiendo reconocerse dicha autonomía de las provincias, que deben reglar su alcance, pero no desconocerla, como ocurre hoy con la Provincia de Buenos Aires que aun cuando su reforma constitucional se hizo meses después de la reforma nacional ha hecho caso omiso a ella.

Lo cierto es que la autonomía trajo aparejada en todas las provincias argentinas y aun en la provincia de Buenos Aires -sin reconocimiento expreso- el deslinde o traspaso de competencias tanto nacionales como provinciales -con recursos o sin ellos-. Pero lo real es que hoy cada vez más son los servicios públicos y políticas públicas que recaen en cabeza de los municipios, ya sea que se hayan traspasado por la Nación o la provincia de manera directa, o sea que los vecinos reclamen los servicios, como es el caso del agua potable y las cloacas, que aun siendo concesionaria del Estado provincial es un servicio básico que preocupa a la población a tal punto que los candidatos a intendentes de las últimas elecciones para los cargos del año 2015, lo ofrecieron como propuesta de campaña, aun no pudiendo cumplir con dicha promesa sin injerencia del Estado provincial. También existe traspaso de competencias a nivel judicial que cada vez más comprometen las gestiones locales, siendo esto -según mi modo de ver- peligroso y generando una verdadera intromisión del Poder Judicial sobre el Ejecutivo. Tal es el caso de los jueces que en el menor de los casos ofician a los municipios a fin de que resuelvan las situaciones de calle que se presentan por ante sus juzgados, y como máxima fallan judicialmente comprometiendo a la gestión sin tener en cuenta el presupuesto público local (11).

Todas estas situaciones generan responsabilidad del Estado local, haciendo que los reclamos por acción u omisión en las situaciones planteadas se hicieren contra el Estado nacional o provincial y en menor medida contra el local, lo que se ha venido invirtiendo en los últimos años, y es lógico por cuanto la autonomía genera independencia y ello viene aparejado con la correspondiente responsabilidad.

Por los motivos descriptos es que, aun cuando la provincia de Buenos Aires sancione su propia ley de responsabilidad estatal, corresponde a los municipios hacer lo propio y en incumbencia de su propia actividad local, máxime cuando dentro de las administraciones locales funcionan establecimientos de utilidad pública nacional o provincial con los que podría o no concurrir en la responsabilidad por daños.

Veamos algunos casos jurisprudenciales y normativos de responsabilidad local.

A. «Ramonot, María Claudia Beatriz c/ Administración de Parques y Zoológico s/ Daños y perjuicios» (12)

HECHOS: La Sra. María Ramonot demandó a la Administración de Parques y Zoológico (entidad autárquica provincial) por daños y perjuicios, sufridos -según manifestó- al caer dentro de una acequia por falta de rejilla ubicada frente a la entrada principal de Casa de Gobierno.

La entidad demandada planteó excepción de falta de legitimación pasiva, con fundamento en que no posee jurisdicción sobre las veredas del Barrio Cívico donde sucedió el accidente, siendo por lo tanto responsabilidad municipal. En primera instancia por las razones expuestas se rechazó la demanda. La Cámara revocó la decisión admitiendo la demanda y finalmente la Suprema Corte de Justicia provincial confirmó la decisión manifestando lo siguiente:

«La Administración de Parques y Zoológico es responsable ante los daños sufridos por una transeúnte al caer dentro de una acequia por falta de rejilla ubicada frente a la entrada principal de la Casa de Gobierno pues posee jurisdicción sobre dicha zona ya que "la vereda en la que se encontraba la acequia sin alcantarilla es de obligada utilización para acceder a un parque y, por ello, su atención y cuidado se encuentran dentro de su órbita"». (El entrecomillado interno me pertenece).

Por otro lado, también dijo lo siguiente: «Es improcedente admitir planteos de exclusión de responsabilidad de parte de entes estatales con el argumento de que ella debe ser atribuida a otro igualmente estatal -más allá de su autonomía-, como es el municipio ya que la provincia de Mendoza cuenta con la normativa necesaria y procedente para dilucidar luego a cuál de los entes estatales corresponde enfrentar con su presupuesto los daños ocasionados al transeúnte que concurrió a un lugar de esparcimiento y se vio afectado por un daño injusto» (del voto del Dr. Pérez Hualde).

Coincido con el Dr. Pérez Hualde en cuanto al carácter de guardianes de la conservación de las aceras donde se asientan establecimientos de utilidad pública pueden corresponder en su responsabilidad a varios entes -públicos o no-, pero ello no libera a quien resulta demandado, pues justamente la concurrencia permite al damnificado dirigirse contra cualquiera de ellos, luego en todo caso existirá la posibilidad de repetir. Esta misma situación a mi parecer debe entenderse para los concesionarios del Estado que son privados administrando servicios públicos que por su naturaleza corresponden al Estado o por lo menos a su control, razón por la que no puede excluirse al Estado de la responsabilidad, aunque sea subsidiaria.

Los mismos problemas metodológicos podemos ver en referencia al art.1 de la Ley 26.944 (13) que habla de responsabilidad directa, pero no la define; lo que sí hacía el art. 1074 del viejo CCiv (hoy art. 1749 del nuevo CCivCom) (14). Insisto en que la Ley de Responsabilidad del Estado debió tomar todos estos conceptos que se encuentran en el Código Civil derogado y que han sido transcriptos textualmente en el nuevo Código Civil y Comercial si la pretensión

era no aplicar dicha norma ni siquiera de manera subsidiaria.

B. «Morienega, Marina Soledad c/ Municipalidad de Resistencia y / o Servicio de Agua y Mantenimiento Empresa del Estado Provincial (SAMEEP)» (15)

HECHOS: En este caso, la demandante reclama los daños sufridos en un accidente de tránsito, provocado por una grieta tipo bache -sin señalización- en una calle, lo que originó la caída de la motocicleta en la que se desplazaba. Por ende, se atribuyó la responsabilidad -en principio- al Estado municipal en virtud del dominio que aquel ejerce sobre dicho espacio público, y se demandó también a la empresa SAMMEEP, del Estado provincial, ya que el bache fue el producto de una de las obras de esta y no había sido señalizada de manera correcta.

El fallo hace referencia al viejo art. 2340, inc. 7, del Código Civil, del cual surge que son bienes públicos del Estado las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común. El control y mantenimiento de tales bienes públicos -en principio- está a cargo genéricamente de los municipios, conforme surge de la normativa constitucional nacional o provincial y de las normas locales que regulan esta función del Estado.

No cabe duda de que existe una obligación legal, cuya omisión genera la responsabilidad del municipio por los daños que se generan por el no accionar del Estado «cuando debió hacerlo».

La omisión del deber de mantener en buen estado las calles por parte del municipio o, por lo menos, de poner señales que indiquen el estado irregular de las calles o la realización de obras y reparaciones, es grave, resultando dicho Estado responsable por los daños que tal omisión puede ocasionar.

Todo lo hasta aquí expuesto no excluye -en principio- la responsabilidad del Estado provincial y nacional cuando las rutas sean su jurisdicción o cuando aun siendo locales se desarrollan obras pertenecientes a las mencionadas jurisdicciones, lo cual tampoco excluye la responsabilidad municipal, pues el ejercicio de la policía administrativa es local y debe fiscalizar el accionar de los otros niveles de Estado cuando la actividad se realiza dentro de su jurisdicción.

La empresa provincial plantea la eximición de su responsabilidad, pues la obra fue realizada muchos años antes del accidente, teniendo su recepción definitiva en el año 2002.

En el fallo, el juez sostiene que la responsabilidad no solo deriva del ejercicio del poder de policía (16), sino también, por la calidad de dueña o guardiana de la cosa que ostenta el municipio demandado.

El fallo termina diciendo que la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que los argumentos que se vinculan a la ausencia de una acción u omisión culpable del municipio resultan improcedentes. Ahora bien, el art. 2340, inc. 7, en el que se basó la resolución de los jueces para establecer en cabeza de quién está la responsabilidad estatal, se encuentra hoy en la Sección 2 del nuevo CCivCom, titulada «Bienes con relación a las personas». Es el art. 235, inc. f, que establece: «Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales (...) calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para comodidad o utilidad común». A mi manera de ver, esta referencia a los bienes

de dominio público hace que no pueda excluirse la responsabilidad del Código de fondo. Si este mismo caso pasara ahora con una concesionaria, ¿no debo citar el artículo del Código? Esta simple cita resuelve quién responde en principio. A mi entender, si se quería quitar la responsabilidad del Estado del nuevo Código debió esta sección colocarse en la nueva ley de responsabilidad, por ejemplo.

C. «Morales, Máximo Roberto c/ Dirección Provincial de Vialidad de la Provincia de Mendoza s/ daños y perjuicios» (17)

HECHOS: El Sr. Morales demanda a la Dirección de Vialidad de la Provincia de Mendoza por considerarla responsable por los daños ocasionados en su vivienda por la caída de la rama de un árbol.

Se encuentra responsable al mencionado organismo en tanto se acreditó que tenía guarda sobre dicho arbolado, y uno de ellos fue directamente el productor del daño. Pese a invocar eximente de responsabilidad a tenor del régimen previsto por el art. 1113, 2.º párr., 2.a parte, del CCiv, no acreditó dichos extremos.

La justicia manifestó que la responsabilidad de la Dirección de Vialidad deviene del concepto de guardián que contenía el art. 1113, y de la responsabilidad derivada, para el caso, del art. 28 de la Ley 6063 (18) que establece lo siguiente: «El arbolado comprendido dentro de la zona de camino es de propiedad de la Dirección Provincial de Vialidad y su disposición estará sujeta al régimen legal de forestación y es responsabilidad de la repartición su conservación y cuidado».

Por lo tanto, el juez dijo que esta normativa genera una excepción al ejercicio de la policía administrativa local; es decir que se deriva la responsabilidad que naturalmente surge en cabeza del municipio.

Por ejemplo, esta misma temática en referencia al mantenimiento del arbolado y a su poda, se aplica de manera heterogénea en los distintos municipios, y ello es consecuencia de la diversidad de la normativa provincial y local en todo el país, sin que esto genere inseguridad jurídica en tanto son normas estrictamente locales.

En el municipio de Malvinas Argentinas, son habituales los reclamos por daños causados por arbolado público. Existe una distinción primordial sobre si los daños son producidos en vehículos que se encontraban en la vía pública o si los daños son en la propiedad privada de los vecinos; pues en primer término, los extremos son más difíciles de acreditar.

En el caso de los daños a los autos, los dueños del vehículo hacen el reclamo correspondiente con el fin de obtener una reparación económica, atento a que consideran que lo ocurrido es consecuencia de la poda y mantenimiento de árboles, los cuales dicen, son responsabilidad de este municipio. Si bien, en principio esto es así, en Malvinas Argentinas, la Ordenanza 123/97 (19) establece la regularización de la poda y mantenimiento del arbolado, pero no le atribuye responsabilidad al municipio, sino en caso de que hubiere existido -previo a la ocasión de los daños-, la denuncia o advertencia del vecino frentista donde se ubicare el árbol en cuestión. Cito textual el art. 5 de la citada ordenanza: «el frentista es custodio directo de los árboles que se dispongan frente a su domicilio. Observada alguna lesión, rotura o enfermedad del árbol el frentista deberá denunciar la misma dentro de las 72 hs. siguientes». Por otro lado, conforme la naturaleza extracontractual del supuesto hecho dañoso y su índole pecuniaria, y siendo que

este requiere de una instancia probatoria para establecer la responsabilidad del municipio, la instancia administrativa no resulta procedente para resolver esta cuestión, obteniendo los vecinos una negativa al reintegro de los daños.

En estos casos, siempre en la justicia ha primado la normativa local, pero acompañada de las reglas básicas de responsabilidad que establecía el Código Civil, máxime cuando la interacción es entre el Estado y los particulares o el vecino.

Respecto de los terceros contratados por el Estado, cabe recordar los fallos de la Corte Suprema de Justicia, como el siguiente:

D. «Castillo Manuel Félix y Nicolasco Guillermina c/ Municipalidad de Palpalá s/ Daños y Perjuicios» (con Dictamen de la Dra. Laura Monti) (20)

HECHOS: En el año 2002, el Municipio de Palpalá con motivo de la realización de un curso contrató a una empresa de eventos, la Asociación A. COP, a quien le delegó por contrato no solo la organización y costos del evento, sino también lo referido a la asistencia médica hospitalaria necesaria y la seguridad del predio por el cual establecían distintos requisitos incluyendo la presencia de 15 personas de seguridad como mínimo, dejando a salvo en el contrato también, que cualquier daño que se produjera en la propiedad pública o privada en el interior del predio debería ser resarcido por la empresa adjudicataria.

En dicho evento, la hija menor de los actores, que en ese momento contaba con la edad de 7 años, sufrió el impacto de un elemento pirotécnico que le causó un traumatismo grave en su ojo izquierdo, no pudiendo identificar al autor del hecho. Explica la actora que la menor se encontraba acompañando a su madre, quien había obtenido un permiso del municipio para vender comida dentro del predio donde se desarrollaba el curso.

La Corte Suprema resuelve revocar la sentencia y enviar el expediente al Tribunal Superior de la Justicia de Jujuy a fin de que dicte sentencia con arreglo a lo manifestado en los fundamentos por la Sra. procuradora fiscal, Dra. Laura Monti que la Corte toma como suyos.

Cuenta la Sra. procuradora fiscal que los jueces de provincia basaron su decisión en que no correspondía imputar a la demandada en forma genérica por el solo hecho de tener el control mediante el poder de policía, pues no se puede garantizar la guarda personal y permanente de cada ciudadano, fundamento que basó en doctrina de la Corte.

Sobre esta teoría de la Corte, la procuradora fiscal hizo una aclaración, diciendo que si bien es cierto que el Estado no puede evitar todo daño, esto no la desliga de su obligación primaria de brindar protección siempre que sea compatible con los medios razonables. Por otro lado, también recuerda la Dra. Monti que la Corte ha reiterado infinidad de veces que -respecto de la responsabilidad extracontractual- quien contrae la obligación de prestar un servicio público debe hacerlo de manera adecuada y eficiente, de modo de lograr los fines establecidos.

La procuradora coincide con los actores en que el municipio no puede desligarse de responder, independientemente de la responsabilidad que hubiere delegado en la empresa privada, por cuanto el control y seguimiento de esa actividad debió ser encabezada por el municipio.

Comparto absolutamente este criterio, y mucho más aún en el caso de quien tiene en cabeza el deber de seguridad, que es el Estado. ¿Es posible entonces que se desligue de tal

obligación? No, según mi criterio. Sobre todo, cuando el tema de la seguridad es una de las promesas de campaña de todos los partidos políticos que intentan llegar al gobierno, y se hace en pos de obtener votos para lograr tal fin, mal puede entonces el Estado delegar una función que le es propia e inherente a su persona, y sobre la cual promete al ciudadano que va a responder.

Finalmente, expresa que la responsabilidad no es indirecta y cito lo siguiente: «Así pues, y tomando en cuenta que tal responsabilidad no es indirecta, dado que la actividad y la omisión de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este, el que debe responder de modo principal y directo de sus consecuencias dañosas (doctrina de Fallos: 330:563), correspondía, a mi juicio; tener por legitimada a la Municipalidad y examinar si existió falta de servicio, entendida como la violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, que entraña una apreciación en concreto de la naturaleza de la actividad los medios de que dispone, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño».

En el caso planteado, es un poco más claro si uno verifica la Carta Orgánica de la Municipalidad de Palpalá, cuyos arts. 6 y 9 dejan claro el deber del Estado municipal. En este sentido, dicha norma expresa lo siguiente, en su art. 6: «Prohibición de delegar funciones y de otorgar facultades extraordinarias. Las autoridades y empleados del Gobierno Municipal no ejercerán otras atribuciones que las que esta Carta les confiere; no podrán pedir, ni se les concederá por motivo alguno, facultades extraordinarias; no podrán delegar en otros sus propias facultades, ni individual ni colectivamente y serán responsables de conformidad con la Constitución Provincial, esta Carta y las ordenanzas municipales pertinentes».

Asimismo, dice en su art. 9: «Responsabilidad de la Municipalidad y de sus agentes. 1. Toda ordenanza, resolución, contrato u orden contrario a las prescripciones de esta Carta, serán nulos».

Este caso demuestra claramente por qué la Corte de un tiempo hasta acá se ha manifestado sobre que la responsabilidad del Estado es local, dificultando entonces la adhesión a cualquier ley nacional, máxime cuando como en la nueva ley se pretende aplicar principios contrarios a toda la jurisprudencia de la Corte. Por lo tanto, cabe preguntarse si la Corte resolverá contra su opinión histórica en referencia al tema de la responsabilidad estatal, cuando aparezcan los primeros casos bajo la órbita de la nueva ley.

III. JURISPRUDENCIA ACTUALIZADA

Asimismo y en forma de actualización, agrego algunos sumarios jurisprudenciales de interés, que demuestran claramente la atribución de responsabilidad al Estado Municipal.

A. «Vallejos, María Pabla y otras c/ Roque Leyes, Fidel y otros s/ daños y perjuicios» (21)

«1. El municipio demandado es responsable por los daños sufridos por los hijos del motociclista víctima fatal de un accidente de tránsito si se verifica la falta de empleo de medios razonables para el cumplimiento del servicio de control vehicular, ya que si bien no puede exigirse la presencia de un inspector en cada cuadra, es razonable que por lo menos dos agentes cumplan turno nocturno en una avenida próxima a clubes nocturnos a los que concurren menores, en beneficio de las posibles víctimas y de la sociedad toda que es

espectadora de los descontrolados nocturnos».

»2. La Municipalidad demandada no debe responder por todos los accidentes de tránsito que se protagonizan en el ejido urbano, pero sí en aquellos casos en los que se acredita un funcionamiento irregular y defectuoso del servicio que debe prestar».

B. Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N.º 2 de Rosario, «N., E. c/ Municipalidad de Rosario s/ Daños y perjuicios» (22)

«1.El Municipio es responsable en su carácter de dueña y guardiana de los espacios públicos por los daños derivados de un accidente de tránsito sufrido por quien perdió el dominio de su motocicleta al impactar contra un lomo de burro, pues del plexo probatorio rendido -prueba informativa, documental y actuación notarial- surgió que el desnivel carecía por completo de la señalización exigida por la ley de fondo que permitiera alertar a los conductores de su existencia a la hora de cruzarlos, lo que lo tornaba, al momento del hecho, en una cosa riesgosa o viciosa».

C. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, «Surfrigo S. A. c/ Municipalidad de Zapala s/ acción procesal administrativa» (23)

«1. La Municipalidad es responsable ante los daños causados por funcionarios municipales con motivo de la orden de decomiso y destrucción de los alimentos transportados por el actor, si medió un inadecuado procedimiento de verificación de las temperaturas dentro del transporte frigorífico y, por otro lado, la falta de debida constatación de la potencialidad de peligro para la salud de la población, todo lo cual confluyen a tener por acreditado que la decisión del Juez de Faltas de ordenar la destrucción de la mercadería resultó irrazonable, pues partió de una errónea valoración de las circunstancias de hecho».

IV. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, planteo posibles soluciones alternativas a la adhesión y / o aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad del Estado.

Pienso categóricamente que la Ley de Responsabilidad del Estado debiera derogarse, o por lo menos la prohibición de aplicación del Código Civil y Comercial. Pero como estas opciones son difíciles de implementar, solo queda encontrar una rápida solución local a este vacío legal, ya que no puede admitirse Estado de derecho bajo el lema de la «irresponsabilidad estatal».

En principio, ninguna provincia ni la Ciudad de Buenos Aires debería adherir a esta ley, sino que cada jurisdicción debe sancionar una nueva con la incorporación de muchos de los artículos del viejo Código Civil que antes regulaban esta cuestión de manera pacífica. En el caso de las provincias, deben prever situaciones de aplicación local, sin obligar a los municipios a implementar una ley de responsabilidad del Estado de manera única, sino respetando las autonomías locales, sobre todo cuando es el municipio quien tiene que responder pecuniariamente, aun cuando haya concurrencia con otro organismo del Estado u otra jurisdicción estatal.

En segundo lugar, para las cuestiones específicas, deben preverse reglas elementales para la responsabilidad estatal, como por ejemplo para la mala praxis médica de los hospitales públicos o para daños producidos a los vecinos respecto de la falta de mantenimiento en las

obras viales, o en daños producidos en zonas balnearias y ribereñas, etcétera.

Los municipios deben tener regulación local al respecto; es más fácil sancionar una ordenanza sobre responsabilidad municipal que sancionar una ley provincial sobre el tema.

Debe preverse la posibilidad de que el municipio pueda afrontar el pago de indemnización en casos cuya comprobación no requiera la producción de prueba en debate y para montos menores a fin de que los vecinos no vean frustrada su posibilidad de ver reparado el daño que la Administración les causó y que no tenían obligación de soportar.

Tengo esperanza de que tanto las legislaturas como los tribunales de justicia tendrán en cuenta las críticas que, en general, se están haciendo para poder respetar el derecho de los particulares y del propio Estado, porque como he expresado precedentemente: «No es posible Estado de derecho ni seguridad jurídica del nacimiento de la irresponsabilidad estatal».

(1) Boletín Oficial, 8/8/2014.

(2) Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Aprobación. Modificación de las Leyes 2637, 17.801, 19.550 (t. o. en 1984), 20.094, 20.266, 21.342, 24.240, 24.441, 25.248, 26.356 y del Decr. 1798/94. Derogación de las Leyes 15, 340, 11.357, 13.512, 14.394, 18.248, 19.724, 19.836, 20.276, 23.091, 25.509 y 26.005. Norma complementaria del Decr. 191/2011. Fecha de sanción: 1/10/2014. Fecha de promulgación: 7/10/2014. Publicado en: Boletín Oficial, 8/10/2014.

(3) Código Civil y Comercial de la Nación: Sección 9, Supuestos especiales de responsabilidad. Art. 1764: «Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria».

Art. 1765: «Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda».

Art. 1766: «Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda».

(4) Boletín Oficial, 27/11/2014, ADLA 2015-A, 1053.

(5) Boletín Oficial, 17/9/2015, ADLA 2015-D, 4419.

(6) <http://www.legislaturamendoza.gov.ar/?p=10678>.

(7) Decr.-Ley 6769/58. Ley Orgánica de las Municipalidades. Texto actualizado del Decr.-Ley 6769/58 con las modificaciones introducidas por los siguientes Decretos-Leyes: 7443/68, 8.613/76, 8752/77, 8851/77, 9094/78, 9117/78, 9289/79, 9443/79, 9448/79, 9926/83, 9950/83 y 10.100/83 y las Leyes: 5887, 5988, 6266, 6896, 10.140, 10.164, 10.251, 10.260, 10.377, 10.706, 10.716, 10.766, 10.857, 10.936, 11.024, 11.092, 11.134, 11.239, 11.240, 11.300, 11.582, 11.664, 11.690, 11.741, 11.757, 11.838, 11.866, 12.076, 12.120, 12.288,

12.396,12.929, 13.101, 13.154, 13.217, 13.580, 13.924, 14.062, 14.139, 14.180, 14.199, 14.248, 14.293, 14.344, 14.393, 14.480, 14.491, 14.515 y 14.449.

(8) Decr.-Ley 7764/71. «Ley de Contabilidad».

Texto actualizado según t. o. por Decr. 9167/86 y las modificaciones posteriores de las Leyes 11.134, 11.275, 11.292, 11.621, 12.012, 12.496, 13000, 13767 y 14650.

(9) CN, art. 123: «Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero».

(10) CN, art. 5: «Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones».

(11) Algunos fallos al respecto: Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A, 15/9/2015, «N., V. J. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo»; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 30/9/2014, «Zárate Villalba, Juan Ramón y Otros c/ GCBA s/ amparo»; Juzgado de Familia N.º 6 de Mar del Plata, 4/11/2013, «Lemes Damaris, Leonela y otros s/ tutela»; Juzgado de 1.a Instancia en lo Contencioso administrativo N.º 1 de La Plata, 25/9/2013, «P. R. A.c/ Secretaría de Niñez s/ amparo»; SCBA, 3/7/2013, «B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo».

(12) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 28/7/2015, «Ramonot, María Claudia Beatriz c. Administración de Parques y Zoológico s/ daños y perjuicios p/ recurso ext. de casación».

(13) Art. 1: «Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas».

»La responsabilidad del Estado es objetiva y directa».

»Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria».

»La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios».

(14) Art. 1749: «Sujetos responsables. Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión».

(15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala II, 20/4/2015, «Morienea, Marina Soledad c/ Municipalidad de Resistencia y / o Servicio de Agua y Mantenimiento Empresa del Estado Provincial (SAMEEP) y / o quien resulte r. s/ daños y perj. y daño moral p/ acc. tránsito».

(16) En estos casos, se habla de «ejercicio de poder de policía» que se refiere a una atribución legislativa que implica la limitación normativa de derechos, por lo que no debe confundirse con el ejercicio de la «policía administrativa» que es atribución de la Administración Pública, y que es ni más ni menos que la ejecución de ese poder de policía.

(17) Cámara 4.a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 26/11/2014, «Morales, Máximo Roberto c/ Dirección Provincial de Vialidad de la Provincia de Mendoza s/ daños y perjuicios».

(18) Ley 6063. Mendoza, 6 de octubre de 1993. Ver además la Ley 6921, art. 14. (Decr. reglamentario 2221/94, BO: 12/1/95). (T. o. el 6/9/2007). BO: 9/12/93.

(19) Malvinas Argentinas. Ordenanza 123/97. Protección, Estudio. Difusión y Desarrollo Forestal del Distrito. Espacios públicos. Parques. Ramblas. Plazas. Plazoletas. Jardines. Bulevares. Aceras. Faculta. Autoriza. Prohibiciones. Planes de forestación. Extracción. Poda. Verdes. Convenios. Árbol. Boletín N.º 27. Sanción 29/4/1997. Modifica: Deroga ordenanza del ex- Partido de General Sarmiento N.º 655/89, 1091/91, 1281/92 y 1304/92.

(20) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/9/2011, «Castillo, Manuel Félix y Nolasco, Guillermina c/ Municipalidad de Palpalá s/daños y perjuicios».

(21) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 6/3/2015, «Vallejos, María Pabla y otras c/ Roque Leyes, Fidel y otros s/ daños y perjuicios».

(22) Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N.º 2 de Rosario, 16/4/2015, «N., E. c/ Municipalidad de Rosario s/ daños y perjuicios», MJJ93147.

(23) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, 27/2/2015, «Surfrigo S. A. c/ Municipalidad de Zapala s/ acción procesal administrativa».

(*) Abogada con orientación en Derecho Administrativo y Derecho Penal, UBA. Posgrado en Abogacía del Estado, ECAE. Docente de Derecho Constitucional, UBA. Docente de Derecho Provincial y Municipal en la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de Derecho Municipal y Provincial en la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Miembro Asociada de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

N. de la R.: Este artículo corresponde a la exposición de la autora, realizada el 2 de diciembre de 2015 en las Jornadas sobre «Responsabilidad del Estado», llevadas a cabo por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.