

## CAPÍTULO XXXII

### LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRÁCTICA

Por AGUSTÍN GORDILLO

#### SUMARIO

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introducción .....  | 635 |
| 2. Los hechos: Los que no hacen juicio en el país.....                     | 635 |
| 3. Continuación. Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cuándo lo cobran? ..... | 637 |
| 4. Continuación: Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cómo lo cobran? .....   | 638 |
| 5. Las quitas.....   | 639 |
| 6. Los honorarios.....   | 640 |
| 7. El crimen de cobrarle al Estado, el castigo al que paga .....           | 641 |
| 8. Los que hacen juicio pero resuelven el tema políticamente .....         | 642 |
| 9. El funcionario y la deuda pública .....                                 | 644 |
| 10. La responsabilidad penal del que paga .....                            | 644 |
| 11. El control social.....   | 645 |
| 12. Una pintura .....  | 645 |
| 13. Levantando la apuesta .....  | 646 |
| 14. La prevención del daño como antítesis de la responsabilidad del Estado | 647 |
| 15. <i>Da capo</i> : El juicio aún no cobrado.....                         | 647 |
| 16. Los índices o los intereses .....                                      | 648 |
| 17. La calculadora como arma delictual .....                               | 648 |
| 18. La <i>praxis</i> , siempre la <i>praxis</i> .....                      | 648 |
| 19. ¡Otra vez <i>da capo</i> ! .....                                       | 649 |
| 20. Otra vez la pintura .....  | 650 |
| <i>Anexo</i> .....   | 651 |



## Capítulo XXXII

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRÁCTICA<sup>1</sup>

Por AGUSTÍN GORDILLO

### 1. Introducción

Este cap. XXI me fue sugerido inicialmente por FEDERICO CAMPOLIETI, y se ha construido sobre la base de dos conferencias en estilo coloquial del mismo nombre, pero con ligeras diferencias y algunas superposiciones.<sup>2</sup> Me decidí a incorporar este capítulo atípico, al igual que ya antes se encuentra en este vol. el cap. sobre “El procedimiento administrativo en la práctica,” para que se pudiera apreciar, por su inmediación con el cap. XXII que sigue al presente, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” el substrato inmediato de aquel cap. en relación a éste. Es en parte por lo que se constata en la experiencia de medio siglo en la materia en el presente cap. XXI, que se llega a la conclusión del cap. XXII.

### 2. Los hechos: Los que no hacen juicio en el país

En materia de responsabilidad del Estado podría decirse, con criterio un poco ingenuo, que “estamos progresando.” En realidad, estamos progresando en información, en fallos, en publicaciones, pero no en la realidad: Los daños se siguen cometiendo y las indemnizaciones llegan cada vez menos y más menguadas a los perjudicados. Casi nadie se ve enteramente reparado de su daño, mucho menos en un tiempo razonable. Todos los tiempos son irrazonables y, como se verá, las sumas también.

<sup>1</sup> Este capítulo corresponde al capítulo XXI del *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. En consecuencia, no se repetirá en futuras ediciones de dicho tomo del *Tratado*.

<sup>2</sup> “La responsabilidad del Estado en la práctica,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729-38; “La responsabilidad del Estado en la práctica,” UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiviz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15-X-2008, pp. 3-12.

En primer lugar, cualquier abogado particular practicante en materia de derecho administrativo sabe que no todos los casos de daños indemnizables cometidos por el Estado llegan a juicio; primero, porque los propios titulares del derecho vulnerado no suelen tener siempre la suficiente fe en la justicia y en el resultado del juicio, con más la paciencia, la tasa de justicia, esperanza de larga vida para aguardar el resultado, etc.

Hay así una inevitable estimación política de parte del cliente, que escapa a la razón jurídica que el abogado pueda creer que le asiste. ¿O acaso han visto algún juicio contra las restricciones, prohibiciones y suspensiones a las exportaciones e importaciones, los precios sugeridos sin firma ni membrete, las órdenes verbales de bajar los precios, las retenciones incrementadas por resolución administrativa luego de efectuada la inversión del productor, tanto más? Luego están los juicios que se hacen pero no se ganan, al menos en el país, como los que quedaron fuera del arreglo del *default* inicial aplaudido por el Congreso (los famosos *holdouts*), o los que sufren el *double whammy* del nuevo *default* sobre el mismo titular anterior de bonos que fueran ya “cepillados.” (*Haircut*, en la jerga internacional.)

Los titulares argentinos de tales bonos ya abandonaron toda esperanza y no iniciaron el juicio porque perdieron la fe en la posibilidad de que la Justicia pueda ordenar la devolución de la nueva pérdida que el nuevo *default* técnico supone. Ninguna Corte Suprema va a modificar los índices del INDEC para poder cobrar el CER prometido al realizarse el canje de los bonos *defaulteados* por los bonos *a recanjar o redefaultear*, suficiente entonces para que ninguna persona realista inicie en el país un juicio por tales motivos.

Allí hay responsabilidad del Estado sólo en pura teoría, pero no en los fallos y mucho menos en la realidad. Si uno quisiera ser realista, entonces, diría que no hay responsabilidad del Estado en todos esos supuestos, ejemplos que desde luego se pueden multiplicar si uno quisiera hacer un listado. Nadie, por ejemplo, hará en tribunales argentinos un juicio al Estado por omisión en levantar las interrupciones al tránsito internacional hacia Uruguay.

Luego están los que inician juicios entre particulares por culpa del Estado: Si demandan también al Estado tampoco los ganan, o ganan de su contraparte, y no del Estado, mucho menos que aquello a lo que tendrían “derecho.” Es el caso típico de los contratos entre particulares que el Estado violentamente interviene en un momento de emergencia creada por el propio Estado. Cabe incluir en este listado a los que contrataron en el país en moneda extranjera y quisieron recuperar al menos el capital, sin recuperarlo del todo, no al menos fácilmente. Basta leer el primer voto de *Bustos* para saber cómo les puede ir.<sup>3</sup> Ese tipo de

<sup>3</sup> Lo explicamos en nuestro art. “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?”, *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296 y en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/16.pdf>

fallos y muchas otras conductas administrativas y legislativas no hacen sino provocar el constante éxodo de capitales del país hacia playas más seguras, en que el Estado de Derecho funcione razonablemente, en que exista un mínimo de presivibilidad jurídica, en que no se recurra a los fáciles populismos de siempre. El éxodo de capitales implica también que no vendrán otros capitales en su lugar y esa consiguiente desinversión en el país produce un decrecimiento económico que no hace sino aumentar los índices de exclusión social.

La moneda extranjera o el mismo derecho extranjero ya no son garantía, y cabe preguntarse si la jurisdicción extranjera o incluso internacional alcanza, pues luego queda siempre el problema material de cómo hacer para ejecutar la sentencia y juntarse finalmente con el capital perdido. Llegado ese momento, la triste realidad nos vuelve a igualar a todos.

### 3. *Continuación. Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cuándo lo cobran?*

Quedan aquellos con suficiente esperanza de vida y respaldo financiero para soportar los largos años que lleva terminar un juicio contra el Estado.<sup>4</sup> Primero está la cuestión del monto que finalmente se le reconozca, las más de las veces notoriamente inferior al daño causado; o, claro, cuando hay corrupción, notoriamente superior. A los que hacen juicio y lo ganan y obtienen sentencias inferiores al daño sufrido, les resulta difícil cobrar ese resto de propiedad que fueron perdiendo de a poco, en el tiempo. Es que ganar un juicio contra el Estado es una cuestión muy distinta de cobrarle esa plata al Estado; cualquier abogado privado practicante lo sabe, pero el fenómeno no se advierte con igual claridad en la administración (donde tratan de evitar el pago) ni en la Justicia (donde no se toma conciencia del tiempo que le lleva al particular hacerse del dinero que la sentencia supondría en teoría). Y esto no es una cuestión que quepa imputar solamente a los años turbulentos que estamos pasando o que hemos pasado, sino que es una cuestión mucho más antigua. Cuando en el año 1958 comencé mi tesis doctoral sobre el tema de la responsabilidad del Estado, que luego resumí en el actual capítulo XX de este vol., me tomé el trabajo de leer íntegramente, tomo por tomo, todos los fallos de la Corte y la verdad es que es difícil saber cuándo empezó el problema empírico de no poder ejecutar materialmente el resultado de los juicios ganados al Estado, porque los juicios contra el Estado en apariencia se ganaban, pero eran por motivos puntuales de incendios, registro de la propiedad, hechos policiales y distintas materias que no centraban la temática explícita de algunos años después. No surgía de los tomos de la jurisprudencia cuánto tiempo se tardaba en cobrar luego la indemnización fijada por el fallo, ni si ésta dependía, como depende hoy, de ulteriores determinaciones en instancias inferiores.

<sup>4</sup> Si tenemos en cuenta asimismo la inexistencia de otras vías alternativas a la Justicia y de mayor celeridad, para resolver los conflictos entre los particulares y el Estado. A ello nos referimos supra, cap. XVII, § 6, "El trasfondo a la resistencia local al arbitraje."

En todo caso, siempre hubo gran dificultad en hacer responsable al Estado, y los grandes lapsos de tiempo que transcurren entre la producción del acto o hecho dañoso y la percepción efectiva de la indemnización le quitan todo sentido reparatorio. Cobrar esos juicios es casi como cobrar una herencia, algo que el destino dispuso que uno recibiera y que no existe motivo alguno para festejar ni agradecer. Se cobra, se invierte o se gasta pero la sensación es de tristeza o amargura, nunca de satisfacción por el derecho victorioso.

Si uno bucea en los libros del pasado, encuentra por ahí sentencias en las cuales, entre que la acción se inició y la sentencia de la Corte se dictó —aunque no consta allí la ejecución de la sentencia— hay promedios de catorce, dieciséis, veinte años. Pero, después, se han prolongado un poco los plazos.

Hoy en día, entre el hecho dañoso, la demanda y no ya la sentencia sino su efectiva *ejecución material en el cobro*, ya son veinticuatro, veintiséis años, más aún. Y esto es el largo plazo famoso, aquel en el cual, según los economistas, estamos todos muertos; y esto no es una figura de lenguaje, es la más cruda realidad. En el largo plazo, estamos todos muertos. Entonces, ¿qué responsabilidad del Estado es ésa?

#### 4. *Continuación: Los que hacen juicio y lo ganan, ¿cómo lo cobran?*

Hay un aspecto que siempre fue importante, pero que ha ido siendo más categórico en los últimos tiempos: Con la sentencia en la mano, y aun con la voluntad de ejecutarla de parte de la Justicia, cuesta mucho llevarla a la práctica. Puedo pretender cobrarlo en dinero efectivo, pero no puedo saber cuándo me lo pagarán y en cambio sé con certeza absoluta que no me reconocerán la depreciación inflacionaria, además que ya no existen índices oficiales que reflejen fielmente esa inflación. Aunque los hubiera, de todos modos no se pagarían; ésa es la realidad.

Elijo entonces, como hacen todos porque es la única opción realista, cobrar en bonos. Pero ocurre primero que me van a pagar, cuando ello ocurra, en bonos a muchos años de plazo, a veces hasta treinta años más de plazo, lo cual implica que estamos ante una sentencia desvalorizada: Si el número era cien, en bonos va a ser menos (cien menos equis), pero eso ya lo hemos admitido. Si me decido a vender los bonos debo hacerlo a precios de mercado, y el mercado me descontará toda la tremenda incertidumbre que existe sobre el futuro. Si guardo los bonos para la vejez, el Estado me los *defaulteará una y otra vez, al mismo bono*, como lo ha hecho hace poco, ganándose el merecido mote de *defaulteador serial*, más serio aún que el *deudor eterno* que ya tenía ganado desde hace un siglo y medio; por todo eso no tendré tampoco derecho a reclamo exitoso. No hay allí percepción justa del crédito que hubiera determinado el tribunal, que no necesariamente representa tampoco una justa indemnización.

El problema es todavía cuándo me los dan, esos bonos a *defaultear*. La norma me dice que me quede tranquilo, pero siempre hay dos o tres opciones, porque

el tipo y serie de bonos cambia constantemente; nuevos decretos y resoluciones ministeriales continúan regulando la materia que supuestamente es materia de ejecución de sentencia judicial firme: No es eso así. El problema empieza de nuevo con un nuevo trámite ante la administración, y todos sabemos lo que eso significa en la práctica. Llenar los formularios, que consideren que están bien llenados, que se tramiten adecuadamente, que no haya sorpresas en el camino, que nadie resuelva que el bono que me corresponde es en realidad no el que yo creía sino otro más depreciado todavía.

Todo esto lleva su propio tiempo adicional: Hay incidentes, hay problemas de regulación de honorarios, hay expedientes que, misteriosamente, se pierden, hay que volver a la Justicia, hay que peregrinar por la administración y hay que rogar que no ocurra ningún hecho político que dificulte la cuestión, ni aparezca alguna situación de mayor misterio todavía.

### 5. *Las quitas*

Yo conozco en forma directa, para dar una muestra, dos casos: Uno en la Provincia y otro en la Nación. En la Provincia: Jurisdicción originaria, única instancia, una sola ida a la Corte nacional por un recurso de queja denegado a la municipalidad vencida: Los hechos determinantes acaecieron en 1982, y la demanda es del año siguiente. Firme la sentencia definitiva, el Intendente de turno negoció con los actores (ya pasando la tercera edad, vencidos, amargados, empobrecidos) una quita muy importante. ¿Por qué? Pues para que sus votantes no consideraran que hacía otra cosa que defender el peculio municipal con el máximo empeño y pudiera explicarle a la comunidad que aquel yerro cometido por aquel gobierno de más de un cuarto de siglo atrás, por lo menos no lo iba a pagar según el fallo, sino a mucho menos. Y no faltará alguno que sospeche si no logró una quita menor a la posible. Pagar es siempre fuente de sospechas; no pagar es insospechable.

No se crea que ese monto nuevamente cercenado es lo que ya el “ganador del juicio” retira por ventanilla a la semana siguiente y deposita en su cuenta bancaria, previas todas las deducciones del caso. No, no es así. Una vez depositado en autos, todavía falta que la Corte provincial permita retirar el dinero del expediente, y ella también tiene que proteger su buen nombre y honor, no sea que alguien le señale que pagó eficazmente rápido, que sería sospechoso, sino que debe dar las condiciones para que se pueda felicitarla de pagar tarde, lo cual es honroso.

Se trata de casos “ganados,” pero “ganados” en un tercio del monto que el cliente y su abogado creían que tenía razón. Es un tercio, veinticinco años después. Pero, ni en uno ni en otro caso, se ha logrado percibirlo. Están, todavía, discutiendo cosas.

Un *mail* de uno de los letrados dice: “Hay que firmar urgente este escrito.” ¿“Urgente”? Hace veinticinco años que se está tramitando el drama. ¿Qué es urgente? Pues prestar conformidad a un fallo del tribunal que aprueba un convenio

*que está vencido, cuando la ley que se aplica está ya vencida también.* Cualquiera diría mejor pensarlo un poco, hablarlo con el cliente para ver si está conforme en aceptar este convenio ahora tardíamente homologado una vez vencido, pues él ya, expresamente y por escrito en el expediente judicial, retractó su aceptación del convenio por haberse vencido su plazo.

Cualquier lector avisado sabe cómo termina la historia: El cliente, viejo y enfermo, finalmente se rinde, revierte su rechazo al convenio que había caducado y cobra lo que quieran darle, como se lo quieran dar, cuando se lo quieran dar: Al menos lo recibe en vida, como un óbolo, como una limosna, como una ayuda estatal a la indigencia.

### 6. *Los honorarios*

Conocemos por tradición oral el caso de un letrado que, hace ya mucho, en situación parecida trató de inspirarse en un cuento de la primera mitad del siglo pasado del legendario abogado conocido coloquialmente como “el fiero Paz” (pido perdón a sus descendientes, pero si tienen el sentido del ácido humor de su ascendiente probablemente festejarán la anécdota), que donó los honorarios que le fueran regulados por el Tribunal para la biblioteca de éste, para ayudar a su ilustración. Ante el previsible apercibimiento del Tribunal, presentó un escrito revocando la donación “por ingratitud.” Cierto o falso es ya imposible saberlo, pero al menos según el cuento se quedó con la última palabra, victorioso en la misérrima suma regulada.

Otro caso que conozco, inspirado en aquél, es el de un letrado que para dar algún mensaje que no justificara ser sancionado, y ser original, renunció lisa y llanamente al honorario regulado, con lo cual el tribunal tuvo que estudiar su propia jurisprudencia y la ley vigente para determinar *si era posible renunciar a un honorario regulado*, con la conclusión que sí se podía, siempre que se retuvieran judicialmente y se enviaran a todas las cajas públicas pertinentes todos los aportes que a juicio del tribunal había que hacer, por todos los motivos que correspondieren si efectivamente los hubiere percibido.

El letrado logró, al menos, dejar en la oscuridad al tribunal sobre qué significaba dicha renuncia y tampoco le pudieron sancionar, aunque seguramente lo habrán pensado. Dejémosle al letrado el anonimato y privilegio de no dar respuesta al interrogante. Dejémoslo para cuentos futuros, que seguramente lo deformarán como el tiempo deforma toda anécdota, enriqueciéndola con la imaginación y la creatividad de cada sucesivo relator. En realidad, dicen que quiso ser coherente con sus demás créditos, sus bonos ajustados por CER, sus hipotecas pesificadas desigualmente, sus contratos, su pequeña empresa agropecuaria: Sus honorarios también recibirían así el mismo trato de la historia. Todo para el gobierno.

En todo caso, no fue un gesto de “grandeza,” sino de *pequeñez*, porque ya el monto era pequeñísimo en relación al daño ocasionalmente inferido y al trabajo



profesional de más de un cuarto de siglo, equiparable a la moneda que recibe el pordiosero en una novela escrita por Dickens. Si el letrado creía que había asegurado su vejez ante el previsible fracaso del sistema previsional por las constancias apropiaciones de todos los sucesivos gobiernos, tampoco esa previsión le alcanzó.

### 7. *El crimen de cobrarle al Estado, el castigo al que paga*

Ganarle un juicio al Estado parece *Crimen y Castigo*. Al crimen de iniciar un juicio porque se quiere la reparación del perjuicio ocasionado por el Estado, el condigno castigo de ganarlo y tener que empezar entonces todo de vuelta, a peregrinar y mendigar por cuanta oficina pública, judicial y administrativa fuera menester (y con honestidad y suerte, ninguna privada), además de a veces legislativa para que aprueben el crédito: fue el caso del cobro municipal, ¡con ordenanza que autorizara a pagar una sentencia judicial firme! Es la vieja maldición andaluza: “que tengas juicios, y los ganes.” Maldición que habría que perfeccionar aquí como “que tengas juicios contra el Estado, y los ganes e intentes cobrarlos.”

Una vez, un letrado particular increpó en la calle a quien por entonces era su amigo, por un pronunciamiento como funcionario judicial que a su juicio nada entendía de la realidad, “maldiciéndolo” a que alguna vez ejerciera la profesión de abogado. El “maldecido” fue más inteligente, se jubiló en su función y nunca llegó realmente a ese trance de inmersión en el baño de barro de la realidad. En cuanto a la Nación, ahí están partes y letrados, yendo y viniendo, esperando distintas interpretaciones, formas de actualizar o no actualizar, apelando, yendo otra vez a la Cámara, a la Corte, se va y se viene, pero no se cobra nunca; la administración se opone, para evitar suspicacias de que quería pagar un crédito que debía por sentencia judicial firme. Si finalmente le toca pagar, saca mal las cuentas y deposita la mitad de los bonos correspondientes, para que haya que seguir litigando sin hacerse de los fondos.

Pareciera que en nuestro país no hubiera cosa peor que pagar las deudas, los ciudadanos y mucho menos el Estado. Si alguien se propone hacerlo es fácil que lo denuncien penalmente. Todo el mundo dice: “Yo no tengo nada que ver, son estos otros los que querían pagar, yo precisamente me opuse,” con lo cual se libera de la acusación si puede demostrar que efectivamente se opuso.

No es defensa decir que todo está en orden: se recomienza ahora con una denuncia o querrela penal desde el poder público por invocación de múltiples delitos, un eventual decreto que revoca la orden de pagar. ¡Famoso escándalo! Escándalo *a*), escándalo *b*). ¿Cuál era el escándalo? ¡Querer pagar una deuda del Estado! Con lo cual uno entiende, finalmente. Es un crimen querer cobrarle al Estado, y tiene su castigo.

### 8. *Los que hacen juicio pero resuelven el tema políticamente*

Cuento otros dos casos que podrían haber sido —pero no lo serán— de responsabilidad del Estado, sino de responsabilidad política de la sociedad. A dos empresas multinacionales —fuertes, ambas— se les dictan en distintos casos y por diferentes motivos actos negatorios de sus derechos que, a juicio de ellas y sus letrados —y la Justicia coincidió—, eran ilegítimos.

La Justicia —haciendo, la verdad, honor a su nombre—, en ambos casos dictó medidas cautelares, diciendo que el acto era manifiestamente arbitrario. Eran juzgados diferentes.

¿Qué dijo la administración en un caso? Un alto funcionario, y no el que ustedes piensan, advirtió a la multinacional: “Mire, a mí usted estas cosas no me las hace, así es que, si usted quiere hablar conmigo, primero me desiste del juicio.”

Habla la empresa a su abogado pues quiere seguir el consejo de la administración y su abogado por supuesto le dice —es lo que sabe, no es su culpa, estudió derecho—: “Si Usted desiste del juicio, no sólo pierde la cautelar que conseguimos judicialmente, sino que además consiente el acto y nunca más puede discutir este tema. Ese acto que Usted así consiente, por lo demás, implica que Usted pierde toda su inversión en el país, que por cierto es considerable. Si Usted quiere, hágalo, pero yo de ninguna manera lo firmo como letrado.”

Gran discusión interna y, finalmente, por supuesto, lo hacen. La multinacional prescinde de los servicios de su abogado, y bien hecho está, porque algo de derecho podrá saber, pero de la realidad, por lo visto, no conoce nada.<sup>5</sup> Porque después resulta que la cuestión efectivamente se arregló: la administración revocó por contrario imperio el acto que la multinacional había consentido.

En conclusión, el acto ilegítimo respecto del cual se había obtenido una medida cautelar, que hubiera dado lugar a un juicio de daños y perjuicios años después, se transformó, por alguna de esas cosas misteriosas que pasan, en un acto que revocó la propia administración pública de oficio. ¡Qué bien que andan los mecanismos de autotutela de la administración pública!

En el otro caso, la otra empresa multinacional —con muchos abogados argentinos, muy duchos y conocedores de la realidad, empezando por el propio presidente de la empresa—, cuando tienen la medida judicial en la mano, rápidamente coinciden todos. ¿En qué concidieron? En palabras del presidente de la empresa, también abogado: “Todos sabemos por supuesto que la solución al tema no está en el plano jurídico, al tema hay que darle *un camino político*.” El abogado podría preguntarse: “Si produjeron un acto ilegítimo y la Justicia dictó una medida cautelar suspendiéndolo, ¿qué es eso de un camino político?”

<sup>5</sup> Por supuesto, era el autor de este tratado. Escribe mucho sobre la práctica, pero no termina de aprenderla nunca. Por eso intenta aquí despertar al menos la curiosidad y el interés del lector para que él mismo se dedique a escudriñar la realidad, no leer solamente fallos y leyes o libros de doctrina administrativa nacional y comparada. No acepte esta versión de la realidad, busque la suya propia.

La impresión empresaria acerca de la realidad argentina es que la vía del derecho, aún ganando, no les conviene. Entonces, a buscar la conexión política. Y no siempre es buscarla a gran nivel; a veces, es uno del gremio que le consigue una entrevista con un funcionario que puede o no ser el jefe, que a su vez lo manda a hablar con otro de abajo. O sea, son dos o tres movimientos laterales que lo llevan al funcionario que dice: “Atendelo a éste, que es amigo.”<sup>6</sup>

Entonces, el funcionario le dice al amigo que es el intermediario del cliente: “Primero, tenés que desistir expresamente del recurso administrativo y prestar conformidad al acto.” Se trata del acto ilegítimo respecto del cual existía una medida judicial aún no notificada, una cautelar en sede judicial. Pues bien, eso hicieron, el abogado tampoco firmó pero no lo echaron porque es amigo. En consecuencia, se desistió del recurso, el acto quedó consentido, y a la empresa le está yendo bien, ¡ya suspendieron el acto en sede administrativa, por contrario imperio! El tema de fondo se reencaminó bien, la administración no tiene objeción que formular a la empresa, el tema quedó pacíficamente resuelto. Se evitó el daño, por lo tanto, se evitó la responsabilidad del Estado que, como vimos antes, tan pobres frutos da, y tantos años más tarde.

Hablar de la responsabilidad del Estado, entonces, es hablar de algo que no existe empíricamente de modo cierto, útil y oportuno. Si al agraviado le van a dar un tercio del daño que le hicieron, dentro de veinticinco, treinta años, entonces el camino elegido resultó a la postre muchísimo mejor para la empresa. Como me dijo una vez un cliente empresario y al escuchar mi pretensión de honorarios: “Perdóneme, usted no me entendió bien, yo lo vine a ver a usted por sus aptitudes jurídicas; si yo hubiera querido hacer gestiones políticas, lo hubiera ido a ver al doctor fulano (un administrativista muy conocido, por lo demás), porque él sí sabe hacer las gestiones. La cantidad que usted me pide no hace falta para resolver el caso en derecho.” O como otra vez me dijeron: “Todo esto que me pide es para los funcionarios ¿no?” Si digo: “No, por supuesto, es para mi trabajo,” me dirán: “¿Para usted? No, hombre, si fuera para los funcionarios... bueno.”

Entonces, ¿qué pasa? Todo este disfuncionamiento de la responsabilidad del Estado, que lleva a que nada se pueda ejecutar en tiempo razonable, hace que todo se vuelva una gran ficción.

<sup>6</sup>Ello si es que no se produce cambios de funcionarios y ello obligue a reiniciar tratativas con los nuevos funcionarios, o con los mismos pero actuando bajo nuevas directivas, de manera que todo lo avanzado posiblemente deba volver a fojas cero: *Supra*, cap. XV, § 13, “Otras diferencias.” También puede pasar a la inversa: Que ante un posible cambio de circunstancias y consecuentemente de funcionarios, se “aguarde” sin hacer mucho ruido ese momento, para tratar de retomar o iniciar directamente la conexión política con los que “vendrán,” cuando con los funcionarios actuales, la cuestión se torna causa perdida.

### 9. *El funcionario y la deuda pública*

Y, en cuanto a esta gran ficción de la responsabilidad del Estado, ahí viene la inserción de la responsabilidad del funcionario. O sea, el funcionario no es ajeno a la sociedad en la cual vive. El funcionario sabe que, si se está tramitando el pago a los Greco, de quinientos millones y el trámite venía bien, si firma está firmando sobre hierros calientes. Y que, en realidad, si se quiere cubrir, puede decir: “Habría que ver si procede, mejor consultarle a aquél o a aquél o a la Procuración del Tesoro o al Presidente, porque no sé, habría que ver los números, etc.” O sea, el que dice que “no” es el que está más cubierto, el que se opone jamás va a tener problemas. El que dice “Esto va bien,” ése está o podrá estar en problemas.

Lo cual no significa que todos sean honestos, obviamente. Pero que, honestos y deshonestos, todos ven la regla común: Decir que “sí” crea problemas; decir que “no” no crea problemas.

Entonces, el problema es que *este decir que “no”* no genera responsabilidad al funcionario, pero sí genera otro tipo de responsabilidad del Estado, que será a muy largo plazo, pero existe también: es la deuda pública interna y externa. Se posponen siempre para el futuro todos los temas que son de mucho monto, como los veinte mil millones de dólares de los *holdouts*, los ahorristas que quedaron afuera del canje. Pero en algún momento vuelven, eso no se abandona, se lo pasan a los hijos y lo siguen y lo siguen y, en algún momento, lo cobran y, en algún momento, lo vamos a tener que pagar.

Allí no haremos justicia, meramente cederemos a la presión de acreedores frenéticos, enojados, frustrados por nuestro incumplimiento, que se quejan entonces a sus propios gobiernos y de a poco logran obtener que estos a su vez hagan presión sobre nuestros gobiernos, presión que finalmente se hará imposible de resistir. Con lo cual el funcionario se encuentra en una posición —como decía BIELSA hace más de medio siglo— en la cual él sufre, desde arriba, una presión autoritaria hacia abajo y en cambio él ejerce una presión autoritaria hacia fuera. Al que lo viene a ver desde afuera, le da la medicina que recibe desde arriba. El funcionario es autoritario porque a él lo tratan autoritariamente. Es la lección que recibe día a día y esto no es de ahora, es de siempre.

### 10. *La responsabilidad penal del que paga*

Es también interesante la responsabilidad penal. MAIRAL señaló que hoy todos los casos de derecho administrativo son casos de derecho penal. O como en otra variante dice ZAFFARONI en su obra, es la administrativización del derecho penal.

Todo caso cuantitativamente importante de derecho administrativo parece que termina siempre por algún lado en sede penal. Pareciera que es imposible hacer algo en la administración pública sin que a alguien se le ocurra: “Seguramente cometieron algún delito,” y como a menudo esto es cierto, por qué no investigarlo.

Lo que pasa es que hay dos tipos de personas: Los que luego ostentan fortuna, que en causas penales pueden recibir sin mosquearse embargos por medio centenar de millones de dólares, por la índole y el monto del delito que se les imputa por auto de procesamiento firme, y los que viven como clase media, o clase media alta, pues su patrimonio no llega a las decenas de millones de pesos.

Los segundos, que no son igualmente peligrosos, es posible que sean investigados y no se llegue a nada. Los casos que son peligrosos no se investigan. Se investigan las pequeñas cosas o aquellas en que, se sabe, no pasa nada. Sólo se logra hacerles gastar dinero en abogados, en amigos y conexiones, para largas y lentas defensas penales que terminarán con su absolución, falta de mérito, presunción de inocencia. Con lo cual el administrativista va con el penalista a Comodoro Py, a ver las cosas que todos saben que son intrascendentes. Y ahí se gasta tiempo, esfuerzo, material, etc. Eso es responsabilidad política de una sociedad disfuncional, no es estrictamente responsabilidad del Estado. Por supuesto, si uno volviera al comienzo de esta exposición y retomara la línea ingenua, podría decir que el Estado debe ser responsable por haber procesado a una persona que termina demostrándose lo que ya se sabía al comienzo: Que era inocente. Pero si uno lo ve bajo la faz de la realidad sabe que nadie hará un juicio al Estado por haber estado injustamente procesado, ya que en tal caso además de los años perdidos en sede penal deberá perder dos o tres décadas en el juicio de responsabilidad civil y finalmente cobrar una suma que podrá ser un óbolo o un insulto. Una vez titulamos una nota a fallo: “Morir de viejo esperando Justicia.” Es el sistema.

### 11. *El control social*

Por eso la única solución para estos casos es que la sociedad esté vigilante de sus derechos y de sus intereses, y al menos condene socialmente a aquellos que sabe, por presunción firme y concordante, que ciertamente han estado asociados a personas deshonestas, dentro y fuera de la función pública y que ello se aprecia principalmente en su notoria riqueza. Tomemos simplemente el espejo y observemos nuestra propia conducta respecto de los que sabemos son corruptos.

Si los corruptos son invitados a la mesa de los honestos, entonces son la sociedad y sus instituciones las que no funcionan. No le echemos la culpa al derecho, ni a los tribunales, ni a la administración. La tenemos nosotros.

### 12. *Una pintura*

Esta descripción empírica no es el tipo de cuestión de la cual es frecuente hablar en nuestro medio, en el que estamos más acostumbrados al razonamiento y la descripción formal que a la pintura impresionista de la realidad. Hay quienes hacen cubismo —un Picasso con su *Guernica*— o dadaísmo —un Dalí pintando

relojes doblados—, yo no he intentado tampoco hacer el colorido impresionismo sino que me remonté más atrás, para tratar de presentar simplemente una naturaleza muerta, como en las pinturas más antiguas de ese estilo pictórico. Fue mostrar un centro de mesa con unas manzanas, algunas naranjas, pescados, comida en general, otros frutos de la realidad, pero no para aludir a los pintores que celebraron el fin de las hambrunas europeas, los Rembrandt, los Van Gogh, los Caravaggio, sino para resignificarlos como “comida,” con comillas, que está siempre presente en el lienzo pero no tanto en la realidad: Ésa es, para este pintor jurídico andaluz, la responsabilidad del Estado. Nada que justifique el estupor, desde luego, pero algo que también es parte del universo conocido y que debe ser estudiado y aprendido.

### 13. *Levantando la apuesta*

Si dijera que la responsabilidad del Estado no existe en la práctica, sería mal interpretado por quienes no gustan de las exageraciones a las que como andaluz soy proclive. Deberé entonces decir otra cosa, que no existe siempre, *ni en tiempo oportuno*.

Y tampoco se me pretenda levantar la apuesta, que toda la justicia no existe en tiempo oportuno, porque no es verdad: Las cautelares, los amparos, las anticipaciones de sentencia, las cautelares autónomas, todo ello es justicia pronta y efectiva. Existe pues la justicia pronta y efectiva, aunque no sea moneda de todos los días ni para todos los temas, ni comida en todas las mesas.

También sería muy andaluz decir que es solamente en materia de responsabilidad del Estado que no existe justicia oportuna. Sería igualmente falso, pues existe responsabilidad oportuna del Estado en un importante y creciente número de fallos que, cuando está en juego la salud, la vida u otros valores esenciales de una persona o una familia, reaccionan de inmediato imponiendo al Estado la carga de hacer frente, en plazos muy breves, a la responsabilidad que se le imputa: Sea realizar una operación quirúrgica, proveer medicamentos, dar solución a un problema habitacional, producir una vacuna, construir una escuela, dar agua potable a una población, dar alimento a una familia, etc. Los ejemplos proliferan, e incluyen ya tratamiento psicológico, kinesiológico, provisión de prótesis o sillas de rueda para discapacitados, vivienda digna, etc.<sup>7</sup>

Claro que acá estoy hablando otra vez de los fallos, porque no conozco la realidad que ha seguido a tales tan frecuentes como emocionantes pronunciamientos judiciales y he leído comentarios pesimistas sobre su grado de cumplimiento material. Pero cuando las sentencias fijan *astreintes* personales a los funciona-

<sup>7</sup> Existe una tendencia a equiparar responsabilidad del Estado con reparación pecuniaria de una obligación incumplida o un perjuicio ocasionado, pero la reparación no necesariamente es o debe ser pecuniaria, también puede consistir en la satisfacción material oportuna del deber jurídico violado.

rios que incumplan<sup>8</sup> tiendo a creerles un poco más que podrán transformarse en realidad. Como ha dicho GUGLIELMINO, el juez no tiene solamente la facultad sino específicamente el *deber* de hacer cumplir su sentencia.

Es ese vaso medio lleno, en que la emoción ante la magnitud del deterioro personal y familiar que la no responsabilización inmediata del Estado ocasionaría, el que lleva a la magistratura a responder con vehemencia y urgencia al reclamo social, sin que los comentaristas se animen a hacer crítica alguna. Nadie quiere cargar con una muerte sobre su conciencia, ni siquiera para opinar, mucho menos para resolver.

#### 14. *La prevención del daño como antítesis de la responsabilidad del Estado*

También existe responsabilidad oportuna y eficaz del Estado cuando se trata de evitar que cometa perjuicios. Así, en lugar de mandarnos al *solve et repete*, paga y repite en bonos dentro de treinta años, la justicia federal, bonaerense y capitalina protegen el patrimonio de los contribuyentes, evitando que se materialicen los constantes agravios fiscales al derecho. Esos fallos que así resuelven, evitándonos el largísimo juicio que de otra manera terminará en una percepción en bonos devaluados y amenazados de *default* permanente, son también muestra de una responsabilidad del Estado en pleno funcionamiento.

#### 15. *Da capo: El juicio aún no cobrado*

Hay mucho pues de qué alegrarnos. Pero como nada es perfecto en esta vida, el vaso está también medio vacío, como ya hemos visto. De los dos juicios ganados en un tercio del monto reclamado por un daño acaecido en 1982, que antes comenté, hay uno que todavía no se cobró: Lo empecé a los 44 años, tengo 70. O mejor dicho, la administración depositó muchos menos bonos que los adeudados, con lo cual hay que empezar de nuevo toda la historia. Sabemos que la administración es como un león embravecido cuando le quieren ejecutar una condena de daños y perjuicios. Se hacen juicios políticos a los magistrados, se procesa a los funcionarios, se amenaza a los jueces, y los medios masivos de comunicación aplauden que el Estado no haya realmente pagado estas deudas que, no se sabe por qué, algún tribunal dispuso injustamente pagar. Digo injustamente, porque ya hay una percepción social que si se condena al Estado a indemnizar, algo raro debe haber pasado. No se toma como normal y propio de un Estado de Derecho que el Estado pague sus deudas: No en los pasillos de la administración, ni en los corredores de la justicia, ni en las ventanas de la opinión pública.

<sup>8</sup> Ver nuestra nota "Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos," *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D'Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de "imponer."

### 16. *Los índices o los intereses*

Más aún, es expreso a veces que incluso para no pagar los intereses de las deudas se arremeta contra los índices de actualización. No es cuestión de algún funcionario puntual que asume sobre sí liderar con el sable la carga de la caballería ligera, es cuestión que en altos despachos se comenta con signos de evidente convicción: ¿Cómo puede ser que tal o cual producto se compute de tal o cual manera, y que esto nos haga pagar más intereses de la deuda? Lo hemos oído de la mejor fuente jurídica, no lo estamos inventando. Además lo hemos leído, de segura fuente escrita. Ahora ya es *vox populi*.

Los funcionarios más elevados del gobierno son ahora expertos en cómo sacar las cuentas de un índice, luego que hace pocos años en un programa de televisión dos agresivos periodistas partidarios del gobierno preguntaran ostentadamente, a propósito de un caso concreto, cómo es que una deuda de “X” hace veinte años, sea ahora “X más 1.”

### 17. *La calculadora como arma delictual*

Y que se abra un tardío proceso en el cual se está investigando entre otros a los contadores que sacaron las cuentas, para ver si cometieron algún ilícito penal con la calculadora, que parece ser un arma de fuego más en nuestros atribulados días. Resuelto en primera instancia que no había ilícito penal, la cámara revocó y mandó seguir adelante con la investigación, y ahora el juez, para cumplir, ordena toda clase de medidas de prueba. Entre ellas hay una decena encaminadas a “hallar” a uno de los contadores que sacó la misma cuenta, pero no fue “hallado” todavía por la justicia penal. Se trata de determinar si él sí cometió un ilícito penal al sacar la misma cuenta, aunque seguramente con otra calculadora: Las armas de fuego son todas distintas y sus balas producen estrías diferentes y singulares o individuales que permiten compararlas, cualquier serie policial nos lo enseña, pero no se hizo todavía la película que nos explique cómo es que las calculadoras pueden hacer otra cosa que dar idéntico resultado en las estrías de sus números.

### 18. *La praxis, siempre la praxis*

El crédito, mientras tanto, espera, como espera en consecuencia que se materialice la responsabilidad del Estado en el caso concreto. ¿Era esto así en 1958, 1959 cuando preparé mi tesis, en 1960 cuando la presenté? ¿Era así pocos años después, cuando GRACIELA REIRIZ publicó su libro sobre el tema?

¿Por qué no publiqué yo mi tesis?

No lo sé. Mis menores años de entonces no me tenían tan atento a la realidad, todavía leía con fruición fallos y leyes, aunque ya había aprendido a no leer demasiados libros de doctrina. Ese aprendizaje me sirvió desde luego para el futuro, y me sirve hasta el presente, cada vez más. Pero recuerdo lecciones de



la experiencia en mis primeros años de trabajo profesional en la administración pública, cuando mi maestro en la vida profesional, RAFAEL CASTRO VIDELA, me objetó afectuosamente haber preparado un proyecto de nota fuera del expediente, pidiendo informes a otra repartición. “No Gordillo, así no, que se queda con el expediente cargado y si el informe no le llega nunca no va a poder dictaminar. Mándelo con el expediente.” Y agregó, haciendo un chiste, “A lo mejor no viene nunca más.” El chiste se tornó realidad, el expediente no volvió nunca, nunca al menos mientras yo estaba en la administración pública.

No es esto tampoco una particularidad de nuestro país. Dice BRAIBANT en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* que al funcionario no le importa el fallo adverso que genere su conducta, porque la sentencia de condena no le llegará en su tiempo, él no será ya funcionario público en ese entonces. Amarga pero no menos triste verdad. Recuerdo también a nuestro amigo don ALEJANDRO NIETO, que hace casi tres décadas diera una brillante conferencia en Costa Rica hablando de la responsabilidad del Estado en la práctica, en el reino de España, explicar cómo allá otras realidades dan otras experiencias que también difieren de la teoría. En sentido en algún modo semejante, MAIRAL ha comparado hace años en forma verbal, pues no ha querido escribirlo, cómo influye la situación económica del individuo sobre la responsabilidad del Estado en la práctica. Ya sabemos desde CICERÓN y VON IHERING que en el derecho romano el indigente raramente tiene acceso a la justicia, y que hasta hoy las cautelares se dan sin contracautela al rico y poderoso, nunca al pobre y necesitado, que éste debe sí dar contracautela, precisamente por serlo, debiendo entonces ocurrir al clientelismo como hasta nuestros días. Yendo al otro extremo del diapasón cabe preguntarse retóricamente si uno imagina a Amalita Fortabat haciendo un juicio de responsabilidad del Estado.

Y recuerdo también, del mismo don ALEJANDRO NIETO, su libro acerca de *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, que mi querido y admirado amigo me diera el infinito privilegio de anotar. Allí, en uno de los puntos planteados por el autor, vimos un mismo problema desde dos ángulos diferentes: ¿Se trataba de una limitación del conocimiento, o de una limitación del objeto del conocimiento? La respuesta, probablemente, no exista. En el tema de este cap., creo que ambos coincidiríamos que es una limitación del objeto del conocimiento.

### 19. ¡Otra vez da capo!

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ nos ha contado, hace decenas de años, que si la justicia dicta un acto responsabilizando al Estado, éste puede responder con un acto nuevo, que obliga a un proceso nuevo. Recuerdo un caso en que la CSJN condenó a una Provincia a pagar el monto determinado judicialmente por una expropiación de un establecimiento en marcha, que luego por supuesto quedó paralizado una vez en manos del Estado. El monto de la condena firme y definitiva superaba

el presupuesto anual de la Provincia, y habían pasado también varias décadas desde el hecho original, con otros funcionarios, otros gobiernos, otros actores, otros letrados. El daño ya estaba consumado en la década de 1940.

Me tocó a mí, hace más de tres décadas y media (he contado la prescripción antes de hablar), ser el genio del mal en esa ocasión, y en su consecuencia se dictó un nuevo decreto dejando sin efecto la expropiación y devolviendo el bien a su legítimo propietario, o más exactamente a sus legítimos herederos, por carecer de causa fáctica la expropiación. Mi consejo no consta por escrito, claro está, sólo pesa en mi conciencia. Era el sufrimiento de la experiencia relatada por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, puesta en acción: Ahora no era masoquismo, era sadismo.

Yo también fui pues parte de la inmensa maquinaria del Estado que aplasta la responsabilidad del Estado, a veces de manera ingeniosa, a veces de manera grosera, pero siempre injusta. ¿Cuál puede ser la justificación de alguien para así actuar en el momento? La de siempre: El gobierno no tiene la plata para pagar la condena, no puede materialmente pagarla, entonces hace lo necesario para al menos postergar en el tiempo el momento de pago, en lo posible para la siguiente administración cuando él ya no estará en el poder, como explicaba BRAIBANT de la jurisprudencia francesa.

Permítaseme extraer un ejemplo de la historia más antigua, obtenido de aquellos viejos tiempos de rata de biblioteca queriendo hacer una tesis sobre responsabilidad del Estado, financiado en 1958/9 por una beca de iniciación científica del CONICET de entonces. En la *Gazeta de Buenos Ayres*, en tiempos de la Colonia, consta que el Cabildo de Buenos Aires prohibió a un peluquero irse de la Colonia, porque era el único peluquero de Buenos Aires. Aclaro que lo publico desde hace años, reiteradamente, en este tomo 2, cap. VI, p. 37, § 5.2.6., “Un ejemplo colonial.” Resulta ahora que en el año 2007 en una Provincia prohíben a dos anestesiastas dejar la función pública para trabajar privadamente, porque hay pocos anestesiastas en el hospital público. Algunos aplauden, DANIEL SABSAY se pregunta en cambio si el servicio público es entonces una forma de esclavitud para el funcionario. ¿De ese tipo de funcionario esclavizado quieren que él cumpla en sede administrativa una condena judicial por responsabilidad del Estado, sin temor, sin culpa, sin incurrir él mismo en responsabilidad?

### 20. *Otra vez la pintura*

¿Veis el lienzo en la pared? ¡Qué ricos parecen sus frutos! Pero no estiréis la mano, os quedaríais con el apetito sin saciar.

## *Anexo*

### *Palabras leídas en las “Jornadas intercátedra de Derecho Administrativo sobre responsabilidad del Estado” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*

En primer lugar agradezco vivamente la invitación a participar de esta brillante idea de las jornadas intercátedras para, entre todos, ayudarnos recíprocamente a pensar y repensar nuestra realidad actual y futura.

Para hacer en 1958/1959 mi tesis de casi seiscientas páginas sobre la responsabilidad del Estado, estudié todos los libros y artículos en todos los idiomas que conocía, y leí los índices y fallos de cada uno de los tomos de jurisprudencia de la CSJN, revisando tomo por tomo desde el tomo 1, y todos los tomos, también desde el primero, de las primeras leyes del congreso de la Nación cuando aún no sesionaba en Buenos Aires.

Es que tenía una beca *full time* de iniciación científica del organismo que precedió al actual CONICET y quería justificar materialmente mi tiempo, además de querer impresionar al futuro Jurado. Obtuve sobresaliente con recomendación para el Premio Facultad, pero jamás lo publiqué ni quise publicar. Por suerte el premio nunca fue discernido, pues funciona casi como la responsabilidad del Estado: Él tampoco existe y quizás nunca existió.

Cuando en mis primeros años de docencia, en 1959/1960, daba a los alumnos un cuestionario anónimo de evaluación de mi curso, donde tenía una entrada para que anotaran el tema que a su juicio **yo** había estudiado MENOS. Inexorablemente todos indicaban “Responsabilidad del Estado.” Dado que, a la inversa, era el tema que yo había estudiado MÁS, decidí que debía cambiar de método.

De allí nació el germen de lo que décadas después sería el libro *El método en Derecho*. Por lo menos había descubierto cuál NO era el método. Al margen de la cuestión metodológica, el texto de la tesis nunca me satisfizo, y por eso quedó para siempre inédito. Ni siquiera lo incorporaré a lo que estoy llamando *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cuyo tomo 7, sobre alrededor de una docena, aparecerá próximamente.

En el año 2008 participé en esta Facultad en unas jornadas de homenaje a REIRIZ y elegí como tema “La responsabilidad del Estado en la práctica,” diciendo y escribiendo lo que quizás hacía mucho sabía en mi inconsciente, pero nunca había escrito porque no había aún aflorado a mi conciencia.

Estaba tan profundo en mi inconsciente que ese mismo año, en las trigésimas jornadas nacionales de derecho administrativo de la AADA, en la Universidad Austral, elegí —sin saber que repetía el tema— **otra vez** “La responsabilidad del Estado en la práctica.” Ni por un instante se me cruzó por la mente que me estaba repitiendo, que los dos títulos eran exactamente iguales. Mi inconsciente me los dictaba, mi conciencia se negaba a registrarlos.

Un gran amigo, CAMPOLIETTI, me sugirió que lo incluyera en el tratado y me recordó que tenía dos versiones publicadas. Corrí a cotejarlas para ver si no me había contradicho yo mismo, pero por suerte no había contradicciones, sí en cambio complementariedad y un poco de repetición. Armé una sola versión y la publiqué en el tratado.

Recién después de todavía algo más de tiempo, ante el silencio de mis colegas o su afectuosa referencia a mi trabajo como el de “la Irresponsabilidad del Estado,” caí finalmente en la cuenta de por qué mi libro de 1959 sería inédito para siempre: Su verdadera hipótesis o tesis, recién ahora aflorada a mi conciencia, era que **no** existía responsabilidad del Estado, en los términos y con los alcances que explico en ese capítulo y antes dije en dos charlas del mismo tenor, la primera en el aula magna de esta Facultad.

Eso tal vez lo supe siempre, pero no con la certeza del conocimiento público y notorio de **otro** hecho casi evidente: Que a los jubilados nunca les habían pagado bien sus haberes, desde antes de la segunda mitad del siglo XX.

Esta situación no sólo se mantiene sino que se mantendrá en futuros gobiernos, digan lo que digan las anteriores, la presente o las futuras Cortes Supremas. Lo digo con todo respeto a las instituciones, pues el fenómeno de la irresponsabilidad estatal se presentó en todo el mundo hace dos y más siglos. No es un dato nuevo y original de nuestra realidad, sino tan sólo el recordatorio o la marca de la ubicación histórica de nuestro derecho.

Un destacado economista argentino decía hace más de una década que las jubilaciones eran la “variable de ajuste” del sistema económico argentino. Pero no era ni es la única variable de ajuste, quizás sólo la principal, pues hay muchas más.

Ese futuro también lo anuncié, citando al mismo economista, en un artículo que publiqué al alba del siglo XXI, en el año 2001, que llamé “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” un título casi igual a uno escrito poco antes por LORENZETTI.

Aclaré el tema con él pero ya no tenía espíritu para seguir puliendo y mejorando la descripción de la realidad. Por eso, con su anuencia, se republicó inalterado, en

el libro dirigido por él, “Emergencia pública y reforma del régimen monetario,” aparecido en el año 2002.

Otras realidades también me hostigaban, como las que publiqué bajo el título “Una celebración sin gloria,” para los ciento cincuenta años de la Constitución argentina, en el 2003.

Ya en el siglo pasado, cuando salió la ley de las AFJP, me quedé en el sistema estatal de reparto y no hice ahorros voluntarios en el nuevo sistema no estatal que se creaba, porque sabía que terminaría como terminó, mal.

En el caso se trató finalmente de una confiscación votada por todos los principales partidos, con el mismo entusiasmo con que aplaudieron el repudio de la deuda externa y la consagración formal del *default* del que todavía no hemos salido, más la confiscación de Aerolíneas Argentinas, de Repsol e YPF, todo con masivo apoyo popular y votos de todo el arco iris en el Congreso de la Nación. El pueblo, con su voto, lo ha querido así.

El Estado está fundido, y aunque la deuda de bonos en *default* sea de sólo el 1 ó 2 por ciento del PBI, según dicen algunos (otros dicen 40% o más, sin contar la deuda interna) cuando la de Grecia es del 180% de su PBI, la sumatoria de todas las deudas internas las hacen materialmente impagables.

Como dijera con ácido humor MAIRAL antes de las elecciones que ganara Alfonsín, “el año que viene no elegimos Presidente, elegimos síndico de la quiebra.” Sigue siendo verdad, lo hayamos internalizado o no.

Eso era a comienzos de la década del 80, en la entonces gigantesca aula “B” de la Facultad, poco después transformada en oficinas administrativas con funcionarios públicos en vez de estudiantes, así como hoy nos vemos en el aula verde en lugar del Aula Magna de la Facultad y nos veremos en próximas jornadas en la futura aulita celeste que en justicia nos corresponde pero aún falta habilitar.

Aparecen con todo gestos que indicarían que algo está cambiando. En lugar de confiscar, expropiar o intervenir METROGAS, compramos sus acciones por su valor de mercado, usando el privilegio del *first refusal*. Claro que ahora que es nuestra, aumentamos el gas como también aumentamos los impuestos internos locales a los derivados del petróleo, los peajes, las patentes, y siguen las firmas.

Este mes de diciembre parece que pagaremos a los tenedores de bonos el respectivo vencimiento, por eso han pegado un repunte en el mercado y el año que viene, con menores vencimientos, tal vez ofreceremos arreglar con los *holdouts* y *hedge funds* que ahora aquí todos llaman fondos buitres, aunque no sea ésa la denominación que reciben fuera de nuestras fronteras, cada vez más chicas.

El 17 de diciembre vence el segundo plazo que nos dió el Fondo Monetario Internacional para comenzar a sincerar los índices de actualización, lo que elevará el valor y el precio de la deuda pública ajustable por el INDEC.

No tenemos grandes vencimientos hasta el 2017, por lo que estos años intermedios habrá que emplearlos en recomprar —compulsivamente, por ley, acreditando

en la Caja de Valores su escaso valor de mercado— deuda barata, para después sincerarla, como hicimos con METROGAS.

Me duele vender por su valor de mercado los bonos que recibí por su valor nominal, por eso tal decisión me será más fácil de aceptar cuando la adopte el gobierno que sea: Es, después de todo, la aplicación del derecho administrativo, lo menos que puede pedir un administrativista.

También deberemos comenzar a pagar al Club de París, con el cual estamos en *default* total desde hace más de una década y para ello deberemos continuar aumentando los impuestos nacionales y locales, para pagar tanta deuda *defaulteada*.

Todavía hoy somos como decía Sarmiento en el 1800, “el gran deudor del Sur.” ¿Dirá alguien que al Estado le queda plata para pagar la deuda interna que significa la “responsabilidad del Estado”?

Por supuesto, en buenos principios el Estado debiera ser responsable jurídicamente, pero como lo expliqué en el aula magna en el año 2008 en el homenaje a REIRIZ, y está escrito en el tomo 2 de mi tratado: En la práctica, casi no hay responsabilidad del Estado.

Por eso el proyecto de código civil dice que tal responsabilidad se regirá por el derecho administrativo, que de hecho es el gran derecho del poder frente a los particulares. Los reclamos de los tenedores de bonos provinciales defaulteados de una u otra manera, serán dilucidados conforme a las leyes locales. Es el *arrêt Blanco* al revés.

El siglo pasado, en 1982, publiqué un trabajo sobre el contrato de crédito público interno y externo, confrontando el derecho público interno con el derecho privado externo. Por ello no es nada inocente ni meramente académico que el proyecto de código civil sometido al Congreso de la Nación sostenga que la responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo y no por el derecho civil.

Mi artículo de 1982 tiene igual vigencia treinta años después. Son tantos los temas, que con mi amigo BRUNO DOS SANTOS los juntaremos en el tomo 7 de mi *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 7 que se denominará *El derecho administrativo en la práctica*: Todo un tomo, no ya alguno que otro capítulo. Allí trasladamos los capítulos en igual diapasón, en los ya muy abultados primeros cuatro tomos, y otros trabajos del mismo tenor, propios y ajenos.

En la materia optativa que con ese mismo título dictamos con BRUNO DOS SANTOS en la especialización, tenemos un caudal torrentoso, no de seiscientos ni de sesenta alumnos, sino de seis llaneros solitarios.

Sólo a seis graduados de la masiva y generosa especialización les interesa saber cómo nos parece a algunos que funciona en realidad el derecho administrativo. A los demás potenciales especialistas no les importa saberlo, o tal vez sospechen que no les diremos que el derecho administrativo anda “fenómeno,” y que ese mensaje no lo quieran **ni escuchar**. Devaluaría su futuro título, como si fuera un bono del Estado.

Es como decía FREUD para el psicoanálisis, sólo al conocerse el enfermo a sí mismo se produce el *insight*, con el cual comienza la curación psicoanalítica. Y como dicen todavía hoy los psicoanalistas, el *insight* produce depresión, sí, pero sin esa depresión no hay curación.

Negarse a ver la realidad, en todo caso, es uno de los mecanismos inconscientes de protección del YO, igual que el poder curativo del olvido, como explicara Anna Freud.

Por eso durante más de medio siglo me fue imposible darme cuenta que la responsabilidad del Estado era irreal: Ahora, con el *insight*, comienza el proceso de curación.

Gracias a todos.

