

EDUARDO MERTEHIKIAN

Profesor de Derecho Administrativo Profundizado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad del Museo Social Argentino. Profesor de Responsabilidad del Estado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de Abogados del Estado. Ex profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires.

La responsabilidad pública

*Análisis de la doctrina y la jurisprudencia
de la Corte Suprema*

Prólogo de

JULIO CÉSAR CUETO RÚA

Mertehikian, Eduardo

La responsabilidad pública : análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema - 1a ed. - Buenos Aires : el autor, 2006.
E-Book.

ISBN 987-05-1256-9

1. Doctrina y Jurisprudencia. I. Título
CDD 348.04

© Eduardo Mertehikian
Talcahuano 638 4º piso "H" (1013)
Ciudad de Buenos Aires – Argentina
emertehikian@ciudad.com.ar

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11.723

ISBN 987-05-1256-9

EDITADO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información sin autorización escrita del Editor.

AGRADECIMIENTOS

*Al Doctor **Julio César Cueto Rúa** por su gentileza al aceptar la tarea de prologar este libro y, muy especialmente, por sus generosas expresiones.*

*A las Doctoras **Carolina González de Lellis** y **Mariana Díaz**, distinguidas ex - alumnas en la Universidad Católica de Buenos Aires, y en la actualidad docentes ejemplares de la materia Derecho Administrativo Profundizado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Sin duda alguna puedo decir que este libro no habría sido posible sin sus inestimables aportes, colaborando en la azarosa tarea de investigar la jurisprudencia, formulando críticas, brindando opiniones, revisando borradores y concediéndome su valioso tiempo en esta empresa.*

*No puedo dejar de mencionar mi especial gratitud a la Procuración del Tesoro de la Nación que tan generosamente me brindó desde hace ya varios años la posibilidad de dictar la materia “Responsabilidad del Estado” en la Maestría en Abogacía del Estado que esa prestigiosa institución organizó, merced a la incansable labor de su Director, Doctor **Eugenio Luis Palazzo**, y al esfuerzo del conjunto humano que lo acompañó muy seriamente en el desafío de jerarquizar el Cuerpo de Abogados del Estado.*

*A **Luciana Paola Castiglioni**, a cuyo cargo estuvo la tarea de edición y revisión final de los textos originales y el control y búsqueda de citas de doctrina, legislación y jurisprudencia.*

*A **Rodolfo Depalma**, por incentivar y creer en esta obra, por sus sugerencias y por la paciencia.*

A todos ellos, de nuevo, mi sincera gratitud.

PROLOGO

I.

Este libro de Eduardo Merteikian, dedicado al análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional en la materia de responsabilidad pública es una excelente contribución al conocimiento de un tema complejo y pletórico de dificultades. Basta examinar cualquiera de los tratados y los ensayos sobre el Derecho Administrativo publicados en la Argentina durante el último medio siglo para ganar una idea razonablemente precisa de su desarrollo y difusión. En el mundo de nuestros días son pocos, muy pocos, los casos que escapan a la gravitación e incidencia del Derecho Administrativo. Su dinamismo, mutabilidad, y heterogeneidad inciden sobre los grandes temas del derecho de nuestro tiempo. El Derecho Administrativo mantiene estrechos vínculos con el Derecho Constitucional, el Derecho Tributario, el Derecho Civil, el Derecho Comercial y el Derecho Internacional Privado. Quienes concentrasen sus lecturas y sus estudios en textos doctrinarios de Derecho Administrativo, podrían desenvolverse con soltura en la satisfacción de las múltiples exigencias cognoscitivas inherentes a la convivencia en el seno de inmensas concentraciones humanas en reducidos ámbitos geográficos. No se puede entrar en contacto fructífero con el mundo de nuestros días si no se conocen con precisión y claridad las estructuras del poder, las garantías de una convivencia pacífica y ordenada, la distribución de las cargas públicas y de los ingresos fiscales, el régimen de los derechos y las obligaciones de los ciudadanos y residentes en sus relaciones interindividuales, y los actos de comercio mediante los cuales se atienden los intereses de la comunidad.

El buen abogado administrativista cuenta con sólidos conocimientos de disciplinas complementarias tales como la economía, las finanzas, la política y la historia. Con todo, ello no basta. El administrativista necesita estar al tanto del mundo circundante, tanto el nacional, el provincial y municipal como el internacional. Esa realidad social de grandes centros urbanos demanda un alto grado de equilibrio y racionalidad en su administración. Para conocerla se necesita de la inspiración, la inteligencia y, la imaginación de quienes se han preocupado por atender las exigencias del cambio.

II.

Este ensayo de Mertehikian se destaca por su sólido apoyo en la realidad jurídica de nuestro tiempo. El ha prescindido de las doctrinas europeas principalmente las francesas, las italianas y las alemanas. Ha preferido utilizar fuentes nacionales. Ha encontrado en ellas la base de la doctrina extraída de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en los aportes de los más destacados expositores del Derecho Administrativo argentino. El Autor se ha empeñado en describir pulcramente los hechos que configuran los conflictos y sus consecuencias. Lo hace con un lenguaje conciso, terso y expresivo. Media una equilibrada economía de conceptos. Ella pone de manifiesto que Mertehikian además de saber derecho, lo sabe expresar con claridad y coherencia.

Los fallos de la Corte Suprema comentados en este libro han sido bien elegidos por Mertehikian. Esos casos han orientado a jueces y abogados en la difícil tarea de trasladar las normas jurídicas desde su generalidad al plano concreto de la realidad cotidiana. Esta simplificación jurisprudencial abre las puertas a mayores desarrollos normativos. En efecto, si bien las sentencias especifican los significados extensos de los textos jurídicos generales, estos significados, sirven como base normativa para futuros desarrollos lógico-jurídicos.

III.

El tratamiento de los precedentes jurisprudenciales es ejemplar. Mertehikian ha sabido elegir aquellas sentencias que fijaron nuevos

rumbos en nuestro Derecho Administrativo, abriendo nuevas perspectivas más justas y ordenadas. Sus comentarios destacan los aspectos relevantes de los casos. Ello le permite delimitar el alcance de cada uno de los precedentes elegidos y dar razones fundadas de su interpretación.

La tarea de exponer los precedentes de la Corte Suprema de Justicia Nacional se ha visto facilitada por la constante relación establecida por Mertehikian entre las contribuciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Pone mucho cuidado en el juzgamiento crítico de la doctrina nacional. Sabe que la objetividad se acredita mediante la adopción de puntos de vista admitidos por los demás. La objetividad es intersubjetividad. Ella se encuentra acreditada en este libro porque el Autor siempre cuenta con buena compañía; (a) los precedentes jurisprudenciales sentados por la Corte Suprema de Justicia Nacional, (b) las contribuciones teóricas de los juristas.

IV.

Este libro es actual y es moderno. Actual, porque identifica los aspectos más críticos y relevantes del derecho de nuestro tiempo, sus fortalezas y sus debilidades. Moderno por su realismo y por su mensaje; un mensaje de alerta dedicación a los datos de la realidad.

Durante prolongadas décadas de la historia del Derecho en nuestro país, se sintió una poderosa preferencia por las doctrinas jurídicas abstractas elaboradas por los grandes juristas de la Europa continental. El derecho pasó a ser, en importante medida, el producto de la actividad teórica de los juristas. Así, al Derecho se lo encontraba en los tratados y los ensayos de los grandes profesores universitarios, y se lo llamaba el Derecho de los juristas (Juristenrecht). En nuestro caso, el Derecho también era el Derecho de los juristas. Para comprobarlo basta leer las notas de Velez Sarsfield a su Código Civil.

Mertehikian ha tenido la habilidad de equilibrar las contribuciones de la doctrina con los aportes de la jurisprudencia y las prácticas administrativas. Nos presenta un libro de realidades, de fenómenos de creación y aplicación de las normas jurídicas en la vida cotidiana de los funcionarios públicos y de los administrados. El lector no es remitido

por el Autor a complejas concepciones teóricas elaboradas por juristas dogmáticos. Le orienta, en cambio, a estudiar conflictos, a conocer y medir intereses contrapuestos y a experimentar las diferencias generadas por pretensiones políticas y aspiraciones comunitarias de larga tradición.

V.

Los antecedentes jurisprudenciales utilizados por el autor son los establecidos por la Corte Suprema de Justicia Nacional. Han sido elegidos con prudencia y tacto. Ellos muestran la variada riqueza de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Nacional. En cada caso se exponen sus hechos relevantes y se los examina en su conexión con variadas tendencias jurisprudenciales. Ello facilita la comprensión del Derecho Administrativo como un proceso dinámico, heterogéneo, estrechamente vinculado con la economía, las finanzas y el poder político. Mertehikian dispone de una mente lúcida y sintética. Compara casos y los sigue en sus desarrollo sugiriendo, como lo hacían Roscoe Pound y Jerome Frank, nuevas avenidas y perspectivas desplegadas por el dinamismo de la vida norteamericana. Cada caso es visto como una instancia de un proceso histórico cuyas raíces el Autor pone de manifiesto. El Autor tiene presente con gran claridad las posibilidades y las limitaciones del proceso de interpretación y aplicación de las normas jurídicas generales y tiene en cuenta los intereses cuya satisfacción es una pretensión capital del jurista realista e inteligente.

VI.

Mertehikian acredita ricos antecedentes en el estudio, la investigación y la enseñanza del Derecho. La expresión de sus ideas es clara y persuasiva. Sabe dar razones de la realidad. Sus afirmaciones se apoyan en una serie coherente de precedentes doctrinarios y jurisprudenciales que muestran la objetividad de sus enfoques.

Ha registrado una intensa actividad docente y doctrinaria. Ello le ha permitido tomar conciencia de las diversas perspectivas desde las

cuales se puede percibir el objeto del conocimiento jurídico. Tales antecedentes justifican un pronóstico optimista acerca de la calidad y expansión de su actividad intelectual. Mertehikian ha efectuado una valiosa contribución al conocimiento y la aplicación del Derecho administrativo argentino. Ha prestado un servicio a la comunidad de los abogados, los políticos y los administrados en la Argentina. Sus logros son de primer orden y merecen el reconocimiento de los juristas.

JULIO CESAR CUETO RUA

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	7
----------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO INTRODUCCIÓN

1. El esfuerzo evolutivo de nuestro sistema jurídico.....	23
2. La cuestión de la responsabilidad del Estado desde la óptica del derecho público.....	27
3. La aplicación subsidiaria o directa del artículo 1112 del Código Civil y de otras disposiciones del derecho común.....	28
a) La aplicación debe ser directa.....	30
b) El deslinde entre lo público y lo privado también tiñe esta materia....	31

CAPÍTULO II ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

4. Encuadre del problema.....	33
5. Síntesis de los distintos criterios expuestos en la doctrina.....	35
6. Especial referencia al denominado “sacrificio especial” y su exigencia por parte de la Corte Suprema.....	39
a) “Establecimientos Americanos Gratry S.A.” (18 de marzo de 1938)..	41
b) “Spurr”.....	42
c) “Carlos Reisz y Cía. S.R.L.” (14 de octubre de 1960).....	42
d) “Rebesco, Luis Mario” (21 de Marzo de 1995).....	43
e) “Laboratorios Ricar S.A.” (23 de Noviembre de 1995).....	43
f) “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la vivienda” (12 de Noviembre de 1996).....	43
4. Nuestra opinión.....	44

CAPÍTULO III
EL PRETENDIDO DOGMA DE LA “IRRESPONSABILIDAD”
DEL ESTADO

8. Los primeros antecedentes legales.....	47
9. La sanción del Código Civil.....	49
10. Una aproximación al concepto de la falta de servicio como factor de atribución objetivo.....	50
a) Ausencia del requisito de imputación subjetiva en el agente público (aproximación a los criterios de la Corte).....	52
b) Una interpretación integradora de las normas que regulan la falta de servicio.....	53
c) La “falta de servicio” como criterio objetivo y la imputación directa a través de la “teoría del órgano”. El criterio de la Corte Suprema.....	54
d) Los antecedentes del fallo “Vadell”.....	56
e) Importancia sustancial de la diferenciación.....	58

CAPÍTULO IV
LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO
POR SU ACTUACIÓN ILÍCITA

11. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de las normas aplicables.....	59
a) “Seste y Seguich” (29 de septiembre de 1864).....	60
b) “Gómez c/ La Nación” (1º de junio de 1865).....	61
c) “Escalada c/ MCBA” (23 de enero de 1886).....	62
d) “Corio Luis” (16 de abril de 1904).....	63
e) “Cayetano Cueva” (26 de junio de 1909).....	63
f) “Eduardo Dughera” (21 de agosto de 1909).....	63
g) “Teresa Tomassoni” (12 de abril de 1910).....	64
h) “Compañía Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda.” (12 de agosto de 1916).....	64
i) “Lezica Alvear” (18 de septiembre de 1919).....	65
j) “Devoto” (22 de septiembre de 1933).....	66
k) “Ferrocarril Oeste” (3 de octubre de 1938) La inaplicabilidad del artículo 43 del Código Civil.....	67
l) Nuestra opinión.....	69
12. El caso “Vadell Jorge” y las decisiones que lo precedieron.....	69
a) “Automotores Faillace Triangeli” (23 de octubre de 1973).....	70
b) “Sánchez Puppulo” (6 de mayo de 1974) y “Gallegos Botto” (15 de octubre de 1974).....	72

c) “Vadell” (18 de diciembre de 1984). La ordenada consolidación de un criterio único.....	72
13. La jurisprudencia posterior.....	74
a) “Pose José Daniel” (1° de diciembre de 1992).....	74
b) “Tejedurías Magallanes” (19 de septiembre de 1989).....	75
c) La jurisprudencia posterior y la invocación del artículo 1113 del Código Civil.....	75
14. A modo de síntesis.....	76

CAPÍTULO V

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Las vías de hecho administrativas como fuente de responsabilidad. El daño resarcible. Lo atinente a la extensión del resarcimiento y el reconocimiento del lucro cesante

15. Introducción.....	79
16. Análisis de los denominados requisitos o presupuestos generales de procedencia de la acción resarcitoria.....	80
17. Primer requisito: la imputación jurídica de la acción u omisión del agente o funcionario al Estado.	81
a) Significado de la expresión “en ejercicio o en ocasión de las funciones”.....	81
b) La teoría del órgano. El abandono de las posturas contractualistas.....	81
c) Requisitos para que se configure la “imputación directa”. El “quid” de la actuación del agente en “ejercicio o en ocasión de la función” y la influencia de la responsabilidad indirecta o refleja del artículo 1113 del Código Civil.....	83
d) Evolución del criterio de la Corte Suprema. Selección de jurisprudencia.....	83
1. “Enrique Rodríguez” (4 de noviembre de 1942).....	83
2. “Rabanillo” (10 de octubre de 1943).....	85
3. “Estado Nacional Argentino c/ Provincia de Buenos Aires s/ cobro de pesos” (30 de Noviembre de 1962).....	85
4. “Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/ Provincia de Río Negro s/ cobro de pesos” (1° de Marzo de 1994).....	85
5. “Scamarcia, Mabel y otro” (12 de Septiembre de 1995).....	85
e) Nuestra opinión.....	85

18. El especial caso de las “vías de hecho” administrativas como fuente de responsabilidad.....	90
19. Segundo requisito: existencia de un daño resarcible.....	91
a) Los derechos de incidencia colectiva.....	92
b) La carga de la prueba le incumbe a quien alega la existencia del daño.....	95
c) La indemnización pecuniaria es optativa para el damnificado.....	97
d) La exigencia de la efectividad del daño en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Selección de jurisprudencia.....	98
1. “Banco de la Nación Argentina c/ Provincia de Buenos Aires s/ cobro de pesos” (16 de Abril de 1969).....	98
2. “Brumeco S.A.” (18 de septiembre de 1990).....	98
3. “Massa, María Mercedes” (26 de octubre de 1993).....	99
4. “Astilleros Príncipe y Menghi S.A.” (5 de marzo de 1996)...	99
e) Lo atinente a la extensión del resarcimiento y a la reparación del “lucro cesante”. Los distintos supuestos (actuación ilícita y actuación lícita). Argumentos a favor y en contra. La doctrina de la “fuerza expansiva de la expropiación”.....	99
f) Nuestra opinión.....	102
g) Las soluciones establecidas por la Corte Suprema. Selección de Jurisprudencia.....	105
1. “Comisión de Aguas” (1° de julio de 1876).....	105
2. “Laplacette, Juan y otros” (26 de Febrero de 1943).....	105
3. “Boccara” (17 de julio de 1970). La admisión del lucro cesante.....	107
4. “Corporación Inversora los Pinos S.A.” (22 de diciembre de 1975).....	108
5. “Cantón Mario Elbio” (15 de mayo de 1979).....	111
6. “Sánchez Granel” (20 de septiembre de 1984).....	112
7. “Motor Once S.A.” (9 de mayo de 1989).....	113
8. “Jucalán Forestal S.A.” (23 de noviembre de 1989).....	115
9. “Prada, Iván Roberto” (16 de junio de 1993).....	116
h) La indemnización del daño moral.....	118
1. “Tosich Milán” (31 de marzo de 1939).....	120
2. “Torres, Guillermo” (17 de diciembre de 1985).....	120
3. “De Gandía, Beatríz” (4 de mayo de 1995).....	120
4. “Kasdorff” (22 de marzo de 1990).....	121
5. “Brumeco S.A.” (18 de septiembre de 1990).....	122
20. Tercer requisito: conexión causal entre la conducta y el daño.....	122
a) La exigencia de que esa causalidad sea “directa” e “inmediata” La regulación efectuada por el Código Civil y su aplicación a este ámbito.....	122

b) El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El requisito de la “exclusividad”	124
21. Colofón (la ausencia del deber jurídico de soportar el daño).....	127
22. Requisitos propios.....	127
a) Requisitos propios en el ámbito de la responsabilidad. extracontractual del Estado por su actividad ilegítima.....	127
b) Requisitos propios en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima.....	128

CAPÍTULO VI

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA.

Plazo. Cómputo. Dispensa. Reclamo administrativo previo. Efectos

23. Introducción.....	129
24. Responsabilidad extracontractual derivada de actos ilícitos del Estado.....	130
a) “Hotelera Río de la Plata S.A.” (4 de junio de 1985).....	131
b) “Wiater” (4 de noviembre de 1997).....	133
c) “Compañía Azucarera Concepción S.A.” (31 de marzo de 1999).....	134
25. La dispensa de la prescripción cumplida del art. 3980 del Código Civil.....	136
a) “Di Cola” y “Olivares” (16 de agosto de 1988).....	138
b) “Molteni” (29 de junio de 1989).....	139
c) “Gutheim” (31 de agosto de 1990).....	140
d) El plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Ibáñez” (21 de abril de 1992).....	141
e) La postura de la Procuración del Tesoro de la Nación. El caso “Mott”. Dictamen N° 40/95 (14 de marzo de 1995).....	142
26. Supuestos especiales de cómputo del plazo de prescripción.....	145
a) Actos administrativos nulos.....	145
b) Sentencias condenatorias nulas.....	147
c) Responsabilidad extracontractual derivada de actos lícitos del Estado.....	148
1. “Laplacette” (26 de Febrero de 1943).....	148
2. “Cipollini” (2 de marzo de 1978).....	150
3. “Aguará Ganadera” (20 de marzo de 1986).....	151
4. El plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la causa “Ricci” (3 de marzo de 1988).....	151
I) Postura mayoritaria.....	152
II) Postura residual.....	152
III) Postura unitaria.....	153
IV) Postura minoritaria.....	153

d) El carácter federal o local de las normas referidas a la prescripción..	154
1. “Zuberbuhler” (28 de septiembre de 1953).....	155
2. “Liberti” (10 de agosto de 1956).....	156
3. “Pertuso” (8 de julio de 1980).....	156
4. “Santos” (15 de agosto de 1989).....	157
5. “Sandoval” (8 de julio de 1997), y sus citas de Fallos: 275:254 y de Fallos: 311:1795.....	157
6. “Puigmarti” (15 de octubre de 1999).....	159
27. Nuestra opinión.....	160

CAPÍTULO VII

LAS DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN ARGENTINA

28. El reclamo administrativo previo.....	163
a) Concepto.....	163
b) La Ley 3952 de Demandas contra la Nación.....	165
29. El Decreto 28.211/44. La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	168
a) El problema práctico de la certeza.....	169
b) La falta de procesamiento eficaz.....	169
c) Las personas interesadas e influyentes.....	169
d) El problema del “quantum”.....	169
30. La cuestión a partir de la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (19.549).....	169
31. Nuestra opinión.....	171
32. Efectos del reclamo administrativo previo sobre la prescripción.....	172

CAPÍTULO VIII

LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas

33. La descentralización administrativa como técnica para cumplir los fines estatales.....	175
34. La denominada “comunicabilidad de patrimonios públicos”. Actualidad de la cuestión.....	176
35. Disposiciones legales que limitan la responsabilidad del Estado.....	177
36. El especial caso de las entidades autárquicas. El criterio de la Corte Suprema y de algunos tribunales inferiores.....	180
El caso “Boccará” (17 de julio de 1970).....	182

37. La indagación acerca del autor del evento dañoso.....	182
38. La aplicación del artículo 1113 del Código Civil.....	183
39. Conclusiones.....	188

CAPÍTULO IX

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA OMISIÓN ANTIJURÍDICA

40. Introducción. Caracterización de la omisión.....	191
41. Las disposiciones legales involucradas. (artículos 1074 y 1112 del Código Civil).....	196
42. Las soluciones provistas por la jurisprudencia. Selección de casos.....	199
a) “Franck, Roberto Á. “ (14 de noviembre de 1969).....	199
b) “Odol S.A.I.C.” (11 de mayo de 1982).....	199
c) “Sykes” (2 de julio de 1985). El ejercicio del poder de policía en materia financiera. Opinión crítica.....	201
d) “Torres” (4 de abril de 1989).....	205
e) “Ruiz” (7 de noviembre de 1989) y “Sarro” (27 de diciembre de 1990). ..	206
f) “Lanati” (2 de julio de 1991).....	208
g) “De Gandía, Beatriz” (4 de mayo de 1995).....	209
h) “Colavita Salvador c/ Provincia de Buenos Aires” (7 de marzo de 2000).....	210
43. Conclusiones.....	212

CAPÍTULO X

LA REPARACIÓN PATRIMONIAL POR LA FUNCIÓN NORMATIVA LÍCITA

44. Breve introducción y encuadramiento de su estudio.....	215
45. La jurisprudencia de la Corte Suprema. Selección de casos.....	218
a) La tesis negativa. La especialidad del daño. El caso “Establecimientos Americanos Gratry” (18 de marzo de 1938).....	218
b) El ejercicio de poderes de gobierno. El caso “Supr.” (21 de octubre de 1938).....	219
c) “Irala Arias” (10 de mayo de 1961).....	219
d) Ejercicio ilegítimo de poderes normativos. El caso “Acuña Hnos.” (16 de febrero de 1962).....	220
e) El cambio de criterio. El caso “Cantón” (15 de mayo de 1979).....	220
f) La conformación de la doctrina. El caso “Winkler” (9 de agosto de 1983).....	221

g) El requisito de la exclusividad. El caso “Ledesma S.A. Agrícola Industrial” (31 de octubre de 1989).....	221
h) La ausencia del deber jurídico de soportar el daño. El caso “Columbia” (19 de marzo de 1992).....	222
i) El cambio de la política económica. El caso “Buenos Aires Eximport” (30 de marzo de 1992).....	223
j) La Corte confirma su criterio. El caso “Revestek” (15 de agosto de 1995).....	225
k) “Cirlafin” (15 de agosto de 1995).....	226
46. Colofón.....	226
Las previsiones del Proyecto de Código Civil unificado. Crítica.....	227

CAPÍTULO XI

PANORAMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

47. Introducción.....	229
48. La cuestión en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....	235
49. Análisis de la jurisprudencia. Selección de casos.....	238
a) La falta de servicio. El caso “Hotelera Río de la Plata S.A.” (4 de junio de 1985).....	238
b) La tesis negativa. El caso “Enrique Garda Ortiz” (4 de noviembre de 1986).....	239
c) Una orden judicial irregular. El caso “Etcheverry” (16 de diciembre de 1986).....	240
d) “Vignoni” (14 de junio de 1988). El error judicial. La Corte Suprema fija un criterio rector.....	241
e) Órdenes judiciales irregulares. La Corte confirma su criterio. El caso. “Videla Cuello” (6 de marzo de 1989).....	243
f) La necesidad del juicio político. El caso “Irurzun” (12 de abril de 1994).....	244
g) La extensión de la doctrina del error judicial a las causas civiles. El caso “Román” (13 de octubre de 1994).....	245
h) La omisión de una orden judicial. El caso “De Gandía” (4 de mayo de 1995).....	249
i) La reiteración de la doctrina de la Corte. El caso “Balda” (19 de octubre de 1995).....	250
j) La acción de daños no constituye una vía idónea para determinar el error judicial. El caso “Egües” (29 de octubre de 1996).....	251
k) La absolución por sí misma no es fuente de responsabilidad. El caso “Asociación Mutual Latinoamericana” (3 de diciembre de 1996).....	253

l) “López” (11 de junio de 1998).....	254
m) El cambio de criterio. La prolongación de la prisión preventiva. El caso “Rosa” (1° de noviembre de 1999).....	255
50. A manera de conclusiones.....	259

CAPÍTULO XII

LA REPARACIÓN DE DAÑOS POR LA ACTUACIÓN POLICIAL Y EL USO DE ARMAS DE FUEGO

51. Introducción.....	263
52. El criterio de la jurisprudencia. Selección de casos.....	264
a) La responsabilidad por la elección del agente policial. El caso “Echegaray, María e Hijos” (3 de septiembre de 1941).....	266
b) La actuación legítima policial. El caso “Iwaczycyszyn” (23 de julio de 1943).....	267
c) La falta de servicio en la actuación policial. El caso “Susan” (27 de septiembre de 1946).....	268
d) Agente policial fuera de servicio. El caso “Panizo” (13 de julio de 1978).....	269
e) Responsabilidad por la actuación policial lícita. El caso “Velazco Angulo” (15 de septiembre de 1987).....	269
f) La confirmación del criterio de la Corte. El caso “Lozano Gómez” (12 de mayo de 1992).....	269
g) La obligación de portar el arma reglamentaria. El caso “Furnier” (12 de mayo de 1992).....	272
h) Riñas y armas de fuego policiales. El caso “Scamarca” (12 de septiembre de 1995).....	272
i) Actuación policial en manifestaciones de protesta. El caso “Toscano” (7 de febrero de 1995).....	275
j) La responsabilidad por la actuación policial. El caso “Rebesco” (21 de marzo de 1995).....	275

CAPÍTULO XIII

DAÑOS SUFRIDOS POR INTEGRANTES DE LAS FUERZAS ARMADAS

53. Introducción.....	277
54. Las soluciones aportadas por la jurisprudencia. Selección de casos.....	278
a) El estado militar. El caso “Gregorio Ducase” (11 de agosto de 1939)....	278
b) La ausencia de estado militar y la indemnización civil. El caso “Juan Gelman” (26 de abril de 1946).....	278

c) El primer cambio de criterio. Daños en el servicio militar obligatorio El caso “Gunther” (5 de agosto de 1986).....	279
d) El segundo cambio de criterio. Daños en el servicio militar voluntario El caso “Valenzuela” (25 de agosto de 1992).....	281
e) Una variante al criterio de “Gunther”. El servicio militar obligatorio y el grado de incapacidad. El caso “Bertinotti” (6 de octubre de 1992).....	281
f) Una nueva solución para los voluntarios. El caso “Mengual” (19 de octubre de 1995).....	282
g) La indemnización del derecho civil en ausencia de previsiones específicas. El caso “Lapeгна” (20 de agosto de 1996).....	284
h) Nuevamente los conscriptos y la incapacidad laboral. El caso “Picard” (5 de noviembre de 1996).....	284
i) La gendarmería nacional y los daños en los actos de servicio. El caso “Gómez” (18 de febrero de 1997).....	286
j) Daños originados en acciones bélicas. El caso “Azzetti” (10 de diciembre de 1998).....	286
55. Conclusión.....	288

BIBLIOGRAFÍA.....	291
--------------------------	------------

ÍNDICE DE FALLOS CITADOS

A) Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	297
B) Suprema Corte de Buenos Aires.....	304
C) Corte Suprema de Mendoza.....	304
D) Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.....	304
E) Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.....	305
F) Cámara Nacional en lo Civil.....	305
G) Cámara Nacional en lo Comercial.....	305
H) Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial.....	305
I) Cámara Federal de Rosario.....	305

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

1. EL ESFUERZO EVOLUTIVO DE NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Con verdadero acierto se ha escrito que un sistema de derecho administrativo no es completo sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación de los perjuicios que le ocasione el Estado¹, y es por ello que el tema reviste trascendente importancia por ser el reflejo de una sociedad y de su sistema jurídico, en la medida que pretenda evolucionar hasta alcanzar el concepto de “estado de derecho”.

En efecto, el principio de orden natural según el cual nadie debe dañar a otro posee raigambre en el art. 19 de la Const. nacional, según ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Santa Coloma, Luis Federico y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”². De este principio no se encuentra marginado el Estado, persona ética por excelencia y creadora primaria del derecho. No podemos asumir ni siquiera por vía de hipótesis una conclusión contraria.

Pues bien, el propósito de este trabajo es destacar el estado de evolución de algunas de las notas más salientes de la cuestión de la responsabilidad extracontractual del Estado en nuestro sistema jurídico. Señalamos de entrada que en lo atinente a la responsabilidad de naturaleza contractual la cuestión ya no ofrece dificultades y ha sido admitida desde los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es oportuno aclarar que el presente trabajo intenta también reivindicar el grado de avance en el que nuestro sistema jurídico se encuentra en esta materia, con el

¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., con cita de SCHWARTZ, en su Tratado de derecho administrativo, 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 718.

² Fallos, 308:1160 y ss., donde en el consid. 7º puede leerse: “[...] la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art. 19, de la ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en concordancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna [...]”.

simple afán de señalar que desde sus primeros antecedentes el instituto se encuentra entre nosotros admitido, aunque no con el grado de sistematización que actualmente ostenta; ciertamente también, no sin gran esfuerzo de la más calificada doctrina científica y de la valiente actitud de muchos precedentes judiciales.

La situación ha sido muy distinta en el derecho comparado. Así, podemos destacar que en Inglaterra solo se reconoció jurisprudencialmente la responsabilidad de la Corona por su actividad ilícita con la sanción de la llamada Crown Proceedings Act de 1947³, aunque se excluyó expresamente la responsabilidad estatal por actividad legislativa, que apenas fue admitida con el conocido caso “Factortame” de 1996⁴,

³ Jorge Tristán BOSCH ha efectuado un sistematizado análisis de la evolución operada en Inglaterra y en EE.UU., en un recomendado artículo publicado en LL, t. 57, p. 894, llamado La responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América.

⁴ La causa tuvo lugar a raíz de la sanción de la Merchant Shipping Act del 3 de mayo de 1988, que establecía exigencias de residencia y de nacionalidad para otorgar a un barco el registro de bandera inglesa, con la finalidad de proteger las cuotas nacionales de pesca establecidas en la Política Común de Pesca de la entonces Comunidad Económica Europea, y en contra de la política ejercida por los armadores españoles, que constituían sistemáticamente compañías inglesas e inscribían sus barcos en los registros ingleses con el objeto de tener acceso a la cuota inglesa, aunque las tripulaciones de tales barcos eran españolas y la pesca era descargada en casi su integridad en puertos españoles, intensificándose aún más dicha práctica con la incorporación de España a la Comunidad. La batalla judicial comenzó con un recurso contencioso administrativo (judicial review) dirigido contra el Reglamento de la Merchant Shipping Act, ya que ésta no era recurrible ante los tribunales ingleses por la tradición de la parliamentary sovereignty, que hace judicialmente inmunes a las leyes del Parlamento. Planteada la suspensión de la ley y su reglamento, la Court of Appeal revocó la medida cautelar otorgada por la Divisional Court, invocando la imposibilidad de los jueces de oponerse a una ley del Parlamento, por considerarlo inconstitucional. En una sentencia de apelación intervino la Cámara de los Lores, que, confirmando la de la Court of Appeal, resolvió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades a fin de saber si procedía o no, según el derecho comunitario, la medida solicitada. El Tribunal se expidió el 19 de junio de 1990 en la conocida sentencia “Factortame I”, resolviendo que no sólo el Tribunal de Justicia, sino cualquier tribunal nacional, era competente para suspender la aplicación de leyes formales de su propio Estado cuando se daban los requisitos de la urgencia y de la contradicción «a primera vista» con el derecho comunitario de una ley nacional. En cuanto al fondo de la segunda cuestión prejudicial que planteó la Divisional Court sobre la compatibilidad de la Merchant Shipping Act con el derecho comunitario, el Tribunal de Justicia dictó el 25 de julio de 1991 la sentencia “Factortame II”, declarando contrarias al derecho comunitario todas las reservas de nacionalidad, domicilio o residencia contenidas en la ley inglesa. Seguidamente, los recurrentes plantearon ante los tribunales ingleses una acción contra la Administración británica por los daños y perjuicios que habían sufrido durante el período en que se aplicó la Merchant Shipping Act, recurriendo a la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia «Francovich», del 19 de noviembre de 1991, que había establecido el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados por los daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario que les fueran imputables, excluyendo así la aplicación de la Crown Proceedings Act de 1947, que hubiese impedido la posibilidad de plantear la indemnización por daños producidos por aplicación de una Ley del Parlamento. Antes de resolver la cuestión de fondo, la Divisional Court planteó por tercera vez cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades, para que determinara si los pescadores tenían derecho a ser indemnizados, dictándose en consecuencia la sentencia “Factortame III” del 5 de marzo de 1996, donde se resolvió que no era obstáculo a la responsabilidad el

como consecuencia de la presión ejercida por la Unión Europea. También resulta alentador nuestro avance en la materia en comparación con lo sucedido en los Estados Unidos de América, donde la Federal Torts Claims Act de 1946 aún hoy tampoco reconoce las reclamaciones fundadas en ataques, agresiones, encarcelamientos erróneos, detenciones erróneas, enjuiciamientos maliciosos, abuso de procedimiento, difamaciones, calumnias, falsedad, fraude o interferencia con derechos contractuales. Por otro lado, en España, si bien en el siglo pasado fueron dictadas algunas leyes que previeron supuestos específicos de responsabilidad, este concepto no se hizo presente en forma general hasta prácticamente mediados del siglo XX, cuando se dictaron una serie de normas que permitieron su configuración: la ley municipal de 1935, la ley de régimen local, la ley de expropiación forzosa y la ley del régimen jurídico de la administración del Estado⁵.

Ello es así a pesar de la ausencia de una sistematización normativa orgánica de la materia, por cierto que con algunas excepciones, incluso insertas en algunos casos en expresas estipulaciones constitucionales de provincias que disciplinan el instituto dentro del ámbito del derecho público.

En efecto, en la actualmente elaborada construcción de la dogmática de la responsabilidad del Estado como disciplina propia del derecho público, han tenido singular participación la doctrina científica argentina⁶ y, por cierto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que a lo largo de su actuación ha ido elaborando esa dogmática, que pareciera estuvo más ocupada por reafirmar la vigencia de los superiores principios de equidad y justicia que excesivamente preocupada, en muchos casos, por la aplicación de los preceptos legales más adecuados.

hecho de que el incumplimiento procediera del legislador nacional, ya que no gozaba de ninguna inmunidad ante el derecho comunitario. Correspondía, entonces, a los tribunales nacionales determinar si la responsabilidad patrimonial se cumplía en el caso particular, valorando los requisitos a que el derecho comunitario condiciona ese resultado, o los requisitos más favorables a la responsabilidad que resulten de los respectivos derechos nacionales, así como, en caso positivo, determinar la extensión concreta de la indemnización correspondiente. La Divisional Court decidió la demanda final de los pescadores españoles en la sentencia "Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others", del 31 de julio de 1997, que estableció el reconocimiento de indemnización por violación del derecho comunitario sea cual sea la autoridad del estado que haya incurrido en ella, incluyendo al legislador, considerando que la transferencia de derechos y poderes que los Estados miembros habían hecho de acuerdo con las reglas del Tratado implicaba «una limitación definitiva de sus derechos de soberanía», siendo que ninguna clase de regla de derecho nacional podía ser invocada para invalidar esa limitación, condenando en consecuencia al Reino Unido a reparar la integridad de los daños producidos a los reclamantes. Sobre el particular ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, El fin del caso "Factortame". La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido, en "Rev. de la Administración Pública", España, n° 145, enero-abril 1998, p. 117.

⁵ Alberto B. BIANCHI ha desarrollado un interesante análisis de la legislación comparada en Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado, publicado en LL, t. 1996, p. 922.

⁶ Se indica aquí al Dr. Rodolfo BULLRICH y a su libro Responsabilidad del Estado, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, como la primera obra sistemática sobre el instituto.

En este sentido no debe omitirse que las críticas que el profesor Rafael BIELSA realizara al fallo de la Corte Suprema recaído en la causa “Tomás Devoto y Cía. c/la Nación s/daños y perjuicios” del 22 de septiembre de 1933⁷ (que se ha indicado como una construcción verdaderamente pretoriana de nuestra Corte sobre la materia⁸) no estaban dirigidas “al buen propósito de esta decisión” y que el decisorio implicaba “la rectificación de una jurisprudencia que se levantaba contra la desidia legislativa, pues el legislador no ha sancionado sino excepcionalmente la responsabilidad del Estado”⁹. Recordemos que para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, BIELSA exigía siempre la existencia de un texto legal expreso y que en su opinión el art. 1112 del Cód. Civil imponía, siempre según su criterio, tal obligación en cabeza de los funcionarios y agentes públicos y no en el del erario público y, por conducto de este, en toda la sociedad¹⁰.

Tal como se anticipara, el examen pormenorizado de los precedentes del más Alto Tribunal de Justicia de la Nación en la materia, desde los primeros tiempos hasta hoy, permite afirmar que, a pesar de verificarse algunas contramarchas, la preocupación primera del Tribunal ha sido siempre confirmar la vigencia de los citados valores supremos de “equidad” y “justicia”, constituyendo estos –en definitiva– el sustento primero de la admisión de la responsabilidad extracontractual del Estado en sus distintas vertientes, esto es, tanto por su actividad “ilícita” como “lícita”, por sus “actos normativos” (leyes y reglamentos), por la actividad “judicial”, y finalmente, tanto por sus “actos” como por sus “omisiones”¹¹.

En ese orden, no puede obviarse que –como bien se ha dicho– “repugnaría a los mentados principios superiores de la Justicia y la equidad que el particular perjudicado por un acto estatal no pudiese obtener la reparación de su derecho violado por el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico, el Estado [...]”¹², y es en esos términos en los que la cuestión debe quedar planteada, sin que a ello se oponga la “presunta” ausencia de fundamentos jurídicos de orden positivo, cuando –precisamente– esos fundamentos provienen del plexo de disposiciones constitucionales que dan origen y contenido al “estado de derecho”¹³.

⁷ Fallos, 169:111.

⁸ Cfr. REIRIZ, María G., Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 86.

⁹ Cfr. BIELSA, Rafael, Responsabilidad del Estado como poder administrador, JA, t. 43, p. 416.

¹⁰ Cfr. BIELSA, Rafael, Estudios de derecho público, Depalma, Buenos Aires, 1962, t. IV, ps. 305 a 324, en especial, p. 309.

¹¹ Ciertamente que este panorama actual resultaba inaceptable no hace mucho tiempo atrás, pues si se mira con atención, esta apuntada evolución tiene entre nosotros apenas poco más de sesenta años.

¹² Cfr. REIRIZ, María G., ob. cit., p. 18.

¹³ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , ps. 724 y ss., n° 1633, d.

Con todo, y desde un punto de vista de pura lógica jurídica, como dice el profesor español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en esta materia lo que en verdad habría que justificar es por qué el Estado no habría de responder cuando provoca un daño a los particulares y no a la inversa, buscar fundamentos para admitir su responsabilidad¹⁴.

En tal sentido, el gran esfuerzo a que hacemos referencia ha permitido, por una parte, el definitivo abandono del “dogma de la irresponsabilidad del Estado” (aunque entendemos, por lo que luego se dirá, que en nuestro derecho nunca debió tener cabida) basado en la idea de la “soberanía” u otros análogos, y que dio lugar –entre otros– a conceptos tales como los expresados por la Corte Suprema en la causa “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c/la Nación s/devolución de derechos”, del 18 de marzo de 1938¹⁵.

Ciertamente que la posibilidad jurídica de atribuir responsabilidad al Estado y la de demandar la reparación de los perjuicios que provoca son conceptos asociados. La una supone a la otra en una especie de juego vital, y de allí que en el examen que en este trabajo se ha propuesto, el análisis de la cuestión relativa a la susceptibilidad de demandar al Estado cobra especial relevancia, pues, como se verá, el papel de la jurisprudencia de la Corte Suprema en punto a esto se encuentra indisolublemente ligado al paulatino abandono del dogma de la irresponsabilidad estatal.

2. LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PÚBLICO

En rigor de verdad, podríamos comenzar con la pregunta de qué significa que la cuestión debe ser abordada desde el punto de vista del derecho público. ¿Significa ello que las disposiciones del Código Civil no se aplican a la materia? ¿Es correcta la ubicación metodológica del art. 1112 del Cód. Civil o, antes bien, se trata de una norma del derecho público que debe ser aplicada en forma “directa” y no por vía

¹⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, p. 159, donde puede leerse: Desde el punto de vista jurídico, como veremos, lo que sería preciso justificar sería la solución contraria; es decir, el principio de inmunidad de la Administración respecto de la responsabilidad derivada de los daños causados por su actuación; esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepitosamente, y no es posible encontrar un solo argumento objetivo que abone el postulado de la irresponsabilidad”.

¹⁵ Sostuvo la Corte en el precedente de Fallos, 180:107, que «el ejercicio de una obligación legal, como es el de crear impuestos o modificar los existentes “puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, so pena de detener su actividad gubernativa, en consideración de una garantía -la de la propiedad privada- que no puede interpretarse con semejante extensión”.

subsidiaria, como lo resuelve categóricamente la Corte Suprema en precedentes tales como “Vadell”¹⁶ y “Tejedurías Magallanes”¹⁷, por citar algunos ejemplos?

Es esta, creemos, una de las primeras características que deben irse señalando y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido receptando, bien que en forma lenta. En efecto, a las dificultades propias que el tema presenta se suma el agravamiento que se produce por la recurrencia a pretender resolver la materia a través de la aplicación “subsidiaria” de las soluciones que brinda la legislación civil¹⁸, criterio cuya insuficiencia se pone en evidencia cuando se trata de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita o legítima. En principio, resulta absolutamente extraña a los principios que informan la responsabilidad extracontractual del Cód. Civil, al menos en su formulación clásica o tradicional que – como se sabe – se sustentó primordialmente en las nociones de “culpa” y “dolo”, aunque a partir de la ley 17.711 y sin prescindir de aquel sistema, ha introducido paralelamente la teoría del riesgo creado, en la cual la noción de la culpa se encuentra ausente¹⁹.

Con todo, entendemos que la afirmación merece algunas precisiones y particularmente coherencia en su aplicación. Se ha dicho que “Existen ciertos principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho civil y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos [...] y entre ellos se ha ubicado la cuestión vinculada a la responsabilidad”²⁰.

3. LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA O DIRECTA DEL ARTÍCULO 1112 DEL CÓDIGO CIVIL Y DE OTRAS DISPOSICIONES DEL DERECHO COMÚN

Discute la doctrina científica acerca de la naturaleza y alcance de ciertas disposiciones incluidas en el Código Civil, y entre ellas, la que más interés despierta en esta materia es la del art. 1112. Mientras que para algunos, enrolados muchas veces en la denominada corriente de la unidad del fenómeno resarcitorio, se justifica su inserción en la legislación de fondo basados en la circunstancia de que la atribución

¹⁶ Fallos, 306:2030, “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/indemnización” (1984).

¹⁷ Fallos, 312:1659, “Tejedurías Magallanes S.A. c/Administración Nacional de Aduanas” (1989).

¹⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 264.

¹⁹ Cfr. BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil, “Obligaciones”, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 1342.

²⁰ Cfr. GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, “Parte general”, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. 1, p. VIII-2.

de responsabilidad corresponde al legislador federal (art. 75, inc. 12, Const. nac.)²¹, para una importante corriente del derecho público la disposición configura una norma de derecho público consagratoria de la denominada “falta de servicio”, como factor objetivado de atribución de responsabilidad que debe ser aplicada en forma directa y no subsidiaria, la que, sumada a la “teoría del órgano”, da fundamento a la imputabilidad directa al Estado por la actuación de sus funcionarios y agentes.

Esta discusión recobra fuerza merced a la intención de legislar en forma unificada las materias civil y comercial²², es decir, la llamada legislación común, que nada tiene de común en esta materia, pues se trata de una de las fuentes de las obligaciones, precisamente las que nacen de los hechos ilícitos, en la metodología adoptada por el codificador (art. 1107), y que en el mencionado proyecto de unificación se ve ostensiblemente modificada, pues la cuestión de la responsabilidad es abordada en forma conjunta, tanto se trate de la que tiene como fuente la materia contractual, así como la extracontractual.

Un sector de la doctrina, como se dijo, critica la aplicación “subsidiaria” que realiza la Corte Suprema del mencionado art. 1112 del Código Civil, por considerar que se trata de una disposición del derecho público inserta en la legislación de fondo²³, criterio que en principio no compartimos, aunque tampoco creemos que la inte-

²¹ Ver, en tal sentido, el mensaje de elevación del proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, parágrafo 264, donde puede leerse: «es competencia del legislador regular los alcances de la responsabilidad (art. 75, inc. 12, Const. nac.), como lo ha hecho hasta ahora, tanto en sus límites cualitativos como en cuanto a sus límites cuantitativos; y, si bien el derecho a la indemnización emana de la garantía del artículo 19 de la Constitución nacional -y, seguramente, del art. 33-, los poderes reglamentarios del legislador sólo tienen como límite la razonabilidad y la adecuación a un cierto sentido de justicia (art. 28, Const. nac.), 2ª ed., Abeledo-Perrot, p. 106.

²² Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la República Argentina, Sección Duodécima, “Supuestos especiales de responsabilidad”:

Parágrafo 1º, “De las personas jurídicas”

Art. 1674. - Alcances. La persona jurídica responde por los hechos de quienes las dirigen o administran, realizados en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Parágrafo 2º, “Del Estado”

Art. 1675. - Ejercicio irregular. Con los alcances del artículo anterior, el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor.

Art. 1676. - Actos lícitos. El Estado responde por sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares en beneficio del interés general. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Parágrafo 3º, “De los agentes públicos”

Art. 1677. - Alcances. Los agentes públicos tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Para requerírsela no son necesarios ni la determinación previa de su responsabilidad administrativa ni, en su caso, su desafuero.

²³ Cfr. CASSAGNE, Juan C., La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte, ED, t. 114, ps. 215 a 217, especialmente p. 217.

gración normativa que realiza la Corte sea la más adecuada si se atiende a la fuente de las disposiciones que ha considerado aplicables.

Por su parte, autores como PERRINO y GAMBIER sostienen que el art. 1112 es una norma federal que se refiere exclusivamente al Estado nacional, siendo disponible para las provincias legislar localmente sobre el tema²⁴.

a) LA APLICACIÓN DEBE SER DIRECTA.- En efecto, la aplicación de la disposición debe ser "directa", según entendemos, no porque la norma sea de derecho público, sino porque su ubicación metodológica es la más ajustada al reparto de competencias entre la legislación federal y la local. Se trata de una de las fuentes de las obligaciones (art. 499, Cód. Civ.), fijando el criterio de deslinde entre lo que es lícito y lo que es ilícito en el ámbito de las relaciones civiles. Es cierto que la norma no alcanza para responsabilizar al Estado por su actuación lícita, vacío que intenta solucionar el art. 1676 25 del proyecto de unificación mencionado, aunque –forzoso es decirlo– con una técnica bastante criticable, tanto desde los aspectos cualitativos como cuantitativos. En efecto, como factor de atribución de "responsabilidad", en sentido estricto, debe ubicarse en la legislación de fondo, pero no es correcto que el legislador de fondo fije del modo que se propone los límites de la reparación, la que debe responder al criterio de integralidad²⁶.

Aquí la inclusión es lógica, pues toda la construcción normativa, tanto en el texto del Código Civil, como en el proyecto de unificación, se basa en que se trata de una de las "fuentes de las obligaciones", ubicada correctamente dentro de la "teoría general de las obligaciones" y es por ello que la norma no es patrimonio exclusivo del denominado "derecho común", ni tampoco del derecho público.

Del mismo modo, debe observarse que la aplicación al derecho administrativo de las disposiciones de los arts. 625 y 630 del citado Código Civil es también directa y en ese sentido es bueno señalar que mantienen vigencia las críticas que Vélez Sársfield realizara al Código Civil francés, cuando en el texto de la nota al Título de la Parte Primera del Libro Segundo del Código Civil cuestiona severamente la solución del legislador francés cuando este confunde la fuente de las obligaciones en

²⁴ PERRINO, Pablo E., La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 28/12/99; GAMBIER, Beltrán, y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?, JA, t. 1996-IV, p. 793.

²⁵ Ver supra, nota 19.

²⁶ En este sentido, corresponde señalar que, en los supuestos en los que fuere parte una provincia, habrá competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación siempre que la cuestión no exija el análisis, revisión o aplicación de normas del derecho público provincial (ej. la reglamentación de la función policial provincial) y en tanto se encuentren cumplidos los restantes requisitos para la procedencia de tal competencia de excepción.

general con la de las obligaciones convencionales y el equívoco en el que incurre, entonces, entre obligaciones y contratos.

b) EL DESLINDE ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO TAMBIÉN TIÑE ESTA MATERIA.- A nuestro modo de ver, el deslinde entre lo público y lo privado, entre lo lícito e ilícito en el ámbito de las relaciones civiles, entre las circunstancias que son fuente generadora de obligaciones y aquellas que no lo son, debe hacerse en la legislación de fondo y a partir de los criterios contenidos en una teoría general que establezca ese deslinde. Establecer qué es un “crédito” y qué una “deuda” corresponde a los conceptos de dicha teoría general y, para ello, en nuestro derecho debe acudir al art. 496 del Código Civil. Una interpretación sistémica del Código Civil avala esta postura. En efecto, el deslinde entre el dominio público y el privado también se ubica en este cuerpo normativo²⁷.

Cabe citar que, con ciertas salvedades que no modifican el argumento principal, el criterio expresado encuentra apoyo en la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto tiene resuelto que lo atinente al nacimiento o extinción de las relaciones creditorias es propia del Código Civil y no es materia sobre la cual la legislación local pueda disponer²⁸.

²⁷ Artículos 2339 a 2350 y concordantes del Código Civil. Asimismo, y al respecto, afirma MARIENHOFF: “La determinación de qué bienes revisten carácter público y cuáles privado, implica una cuestión de carácter civil, pues significa establecer la distinción o clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, materia propia de la legislación substantiva” (MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 144).

²⁸ Tal ha sido el criterio expuesto entre otros en Fallos, 320:1345 y ss. en los autos “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sandoval, Héctor c/Provincia del Neuquén”, del 8 de julio de 1997, en cuyos considerandos, 5º, 6º y 7º, dejó sentado el siguiente criterio:

“5º) Que, al margen de que el cauce adecuado para sustanciar el pleito fuese el proceso contenciosoadministrativo, era claro desde un principio que la pretensión del interesado consistía en ser indemnizado por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato, con base en las normas generales que regulan el efecto de las convenciones, sin perjuicio de los demás preceptos invocados.

“6º) Que la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (doctrina de Fallos, 176:115, 226:727, 235:571, 275:254, 311:1795 y los citados en éste, entre otros).

“7º) Que la facultad del Congreso Nacional para dictar tales códigos comprende la de establecer las formalidades necesarias para hacer efectivos los derechos que reglamenta. El efecto interruptivo del curso de la prescripción atribuido en el art. 3986 del Código Civil a la demanda, aunque fuese planteada ante juez incompetente, constituye una formalidad propia del régimen de la prescripción liberatoria, comprendida dentro de las facultades de aquel para legislar de manera uniforme sobre los modos de extinción de las obligaciones, por lo que el superior tribunal no debió anteponer su ley local a dicho precepto de fondo (Fallos, 256:215)”.

Conforme lo que venimos diciendo, y en virtud del art. 499 del Cód. Civil, “no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”, lo cual, en nuestro ámbito, equivale a decir que no hay obligación de reparar un perjuicio si no hay causa para ello, y precisamente la causa de la obligación de reparar es el “daño producido a la víctima”, que como principio eminente de nuestro orden jurídico se encuentra consagrado constitucional y legalmente, tal como encomiablemente lo ha resuelto la Corte.

No se trata, en suma, de que las disposiciones examinadas pertenezcan al derecho público o al derecho privado, sino que por ser normas que “corresponden” a la teoría general de las obligaciones, su ubicación es correcta y deben ser aplicadas de un modo directo por el intérprete para resolver las cuestiones que se le susciten (art. 15, Cód. Civ.)²⁹.

²⁹ “Linares, en el ya citado opúsculo, afirma también la subsidiariedad del derecho común y la aplicación de la totalidad del orden jurídico, sin cordones sanitarios. Afirma así que sólo es inaplicable una norma común, por el substracto que menciona (por ejemplo el citado caso de que al Estado no se le pueden aplicar las normas de las relaciones de familia o sucesiones) o por el sentido de justicia de ésta y el caso (es decir, por una valoración jurídica). Sólo si la aplicación de la ley común consagra una injusticia, será el caso de no usarla y de recurrir a la analogía para crear una norma nueva, supuesto que él quiere restringir lo máximo posible, porque le deja un amplio margen de arbitrio al juez» (conf. REIRIZ, María G., “Responsabilidad del Estado” en *El derecho administrativo hoy*, Revista de la Administración Pública, p. 224, en donde cita a LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, 1976, ps. 30 a 33; MERTEHIKIAN, Eduardo, “La excepción de incumplimiento contractual en el ámbito de la contratación administrativa”, en *Estudios de derecho administrativo II*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 156).

CAPÍTULO II

ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

4. ENCUADRE DEL PROBLEMA

Admitida la vigencia de principios superiores de justicia, tales como el de que “nadie puede dañar a otro” y el de “dar a cada uno lo suyo” y derivada de allí la obligación de reparar los daños provocados por el Estado, nace no obstante la correlativa necesidad –como dice MARIENHOFF– de establecer el fundamento jurídico de tal afirmación de principio. Es decir, es preciso identificar sobre qué bases jurídicas se asienta la obligación del Estado de resarcir los daños que causa en el ejercicio de su actividad o de sus omisiones.

La Corte Suprema ha invocado diversos fundamentos para sustentar la responsabilidad del Estado. Así se ha referido a la necesidad de realizar los postulados de equidad y justicia³⁰; al respeto de las garantías constitucionales consagradas en los arts. 14, 16 y 17 de la Const. nacional³¹, recurriendo en algunos casos a la aplicación de los principios expropiatorios³². Por su parte, el reconocimiento de la responsabili-

³⁰ Fallos, 111:339 y 129:5, citados en Fallos, 180:113.

³¹ Fallos, 195:75; 277:230; 293:617; 300:145; 301:403.

³² Fallos, 301:403 y 312:649. Según lo explica REIRIZ, se atribuye a CONSOLO la idea de fundar la responsabilidad del Estado sobre el principio que surge del instituto expropiatorio. El principio ínsito en la expropiación es, para el doctrinario italiano, un axioma universal en virtud del cual el patrimonio del ciudadano no debe sufrir disminución alguna por daño que pueda derivarse de la realización de la actividad del Estado, tanto ilícita como lícita. El fundamento no es otro, en el caso, que el derecho de propiedad. Así como el Estado, para avanzar sobre la propiedad particular, debe cumplir el procedimiento expropiatorio, todos los restantes ataques o perjuicios sufridos en la propiedad deben ser indemnizados (REIRIZ, María G., Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969).

dad del Estado por su actividad lícita aparece fundado en el estado de derecho y en el principio de legalidad³³, y también para ese supuesto ha hecho alusión –como se verá– a la necesidad de que se verifique un sacrificio especial en el damnificado³⁴.

Desde una perspectiva netamente objetiva, se proclama que la responsabilidad del Estado se centra en el daño causado, y en consecuencia, comprobado que un particular ha sufrido un daño derivado de cualquier actividad estatal, procede su reparación³⁵.

Ahora bien, aun cuando se admitiera un enfoque puramente subjetivo, basado en las nociones de la culpa o el dolo –criterio que, desde ya, no compartimos–, solo serviría para fundar la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, pero resultaría insuficiente para justificar el deber de reparar ante el ejercicio de potestades estatales que, no obstante ser lícitas, provocan un daño.

En efecto, la denominada teoría de la “falta de servicio” –que luego se desarrollará– solo explicaría uno de los supuestos de responsabilidad extracontractual: el de la actividad ilegítima o ilícita del Estado, pero no alcanza para el supuesto de la actuación legítima o lícita, es decir, sin que medie reproche alguno a la actuación estatal. Los casos más comunes o en los que más se patentiza este supuesto son el de la actividad normativa general (leyes y reglamentos); la responsabilidad por la ejecución de obras públicas; la revocación de derechos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia o fundado en razones de interés general; la expropiación por causa de utilidad pública, supuestos todos en donde –podría decirse– se encuentra ausente la nota de ilicitud, no obstante lo cual, al provocar un perjuicio, hace nacer el deber de indemnizar³⁶.

Según la opinión de calificada doctrina, “el origen de la teoría de la responsabilidad hay que buscarlo en la doctrina alemana. Fue la llamada teoría de los derechos adquiridos, al pretender que el Estado debe indemnizar cuando anule o limite un derecho individual al cual le fue concedida fuerza especial contra las intervenciones estatales, la que sentó las primeras bases. Fleiner ha observado cómo esta teoría nació en el Estado–policía y ha servido para proteger al súbdito contra el soberano absoluto en tiempos en que no existían otras garantías jurídicas. Igualmente, la teoría alemana ha tomado base en el precepto constitucional sobre la garantía de la propiedad privada, que impide la expropiación sin indemnización para elevarse también a

³³ Fallos, 312:2026.

³⁴ Fallos, 315:1031.

³⁵ DELPIAZZO, Carlos E., *Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual*, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 30/3/00.

³⁶ SALOMONI, Jorge L., *Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)*, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, ps. 7 y ss., en especial p. 10. Allí postula como fundamento único de la responsabilidad estatal por actividad lícita e ilícita al art. 1112 del Cód. Civil, criterio que no compartimos por las razones que damos en el texto.

una teoría general, al entender los comentaristas de la Constitución de Weimar que expropiación era todo perjuicio causado al patrimonio privado por la ley o un acto administrativo que, en beneficio de la generalidad, imponga gravámenes especiales a determinadas personas o a un conjunto de individuos relativamente limitados³⁷.

Tal como lo señala REIRIZ, en Alemania se distingue entre responsabilidad pública e indemnización de derecho público. La primera deriva de los actos ilegales de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones. La segunda, del ejercicio legítimo, aunque dañoso, del poder público³⁸.

Por su parte, la doctrina francesa, siguiendo los lineamientos pretorianos del Consejo de Estado, postuló que la base de la responsabilidad del Estado no se halla en un texto positivo de derecho civil, sino en un principio superior de justicia, del cual también proceden los textos que el juez civil debe aplicar. Es, pues, un fundamento de equidad y no de derecho escrito³⁹.

Como agudamente lo señala GARRIDO FALLA, en la doctrina francesa no ha sido elaborada la distinción entre responsabilidad e indemnización, aunque HAURIOU identifica los siguientes supuestos de responsabilidad: “1º) Responsabilidad por falta (faute de service); 2º) responsabilidad por riesgo objetivo, y 3º) responsabilidad por enriquecimiento indebido, que abarca los supuestos de indemnización (Précis de droit administratif, ed. 1927, ps. 308 y 309). En el último caso, se trata de daños causados por el ejercicio normal de los derechos del poder público (ob. cit., p. 335)”⁴⁰.

5. SÍNTESIS DE LOS DISTINTOS CRITERIOS EXPUESTOS EN LA DOCTRINA

Puede verse en la excelente obra de REIRIZ⁴¹ una prolija y completa descripción de las diversas doctrinas que intentan explicar los fundamentos de la responsabilidad estatal que se basan en normas constitucionales y legales no referidas específicamente al tema de la responsabilidad estatal, o bien en principios generales del derecho natural.

Entre las primeras, dicha jurista ubica: a) la teoría de la expropiación; b) la del sacrificio especial; c) la de la igualdad ante las cargas públicas, y d) la del enriquecimiento sin causa. En tanto, el segundo grupo está integrado por: e) la teoría de los derechos adquiridos, y f) la del riesgo y el seguro social.

Siguiendo en ello la síntesis de ideas que realiza MARIENHOFF, este autor señala que pueden identificarse cuatro grupos de argumentos que asignan fundamento al deber de reparación.

³⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. II, ps. 248 y 249.

³⁸ REIRIZ, María G., ob. cit., p. 115.

³⁹ WALINE, Marcel, Manuel élémentaire de droit administratif, Recueil, Paris, 1946, ps. 306 y siguientes.

⁴⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, ob. cit., p. 248.

⁴¹ REIRIZ, María G., ob. cit., ps. 26 y siguientes.

a) Un primer criterio, en el cual el autor incluye a DUGUIT, considera que ese fundamento se ubica “[...] en los ‘riesgos sociales’, lo cual implica excluir la ‘culpa’ estatal como fundamento de su deber de resarcir los daños que se produzcan por los hechos o actos que le sean imputables”⁴².

b) Un segundo criterio exige la existencia de un texto legal formal expreso que reconozca la responsabilidad del Estado. Es –como se ha dicho– la posición que adoptó BIELSA, y que entre otras ocasiones puso de manifiesto en su crítica al fallo de la Corte Suprema recaído en la célebre causa “Tomás Devoto”, oportunidad en la que no criticó la loable intención del Tribunal, que se levantaba –dijo– contra la desidia legislativa, sino los fundamentos jurídicos del fallo, que consideró equivocados, como más adelante se examinará.

c) Un tercer criterio, siempre según MARIENHOFF, está basado estrechamente en una regla o principio implícito de lógica jurídica, citando como su exponente al jurista español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Al mismo nos hemos referido al comienzo de este trabajo y puede exponerse en palabras del propio autor, diciendo: “puede parecer ocioso insistir sobre la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad civil de la Administración. Desde el punto de vista jurídico, como veremos, lo que sería preciso justificar sería la solución contraria; es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto a la responsabilidad derivada de los daños causados por su actuación; esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepitosamente, y no es posible ya encontrar un solo argumento objetivo que abone el postulado de la irresponsabilidad. [...] La doctrina parece haber llegado en nuestros días a la tesis común de que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón alguna para hacerlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma instrucción a las personas privadas [...]”⁴³.

d) Finalmente, el cuarto criterio es el sustentado por el propio MARIENHOFF, quien afirma que el fundamento de la responsabilidad estatal no es otro que el estado

⁴² MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 721, nº 1629. Según lo expone la propia REIRIZ, “Duguit tomó como punto de partida un criterio objetivo de riesgo, ajeno a toda idea de culpa o ilegalidad, sobre el cual construyó un sistema jurídico consistente en un seguro contra el riesgo social, proveniente del funcionamiento de los servicios públicos». De tal modo, el perjuicio sufrido por un individuo proveniente del accionar legítimo del Estado o de un mal funcionamiento del servicio debe ser afrontado por la «caja pública”. El riesgo lo asume la caja colectiva pues el accionar del Estado en los supuestos indicados se dirige a la satisfacción del interés público (REIRIZ, María G., ob. cit., ps. 37 y 38). Para VEDEL, la falta de la Administración genera su responsabilidad, y para los supuestos de daños sin falta, la obligación de reparar surge sobre la base de la teoría del riesgo como del principio de igualdad ante las cargas públicas (VEDEL, Georges, Derecho administrativo, Presses Universitaires de France, Paris, 1961, cap. 4, secc. I, p. 271).

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, Civitas, Madrid, 1984, ps. 159 y 167.

de derecho y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Esos principios o postulados forman un complejo y tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados; de allí surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público⁴⁴.

MARIENHOFF continúa planteando: “Los ‘principios’ aludidos resultan de la Constitución nacional, como así de las generosas expresiones del Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho (‘no dañar a otro’, ‘dar a cada uno lo suyo’) que por cierto también integran nuestro ordenamiento jurídico”. Entre tales principios destaca MARIENHOFF el “derecho a la vida” y, en general, a la integridad física del hombre; el “derecho a la propiedad” (art. 17); las normas sobre “expropiación”; la igualdad ante las cargas públicas; el “afianzamiento de la justicia”; el reconocimiento de los “derechos esenciales” (art. 14); las garantías a la libertad (art. 18); el art. 15, Const. nac.; el art. 100 (actual 116), del cual se deduce la posibilidad de someter a juicio al Estado.

También comparten esta fundamentación, basada en el llamado estado de derecho, autores como BULLRICH⁴⁵, PALAZZO⁴⁶ y FIORINI⁴⁷. En especial, para este último, la responsabilidad resarcitoria se presupuesta en un principio general del derecho: todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo, principio que puede estar determinado en una norma expresa o también implícita y que fluye imperativamente de los valores jurídicos que conviven en el orden constitucional democrático, concluyendo que para el derecho administrativo el principio de la responsabilidad resarcitoria se desprende de la existencia misma del estado de derecho y la exclusión de la reparación solo puede justificarse por una norma excepcionalísima que así lo declare.

Por su parte, GORDILLO⁴⁸ afirma que el fundamento de la responsabilidad estatal reside en la normativa constitucional, siendo que las disposiciones más importantes al respecto figuran en los arts. 14 a 20, es decir, los derechos individuales que el Estado no puede alterar. El Estado tiene, por ello, el deber jurídico de no dañar y la imperatividad de ese deber surge del Preámbulo. REIRIZ discrepa con este punto de la tesis de GORDILLO y encuentra la imperatividad constitucional en los arts. 31 y 100 (actual 116) de la Constitución nacional.

⁴⁴ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , 6ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, ps. 724 a 727, n° 1633.

⁴⁵ BULLRICH, Rodolfo, Responsabilidad del Estado, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 288.

⁴⁶ PALAZZO, José L., Responsabilidad extracontractual del Estado, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 26 y siguientes.

⁴⁷ FIORINI, Bartolomé A., Derecho administrativo, La Ley, Buenos Aires, 1968, t. 2, ps. 1095 y ss.; ver en especial ps. 1097 y 1098.

⁴⁸ GORDILLO, Agustín, La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la Administración Pública, tesis inédita, Buenos Aires, 1959, citada por REIRIZ en ob. cit., p. 42.

Desde otro ángulo, CASSAGNE⁴⁹ propicia un fundamento único que determine la responsabilidad estatal, orientado al fin del Estado y consistente en el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado. De este principio deriva, para dicho autor, que por toda lesión o daño provocados por la actuación extracontractual del Estado deben ser reparados, en función de la naturaleza de la actividad (legítima o ilegítima), el desequilibrio producido y los intereses de la comunidad. Por lo tanto –continúa– la obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Se trata de un principio reconocido por el derecho constitucional argentino, que estatuye que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16, Const. nac.).

La inviolabilidad de los derechos adquiridos como principio procedente del derecho natural justifica, para algún sector de la doctrina, la obligación de reparar los daños ocasionados ante la violación de derechos individuales por parte del Estado. En el derecho alemán se sostiene que la responsabilidad estatal se origina en la inviolabilidad de los derechos adquiridos y en la garantía constitucional de la propiedad privada⁵⁰.

Para FORSTHOFF⁵¹ la indemnización de derecho público constituye un corrolato necesario del derecho estatal de disposición sobre el mundo social de los bienes. El ejercicio de ese derecho lleva consigo la obligación de indemnizar. Este deber se fundamenta algunas veces en consideraciones iusnaturalistas; otras veces se invoca la equidad, y en ocasiones se recurre al mismo tiempo a las dos. El *ius quaesitum* –derecho adquirido– impide al soberano disponer sin más de esos derechos, sólo podría hacerlo previa indemnización. Los derechos y ventajas particulares deben posponerse frente al bien común; sin embargo, el Estado queda obligado a indemnizar a aquellos particulares cuyos derechos ha sacrificado en bien de la comunidad.

En la doctrina española, la afectación del derecho de propiedad aparece en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ como fundamento de la responsabilidad estatal. Señalan estos autores en su Curso de derecho administrativo que el fondo común que justifica sistemáticamente las instituciones aparentemente disímiles de la expropiación forzosa y de la responsabilidad civil de la Administración, es, para el legislador, la referencia común a la lesión patrimonial de un administrado producida por la actuación administrativa, si bien difieren entre sí por la forma de producción de la lesión, que es el rasgo específico que aporta cada una⁵².

⁴⁹ CASSAGNE, Juan C., ob. cit., t. I, ps. 276 y ss. Por lo demás, no debe omitirse que este autor distingue entre el deber de “soportar el sacrificio” y el de “sufrir el daño”.

⁵⁰ DE ESTRADA, Juan R., Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales, ED, t. 102, p. 843.

⁵¹ FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, cap. IV, apartado 17, p. 426.

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás R., Curso de derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1991, p. 350.

Además, el propio GARCÍA DE ENTERRÍA señala que la norma expropiatoria consagra una base y fundamento único común a los institutos de la indemnización y responsabilidad patrimonial. Para este autor todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable, en este caso, a la Administración, constituye una lesión, un perjuicio injusto –por el daño que causa y no por la condición subjetiva del agente causal– que por ser tal merece reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil⁵³.

GARRIDO FALLA, por otra parte, se enrola entre quienes distinguen los supuestos de responsabilidad de los casos de indemnización. El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración Pública sin título jurídico para ello; en cambio, la teoría de la indemnización tiene lugar en el campo de la actividad administrativa lícita. Para este autor, el fundamento teórico de la indemnización reside en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, lo que hace odioso el sacrificio especial sin indemnización. Este fundamento se fortalece en aquellos casos en que el sacrificio del derecho del particular determina la transferencia coactiva de la propiedad, o simple uso o disfrute a favor de la Administración, pues aquí, junto al argumento de la situación odiosa que singularmente se crea al despojado, toma cuerpo este otro: el enriquecimiento sin causa que la Administración Pública experimenta en su patrimonio o medios⁵⁴.

6. ESPECIAL REFERENCIA AL DENOMINADO “SACRIFICIO ESPECIAL” Y SU EXIGENCIA POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

La teoría del “sacrificio especial”, de origen alemán y expuesta por MAYER, funda la obligación de indemnizar que recae sobre el Estado en la existencia de un perjuicio desigual y desproporcionado en cabeza de un individuo respecto de los demás integrantes del grupo social.

Quizás sea esta la teoría más difundida entre nosotros, y en mérito de ella, cuando la actividad de la organización estatal provoca un perjuicio o carga en un particular, nace el deber de reparación señalado. Así, la doctrina ha sostenido que “la situación del administrado queda individualizada, destacada, respecto del resto de la comunidad en lo que al soporte de dichas cargas se refiere. Las exigencias de la justicia distributiva imponen, entonces, la obligación de reparar”⁵⁵.

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, p. 177.

⁵⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. II, cap. IV, ps. 245 y siguientes.

⁵⁵ Cfr. BARRA, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, ED, t. 122, p. 859.

La precitada nota de “especialidad” del perjuicio ha sido requerida por la Corte Suprema particularmente en lo que se refiere a la responsabilidad derivada de los actos normativos, desde sus primeros fallos (cfr. el caso “Establecimientos Americanos Gratty”).

Para que la teoría funcione debe verificarse un daño imputable al Estado –en sentido lato– que afecte al particular de un modo desigual, provocándole un perjuicio material que genera la obligación de indemnizar a cargo de la caja común, ”lo que significa la ‘generalización’ del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad”⁵⁶.

Como también lo señala BIANCHI⁵⁷, la generalidad de la doctrina nacional, con la importante disidencia del profesor Miguel S. MARIENHOFF, ha adherido a este fundamento, particularmente para justificar la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación normativa lícita.

Las críticas de MARIENHOFF, expuestas en su obra⁵⁸, se asientan sobre la base de considerar inaplicable el argumento de la “especialidad”, “particularidad” o “singularidad” del daño en regímenes de constitución rígida como el argentino, en el cual la “ley” no puede alterar o modificar el texto constitucional; por tanto, si dicha ley resulta ser opuesta a una cláusula, derecho o garantía constitucional –concluye MARIENHOFF– debe declararse inconstitucional o debe admitirse la responsabilidad

⁵⁶ MAYER, Otto, Derecho administrativo alemán, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. IV, p. 217. Transcribimos algunos pasajes de dicho autor, que dan muestra cabal de la significación de la teoría descripta: “Las relaciones del derecho civil producen muchas veces la consecuencia de que por un solo y mismo hecho se sufre una pérdida pecuniaria mientras que la otra parte gana algo. Este resultado podrá parecer inicuo y se lo podrá deplorar, pero en general, no hay remedio. El derecho de equidad se ha formado solamente para el caso más llamativo, para el caso de pasaje directo de valores de una fortuna a otra sin equivalente, y a pesar de la voluntad de aquel que sufre la pérdida, en este caso debe hacerse la compensación mediante la restitución del enriquecimiento contrario a la equidad.

“En la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la ‘generalización’ del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad.

“He aquí la idea de indemnización debida por la Administración. No se basa en un hecho ilícito sino en un hecho contrario a la equidad, injusto. Al superior, le queda reservada la tarea de afectar injustamente; la cuestión de la indemnización pertenece, pues, totalmente al derecho público”.

⁵⁷ BIANCHI, Alberto B., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 136 y siguientes.

⁵⁸ Tratado . . . , ed. citada, t. IV, ps. 753 y ss., n° 1646 g, y 793 y ss., n° 1664, respectivamente.

del Estado por el perjuicio o daño que a raíz de su aplicación se causa en el patrimonio de los particulares⁵⁹.

Ya se han señalado las mayores dificultades que se verificaron en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Seguramente la especial naturaleza de este tipo de responsabilidad lleve a requerir que quien se encuentra habilitado a reclamarlo debe haber sufrido un sacrificio especial diferenciado del resto. Parece ser entonces que si el obrar lícito tiene consecuencias generalizadas para todos los ciudadanos no corresponde reparación alguna. En sentido contrario se ha pronunciado MARIENHOFF, refiriéndose específicamente a la responsabilidad por actividad legislativa⁶⁰.

Es que en los supuestos en cuestión el sistema supone que el acto o conducta no adolece de ningún vicio o defecto, por cuanto ha sido emitido de conformidad con todos los requisitos formales y sustanciales impuestos por el ordenamiento jurídico. No obstante ello, provoca en un individuo o en un conjunto de individuos un sacrificio especial, de gravedad particular, que lo torna individualizable o destacable con relación al resto de la comunidad. Además, soporta tal daño de una manera más que ordinaria; es decir que su sacrificio, en aras del bien común, es mayor que el del resto de la comunidad y, en definitiva, por el juego del reparto de cargas y beneficios mayor que el que es dable exigirle. Es un daño especial, un sacrificio diferencial, que distingue al sujeto que lo sufre del resto de la comunidad; lo coloca en posición de ser considerado de manera también especial, por ser víctima de la acción estatal lícita. En definitiva podemos decir que esta teoría del sacrificio especial está receptada por el art. 16 de la Constitución nacional, pues se trata del requisito de igualdad proporcional en el reparto de las cargas públicas, que según la doctrina está regido por la virtud de la justicia distributiva.

Sin perjuicio de señalar que el tema merece especial tratamiento al abordar el estudio de la responsabilidad del Estado por su actividad normativa lícita, es dable señalar que la cuestión estuvo presente desde hace mucho tiempo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. De ese modo, y en una apretada síntesis, pueden citarse los siguientes casos judiciales y a partir de ellos vislumbrarse la consideración que la Corte ha ido haciendo de este aspecto, hasta considerarlo un requisito ineludible de este tipo de responsabilidad.

a) “ESTABLECIMIENTOS AMERICANOS GRATRY S.A.” (18 DE MARZO DE 1938)⁶¹. - En el caso “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c/la Nación s/ devolución de derechos” se reclamaban los perjuicios ocasionados por el aumento

⁵⁹ Ob. cit., p. 975, n° 1664.

⁶⁰ MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, LL, t. 1983-B, ps. 30 y siguientes.

⁶¹ Fallos, 180:107.

de derechos aduaneros que alteraba el equilibrio de relaciones contractuales preexistentes. Por primera vez la Corte hace referencia a la especialidad como requisito propio de este tipo de responsabilidad, el que luego enfatizará en fallos que posteriormente consideraremos. Sostuvo en esta causa el Tribunal que el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos o modificar los existentes puede producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, y agregó que en el caso concreto no se reunía el requisito de especialidad necesaria para que pudiera encuadrarse en el caso de resarcibilidad.

b) “SPURR”⁶². - Al poco tiempo, en la causa “Spurr”, la Corte aplica parcialmente la doctrina sentada en el fallo precedente. Los hechos del caso eran los siguientes: el actor, en virtud de una relación contractual, tomó a su cargo la investigación del cumplimiento, por parte de una compañía, de ciertas obligaciones tributarias pactándose como retribución el 50 % de las multas que eventualmente se cobrarán a la empresa en cuestión. El gobierno nacional demoró la ejecución de las multas y finalmente dictó la ley 11.284 que dispuso una amnistía a los infractores de la ley 11.290, lo que originó el reclamo del demandante. BIANCHI, al comentar el pronunciamiento, señaló que la Corte evidentemente no quería reconocer responsabilidad alguna de parte de la Nación, y no podía esta vez ampararse en la doctrina del sacrificio especial, como lo había hecho en el caso “Gratry”, pues era evidente que lo había. Por ello, se limita a reproducir con monotonía “que el ejercicio por parte del gobierno de poderes propios del mismo no puede en principio ser fuente de derecho a indemnización para los particulares, aún cuando traiga aparejado perjuicio para estos, porque de lo contrario el respeto con semejante extensión de las garantías individuales podría detener la actividad gubernativa. Si bien se invoca al precedente “Gratry”, en momento alguno se alude a la doctrina del sacrificio especial, que era lo más destacado del precedente referido⁶³.

c) “CARLOS REISZ Y CÍA. S.R.L.” (14 DE OCTUBRE DE 1960)⁶⁴. - Por el contrario, en “Carlos Reisz y Cía. S.R.L. c/Gobierno Nacional (Ministerio de Ejército) s/cobro de pesos” la Corte admitió la reparación reclamada ante distorsiones contractuales provocadas por la actividad reglamentaria de la demandada. Entendió el Tribunal que por las circunstancias del caso no eran previsibles para el ofertante aumentos posteriores al decreto 19.557. Asimismo, afirmó que si bien regía el principio de invariabilidad del precio ofertado y adjudicado, este principio obligaba a am-

⁶² Fallos, 182:146.

⁶³ BIANCHI, Alberto, Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la responsabilidad del Estado por acto legislativo, “Rev. de la Administración Pública”, n° 247, 1999, p. 16.

⁶⁴ Fallos, 248:79.

bas partes por igual, por lo que si la Administración, en ejercicio de facultades cuya legitimidad no se cuestionaba en la causa, producía actos que necesariamente incidirían en el objeto del contrato, como contratante debió haber proveído a los medios que restablecieran las bases de esa contratación, conciliando de ese modo sus obligaciones contractuales con el ejercicio de sus facultades gubernamentales. Por último, sostuvo que el perjuicio causado reunía las condiciones de especialidad necesaria para encuadrarse en el caso de resarcibilidad y sin necesidad de recurrir analógicamente a otros contratos administrativos.

d) “REBESCO, LUIS MARIO” (21 DE MARZO DE 1995)⁶⁵.- En la causa “Rebesco, Luis Mario c/Policía Federal Argentina (Estado Nacional – Ministerio del Interior) s/daños y perjuicios” se reclamaba por los daños causados por el obrar de personal policial. Se afirmó que si la acción policial tuvo como propósito mantener el orden y fue provocada por un estado de necesidad y, por ende, asumía la condición de lícita, ello no significaba que el damnificado no tuviera derecho a ser resarcido. Ello por cuanto si en el ejercicio del poder de policía de seguridad se crea un riesgo cierto por las exigencias que impone, y ese riesgo se manifiesta en un daño, es justo que sea toda la comunidad en cuyo beneficio se halla organizado quien lo soporte y no el sujeto sobre el cual recae el perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar. Agregó que la no admisión de la reparación significaría un gravamen desproporcionado que excede la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad y que las cargas de la participación necesaria para el logro de una utilidad deben distribuirse proporcionalmente entre los miembros del cuerpo social y no deben recaer sobre uno solo de ellos.

e) “LABORATORIOS RICAR S.A.” (23 DE NOVIEMBRE DE 1995)⁶⁶.- La especial exigibilidad de estos requisitos fue mantenida por la Corte en “Laboratorios Ricar S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/daños y perjuicios”. Sostuvo en esa oportunidad, para confirmar la sentencia de la instancia inferior que rechazó la demanda, que no se hallaban cumplimentados los requisitos necesarios para la procedencia de la responsabilidad por actos lícitos del Estado, sobre todo la existencia del sacrificio especial en beneficio de la comunidad.

f) “COLUMBIA S.A. DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA” (12 DE NOVIEMBRE DE 1996)⁶⁷.- También en los autos “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la vivienda c/B.C.R.A. s/daños y perjuicios” recordó el Alto Tribu-

⁶⁵ Fallos, 318:385.

⁶⁶ Fallos, 318:2311.

⁶⁷ Fallos, 319:2658.

nal que para que resultara procedente la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo, era menester que éste hubiera producido una lesión a una situación jurídicamente protegida, situación que no comprendía a los daños que fueran consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, pues tales daños importarían limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. En consecuencia, no habiendo probado la actora que la actividad de la demandada hubiera superado los límites de la razonabilidad y que fuera un daño exclusivo, es que la Corte confirmó la sentencia apelada en cuanto había rechazado la demanda⁶⁸.

7. NUESTRA OPINIÓN

Tal como quedó expresado en el capítulo introductorio, y compartiendo la postura sustentada por MARIENHOFF, consideramos que el fundamento único de la responsabilidad del Estado es el llamado “estado de derecho”.

Este fundamento resulta plenamente aplicable a todos los casos de responsabilidad de que pueda ser pasible el Estado, ya sea contractual o extracontractual, por su actividad lícita o ilícita, ya sea derivada de actos administrativos, legislativos o judiciales o por sus actos u omisiones.

Para llegar a esta conclusión basta afirmar que el Estado, aun cuando a diferencia de los particulares goza de facultades o prerrogativas de carácter exorbitante, no está exento del cumplimiento de la ley, pues de lo contrario sería el imperio del soberano por sobre el imperio de la ley. Es decir –y en esto creemos conveniente citar textualmente a MARIENHOFF– “no es concebible un Estado de Derecho ‘irresponsable’. Lo contrario implicaría un contrasentido. ‘Estado de Derecho’ y ‘responsabilidad’ son, en este orden de ideas, conceptos correlativos”⁶⁹.

Desde este punto de vista resulta fundamental analizar nuestro régimen de gobierno, para afirmar que el mismo se encuentra enraizado en un sistema de normas cuyo ápice resulta ser la Constitución nacional, que establece un orden de prelación normativo en su art. 31, al que toda persona, física o jurídica, privada o pública, debe someterse. Y a ello podemos sumarle el llamado “principio de legalidad”, contemplado en el art. 19 de la Const. nacional, cuya misión es la protección de los derechos individuales frente al poder de la autoridad pública⁷⁰. Esta disposición cobra especial importancia, pues como se verá al tratar el tema del alcance de la indemnización, el

⁶⁸ Esta doctrina fue reiterada con posterioridad por la Corte Suprema en los recordados casos “Revestek S.A. c/B.C.R.A. y otro s/ordinario” y “Cirlafin S.A. c/Estado Nacional - Ministerio de Economía y Banco Central s/ordinario”, ambos sentenciados el 15 de agosto de 1995, los que son tratados en el capítulo sobre responsabilidad por actividad normativa.

⁶⁹ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. IV, p. 727.

⁷⁰ BIANCHI, Alberto B., *Dinámica del Estado de Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 92.

mismo encierra el llamado "principio de la reparación integral", en cuya virtud no es dable admitir la aplicación analógica de disposiciones que restrinjan derechos y en mérito a ello fundar la interpretación extensiva de las disposiciones de la ley de expropiaciones para negar la indemnización del "lucro cesante" en los casos de responsabilidad del Estado por su actuación lícita.

En síntesis, los órganos del Estado son los que primeramente están obligados al cumplimiento de la ley, y más allá del sentido moral que se le pueda dar a este principio, se trata de una obligación netamente jurídica.

La afirmación precedente no se encuentra reñida con la necesidad o conveniencia de contar con un texto legal formal que regule, orgánicamente y desde ese plano, el deber de reparación a cargo del Estado, circunstancia que guarda enorme distancia con el criterio de que para que tal deber de indemnización patrimonial nazca en cabeza del Estado resulta necesario siempre un texto legal positivo, como afirmaba BIEL-SA. Tal deber se funda, como primera medida, en el conjunto de preceptos constitucionales que protegen y garantizan el ejercicio de los derechos individuales, lo cual implica el necesario ajuste de dicho texto formal legal a esos preceptos, y en ausencia del mismo, la cuestión habrá de resolverse por aplicación directa de tal conjunto de principios y garantías.

CAPÍTULO III

EL PRETENDIDO DOGMA DE LA “IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO”

8. LOS PRIMEROS ANTECEDENTES LEGALES

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que el mentado dogma de la irresponsabilidad no debió tener cabida entre nosotros, pues sin perjuicio de que, como tempranamente fue advertido por la doctrina nacional, los fundamentos jurídicos de la “responsabilidad extracontractual del Estado” deben buscarse en el conjunto de principios consagrados por la Constitución nacional, lo cierto es que desde los primeros tiempos de nuestra organización institucional definitiva existen antecedentes legales ordinarios muy valiosos en torno a la consideración de este aspecto que se propone.

Nos referimos a la ley 224 del 29 de septiembre de 1859 dictada por el Congreso de Paraná, por aquel entonces capital provisoria de la Confederación Argentina, que, no obstante la economía de palabras que emplea, dispuso un régimen de responsabilidad general con los siguientes alcances:

“Artículo 1º.- La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país.

“Artículo 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”⁷¹. Acerca de los alcances de esta norma legal tuvo oportunidad de expedirse el profesor Miguel S. MARIENHOFF, a propósito de una expresa consulta que el autor le dirigiera. El

⁷¹ Fuente consultada: Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina, Leyes nacionales, t. 1 (1852-1861).

pensamiento del ilustre jurista ha quedado de manifiesto en la carta que se publica en la nota al pie, la cual incluimos íntegramente, además, como un merecido homenaje⁷².

⁷² “1° de septiembre de 1997.

“Estimado doctor Mertehikian:

“He recibido el texto de la ley número 224, del 29 de septiembre de 1859, sancionada por el Congreso de Paraná, que usted tuvo a bien hacerme llegar para que le expresara mis puntos de vista sobre la trascendencia y significado de esa norma.

“En aquella época la ciudad de Paraná era la capital provisoria de la Confederación Argentina.

“La ley de referencia puede vérsela en la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina (tomo 1° de Leyes Nacionales, 1852-1861). Consta de los dos siguientes artículos:

“Artículo 1°. `La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país’.

“Artículo 2°. `Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional’.

“La fecha de esa ley, y la sugestiva circunstancia de que la provincia de Buenos Aires no se había incorporado aún a la Confederación Argentina, si bien admite la razonable suposición de que la sanción de dicha norma había respondido a particulares intereses políticos-económicos del momento, no puede obstar a que, aunque en forma inorgánica, tal norma implique una recepción formal de la responsabilidad del Estado en nuestro país, al menos en un aspecto de esa responsabilidad. Trataríase de un lejano antecedente de la vigencia de la responsabilidad estatal.

“Va de suyo que esa norma sólo ha tenido vigencia en el ámbito territorial donde el Congreso de Paraná tenía jurisdicción y competencia constitucional. La provincia de Buenos Aires, por obvias razones, estaba excluida de esa jurisdicción.

“Con el transcurso del tiempo, consolidada la unión nacional con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como los aportes e inquietudes de la doctrina científica, e incluso la sanción del Código Civil, le restaron trascendencia a la expresada ley del Congreso de Paraná. Esa ley no tuvo influencia alguna en lo atinente al problema teórico de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual surge de principios jurídicos superiores revelados por la técnica del derecho.

“La mencionada ley del Congreso de Paraná es posterior a la Constitución nacional de 1853, en cuyos principios esenciales debe hallarse en definitiva el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. De manera que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, la referida ley del Congreso de Paraná no introdujo, en lo pertinente, un derecho nuevo: éste ya existía a través de la Constitución nacional de 1853. La actual doctrina del derecho administrativo argentino tiene a esos principios de la Constitución nacional como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado. Con todo, esa norma del Congreso de Paraná tiene, como ya dije, el mérito de constituir, entre nosotros, un antecedente particularizado en materia de responsabilidad estatal.

“Que en esa ley se trataba efectivamente de `responsabilidad del Estado’ no cabe duda alguna, por más que la palabra `responsabilidad’ no aparezca en el texto. Dos razones apoyan tal afirmación: 1°) que los `empleados’ de las autoridades legítimas del país -a que se refiere esa ley- son, nada menos, `órganos’ del Estado, y no simplemente mandatarios o representantes del mismo, lo cual aclara que se trataba del Estado propiamente dicho, ya que éste se expresa exclusivamente a través de esos órganos. Sin la existencia de la respectiva estructura `orgánica’ no es concebible un Estado; 2°) que la `indemnización’ de perjuicios -a que también se refiere la ley- es consecuencia de la `responsabilidad’. Sin `perjuicio’ no hay responsabilidad. La referida ley trata, pues, de un aspecto de la `responsabilidad’ del Estado.

“Ciertas fallas contenidas en esa ley, como la de referirse únicamente a los `empleados’, silenciando a los `funcionarios’, es atribuible a que en nuestro país, en aquella época, los principios del derecho administrativo no estaban difundidos.

La existencia de tal disposición legal había sido advertida por la doctrina⁷³, al punto que se ha señalado, con relación a su actual vigencia, que nunca fue materia de derogación expresa⁷⁴, y también por la jurisprudencia⁷⁵, aunque esta última sin explicarse demasiado sobre el punto. La norma, que instaura con carácter "general" un régimen de responsabilidad del Estado, fue sancionada por el legislador luego de atender una innumerable cantidad de reclamos de indemnizaciones hechas tanto por argentinos como extranjeros, como resultado de la guerra por la independencia nacional⁷⁶.

Ahora bien, obsérvese que la transcripta disposición no realiza distinciones entre los perjuicios que se puedan provocar al damnificado tanto por la actuación ilícita o lícita, y permite, a la vez, englobar en sus previsiones la actuación de cualquiera de los órganos del Estado. Pone especial acento en que los perjuicios sean causados por los "empleados" de las autoridades legítimas del país. Obsérvese también que la disposición no requiere la existencia de factores de imputación subjetiva como la culpa o el dolo en el agente para fundar la viabilidad del derecho a "indemnización" tanto de nacionales como extranjeros, aunque por la época de su sanción y el lenguaje empleado podría inferirse que el factor de atribución es de naturaleza indirecta.

9. LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

De resultas de la vigencia de tal disposición, creemos que en el momento en que el Código Civil se sanciona no puede sostenerse la "irresponsabilidad estatal", aun cuando la ley no emplea esta expresión sino la palabra "indemnización", circunstancia que el propio MARIENHOFF destaca, aunque según su opinión ello no es óbice para establecer que la ley se refiere a la responsabilidad del Estado, pues la una

"En concreto: la expresada ley (del año 1859) constituye un lejano antecedente legal-formal 'ordinario', atinente a la responsabilidad del Estado. La Ley Suprema, con sus principios fundamentales, ya existía desde 1853. Aquel antecedente, aunque inorgánico, y posiblemente circunstancial y contingente, demuestra que en nuestro país, desde sus albores institucionales, existió vocación por el respeto del derecho de los administrados y por el afianzamiento de la seguridad jurídica. La juridicidad ya estuvo presente en los primeros actos públicos del Gobierno que abolió la opresión y restableció la libertad. Pero como norma jurídica, la referida ley careció de imperio frente al complejo de principios revelados por los estudios del derecho.

"Lo saludo muy afectuosamente".

⁷³ GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Platense, La Plata, 1971, p. 75; BARRA, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos*, ED, t. 142, ps. 931 y siguientes.

⁷⁴ Cfr. GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., *Responsabilidad del Estado por daños con armas disparadas en cumplimiento regular de la función policial*, "Rev. de Derecho Administrativo", nos. 12 a 13, (enero-agosto 1993), ps. 133 y ss.; ver especialmente p. 140, párr. 5.

⁷⁵ Cfr. CNCont. Adm. Fed., Sala III, "Asmuss, Francisco R. y otros c/Estado Nacional", 16/11/89, LL, t. 1991-D, p. 362, con nota del Dr. Guido Santiago TAWIL.

⁷⁶ Cfr. GRAU, Armando E., obra y lugar citados.

supone la existencia de la otra (ver nota 2), negando implícitamente la teoría alemana de la indemnización para fundar la reparación de los perjuicios provenientes de la actuación lícita del Estado.

Ahora bien, ¿qué relación posee la norma con el artículo 1112 del Cód. Civil? Esta última disposición podría cobrar un sentido diferente si se concebía al Estado como irresponsable, circunstancia que no era –en principio– posible en atención a la vigencia de la citada ley 224.

¿Es posible suponer que cuando el codificador incluyó el art. 1112 del Cód. Civil partía de la base de que el Estado es un conjunto orgánico, que actúa por sus órganos y que la actividad de éstos le es imputada directamente a la persona que integra como un todo inseparable, sin vínculos externos, y no en los funcionarios públicos como individuos?

Se ha sostenido –criterio que no compartimos– que la mencionada disposición impone la falta personal del agente o funcionario público y no de la organización pública a la que pertenece⁷⁷.

10. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LA FALTA DE SERVICIO COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN OBJETIVO

Debe apreciarse que el Código Civil se escribió en 1855 y se aprobó en 1869, es decir diez años después de dictada la ley 224⁷⁸. ¿Es dable suponer entonces inconse-

⁷⁷ BIELSA, Rafael, en Responsabilidad del Estado como poder administrador, JA, t. 43, p. 417, afirma: “La culpa del funcionario -y esto es importante- está establecida expresamente en nuestro Código Civil (art. 1112), como la instituyó el Cód. Civil alemán (art. 939), únicos, que yo sepa, con tales preceptos sobre responsabilidad de los funcionarios. Pero, la responsabilidad del funcionario no es, según el Cód. Civil, la de la Administración Pública. Cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es responsable y no la Administración Pública”; GORDILLO, Agustín, en Tratado de derecho administrativo, t. II, ps. XVI-30 y 31, señala: “No por usarse el art. 1112 para responsabilizar indirectamente al Estado, dejará ese art. 1112 de seguir teniendo su significación propia e indiscutible de responsabilidad de los funcionarios públicos; y hállese donde se halle el fundamento de la responsabilidad del Estado, seguirá habiendo responsabilidad de los funcionarios públicos por imperio del art. 1112” y “Si como ya hemos visto, lo que prevé el art. 1112 [es] una responsabilidad del funcionario”; y voto del ministro Vázquez en la causa “Terrabón S.A. c/Pcia. de Bs. As.” (CSJN, 15/7/97), quien sostiene: “La responsabilidad civil del funcionario registrador que, actuando en ejercicio de sus funciones, incurra en inexactitudes en la registración dominial de bienes, se rige por lo dispuesto en el art. 1112 del Cód. Civil, y respecto del Estado organizador del registro, en lo establecido por los arts. 43 y 1113 del mismo ordenamiento. Por tanto, la responsabilidad del Estado es indirecta, pues se explica y tiene causa en el hecho de los funcionarios del registro, razón por la cual no cabe deducir del art. 1112 aludido una responsabilidad directa del Estado, pues la norma se refiere exclusivamente a la responsabilidad personal del funcionario o agente de la administración”.

⁷⁸ Debe señalarse aquí el trabajo del Dr. Jorge Luis SALOMONI, Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual), ED, suplemento administrativo, 29/3/00, ps. 7 y ss., en especial p. 10.

cuencia en el legislador o falta de previsión de parte de éste, que en 1859 sanciona un régimen general de responsabilidad pública, avanzadísimo para su época, y luego abroga dichas disposiciones por la sanción del Código Civil que contiene normas sobre la materia?

¿Cuál es entonces el sentido del artículo 1112, si ya había establecido en el art. 1109 el régimen de responsabilidad general basado en el criterio de atribución subjetiva⁷⁹? Es cierto que, como cita GORDILLO⁸⁰, el art. 1112 incluye no sólo a los hechos, sino también a las “omisiones”, siendo así más amplio que el mentado art. 1109, pero no lo es menos que ya el art. 1074 del propio Cód. Civil había legislado sobre éstas, disponiendo que “toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”⁸¹.

La fuente del mentado artículo 1112 del Código Civil que cita Vélez Sársfield es la obra de AUBRY y RAU, aunque sin embargo BIELSA, DÍAZ DE GUIJARRO, y más modernamente GORDILLO, señalan la notable similitud de dicha disposición con el art. 839 del Código alemán⁸².

Ahora bien, a nuestro modo de ver el artículo 1112 del Código Civil no involucra a los funcionarios públicos como individuos ya abarcados por la disposición del art. 1109 del Código, sino al Estado mismo, en cuanto reviste el carácter de persona jurídica de derecho público que puede ser demandada (arts. 33, inc. 1º, y 42, Cód. Civ.).

⁷⁹ Idéntica pregunta se ha formulado GORDILLO (Tratado de derecho administrativo, t. II, p. XVI-13).

⁸⁰ GORDILLO, Agustín, ob. cit., t. II, p. XVI-19.

⁸¹ Nuevamente citamos aquí la opinión del Dr. Agustín GORDILLO, quien a este respecto ha dicho: “La diferencia es sutil, por cuanto en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero debe advertirse que en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada. Por esta primera razón no es posible pretender que el presupuesto sancionado en el art. 1112 sea igual al del 1109. En el art. 1112 tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad, cosa que no sucede en el 1074, donde la omisión no basta si no está prohibida por la ley. Tanto el positivo hacer como los negativos ‘no dar’, ‘no hacer’ y ‘permitir’ están comprendidos en el art. 1112”. Sobre esta cuestión volveremos más adelante. Sin perjuicio de ello no puede obviarse sobre este difícil aspecto de la responsabilidad el profundo trabajo del profesor Miguel S. MARIENHOFF, La responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud «omisiva» en el ámbito del derecho público, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

⁸² REIRIZ, María G., Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 13; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo”, en La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro Goldemberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 771; CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 282, nota 47; GORDILLO, Agustín, ob. cit., t. II, ps. XVI-13 y 14, especialmente nota 6.4.

Desde ya que Vélez Sársfield no podía desconocer que la cuestión de la responsabilidad de los agentes públicos frente al Estado al que se encuentran vinculados jurídicamente es una cuestión relativa al régimen de la función pública, sobre la que el Código Civil no podía legislar, por no ser una materia delegada por las provincias en la legislación federal.

El artículo 1112 dispone que “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, son comprendidas en las disposiciones de este Título”, es decir, en el título de las “Obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

a) AUSENCIA DEL REQUISITO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN EL AGENTE PÚBLICO (APROXIMACIÓN A LOS CRITERIOS DE LA CORTE).- La norma no exige ningún factor de imputación “subjetiva” adicional, pues no es necesaria la verificación de culpa o dolo en el agente, sino la acreditación del incumplimiento de la obligación legal o, si se quiere, el cumplimiento irregular de la misma. Ese es el único requisito a ser verificado, pues de lo contrario poco o nulo sería el sentido de la previsión contenida en cuanto a que el daño debe ser provocado actuando en ejercicio o en ocasión de la función, ya que el funcionario público en cuanto sujeto individual es responsable por virtud de la aplicación de los criterios generales (art. 1109). Claro está que si la víctima del daño acredita la existencia del dolo o culpa en el actuar irregular del funcionario público (factor de imputación subjetiva), éste también será responsable a título individual⁸³. De tal manera, y como se verá cuando tratemos los requisitos de procedencia de la acción de responsabilidad, si el funcionario comete el daño, actuando al margen de la competencia que tiene atribuida por el ordenamiento jurídico en forma expresa y razonablemente implícita o dentro de la esfera propia de su condición de individuo⁸⁴, sería solo personalmente responsable. Es esto lo que en doctrina se conoce como “falta personal” del agente⁸⁵.

Ahora bien, como luego podrá verse con más detalle, a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Vadell” se viene sosteniendo decididamente en general, aunque con alguna importante disidencia expresada por REIRIZ, que el art. 1112 del Cód. Civil encierra un supuesto de responsabilidad objetiva del Estado, la deno-

⁸³ GORDILLO, Agustín, ob. cit., t. II, p. XVI-23.

⁸⁴ CASSAGNE dice: “siempre que los hechos reprochados a un agente público se aparten de lo que puede considerarse atinente al servicio; incluso en su funcionamiento defectuoso” (Derecho administrativo, t. I, p. 312).

⁸⁵ “La falta personal es aquella que excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio (Hauriou) y para su configuración se tiene en cuenta la culpa o el dolo del agente público, dándose tanto en el caso en que la falta de servicio se excluye como cuando la falta tenga alguna vinculación con el servicio” (CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, t. I, p. 269).

minada “falta de servicio”, que sumada a la teoría del órgano como elemento de atribución directa, configuran los recaudos jurídicos que basan el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita.

No puede obviarse, sin embargo, la importante disidencia de LLAMBÍAS, para quien, en rigor de verdad, no corresponde hablar de supuestos de responsabilidad objetiva, ni aun después de sancionada la reforma integral al Código Civil por la ley 17.711, sino, y antes bien, de supuestos de “reparabilidad” impuestos por el legislador sobre la base de criterios de equidad y justicia. No se trataría, en suma, de ámbitos en los cuales se ven desplazados los criterios tradicionales de atribución subjetiva, sino de especiales casos de “reparación” de perjuicios instaurados por el legislador, fundado en tales criterios⁸⁶.

b) UNA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA FALTA DE SERVICIO.- Por nuestra parte, consideramos que no puede omitirse la conexión que existe entre el art. 1112 y los arts. 625 y 630 del propio Cód. Civil, incluidos estos últimos en la teoría general de las obligaciones; de nuevo adviértase que no puede haber lugar a confusión entre la fuente de las obligaciones en general y la de las convenciones. Ambas disposiciones no solamente corresponden a las obligaciones nacidas al amparo de un contrato o convención sino, y en general, toda vez que exista por parte del deudor, la obligación a hacer o a prestar algún servicio, y por el lado del acreedor, de reclamar su cumplimiento⁸⁷.

El mencionado artículo 625 establece: “El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho”.

Por su parte, el artículo 630 dispone: “Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación”.

Dichas disposiciones resultan plenamente aplicables a la conducta estatal y se conectan con el concepto de la “falta de servicio” antes citada, en cuanto la norma del art. 625 permite, también, abrirla desde el texto legal. Por otro lado, no puede omitirse que la propia Corte ha hecho expresa aplicación de dicha disposición. En tanto la prestación que encierre el objeto de la obligación que implica el servicio

⁸⁶ LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil, “Obligaciones”, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. III, ps. 542 a 546, especialmente n° 2165.

⁸⁷ Sobre la aplicación de ambas disposiciones a las relaciones nacidas entre particulares y el Estado y amparadas tanto por un derecho subjetivo, como por un derecho de incidencia colectiva, ahora reconocidos expresamente por los arts. 41 y 42 de la Const. nacional, ya nos habíamos pronunciado con anterioridad, al comentar el caso “Viceconte, M. c/Ministerio de Salud y Acción Social”, LL, t. 1998-F, p. 102.

asumido por el Estado no se cumpla o se cumpla de un modo irregular, dará nacimiento a una acción para exigir su cumplimiento, o bien el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Es este el criterio que se evidencia del análisis de los precedentes judiciales emanados de la Corte, en los cuales se examina la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita. En algunos casos, incluso, la ha invocado expresamente⁸⁸.

Es también el criterio que surge de la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal recaída en la causa “Viceconte”⁸⁹, en tanto ha admitido la posibilidad de que los particulares puedan exigir del Estado el cumplimiento concreto de la obligación asumida, cuando este se ha obligado a prestar un servicio o realizar una actividad de un modo determinado.

De lo expuesto, sin embargo, no puede seguirse que el art. 1113 del Cód. Civil, en la redacción dada por la ley 17.711, en tanto incorpora la denominada “teoría del riesgo creado”, y en la medida que se acepte que constituye un factor de responsabilidad objetiva, puede dejar de aplicarse a los perjuicios ocasionados por el Estado. Piénsese en los supuestos de daños provocados por las cosas cuando ellas son propiedad del Estado (v. gr., vehículos, edificios públicos, etc.). Aún más, en el supuesto de que un bien fuere utilizado en contra de la voluntad de su dueño, este no será responsable. Supongamos como ejemplo el vehículo oficial robado del garage de una repartición oficial o del arma reglamentaria robada a un policía con la que luego se comete un delito. No puede responsabilizarse al Estado propietario de ambas (arg. art. 1113, último párrafo, Cód. Civ.). Debe señalarse que el criterio precedentemente expuesto es conteste con la jurisprudencia de la Corte⁹⁰.

Aun cuando se critique la idea expuesta por considerar que posee gran influencia civilista, o un gran apego a la denominada teoría de la unidad del fenómeno resarcitorio, no podrá negarse que admitir los postulados de la responsabilidad objetiva del Estado implicará —en el actual contexto normativo— aceptar también la aplicación de todas sus reglas.

c) LA “FALTA DE SERVICIO” COMO CRITERIO OBJETIVO Y LA IMPUTACIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE LA “TEORÍA DEL ÓRGANO”. EL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA.- Como ha quedado dicho, la jurisprudencia de la Corte ha ido consolidando el criterio de la imputación objetiva y directa de la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la caracterización de la “falta de

⁸⁸ Fallos, 182:5, “Ferrocarril Oeste”.

⁸⁹ “Viceconte, M. c/Ministerio de Salud y Acción Social», citado en nota 17. En este caso se trataba de la producción de una vacuna.

⁹⁰ Fallos, 254:375; 315:2834.

servicio” como un criterio objetivo y de la aplicación de la “teoría del órgano”, como factor de atribución de las conductas (hechos, actos u omisiones) de sus agentes a la estructura estatal que integran, por formar parte de ella como un todo inescindible y cuyo hito culminante en el desarrollo de esa consolidación jurisprudencial se señala que se produjo en la causa “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización”, aunque según entendemos, y por lo que luego se dirá, reconoce antecedentes muy valiosos en precedentes anteriores de la Corte Suprema, sin perjuicio de que puedan haber sido algo tímidos en la consideración de este aspecto.

El examen de la jurisprudencia indicada denota que con el tiempo se ha ido haciendo una diferente consideración de las normas de la legislación civil, admitiendo, incluso, el criterio según el cual el fundamento de la responsabilidad del Estado debe hacerse desde una caracterización uniforme, a través de conceptos tales como el de la “ausencia del deber jurídico de soportar el daño” y de la nota de “especialidad del perjuicio”, aun cuando ello ha sido así a través de la sistematización de los “requisitos de procedencia” de la acción cuando nos encontramos frente a casos de responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación normativa lícita.

Como se dijo, en esa condición se encuentra el artículo 1112 del Código Civil, norma incluida en la legislación de fondo a la que el profesor Rafael BIELSA le asignó el fundamento normativo de atribución de responsabilidad sobre los funcionarios y agentes públicos y nunca sobre el Estado. De allí que en la coherencia del pensamiento de tan ilustre jurista resultara inaceptable la aplicación del art. 1113 del mismo Código, porque la responsabilidad era “directa” de los funcionarios y “la responsabilidad indirecta es inaplicable al Estado, porque, en todo caso, la culpa in eligendo, o la culpa in vigilando que constituye el fundamento del art. 1113 del Código Civil debería responsabilizar a los funcionarios que eligen o nombran malos empleados o no los vigilan. Al nombrar un mal funcionario o empleado o al no vigilarlo, el funcionario que, respectivamente, dicta el nombramiento, o no vigila al inferior que luego causa un daño, cumple irregularmente sus funciones (es decir, su mandato legal) contra lo dispuesto por el art. 1112 del Código Civil”⁹¹.

Con el tiempo ha variado la consideración del mentado artículo 1112 del Código Civil, que encuentra en él la admisión formal del criterio de la “falta de servicio como criterio objetivo” en materia de responsabilidad por su actuar ilícito o ilegítimo. Es que paulatinamente se ha ido imponiendo entre nosotros el criterio de la “falta de servicio” como factor de atribución objetiva de responsabilidad, según el cual basta que se verifique un cumplimiento irregular de las misiones que el ordenamiento jurídico le impone a la actividad, o un cumplimiento defectuoso, o lisa y llanamente un “incumplimiento”, para que se abra la posibilidad de obtener la reparación. Se entiende que se deben verificar los otros requisitos que el ordenamiento exige, los cuales

⁹¹ Cfr. BIELSA, Rafael, Estudios . . . , p. 323.

son: la existencia de daño, el nexo de causalidad adecuada y la imputación de la conducta, hecho o acto a la organización estatal.

Sin embargo, el presente enfoque no sería completo si no se dijese que sobre este aspecto parecen existir aún autorizadas disidencias, como la de la Dra. Graciela REIRIZ, según la cual la mentada “falta de servicio” es siempre “subjetiva”, aunque de distinta naturaleza que la culpa o el dolo del derecho civil, porque no es necesaria la individualización del autor material del daño, sino que es el servicio en su totalidad el que, funcionando irregularmente, produce el daño. “Por lo tanto, es un daño con falta del agente causal”⁹².

Con todo, y como se dijo anteriormente, el concepto objetivado de la “falta de servicio” y la aceptación de que el mismo está receptado en el art. 1112 del Cód. Civil es el criterio que la Corte Suprema parece haber establecido definitivamente a partir del caso “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/indemnización”, del 18 de diciembre de 1984⁹³, y en ello es conteste la doctrina⁹⁴. Sin embargo, creemos por lo que queda dicho, que el art. 625 del Código Civil permite fundar también en normas del derecho positivo el citado concepto. Ello es así, al menos en apariencia, pues, como ya se verá, la jurisprudencia del Tribunal no ha hecho abandono absoluto en la aplicación del primer párrafo del art. 1113 del Código Civil.

d) LOS ANTECEDENTES DEL FALLO “VADELL”.- En rigor de verdad, el concepto de la denominada “falta de servicio” ya latía en los precedentes anteriores de la Corte, aunque puede decirse que no con estas expresiones sino con una caracterización distinta, pues por lo general asociaba la norma del art. 1112 del Cód. Civil a la de los arts. 1109 y 1113 del mismo Código.

Así deben citarse los casos “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños e intereses” del 3/10/38⁹⁵, criterio que reiteró en muchas oportunidades cuando se trataba de errores en la actividad del Registro de la Propiedad Inmueble, y más modernamente en causas tales como “Automotores Faillace Triangeli y Cía. S.C.A. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, del 23/10/73⁹⁶; “Sánchez Puppulo, Eduardo Luis y otros c/Buenos Aires, Provincia

⁹² Cfr. REIRIZ, María G., «Responsabilidad del Estado», en la obra colectiva El derecho administrativo argentino, hoy, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226.

⁹³ Fallos, 306:2030.

⁹⁴ Cfr. BARRA, Rodolfo C., Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado, ED, t. 117, p. 125; CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, t. I, p. 285; y anteriormente en La responsabilidad extracontractual del Estado, ED, t. 114, p. 215.

⁹⁵ Fallos, 182:5.

⁹⁶ Fallos, 287:108.

de s/cobro de pesos”, del 6/5/74⁹⁷ y “Gallegos Botto, María Teresa Busso de y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios” del 15/10/74⁹⁸, todos antecedentes del precitado caso “Vadell”.

La mentada noción de la “falta de servicio” como concepto objetivado es asociada por la Corte con la denominada “teoría del órgano”, como vehículo jurídico eficaz de atribución de la conducta de los agentes a la persona jurídica pública de la que forman parte de manera inescindible y sin vínculos exteriores que los unan, de manera que cuando actúa el órgano, en verdad, actúa la persona jurídica. De allí que resulta objetable la aplicación de disposiciones tales como los arts. 1109 y 1113, primer párrafo, basadas en la noción diferente de la “vimputación indirecta” o “refleja”, inaceptable en la materia, puesto que, cuando actúan los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, actúa el Estado mismo⁹⁹, y si así no se considerase, grave sería la suerte de los derechos de los particulares, pues convertiría en ilusoria dicha responsabilidad, en una mera declaración vacía de contenido concreto.

Con todo, no puede omitirse que el concepto mismo de la responsabilidad “objetiva” ha sido también severamente cuestionado. En efecto, no puede dejar de acudirse a las enseñanzas de autores como LLAMBÍAS, quien ha formulado serios cuestionamientos a la citada teoría.

Para esta corriente de pensamiento, para que exista estrictamente “responsabilidad” debe necesariamente registrarse “culpa”, presunta o demostrada, del agente a quien se supone imputable y de ahí que la ausencia de imputabilidad excluye la culpabilidad y, consiguientemente, la responsabilidad¹⁰⁰. “La llamada responsabilidad objetiva o sin culpa alude a supuestos de obligaciones legales por garantía hacia terceros, o por riesgos provenientes de personas o de cosas subordinadas [...] en los supuestos de reparabilidad sin culpa, el título o causa de la obligación de reparar es el hecho ocurrido en circunstancias tales que justifican, según la apreciación del legislador, la indemnización total, parcial, prudencial, tarifada, etc., de ahí que la inimputabilidad del sujeto sindicado como deudor de la indemnización no sea un motivo para excluir la reparación si subsisten las razones que contempló el legislador para acordarla, como ocurre con respecto a los daños involuntarios”¹⁰¹.

Fórmulas como las que se explicitan confieren sustento a posturas como la de REIRIZ y, en apoyo de ellas, puede decirse que en la época de sanción del Código Civil era inconcebible la teoría de la responsabilidad objetiva, cuya formulación se atribuye a la necesidad de responder a las consecuencias derivadas de la utilización

⁹⁷ Fallos, 288:362.

⁹⁸ Fallos, 290:71.

⁹⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , p. 755 y sus citas, n° 1647.

¹⁰⁰ LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil, «Obligaciones», t. III, n° 2164.

¹⁰¹ LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., citando la opinión de ORGAZ.

del maquinismo y cuyo planteamiento original LLAMBÍAS se lo asigna a Popesco Albota (*Le droit d'option*, Bucarest, 1933)¹⁰².

e) **IMPORTANCIA SUSTANCIAL DE LA DIFERENCIACIÓN.**- A esta altura del relato efectuado, podría alguien suponer que la distinción entre la aplicación exclusiva del art. 1112, o la invocación concurrente de esta norma con los arts. 1109 y 1113 del mismo Código, importa una especulación meramente teórica o de ribetes puramente académicos, desconectada de toda consecuencia jurídica concreta para el damnificado o víctima del daño producido y, por lo tanto, inútil. Sin embargo, la elección de una u otra norma tiene innegables e importantes consecuencias prácticas.

Concretamente, sostener que la responsabilidad del Estado es indirecta y de naturaleza subjetiva provocará necesariamente que la víctima de los daños causados por la estructura estatal deba acreditar la culpa, negligencia o dolo en el agente. Es cierto que la organización estatal actúa necesariamente a través de sus agentes o funcionarios y que si la víctima acredita, además, tales extremos en la conducta material de los individuos actuantes, haga que, también, la responsabilidad recaiga sobre estos últimos; pero no es menos cierto que concebir así el instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado implicaría volverla ilusoria, en vista a la posible frustración de cualquier acción resarcitoria, merced a la no menos imposible insolvencia de los funcionarios¹⁰³. En tanto que si la responsabilidad del Estado es concebida de manera directa y objetiva, la víctima del obrar estatal se verá mayormente protegida por la circunstancia de encontrarse ante un deudor, al menos formalmente, solvente¹⁰⁴.

Ello, claro está, con independencia de las acciones de regreso y responsabilidad administrativo-patrimonial que pudieran corresponder, implementadas incluso con miras a estimular el correcto funcionamiento de la organización estatal. Por lo demás, no puede negarse el disvalioso contenido ético que implica responsabilizar solamente a dependientes del Estado, cuando la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades que integran, tiene que ser considerada propia de éstas. Corresponde a ellas responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que se produzcan.

¹⁰² LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., n° 2162.

¹⁰³ En idéntico sentido se ha expresado BULLRICH, Rodolfo, *Responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 185.

¹⁰⁴ Por lo menos formalmente, y aunque más no sea en bonos, la colectividad deberá soportar el resarcimiento a la víctima del actuar estatal dañoso, cosa poco probable si solo se condenara a sus agentes o funcionarios.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTUACIÓN ILÍCITA

11. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ACERCA DE LAS NORMAS APLICABLES

Como se dijo, la posibilidad de alcanzar la responsabilidad plena del Estado ha sido desde antaño una de las preocupaciones fundamentales de los hombres de leyes, habiéndose llegado a señalar en este aspecto que la efectividad misma del estado de derecho depende en gran medida del control judicial de la actividad estatal y de la posibilidad de responsabilizar al Estado por los daños que produzca en el ejercicio de su autoridad¹⁰⁵.

No es extraño entonces que el Alto Tribunal de la Nación haya desarrollado, con relación a la responsabilidad pública, una profusa doctrina judicial. Su evolución encierra por momentos algunas contradicciones, oscilando entre conceptos del derecho privado y el público. En el ámbito extracontractual comenzó, en principio, por consagrar un sistema de irresponsabilidad absoluta¹⁰⁶, para luego pasar a uno de responsabilidad acotada, y transcurrió por momentos de indefinición entre la responsabilidad indirecta y la directa, aunque siempre –forzoso es admitirlo– procurando ampliar el reconocimiento de la responsabilidad pública.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ, Tomás R., “La responsabilidad de la Administración: fundamento y tendencias actuales”, en la obra de varios autores El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 93.

¹⁰⁶ Aunque, por lo dicho en la introducción de este trabajo, al margen de los textos legales que pudo válidamente aplicar.

a) “SESTE Y SEGUICH” (29 DE SEPTIEMBRE DE 1864)¹⁰⁷. - Remontándonos a los primeros años de vida de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos encontramos con la sentencia del 29 de septiembre de 1864, recaída en la causa “Seste, Vicente y Seguich, Antonio c/Gobierno Nacional” en el que los actores solicitaban al Estado nacional indemnización por el mayor tiempo servido como personeros de guardia nacionales. Según surge del fallo, el Estado nacional había firmado un contrato de enganche que establecía su vigencia hasta la finalización de la batalla de Pavón, pero lo cierto es que, una vez afrontada la misma, en 1861, fueron retenidos en el servicio militar hasta 1863, y en consecuencia solicitaban indemnización por el mayor tiempo de servicio.

La Corte desarrolló por primera vez una fundamentación tendiente a determinar la irresponsabilidad estatal, y para ello se remontó a la jurisprudencia norteamericana y a la doctrina sentada en aquel país en torno al art. 3° de la Sección Segunda de la Constitución de Filadelfia, cuyo texto ha sido base del art. 100 de la Const. nacional de 1853 (actual art. 116). Principalmente, su argumentación giró en torno a la “teoría del soberano”, de origen europeo¹⁰⁸, aunque la doctrina del fallo fue extraída, como ya dijimos, de la jurisprudencia norteamericana.

Conforme con esta teoría, el Poder Ejecutivo es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86, inc. 1°, de la Const. nacional¹⁰⁹. En consecuencia, no puede ser arrastrado ante los tribunales sin su expreso consentimiento, ya que los tribunales carecen de eficacia para obligar al Poder Ejecutivo a obedecer una orden suya. Lo contrario, según el tribunal, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que la Constitución nacional de 1853 acordaba al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de las deudas públicas exclusivamente atribuido al Congreso nacional por el art. 67, inc. 6° del texto constitucional.

Se aprecia aquí una interpretación estricta de la división de poderes que descarta la posibilidad de que el Poder Judicial juzgue al Estado como demandado, interpretación que cuadra mejor dentro del esquema francés que en el de la Constitución nacional –tomada de su par norteamericana– en la que del texto expreso del art. 116 surge

¹⁰⁷ Fallos, 1:317.

¹⁰⁸ En Inglaterra el rey no podía ser perseguido por sus propias cortes, ya que se encontraba en el ápice de la pirámide feudal, resultando indemandable en términos absolutos. Esta regla fue tomada por los Estados Unidos, lo que generó serias críticas por parte de la doctrina, por tratarse de un sistema netamente federal y no feudal. Para Tristán BOSCH esta doctrina fue recibida como un hecho consumado (La responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los EE.UU, LL, t. 57, p. 894).

También en Francia el Estado fue considerado en un principio como soberano, siendo que solo podía reparar los perjuicios causados cuando existiera un texto formal expreso que así lo dispusiera.

¹⁰⁹ Actual art. 99, inc. 1° del texto reformado en 1994.

que la Corte Suprema y los tribunales inferiores conocen y deciden en “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes” (el destacado nos pertenece) y de las causas en que la Nación sea parte. Sin embargo, la Corte limita las causas a aquellas en que la Nación sea parte actora.

En rigor de verdad, de la lectura del fallo surge que, más que a la responsabilidad estatal, la Corte Suprema se refirió específicamente a la indemandabilidad estatal. Pero en el criterio de la Corte se deja expresamente a salvo que de ello no se sigue que el particular damnificado haya quedado sin respuesta ante el perjuicio sufrido, pues el tribunal busca darle solución al caso a través del Congreso de la Nación, que conforme al anterior art. 67, inc. 6° de la Const. nacional tiene como atribución específica arreglar la deuda pública.

Sin embargo, resulta más apropiado distinguir entre la facultad del Congreso para arreglar las deudas públicas y la función jurídica de establecer la existencia de un supuesto de responsabilidad generador del correlativo derecho a ser indemnizado.

En el desarrollo que luego veremos, se podrá apreciar que el concepto de que el Estado nacional no puede ser demandado sin su consentimiento o venia es una construcción que la Corte Suprema realizó, sobre la base de una interpretación que, desde una perspectiva actual, no surge del texto constitucional. Según ha tenido oportunidad de señalarlo la doctrina, dicha construcción estuvo basada más bien en las circunstancias imperantes en la época (v. gr., carencia de recursos económicos suficientes, situación de peligro de la unidad nacional, etc.)¹¹⁰.

b) “GÓMEZ C/LA NACIÓN” (1° DE JUNIO DE 1865)¹¹¹. - Ahora bien, poco tiempo después, en sentencia recaída con fecha 1° de junio de 1865 en autos “Gómez, José Cándido c/la Nación”, la Corte tuvo oportunidad de reafirmar su tesis negatoria, cuando se demandó originalmente a la provincia de Corrientes por indemnización de daños y perjuicios por la entrega de propiedades usurpadas durante el gobierno de los Virasoro en aquella provincia. La Corte reitera aquí los argumentos vertidos en “Seste y Seguich”, aunque analiza un precedente en el cual había aceptado su demandabilidad excepcionalmente, y aclara que las circunstancias particulares del caso así lo habían justificado¹¹². En esta causa, la Corte, después de reafirmar el principio de la

¹¹⁰ GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia . . .*, p. 74.

¹¹¹ Fallos, 2:36.

¹¹² Nos referimos al caso “Bates, Stockes y Cía. c/Poder Ejecutivo Nacional”, de 1864 (Fallos, 1:259). Este caso se produjo a raíz de averías producidas por una tormenta sobre las mercaderías de la compañía demandante, las que se encontraban guardadas en los almacenes de la Aduana de la Provincia de Buenos Aires, cuando todavía esta se encontraba separada de la Confederación. El gobierno había hecho lugar al reclamo, pero estaba en discusión el monto de la indemnización. Cuando Buenos Aires se incorpora a la Nación, la Aduana es cedida a la Nación, por lo que la causa pasa a jurisdicción nacional y la Corte se ve obligada a dar tratamiento a ella.

imposibilidad de demandar a la Nación, sostiene que tal criterio no es aplicable a las provincias, que sí pueden ser ejecutadas, a diferencia de aquella. Finalmente reitera que ello no significa que “los acreedores de la Nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso sexto (sic) del artículo sesenta y siete está facultado para arreglar el pago de la deuda pública y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallarán sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación (sic)”¹¹³.

c) “ESCALADA c/MCBA” (23 DE ENERO DE 1886)¹¹⁴. - Siguiendo con el análisis de la evolución jurisprudencial, nos encontramos con un segundo argumento esgrimido en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema, que basado en la previsión contenida en el anterior texto del art. 43 del Cód. Civil (antes de su reforma por la ley 17.711) deriva la irresponsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. Es decir, la imposibilidad de ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redundasen en beneficio de ellas¹¹⁵.

Así es que en el precedente recaído en la causa “Escalada, Carlos María c/Municipalidad de la Capital Federal s/devolución de multa e indemnización de daños y perjuicios” se solicitaba la devolución de las sumas pagadas en concepto de multa por la venta de billetes de lotería y los daños y perjuicios ocasionados. Lo curioso del caso es que del texto de la sentencia surge el reconocimiento del error en la aplicación de la multa¹¹⁶, pero la Corte interpreta que el art. 43 del Cód. Civil es una barrera infranqueable para admitir la acción reparatoria¹¹⁷.

¹¹³ Cfr. consid. 3º de la sentencia.

¹¹⁴ Fallos, 29:249.

¹¹⁵ Art. 43 (texto anterior a la reforma): “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

Texto según ley 17.711: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: `De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’ ”.

¹¹⁶ Se verifica un caso de exceso en la reglamentación y sus actos de aplicación. La Corte entiende que la sanción de leyes que admiten determinada actividad antes prohibida importa que después de su vigencia la autoridad sólo puede reglamentar la actividad y no prohibirla absolutamente; consecuentemente, la multa y el embargo no se justifican.

¹¹⁷ Este mismo argumento fue utilizado por la Corte Suprema en Fallos, 52:37; 78:371; 95:33; 95:48; 98:212, entre otros.

d) “CORIO, LUIS” (16 DE ABRIL DE 1904)¹¹⁸. - En la causa “Luis Corio c/ Gobierno Nacional s/indemnización de daños y perjuicios”, el actor fundó su reclamo en el hecho acaecido el 20 de marzo de 1900, en las vías del puerto de esta Capital, del que resultó lesionado al cruzar un paso entre vagones, según sus dichos, por culpa de los empleados de la oficina de movimientos del mismo. Invocó la obligación de reparar, en mérito a lo dispuesto por el art. 1109 del Código Civil.

La Corte Suprema entendió que habiéndose acreditado que el sitio en que se produjo el hecho –sobre la vía férrea del puerto– había sido destinado para el tránsito de la calle a la ribera sin tomarse precauciones para evitar los accidentes que podían ocurrir, surgía naturalmente la responsabilidad civil de los empleados de la oficina de servicio y conservación del puerto de la Capital, y con ella, la del Gobierno bajo cuya dependencia se hallaban, sin perjuicio del derecho de repetición.

Asimismo, destacó que tratándose de una acción civil deducida contra la Nación en su carácter de persona jurídica por obligaciones emergentes de la explotación de una vía férrea expresamente consignados en la ley general de Ferrocarriles Nacionales (arts. 1º y 3º, incs. 1º y 11, ley 2873), correspondía también hacer lugar a la demanda en virtud de los arts. 1113 y 1123 del Código Civil.

e) “CAYETANO CUEVA” (26 DE JUNIO DE 1909)¹¹⁹. - Similares argumentos jurídicos a los expresados en el pronunciamiento anterior utilizó la Corte Suprema en la causa “Cayetano Cueva c/Poder Ejecutivo Nacional s/indemnización de daños y perjuicios”. Este caso fue motivado como consecuencia del accidente que sufriera el actor cuando se encontraba prestando servicios como cambista en el ferrocarril del puerto de la Capital. En efecto, el actor, siguiendo órdenes del capataz de movimientos de vagones, procedió a iniciar las maniobras para enganchar vagones al tren que se acercaba, en tanto que el maquinista, en lugar de detener la locomotora como correspondía, al efectuarse una operación de enganche, aceleró la marcha, dando por resultado que Cueva cayera debajo de las ruedas, que le destrozaron la pierna derecha.

La Corte, a partir del sumario y las constancias de la causa, tuvo por acreditados los hechos reseñados y no habiendo probado la demandada que el accidente había sido puramente casual en el sentido propio del concepto, hizo lugar a la demanda. Como adelantáramos, fundó el pronunciamiento en la ley 2873, de Ferrocarriles, que prevé la responsabilidad de la Nación en su carácter de persona jurídica que explota líneas férreas, e invocó los arts. 1109 y 1113 del Código Civil.

f) “EDUARDO DUGHERA” (21 DE AGOSTO DE 1909)¹²⁰. - En los autos “Eduardo Dughera c/Gobierno Nacional s/daños y perjuicios” el actor demandó al

¹¹⁸ Fallos, 99:83.

¹¹⁹ Fallos, 111:333.

¹²⁰ Fallos, 112:78.

Gobierno, manifestando que al atravesar con su carro la vía férrea del puerto de la capital por un paso a nivel desprovisto de barreras y de guarda vía, y después de detenerse para dar paso a un convoy de vagones, fue atropellado por una locomotora de la misma línea, que marchaba oculta detrás de una larga fila de vagones, la que no pudo ser vista por esa causa, y que no dio aviso ni uso del silbato reglamentario. El choque provocó al Sr. Dughera lesiones que le ocasionaron un mes de enfermedad. En un breve pronunciamiento, y por tener acreditado que el conductor de la locomotora no dio oportunamente los silbatos que podrían haber evitado el accidente, la Corte acogió la demanda, sin perjuicio del derecho a repetir acordado por el art. 1123 del Código Civil.

g) “TERESA TOMASSONI” (12 DE ABRIL DE 1910)¹²¹. - La actora en los autos caratulados “Teresa Tomassoni c/Gobierno Nacional s/daños y perjuicios” reclamaba una indemnización por la muerte de su esposo, Cleto Fortini, quien prestando servicios como peón de las obras de salubridad sobre un vagón del ferrocarril, en circunstancias en que desempeñaba sus funciones, fue lesionado por unos caños que se descargaban del vapor “Belgian”, por haberse cortado la cuerda con que estaban atados y suspendidos del guinche n° 85, de propiedad fiscal, falleciendo a consecuencia de las lesiones recibidas.

La Corte entendió que la Nación, como persona jurídica, solo es responsable de los daños y perjuicios derivados del dolo o de la culpa de sus representantes o empleados, en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, sin perjuicio de la ampliación de esa responsabilidad fuera de las relaciones contractuales cuando disposiciones legales lo han establecido expresamente, como sucede con las empresas ferroviarias y el servicio de guinches en el puerto, conforme lo dispuesto por el art. 10 de la ley 4932.

Además, puntualizó que Fortini había contratado sus servicios a las obras de salubridad, o sea, al Estado, del que esas obras dependen, y había sido víctima de omisiones culpables de los encargados de la misma oficina en el cumplimiento de las obligaciones contractuales a que respecto de Fortini estaban sometidos. Por estas razones hizo lugar a la demanda.

h) “COMPAÑÍA ARGENTINA DE NAVEGACIÓN NICOLÁS MIHANOVICH LTDA.” (12 DE AGOSTO DE 1916)¹²². - En la causa “Compañía Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda. s/daños y perjuicios” se reclamaba la reparación de los daños sufridos por la embarcación “Rivadavia”, propiedad de la actora. Cuando la embarcación se encontraba haciendo operaciones de carga en la cabecera

¹²¹ Fallos, 113:111.

¹²² Fallos, 123:407.

sud de la Dársena Sud frente al galpón n° 2, uno de los guinches eléctricos del puerto fue girado con imprudencia, chocó el estorbo que sostiene uno de los palos del vapor y lo rompió. El palo cayó sobre el vapor, provocando abolladuras y otros desperfectos.

La Corte señaló que en autos no se había cuestionado la obligación del Gobierno Nacional de reparar los perjuicios ocasionados por hechos de los empleados de la administración en las operaciones de carga y descarga de embarcaciones en el puerto. Tampoco se puso en duda que el vapor “Rivadavia” había sufrido deterioros motivados por el guinche que manejaba su encargado. Todo ello, a criterio del tribunal, imponía la obligación de reparar el daño ocasionado, salvo que se probara alguna causa eximente, circunstancia que no se verificaba en el caso. Por ello se hizo lugar a la demanda.

i) “LEZICA ALVEAR” (18 DE SEPTIEMBRE DE 1919)¹²³. - Siguiendo unos años más en la evolución de la dogmática jurisprudencial que intentamos explicar, y ya sancionada la ley 3952, de Demandas contra la Nación, la Corte se pronunció a favor del reconocimiento de la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires, en un caso con hechos muy similares a los que ocurrieron en el famoso y comentado caso “Devoto”, al que calificada doctrina atribuye como el pretoriano nacimiento de la admisión de la responsabilidad estatal.

Se trata de la sentencia recaída en la causa “Diego Lezica Alvear y Sra. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, donde se demandaba a la provincia de Buenos Aires por la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las chispas emanadas de un ferrocarril provincial del puerto de La Plata que cruzaba por el campo de la actora. Las chispas habían provocado un incendio en los campos de la actora, con la consecuente inutilidad de esas tierras, muerte de animales, destrucción de alambrados, etcétera.

La Corte Suprema, como obiter dictum¹²⁴, recurre al Código Civil para fundamentar la responsabilidad provincial. Es decir, si bien la justificación normativa en la

¹²³ Fallos, 130:105.

¹²⁴ Según lo explican textualmente MILLER, GELLI y CAYUSO: “Hay una distinción muy común en el sistema anglosajón, que también ha sido utilizada en la Argentina, entre el holding de un caso y el obiter dictum. El holding es la parte de los fundamentos del fallo que resulta indispensable para decidir el caso y entonces tiene mucha fuerza como precedente en casos posteriores. El obiter dictum consiste en pronunciamientos, elaboraciones y razonamientos que están en el fallo, pero no son necesarios para decidir el caso, y entonces, como regla general, no tienen la misma importancia como precedentes para el futuro. Por ejemplo, supongamos un caso en el que una persona poseedora de una fracción de tierra, que resulta expropiada por un decreto del Poder Ejecutivo, solicita a los tribunales la devolución de la tierra alegando que la expropiación fue inconstitucional por haber sido hecha por decreto. Si el tribunal rechaza la acción -por considerar que el peticionante no es el dueño del inmueble, pues se comprueba que lo

que se basó la Corte para hacer lugar a la demanda fueron las leyes específicas que regulaban los ferrocarriles, también se ocupó de analizar los arts. 1109 y 1113.

Con respecto al primero de ellos, fijó la Corte su postura en cuanto al incendio, considerando que el mismo, como acto reprobado por ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que con él se causan a terceros, fórmula que luego habría de emplear en el citado caso “Devoto”, aunque sin un texto legal como el contenido en la Ley General de Ferrocarriles Nacionales (2873), que expresamente genera responsabilidad por el incendio producido por la utilización de vehículos ferroviarios.

En cuanto al artículo 1113, referente a la responsabilidad indirecta, la Corte entendió que la responsabilidad a la que se hacía referencia en el art. 1109 era extensible a las personas bajo cuya dependencia se encontrara el autor del daño, o por las cosas de que se sirviera o que tuviera a su cuidado.

Por último, y como dato a destacar, la Corte soslaya, tal vez por la existencia de una ley expresa que contemplara el caso concreto, toda invocación del argumento de la indemandabilidad del Estado basada en el art. 43 del Cód. Civil, como venía haciendo anteriormente. Para ello recurre a la teoría de la doble personalidad estatal, siendo procedente la responsabilidad pública solamente en los casos en que el órgano estatal actúe como persona de derecho privado, situación que se verificaba en el caso de autos, afirmando así que la provincia actuaba en carácter de “empresa y como tal de persona jurídica en la explotación de sus vías férreas”.

j) “DEVOTO” (22 DE SEPTIEMBRE DE 1933)¹²⁵. - Tan solo catorce años más tarde llegará la Corte a reforzar esta doctrina, con un aditamento importante, en el caso “Tomás Devoto y Cía. c/la Nación s/daños y perjuicios”, donde operarios que trabajaban en la instalación de una línea telegráfica habían provocado un incendio en los campos que arrendaba la sociedad actora en la provincia de Entre Ríos. En dicho establecimiento, denominado San Isidro, más precisamente en uno de sus potreros, se produjo un incendio que se propagó a los otros. El fuego fue originado por las chispas de un brasero que utilizaba una cuadrilla volante de guardahilos del telégrafo

había usurpado unos años antes y que por lo tanto no existe un derecho de propiedad conforme al art. 17 de la Constitución-, pero declara al mismo tiempo la inconstitucionalidad de la expropiación por haberse hecho por decreto, vamos a decir que la primera parte del fallo (rechazo de la acción fundado en la inexistencia del derecho de la propiedad) es el holding; y la segunda parte (declaración de inconstitucionalidad de la expropiación) es el obiter dictum, porque no era necesario para la decisión del caso tal como fue resuelto. La justificación para esta distinción, fuera del problema de declaraciones de inconstitucionalidad innecesarias, es que un tribunal va a preocuparse, principalmente, por los aspectos de un caso necesario para su decisión y estaría dando demasiado poder a sus palabras al aplicar su obiter dictum en forma igual como precedente invocable en litigios futuros”. (Cfr. Constitución y poder político, Astrea, Buenos Aires, 1987, t. 1, p. 15, nota 6.)

¹²⁵ Fallos, 169:111.

nacional que efectuaba en la zona la unión de dos hilos de la línea telegráfica que pasaba por el punto donde comenzó el fuego. Ante ello inició acción por daños y perjuicios.

La Corte emplea la fórmula que utilizó en la causa “Diego Lezica Alvear y Sra. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” con la importante diferencia de que en el presente supuesto no existía una ley expresa, como la 2873, que estableciera la responsabilidad, como sí la había en su antecedente, y ello posiblemente es lo que hace a este fallo trascendente, pues la Corte recurre únicamente al Código Civil; específicamente, a los arts. 1109 y 1113, método que fue seriamente criticado por BIELSA¹²⁶.

A su vez, incorporó eximentes de responsabilidad como el caso fortuito, no probado en autos, en tanto el estrago pudo ser previsto y evitado, pero ocurrió por falta de atención de los agentes dependientes del gobierno.

La Corte recurre, en estos dos fallos citados anteriormente, a los arts. 1109 y 1113 y la razón de ello puede deberse a estrictas razones de justicia y equidad, a fin de no dejar un caso sin solución o respuesta ante la presunta inexistencia normativa. Es decir que ante la necesidad de fundar en alguna norma la responsabilidad que declaraba, hizo aplicación de las normas indicadas, sin que ello implicara necesariamente una toma de posición frente a los caracteres de la responsabilidad estatal.

Curiosamente, encuadró la actuación del Estado como persona de derecho privado, por tratarse de casos en los que actuaba como empresa en la explotación de un servicio y omitió, sobre la base a ello, referirse al art. 1112. A la hora de citar precedentes, se invocan casos en los que la normativa se había aplicado a personas físicas, y que según la autorizada opinión de REIRIZ por primera vez se aplicaban al Estado, consagrando así su responsabilidad extracontractual¹²⁷. Tal vez en el análisis que sigue encontremos alguna respuesta que explique el comportamiento de la Corte.

k) “FERROCARRIL OESTE” (3 DE OCTUBRE DE 1938)¹²⁸. LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL. - Hasta donde tenemos noticias, la aparición del art. 1112 del Código Civil en la jurisprudencia de la Corte solo tuvo lugar en 1938, cuando en el caso “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños e intereses” reconoció la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires en un caso de error del registro de la propiedad inmueble, con base en los arts. 1112 y 1113.

¹²⁶ BIELSA, Rafael, La responsabilidad del Estado como poder administrador, JA, t. 43, p. 416.

¹²⁷ REIRIZ, María G., Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 86.

¹²⁸ Fallos, 182:5.

La actora había comprado en 1914 un terreno en la localidad de Morón, solicitando el escribano interviniente al Registro de la Propiedad un certificado en el que se hizo constar que el vendedor aparecía como titular del inmueble, sin inhibición o gravamen alguno. Con posterioridad, en 1928, un tercero reclamó la propiedad del inmueble, iniciando juicio de reivindicación, y allí obtuvo sentencia a su favor. La empresa Ferrocarril Oeste inició entonces juicio a la provincia por la indemnización de los daños y perjuicios que el equívoco del Registro de la Propiedad provincial había ocasionado.

Aquí la Corte se ocupa nuevamente de analizar el artículo 43 del Cód. Civil, pero por primera vez justifica por qué no es de aplicación al caso. Es decir que, como ya vimos en algunos fallos anteriores, la Corte omite referirse al art. 43 como impedimento a la hora de reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado, con la diferencia de que esta vez funda la improcedencia alegada.

Para ello, sostiene que al haber actuado la provincia de Buenos Aires a través del Registro de la Propiedad como entidad de derecho público, tomando y monopolizando una función, no actúa como persona de derecho privado ni tampoco como persona jurídica, sino como entidad de derecho público, sin perjuicio de lo cual establece un límite para los actos de imperio, donde se ejercen atributos de soberanía.

Así, afirma categóricamente que se ha reconocido la responsabilidad extracontractual del Estado por la intervención de sus funcionarios o empleados, por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, cuando la entidad pública ejerce el monopolio, un servicio público o una industria. Es decir, el Estado provincial imponía la obligación del certificado para otorgar escrituras sobre transmisión de inmuebles, cobrando un sellado, lo que presuponía la obligación de prestar un servicio regular.

La doble circunstancia de recurrir por un lado a este argumento, y por el otro omitir la aplicación al caso del art. 1109 del Cód. Civil, permiten afirmar que la Corte comienza a aplicar en forma más explícita los postulados de la denominada “teoría de la falta de servicio”, y para eso afirma que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan por el incumplimiento o su irregular ejecución (arts. 625 a 630, Cód. Civ.)”¹²⁹.

Contrariamente a lo sucedido hasta entonces, aquí la Corte explica la razón de la aplicación de normas del derecho privado en casos que versan sobre relaciones entre el Estado y los particulares, que son típicamente de derecho público, y lo hace basándose en razones de justicia y equidad, pues afirma que así debe obrarse “mientras no haya previsión legal que lo impida”.

¹²⁹ Cfr. CASSAGNE, Juan C., Derecho . . . , t. I, p. 283.

En cuanto a la aplicación del art. 1112, la Corte extrae del mismo la existencia de ciertos elementos a considerar: 1) debe tratarse de una conducta culpable, sin necesidad de que exista dolo; 2) cometida por un agente estatal en el desempeño de sus funciones y obrando bajo su dependencia, y 3) que ha causado un daño.

1) NUESTRA OPINIÓN. - Sin embargo, es de lamentar que la Corte no se haya quedado con estos argumentos que hubieran sido suficientes para fundar la responsabilidad. Al mismo tiempo acude a la previsión contenida en el art. 1113 del Cód. Civil, considerando así la existencia de una responsabilidad que llamó in eligendo y que resulta claramente de carácter indirecto¹³⁰. La aplicación conjunta de ambas disposiciones (arts. 1112 y 1113) es –desde una perspectiva actual– cuanto menos contradictoria, en la medida que se acepte a la teoría del órgano como fundante de la imputación directa de la actuación de los funcionarios y agentes a la estructura de la cual forman parte.

Es decir, podría tener cierta lógica jurídica la aplicación de ambos artículos si, como afirmaba BIELSA¹³¹, el art. 1112 recepta la responsabilidad personal de los agentes y funcionarios públicos y el art. 1113, la responsabilidad indirecta del principal por los hechos de sus dependientes. Pero recordemos nuevamente que una interpretación integral del Código Civil rechaza dicha conclusión, pues no se concibe inconsecuencia en el legislador, que ya reguló la responsabilidad personal y subjetiva en el art. 1109.

Lo cierto es que las bases sentadas hasta ese momento sirvieron a la Corte para continuar admitiendo la responsabilidad pública, algunas veces con mayor amplitud que otras y, por supuesto, en concordancia con los cambios operados en la composición de la misma y en la política de sus miembros.

12. EL CASO “VADELL, JORGE”¹³² Y LAS DECISIONES QUE LO PRECEDIERON

Es necesario examinar seguidamente tres casos que la Corte señala como antecedentes de la sentencia recaída en el caso “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/indemnización” de 1984. Los tres se refieren, no casualmente, a la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por errores en el funcionamiento del Registro de la Propiedad inmueble.

¹³⁰ En idéntico sentido se ha expresado CASSAGNE en obra y lugar citados en la nota precedente.

¹³¹ BIELSA, Rafael, Estudios de derecho público, Depalma, Buenos Aires, 1962, ps. 305 y siguientes.

¹³² Fallos, 306:2030.

a) “AUTOMOTORES FAILLACE TRIANGELI” (23 DE OCTUBRE DE 1973)¹³³. - En “Automotores Faillace Triangeli y Cía. S.C.A. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” de 1973, la parte actora había iniciado juicio ejecutivo contra Pedro Rafael Sabella ante la falta de pago de un pagaré suscrito a favor de aquella por la suma de \$ 50.000, proceso en el que se trabó embargo preventivo sobre la finca del deudor. Antes de la subasta se pidió informe al Registro de la Propiedad, informando este las condiciones de dominio, la existencia del embargo anotado y de una hipoteca sobre la que no pudo dar más datos porque faltaba el folio correspondiente. Realizadas mayores averiguaciones, a fin de citar a los acreedores hipotecarios, se comprobó que la finca embargada ya había sido transferida, razón que motiva la causa en análisis.

La Corte recurre a las argumentaciones vertidas en “Ferrocarril Oeste”, aunque de manera indiscriminada vuelve a aplicar el art. 1109 del Cód. Civil, conformándose esta vez el bloque normativo con los arts. 1112 y 1113 del mismo Código.

Es importante destacar que el tribunal enumera en este caso, los elementos que el actor debe acreditar para que la acción indemnizatoria resulte procedente, a saber: error, falsedad o mal funcionamiento del servicio y el daño producido.

Debe observarse que en este pronunciamiento la Corte Suprema parece nuevamente aceptar la teoría de la falta de servicio, y a pesar de invocar artículos que requieren la verificación de culpa, negligencia o dolo no analiza la culpabilidad de los involucrados.

Con relación al daño, la Corte exige que el mismo sea jurídico y cierto, descartando el eventual. En el caso concreto, entendió la Corte que la frustración de la garantía individual en el embargo burlado constituía de por sí un daño que únicamente podía destruirse por la prueba de la existencia de otros bienes suficientes y embargables que anularan el mismo.

b) “SÁNCHEZ PUPPULO” (6 DE MAYO DE 1974)¹³⁴ Y “GALLEGOS BOTTO” (15 DE OCTUBRE DE 1974)¹³⁵. - Un año después (1974), en las causas “Sánchez Puppulo, Eduardo Luis y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/cobro de pesos” y “Gallegos Botto, María Teresa Busso de y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios”, curiosamente, la Corte trata dos casos que tienen como protagonista al mismo sujeto, que actuó bajo el alias de Juan Alfredo Iglesias y en sede criminal resultó ser Eduardo Mario Vélez. En ambos casos se había firmado un contrato de mutuo con garantía hipotecaria. En el primero, vencido el plazo sin que se verificara el pago correspondiente al primer trimestre, se intentó ubicar al deudor

¹³³ Fallos, 287:108.

¹³⁴ Fallos, 288:362.

¹³⁵ Fallos, 290:71.

por intermedio de la escribanía que había intervenido en la operación. Realizadas las gestiones pertinentes y en conocimiento de que el deudor, Iglesias, se encontraba detenido, comprobaron, según las constancias obrantes en el Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires, que habían sido víctimas de una estafa, ya que la escritura dominial que había servido de base para la constitución de la hipoteca era falsa, no obstante lo cual había sido inscrita en el Registro, información que luego se emitió en el certificado erróneo que ocasionó este pleito. Por su parte, en “Gallegos Botto”, ante el vencimiento del segundo trimestre de intereses se promovió ejecución hipotecaria en la que se dictó sentencia de remate. Antes de proceder a la subasta del inmueble se requirió informe al Registro sobre la situación dominial y se advirtió que el campo gravado no correspondía a Iglesias.

En ambos casos la Corte consideró que los folios arrancados denotaban un obrar negligente, y, principalmente, que la actitud delictiva de Iglesias por sí sola era ineficaz para la procedencia de la pretensión, de no haber contado con la inscripción del dominio que avalaba su comportamiento. Es decir, el hecho generador de la responsabilidad no era la manobra dolosa, sino la inscripción del dominio que había avalado su comportamiento.

De esta forma, la Corte no sólo deja establecida la necesidad de causalidad adecuada y eficiente entre el obrar y el daño, sino que paralelamente prescinde del elemento subjetivo.

En “Busso de Gallegos Botto” la Corte recurre a los arts. 1112 y 1113, en tanto que en “Sánchez Puppulo” además aplica el 1109. Como vemos, los artículos invocados no siempre se corresponden con la lógica del fallo, que no analiza la culpa en el agente, extremo que no podría soslayarse si se diera pleno efecto al art. 1109 del Código Civil¹³⁶.

Ese no es el único problema que provoca la cita conjunta de los artículos en cuestión. En efecto, resulta contradictorio sustentar por un lado una responsabilidad directa (la del 1112) y otra indirecta (la del 1113). No soluciona el conflicto pretender que el 1112 consagra una falta personal. Por el contrario, ello provocaría superposición con lo normado por el art. 1109, no pudiendo asumirse que existió inconsecuencia o falta de previsión en el legislador.

¹³⁶ Cabe señalar, sin perjuicio de lo dicho, que en uno de los considerandos de la causa “Gallegos Botto” puede leerse “13º) (. . .) en las condiciones señaladas, la demanda promovida es procedente de acuerdo a la reiterada doctrina del Tribunal, pues ha mediado en el caso una conducta culpable o dolosa del personal de la demandada que, en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado provincial, ha causado el daño de que se trata, lo que torna aplicables los arts. 1112 y 1113 del Código Civil”. Extremo que, entendemos, representa un retroceso en la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Por lo demás, no puede omitirse que el codificador de la ley civil se apartó del Código Civil francés en este aspecto y se basó en la obra de los jurisconsultos franceses Aubry y Rau.

En efecto, el propio Vélez Sársfield señala en la nota al art. 1112 que siguió en esta materia el punto de vista que estos autores expusieron en su *Cours de droit civil français*¹³⁷. Sin embargo autores como BIELSA y DÍAZ DE GUIJARRO, y más modernamente GORDILLO, sostienen la notable similitud de esta disposición con el art. 839 del Código alemán, aunque, como se señaló, el codificador menciona la fuente de la disposición en la obra de los jurisconsultos franceses¹³⁸.

c) “VADELL” (18 DE DICIEMBRE DE 1984)¹³⁹. LA ORDENADA CONSOLIDACIÓN DE UN CRITERIO NICO. - Así llegamos a 1984, momento en el cual la Corte al fallar en la causa “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización” da un giro importantísimo en cuanto a la fundamentación de la responsabilidad extracontractual pública por su actuación irregular o ilícita. En rigor de verdad, y por lo que se viene diciendo, más que cambiar su doctrina judicial, entendemos que la Corte ordena la línea argumental empleada, ya que reconoce explícitamente la anterior utilización indiscriminada de la normativa contenida en la legislación civil. Antes de eso no era explícito, sino fáctico, ya que en sus diferentes fallos –por lo que ha quedado dicho– la Corte no aplicaba realmente todos los artículos invocados.

El hecho generador del caso es, una vez más, un error del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Esta vez se produjo de la siguiente manera: en 1906, el señor Abásolo había adquirido la totalidad de la chacra 164, compuesta por dos manzanas, identificadas como “E” y “F” y con posterioridad, vendió todo menos la parte noroeste de la manzana “E”.

En 1914 le transfirió a su hermano el remanente. El certificado provincial que se expidió informó que la totalidad de la propiedad pertenecía al vendedor y el escribano, confundido, inscribió la transferencia por la parte “F” (sudoeste), razón por la cual su hermano quedó en calidad de propietario de parte de la manzana “F”, que –en rigor– ya había sido vendida.

¹³⁷ Según estos autores franceses, “El Estado representado por los diversos funcionarios y administraciones o entidades públicas es, como todo comitente, responsable de los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones” (cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La teoría general de la responsabilidad civil, y el derecho administrativo” en la obra colectiva *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro Goldemberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 771*).

¹³⁸ Cfr. REIRIZ, María G., *Responsabilidad . . .*, ob. cit., p. 13.

¹³⁹ Fallos, 306:2030.

En 1924, la sucesión del hermano enajenó su parte “F” y nuevamente se produjo un error notarial porque se inscribió como “F” (noroeste), lo cual originó una nueva superposición de dominio sobre el ángulo noroeste de la manzana “F”.

La Corte se remite a su antecedente principal ya examinado, “Ferrocarril Oeste”, pero reconoce la necesidad de modificar su doctrina, y como consecuencia de ello consagra la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, con base única en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil. Para ello, aclara que la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público no requiere recurrir al art. 1113 del Cód. Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta; acudiendo a la teoría del órgano, explica que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo “principal” y “directo” por sus consecuencias dañosas.

El nuevo ingrediente proviene de resolver la contienda con aplicación de la teoría del órgano y prescindiendo, consecuentemente, de la responsabilidad indirecta contenida en el citado art. 1113, ya que el Estado responde en forma “principal” como responsable directo.

En este fallo la Corte también otorgó responsabilidad parcial al escribano interviniente, como profesional del derecho afectado a una actividad privada con atribuciones que lo equiparan a un fedatario.

Como quedó dicho, a esta altura la Corte solamente recurre al art. 1112 del Código Civil para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita y así lo considera suficiente, sin la necesidad de invocar en forma asociada, como lo venía haciendo, la disposición del primer párrafo del art. 1113, el cual se reconoce como inaplicable. Este es un aspecto elogiado del fallo, aunque postula la aplicación “subsidiaria” del art. 1112 que, como desarrollamos anteriormente, debería ser directa por ser una de las fuentes de las obligaciones, cuya ubicación metodológica (legislación de fondo) es la más ajustada al reparto de competencias entre la legislación federal y la local¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Mientras tanto, cuadra señalar que la doctrina sentada por la Corte en “Vadell” es receptada por tribunales inferiores, como ocurrió en el fallo dictado en la causa “Pardini, Juan C. c/Servicio Penitenciario Federal y otro” de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de fecha 18/12/88. En la causa seguida contra el Servicio Penitenciario Federal por daños provocados por un detenido al actor, también privado de su libertad por orden judicial, el tribunal entendió que la responsabilidad del Estado es directa y se basa en la falta de servicio cuando no se cumplen de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento, o simplemente por el funcionamiento irregular del servicio, doctrina que encuentra sustento jurídico en el art. 1112 del Código Civil y que prescinde de la noción de culpa (ED, t. 114, p. 215).

13. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR

a) “POSE, JOSÉ DANIEL” (1º DE DICIEMBRE DE 1992)¹⁴¹. - Sin embargo, resulta curioso que con posterioridad, más precisamente en 1992, en el caso “Pose, José Daniel c/Chubut, Provincia del y otra s/daños y perjuicios”, con hechos de gran repercusión pública, la Corte Suprema responsabilizó a la provincia de Chubut por los daños y perjuicios sufridos por José Daniel Pose, en virtud de la aplicación de los arts. 1109, 1112 y 1113.

La causa se originó cuando Pose practicaba natación en las playas vecinas a la zona céntrica de la ciudad de Puerto Madryn, llegando a la altura de varias torres existentes en el mar que habían sido construidas por la municipalidad local a unos cien metros de la rambla. Esas estructuras contaban, en el momento del hecho que motivó la demanda, con dos plataformas ubicadas a distinta altura con un trampolín en su parte superior. El señor Pose se arrojó varias veces desde la primera de las plataformas. Luego, con un intervalo de quince minutos, volvió a arrojararse sin advertir que el nivel de agua había descendido sensiblemente por la bajamar, lo que motivó que golpeará fuertemente contra la arena sufriendo graves lesiones, de resultas de las cuales quedó cuadripléjico, sin control de esfínteres y con imposibilidad de procreación y derivaciones serias en los órdenes físico y psíquico.

Como adelantáramos, la Corte, aun luego de la doctrina sentada en “Vadell”, aplicó nuevamente los arts. 1109, 1112 y el segundo párrafo, segunda parte del art. 1113 del Código Civil, responsabilizando en forma concurrente a la municipalidad y a la provincia, en el primer caso, por la falta de vigilancia ejercida, y en el segundo, por ser la propietaria de las playas. Es decir, el municipio resultó responsable como guardián de la cosa, conforme al art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil, actuando como eximentes de dicha responsabilidad la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, pues en tales casos la relación de causalidad queda interrumpida.

A nuestro entender, y a pesar de los argumentos esgrimidos en contrario por CANOSA¹⁴² al comentar el decisorio en este caso, la invocación del art. 1113 es correcta, pues –como ya sostuvimos– la responsabilidad extracontractual del Estado

¹⁴¹ Fallos, 315:2834.

¹⁴² CANOSA, Armando N., Nuevamente el artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado, ED, t. 157, p. 84, donde sostiene este calificado autor: “Por nuestra parte, entendemos que el fundamento para responsabilizar al Estado (en sentido amplio) en el caso objeto de comentario, resulta de la aplicación del art. 1112 únicamente, dada la existencia de faltas en el servicio, tanto sea por la construcción de trampolines que nunca podían ser utilizados sin peligro, tanto sea por la omisión de advertir a los bañistas que aquellos no podían ser utilizados en las horas que se producía la baja de las aguas. Dadas las características del caso, la única responsable por la aplicación de la disposición referida es la municipalidad codemandada, quien construyó las torres y tiene a su cargo la obligación de velar por el buen uso de las mismas, de manera tal que ello no importe peligro para quienes así lo hacen”.

cabe en cuanto propietario o guardián de la cosa, circunstancia que no se ve invalidada por la consideración efectuada respecto del art. 1112 del mismo Código Civil.

En cuanto al uso y goce de los bienes del dominio público, la Corte entendió que importaba para el Estado la obligación de colocarlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Sin embargo, se cae nuevamente, y muy a pesar de “Vadell”, en el error de invocar el art. 1109 del Código Civil aunque, como antes ocurriera, no puede decirse que en este caso la Corte haya necesitado analizar la condición subjetiva en el agente causal del daño requerida por la norma en cuestión.

b) “TEJEDURÍAS MAGALLANES” (19 DE SEPTIEMBRE DE 1989)¹⁴³. - En la causa “Tejedurías Magallanes S.A. c/Administración Nacional de Aduanas” se ventiló la alegada responsabilidad de la Administración Nacional de Aduanas por la instrucción de un sumario que determinó la detención del propietario de la mayoría del paquete accionario de la empresa actora, frustrando los trámites de obtenciones de beneficios promocionales para la industria que se pretendía radicar en el territorio nacional de Tierra del Fuego al amparo de la ley 19.640. En lo que aquí interesa, la Corte confirmó su doctrina sistemáticamente expuesta en la causa “Vadell”, acerca de la consideración del art. 1112 del Cód. Civil, la recepción en el mismo de la doctrina de la “falta de servicio” y la responsabilidad directa a través de la aplicación de la teoría del órgano. Ratificó de tal modo que la responsabilidad del Estado no se limita a los supuestos de la culpa in eligendo o in vigilando, contemplados en el art. 1113, primera parte, del Cód. Civil, y nuevamente sostuvo que cuando la actividad lícita del Estado se constituye en causa eficiente de un perjuicio a particulares sacrificados por el interés general, los daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito. Sin embargo, el sacrificio de un derecho patrimonial por razones de interés público, causado tanto por actividad lícita o ilícita del Estado, genera la responsabilidad del Estado si además concurren los otros requisitos ineludibles que puntualiza el fallo, a saber: daño actual y cierto, relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio e imputación a la demandada. La Corte desestimó la demanda, que había llegado a su conocimiento por apelación ordinaria, por considerar que no se cumplía el requisito de adecuada causalidad entre el hecho generado y el daño.

c) LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR Y LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 1113 DEL CÓDIGO CIVIL. - Antes de finalizar, vale destacar que si bien la Corte ha propiciado la aplicación del art. 1112 a los casos de responsabilidad del Estado a partir, sobre todo, de “Vadell”, no abandona totalmente la invocación del art. 1113, primera parte, del Código Civil. En efecto, los casos “Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos”, del 1º de mar-

¹⁴³ Fallos, 312:1659.

zo de 1994¹⁴⁴, y “Scamarcia, Mabel y otro”, del 12 de septiembre de 1995¹⁴⁵, son una demostración acabada de ello.

En la primera de las causas mencionadas se reclamaba la reparación de los daños causados por un agente bombero de la policía de la provincia demandada, que conducía una autobomba de propiedad de la Fuerza Aérea Argentina cedida en uso a la policía provincial y afectada al servicio de combate de incendios en el aeropuerto internacional de la ciudad de San Carlos de Bariloche. El vehículo, al desviarse de la calle de rodaje aledaña a la pista del aeropuerto cayó a una zanja de drenaje, sufriendo importantes averías. La Corte entendió que la demandada era responsable, aun cuando el agente hubiera obrado abusando de la función propia de su empleo, en la medida en que el principal no hubiera adoptado medidas para hacer cumplir las obligaciones a cargo del agente o no haya controlado dicha actuación.

El fallo de la Corte, con fundamento en el artículo 1113, primer párrafo, del Código Civil, afirmó que el principal responde no sólo por los hechos de los dependientes realizados en el desempeño de las tareas a su cargo “[...] sino también por aquellos actos practicados con abuso de la función, sea que el subordinado haya asumido tareas que podrían considerarse no comprendidas en el encargo o que haya violado disposiciones reglamentarias, toda vez que ello no resulta decisivo para negar la responsabilidad del principal en virtud de que tal infracción no puede obrar en perjuicio de terceros si no se han adoptado medidas adecuadas para hacerlas cumplir o, en su caso, ha faltado control” (el destacado nos pertenece). En definitiva, el Tribunal resolvió hacer lugar a la demanda, condenando a la provincia de Río Negro.

En el caso “Scamarcia” también se consideró comprometida la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por los daños causados por un agente de policía que en un local bailable usó su arma en una riña. La Corte ponderó que, en tanto era obligatorio para el agente de policía portar el arma reglamentaria aun cuando se encontrara fuera de servicio, resultaba lógico admitir que los perjuicios que de ello derivaran fueran soportados por la comunidad y no sólo por los damnificados. En consecuencia, resolvió hacer lugar a la demanda con relación a la provincia de Buenos Aires y rechazarla respecto de los propietarios del local. Aplicó en el caso, a nuestro entender, el concepto de responsabilidad in eligendo e in vigilando, ajenas al ámbito del art. 1112 del Código Civil y vinculadas al art. 1113, primera parte, de ese Código.

14. A MODO DE SÍNTESIS

La precedente síntesis jurisprudencial acerca de la evolución en la aplicación de ciertas disposiciones del Código Civil a la materia permite confirmar ciertas apreciaciones inicialmente formuladas. En efecto, la construcción que la Corte ha ido reali-

¹⁴⁴ Fallos, 317:146.

¹⁴⁵ Fallos, 318:1715.

zando ha evolucionado al compás de una cada vez más aguda caracterización del instituto desde la perspectiva de los derechos de la víctima del obrar estatal, y, además, desde la comprensión de que no cuadra la posibilidad de dejar sin solución planteos jurisdiccionales de semejante naturaleza (arg. art. 15, Cód. Civ.). De otro lado, recepta el criterio según el cual el derecho administrativo no puede ser concebido como el modo de justificar el avance del poder sobre la libertad de las personas, sino y antes bien, como la disciplina que le debe poner límites muy precisos al ejercicio de ese poder, que por esencia y por naturaleza se manifiesta siempre dispuesto a limitar el ámbito de libertad individual.

También se aprecia cómo la Corte ha ido modificando su doctrina acerca de la aplicación del mentado art. 43 del Cód. Civil antes de la redacción dada por la ley 17.711, disposición que en el entendimiento del tribunal se presentaba originalmente como una barrera infranqueable para declarar procedente las acciones reparatorias de esta especie, para luego omitirla o lisa y llanamente abandonarla.

En efecto, la evolución de la jurisprudencia va desde negar la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de una consideración rígida del citado art. 43, con base en la cual funda la mentada tesis negatoria, pasando por una etapa en la cual la Corte omite, lisa y llanamente, toda mención al citado art. 43, aunque funda la responsabilidad extracontractual en la aplicación al Estado de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, hasta considerar inaplicable el artículo a través, y entre otras, de construcciones tales como la que se asienta en distinguir cuándo el Estado actúa como empresa o persona jurídica o cuándo lo hace como poder público.

Por otra parte, la evolución reseñada denota la consideración que se ha ido realizando del mentado art. 1112 del Cód. Civil, que primero es ignorado y que luego es considerado como el receptor de la doctrina de la “falta de servicio”, aunque, a nuestro modo de ver, inadecuadamente resuelva que es de aplicación “subsidiaria” al derecho administrativo y que debe ser completado con lo dispuesto por los arts. 625 y 630 del mismo Código Civil.

En esto último deseamos ser enfáticos, pues si como algunos autores sustentan, se trata de una norma de derecho público inserta en el Código Civil, y por lo tanto su aplicación al derecho administrativo debe ser directa y no subsidiaria¹⁴⁶, forzoso sería concluir que se trata de una norma disponible por las provincias, en tanto no se trata de legislación dictada en ejercicio de poderes delegados al gobierno federal¹⁴⁷. En consecuencia de ello, las provincias podrían, por ejemplo, legislar de un modo diferente a las soluciones vertidas por el art. 1112, para responsabilizar extracontractualmente al Estado por su actuación ilícita o irregular. Del mismo modo, podrían

¹⁴⁶ Cfr. CASSAGNE, obra y lugar citados en nota 20.

¹⁴⁷ GAMBIER, Beltrán, y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias . . . ?, p. 793.

legislar de manera diferente la materia de la prescripción¹⁴⁸ de las acciones resarcitorias que tuvieran como fuente generadora dicha actuación.

Sin embargo, y como luego se verá, debe señalarse que la jurisprudencia de la Corte se ha inclinado por considerar normas de fondo a las disposiciones relativas al nacimiento y extinción de los derechos creditorios, y por nuestra parte –como citáramos anteriormente– nos parece correcta la ubicación metodológica dentro de la teoría general de la responsabilidad, y como una de las fuentes de las obligaciones, de una disposición como la contenida en el art. 1112 del Código Civil, y es por esta razón que su aplicación debe ser “directa” y no subsidiaria al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado.

¹⁴⁸ MARIENHOFF, Miguel S., se expresa firme partidario de esta solución, y sostiene: “Las provincias tienen competencia constitucional para establecer el plazo en que ha de prescribirse la acción por responsabilidad extracontractual del Estado cuando este actúe en la esfera del derecho público desplegando su calidad específica de Estado. Esto surge de los arts. 104 y 105 de la ley Suprema, en cuyo mérito las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal; se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Todo lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando este haya desarrollado o ejercido su específica calidad de Estado, o sea cuando este haya actuado en la esfera del derecho público, constituye un poder no delegado por las provincias al Gobierno Federal, pues integra el derecho administrativo, que es un derecho local, y a cuyo respecto las provincias conservan sus poderes de legislación” (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. IV, p. 852).

CAPÍTULO V

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Las vías de hecho administrativas como fuente de responsabilidad. El daño resarcible. Lo atinente a la extensión del resarcimiento y el reconocimiento del lucro cesante

15. INTRODUCCIÓN

Si al estudiar los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria en el ámbito de la responsabilidad del Estado en el campo extracontractual partiéramos de una primera diferenciación, distinguiendo la responsabilidad del Estado derivada de su actividad ilícita de la proveniente de su obrar lícito, nos encontraríamos con la circunstancia de que si bien pueden enunciarse ciertos requisitos o presupuestos generales a todo tipo de responsabilidad, hay otros cuya exigencia o verificación se requiere exclusivamente para cada uno de los supuestos estudiados, y ello es así por la distinta naturaleza de cada uno de ellos.

Sin abrigar dudas puede afirmarse, a esta altura de la evolución de nuestro derecho, que cualquiera sea el ámbito en el que se desenvuelva la actuación del Estado, ésta puede generar, llegado el caso, el derecho a obtener una reparación por los perjuicios que dicha actuación provoca. Pues bien, a efectos de facilitar el tratamiento particularizado que de ellos ha llevado a cabo especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema, es dable analizar separadamente los requisitos que deben necesariamente verificarse con el fin de declarar la procedencia de dicha acción resarcitoria¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Ciertamente, el criterio no reviste originalidad, pero es el que hemos seguido en el desarrollo de las clases dictadas en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, en la materia “Responsabilidad del Estado”, por la simple razón de considerarlo de utilidad a los fines del estudio particularizado de este aspecto del instituto examinado. Por lo demás, es el criterio que ha seguido la doctrina, para lo cual puede verse la opinión de Javier I. BARRAZA, Análisis de los

En ese orden de ideas, no resulta aventurado sostener que ciertos extremos deben encontrarse reunidos cualquiera sea dicho ámbito de actuación, y de allí que los hayamos caracterizado como requisitos generales, para así distinguirlos, en cuanto a su estudio particularizado, de los que hemos dado en llamar requisitos propios. Los primeros resultan identificables, sea que la atribución de responsabilidad provenga de la actividad ilícita del Estado o sea que provenga de su actuación regular o lícita, en tanto que los segundos se configuran como los elementos fundantes para la procedencia de la acción indemnizatoria en cada uno de dichos ámbitos.

De tal manera, y a los efectos de este estudio, los denominados requisitos propios aparecen así confundidos con el fundamento jurídico de la atribución de responsabilidad del Estado en cada uno de los ámbitos en los cuales éste desarrolla su actuación, y en ese sentido podríamos decir que la denominada falta de servicio es el fundamento jurídico que se ha impuesto entre nosotros para sostener la atribución de responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita, así como la doctrina del sacrificio especial es la que más adeptos ha recogido para fundar la derivada de su actuación lícita o regular, no sin dejar de recordar la importante disidencia que ha recibido del profesor Miguel MARIENHOFF la aplicación de dicha teoría en nuestro derecho.

Nos anticipamos también en afirmar que la comprobación de que tales requisitos se encuentran reunidos será más rigurosa cuando pretenda atribuirse al Estado responsabilidad por su actuación lícita o regular, al igual que cuando se le achaca una omisión dañosa.

16. ANÁLISIS DE LOS DENOMINADOS REQUISITOS O PRESUPUESTOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

Como en toda acción indemnizatoria, la que pretenda atribuir responsabilidad al Estado en el campo extracontractual requiere la necesaria verificación de ciertos requisitos de cuya ausencia se desprenderá –necesariamente– la improcedencia de la pretensión resarcitoria. Por ello comenzaremos por enunciar y analizar los que hemos denominado requisitos generales que resultan necesarios en función de las normas involucradas, en especial desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para solamente luego adentrarnos al tratamiento de los requisitos propios que como fundamentos jurídicos para la procedencia de la acción se han establecido para cada tipo de responsabilidad.

requisitos que deben concurrir a fin de que resulte procedente la responsabilidad extracontractual del Estado en el ejercicio de sus actividades, "Rev. de Derecho Administrativo" (RDA), n° 9 (enero-diciembre 1997), ps. 83 y ss., con especial mención a lo que se plantea en p. 85.

Así las cosas, dentro de la categoría de los denominados requisitos generales debemos analizar como tales los siguientes aspectos: 1) la imputación jurídica de la acción u omisión del agente o funcionario al Estado; 2) la existencia de un daño resarcible, y 3) la conexión causal entre la conducta estatal y el daño.

17. PRIMER REQUISITO: LA IMPUTACIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN U OMISIÓN DEL AGENTE O FUNCIONARIO AL ESTADO

a) SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “EN EJERCICIO O EN OCASIÓN DE LAS FUNCIONES”. - Con esta expresión designamos aquí la posibilidad de atribuir las consecuencias jurídicas de una conducta u omisión del agente a la estructura estatal de la que forma parte, de manera tal que corresponde que las consecuencias de las conductas de uno (hechos, actos u omisiones) sean soportadas por el otro. Cabe citar, según lo explica LLAMBÍAS, que “en sentido recto la imputabilidad sólo se predica con respecto a un acto en relación al agente que lo obra como autor del hecho [...], en suma, un acto es imputable al agente cuando se le puede atribuir como obra suya, es decir cuando hay razón suficiente para considerar que el agente es el autor moral de la conducta obrada, como causa inteligente y libre de dicha conducta”¹⁵⁰.

Desde esta perspectiva, las diversas teorías que han tenido cabida en el derecho han tratado de explicar cómo la voluntad expresada por las personas físicas que conforman la estructura estatal es imputable a la persona jurídica de la que forman parte y no a dichas personas físicas¹⁵¹.

b) LA TEORÍA DEL ÓRGANO. EL ABANDONO DE LAS POSTURAS CONTRACTUALISTAS. - Ahora bien, es dable afirmar que finalmente parece haberse impuesto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el criterio según el cual dicha atribución de consecuencias jurídicas se verifica a través de la denominada teoría del órgano, en mérito a la cual cuando actúa el órgano (entendida esta acepción en sus dos facetas, como persona y como institución) actúa la persona jurídica, pues cuando nace la persona nace también el órgano, el cual forma parte de aquella e integra su estructura¹⁵². De allí que haya considerado también que la “falta de servicio” receptada por el art. 1112 del Código Civil constituya el factor de atribu-

¹⁵⁰ LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil, “Obligaciones”, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 678, n° 2256. Debe recordarse que dicho autor no admite la denominada responsabilidad de carácter objetivo, es decir abstraída de la noción de culpa en el agente, pues en su opinión se trata de supuestos de reparabilidad establecidos por el legislador en mira a tutelar diversas situaciones que se consideran injustas.

¹⁵¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 517, n° 168.

¹⁵² Cfr. MARIENHOFF, ob. cit.

ción objetiva de responsabilidad por su actuación ilícita. En efecto, así lo ha resuelto el Alto Tribunal en precedentes tales como “Vadell”¹⁵³, “Tejedurías Magallanes”¹⁵⁴ y más modernamente en “Agencia Marítima Rioplat S.A. c/capitán y/o armador y/o propietario del buque Eleftherotria”¹⁵⁵, y “España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c/Provincia de Buenos Aires”¹⁵⁶.

Según ha tenido oportunidad de exponerlo la más calificada doctrina, la necesidad de la existencia del órgano se explica en razón de que “las potestades colectivas no admiten el ejercicio directo porque el titular es una abstracción, como creación jurídica o técnica aún cuando social o políticamente se lo considere una realidad. Tal es el fundamento de la existencia necesaria del órgano. El Estado, entidad máxima, no puede actuar por el complejo de intereses colectivos que abarca, sin órganos, porque solamente por medio de ellos puede expresar su voluntad y su acción”¹⁵⁷ (el destacado pertenece al texto original).

Abandonadas decididamente las posturas contractualistas que conllevaban las teorías del mandato y la representación para explicar la actuación de las personas jurídicas públicas, y adoptada definitivamente entre nosotros la denominada teoría del órgano, debe decirse que la creación de una persona jurídica pública implica, a su vez, la creación de los órganos que derivan de la propia constitución de aquella, integrando su estructura. De ese modo, como se sabe, cuando actúa el órgano es como si actuara la persona jurídica, no existiendo vínculos de representación externa entre ambos.

En ese orden de ideas, se ha dicho que la persona jurídica es un centro de intereses legítimos organizados. Así, la cuestión de saber si la persona moral tiene una voluntad propia distinta de la de sus miembros carece de interés. Es suficiente que haya individuos agrupados para defender intereses comunes, que han convenido entre ellos (o han recibido de la ley) una organización que permite determinar que tendrá calidad para expresar lo que reclaman y para satisfacer sus intereses comunes¹⁵⁸.

Desde ese punto de vista, no es racionalmente concebible la creación de una persona jurídica pública sin la correspondiente asignación de funciones, por cuanto, como bien nos lo recuerda el profesor MARIENHOFF, la personalidad apareja necesariamente competencia¹⁵⁹.

¹⁵³ “Vadell, Jorge c/Provincia de Buenos Aires”, 18/12/84 (Fallos, 306:2030).

¹⁵⁴ “Tejedurías Magallanes S.A. c/Administración Nacional de Aduanas”, 19/9/89 (Fallos, 312:1659).

¹⁵⁵ Fallos, 315:2865.

¹⁵⁶ Fallos, 316:2136.

¹⁵⁷ MÉNDEZ, Aparicio, *La teoría del órgano*, edición definitiva, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971, ps. 32 y 33.

¹⁵⁸ Cfr. VILLAR BORDA, Luis, con citas de WALINE y MICHOU, en *Democracia municipal*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, p. 201.

¹⁵⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado . . .*, 2ª ed. actualizada, t. I, p. 283.

c) REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA “IMPUTACIÓN DIRECTA”. EL “QUID” DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE EN “EJERCICIO O EN OCASIÓN DE LA FUNCIÓN” Y LA INFLUENCIA DE LA RESPONSABILIDAD INDIRECTA O REFLEJA DEL ART. 1113 DEL CÓDIGO CIVIL. - De tal manera, la mencionada doctrina le confiere fundamento jurídico a la tesis que sustenta la imputación directa al Estado por las conductas del órgano, pues cuando actúa este sus consecuencias se atribuyen a la estructura estatal de la que aquel forma parte.

Sin embargo, restaría dilucidar en qué circunstancias corresponde que se asignen tales consecuencias al obrar del órgano en cabeza del Estado del que forma parte, pues ya veremos que la jurisprudencia de la Corte Suprema, al menos en una primera etapa, ha manejado el tema de la imputabilidad estableciendo que los hechos del dependiente del Estado han de haberse realizado en ocasión o ejercicio de su tarea. Esta caracterización puede resultar incompleta, máxime si se tiene presente que la Corte la ha empleado a propósito de considerar aplicable al instituto estudiado la imputación indirecta o refleja establecida en el art. 1113, primera parte, del Código Civil, circunstancia que no es la más apropiada, y al menos por momentos parece haber sido paulatinamente abandonada por la propia Corte¹⁶⁰.

Al contrario del tratamiento que parece asignarle un importante sector de la doctrina nacional, consideramos que la cuestión debe ser examinada no como un requisito del nexo de causalidad, sino –y antes bien– del aspecto relativo a la imputabilidad jurídica de la actuación del agente a la esfera estatal¹⁶¹, ya que la causalidad es una cuestión de orden físico o material, que posee consecuencias jurídicas¹⁶².

d) EVOLUCIÓN DEL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA. - 1. “Enrique Rodríguez” (4 de noviembre de 1942)¹⁶³. En

¹⁶⁰ Sostenemos que eso es así al menos en apariencia, pues como seguidamente se verá, aún hoy la Corte sigue en ocasiones recurriendo al art. 1113 del Cód. Civil, como lo ha hecho en el caso “Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/Río Negro, Provincia de s/cobro de pesos”, del 1º de marzo de 1994, cuyo consid. 7º dice: “. . . no está en discusión el hecho de que la autobomba estaba afectada al servicio de la policía de Río Negro la que tenía a su cargo el control de su funcionamiento. También está acreditado que Quiroga se encontraba de guardia y a cargo de la dotación respectiva sin que la circunstancia invocada de que no contaba con autorización para conducir el vehículo obste a la responsabilidad del Estado provincial en los términos del art. 1113, primera parte, del Código Civil” y en la causa “Mabel Scarmacia y otro c/Provincia de Buenos Aires y otro” de fecha 12 de septiembre de 1995, en la que se condena a la provincia de Buenos Aires argumentando, entre otras cuestiones, que es responsable de las consecuencias que provoca la mala elección de agentes de seguridad cuya peligrosidad es manifiesta, debiendo recaer la responsabilidad sobre la entidad pública que realizó la elección.

¹⁶¹ En contra puede verse el tratamiento que le asigna TAWIL, Guido S., en el excelente trabajo *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 97, y sus citas.

¹⁶² CFed. Civ. y Com., ED, t. 25, p. 561.

¹⁶³ Fallos, 194:170.

la causa “Enrique Rodríguez c/Gobierno de la Nación s/indemnización”, se reclamaban los daños y perjuicios provocados al accionante a raíz del homicidio de su hijo a manos de un dependiente de la accionada, según se alegaba en la demanda. Los hechos fueron los siguientes: Rodolfo Rodríguez se desempeñaba como capataz de herrería en la escuela taller de la junta nacional para combatir la desocupación instalada en Puerto Nuevo. Una mañana, mientras se encontraba ocupado en retirar de un ropero su guardapolvo de trabajo, fue interpelado y agredido con un cuchillo por Alfredo Algomusa, aprendiz de la escuela-taller, ataque motivado por una medida disciplinaria tomada por Rodríguez contra el alumno. El ataque provocó, como dijéramos, la muerte de Rodríguez.

La Corte entendió, con relación al requisito en análisis, que el hecho dañoso que pretende imputarse al Estado por el obrar de sus dependientes debe tratarse de un hecho cometido en ejecución de las tareas a su cargo dentro de los límites y objeto aparentes de las mismas. En el particular, estimó que la muerte provocada por un alumno a un capataz de la escuela taller no generaba responsabilidad estatal. Ello así pues, con arreglo a la interpretación precedente, el homicidio no puede considerarse la ejecución de una de las tareas correspondientes al alumno y tampoco se encuentra dentro de los límites y objeto de ellas.

Cabe citar que el fallo hace referencia a la responsabilidad indirecta e invoca el art. 1113, primera parte, del Código Civil, cuya impertinencia para los supuestos en análisis ya hemos explicitado con anterioridad. En definitiva, la mayoría rechaza la indemnización reclamada por el padre de la víctima, pues aun admitiendo que existía relación de dependencia entre Algomusa y el Estado, no se cumplía otro requisito indispensable, es decir, que el hecho ilícito hubiera sido cometido en ejercicio de las tareas a cargo del dependiente. A mayor abundamiento, el fallo de la mayoría apunta que la víctima incumplió con el reglamento de la institución al no vigilar al alumno, extremo que le permitió a este concurrir al establecimiento armado, circunstancia conocida por otros alumnos, según surge de las declaraciones obrantes en el expediente criminal. El voto disidente, en cambio, recepta la demanda con base en la irregularidad del servicio prestado por la escuela taller como custodia de un menor de edad ante las circunstancias ya reseñadas.

En la actualidad, el art. 1117 del Cód. Civil¹⁶⁴, luego de la reforma de la ley 24.830, consagra la responsabilidad de los establecimientos educativos privados o estatales por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que se probare la ocurrencia de caso fortuito.

¹⁶⁴ Texto según ley 24.830: “Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito. Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente. La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario”.

2. “Rabanillo” (10 de octubre de 1943)¹⁶⁵. Tampoco responsabilizó la Corte al Estado nacional en los autos “Rabanillo c/Nación Argentina” del 10 de octubre de 1943, en los que se reclamaban los daños y perjuicios como consecuencia de la muerte de un peón de la Facultad de Ciencias Matemáticas de la Universidad del Litoral, que al dirigirse a efectuar un depósito bancario de dicha entidad fue interceptado por el mayordomo de esa facultad, quien invocando una orden del superior lo hizo bajar al sótano de la institución, donde lo mató y se apoderó del dinero. La accionante entendía que correspondía responsabilizar a la Nación, pues el mayordomo se había valido de su función de dependiente del Estado para facilitar el robo.

La Corte Suprema consideró necesario diferenciar entre dos supuestos: “come-ter el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones” y “en ocasión del ejercicio de sus funciones”, y entendió que esto segundo sólo significa “la circunstancia o conjunto de circunstancias, que sin ser indispensables para la acción de una causa, la favorecen”. En consecuencia, concluyó que no era indispensable ser el mayordomo de la institución para robar y matar a Rabanillo, pero que sí había resultado favorable tal circunstancia en cuanto al modo y lugar.

3. “Estado Nacional Argentino c/Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos” (30 de noviembre de 1962)¹⁶⁶. En los autos “Estado Nacional Argentino c/Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos” no se consideró verificado el requisito de la imputabilidad del hecho dañoso respecto del Estado provincial, pues la camioneta de la Dirección de Lucha Antirrábica del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Provincia de Buenos Aires que embistió las defensas del Puente de la Noria no era conducida por un agente de la demandada.

Surge hasta aquí que la imputabilidad fue limitada por la Corte con sustento en la exigencia de que el daño se produjera al actuar el agente en ocasión o en ejercicio de sus funciones, criterio que es posteriormente ampliado, como seguidamente se analizará.

4. “Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos” (1° de marzo de 1994)¹⁶⁷. En los autos “Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos”, fallado el 1° de marzo de 1994, se reclamaba por los daños causados por un agente bombero de la policía de la provincia demandada, que conducía una autobomba de propiedad de la Fuerza Aérea Argentina cedida en uso a la policía provincial y afectada al servicio de combate de incendios en el aeropuerto internacional de la ciudad de San Carlos de Bariloche. El vehículo, al desviarse de la calle de rodaje aledaña a la pista del aeropuerto, cayó a

¹⁶⁵ Fallos, 203:30.

¹⁶⁶ Fallos, 254:375.

¹⁶⁷ Fallos, 317:146.

una zanja de drenaje, sufriendo importantes averías. La Corte amplió el requisito y no solo involucró a la actuación practicada dentro de la función, sino a la realizada en abuso de ella, en la medida en que el principal no hubiera adoptado medidas para hacer cumplir las obligaciones a cargo del agente o no haya controlado dicha actuación.

El fallo de la Corte, con fundamento en el artículo 1113, primer párrafo, del Código Civil, afirmó que el principal responde no sólo por los hechos de los dependientes realizados en el desempeño de las tareas a su cargo “[...] sino también por aquellos actos practicados con abuso de la función, sea que el subordinado haya asumido tareas que podrían considerarse no comprendidas en el encargo o que haya violado disposiciones reglamentarias, toda vez que ello no resulta decisivo para negar la responsabilidad del principal en virtud de que tal infracción no puede obrar en perjuicio de terceros si no se han adoptado medidas adecuadas para hacerlas cumplir o, en su caso, ha faltado control” (el destacado nos pertenece). En definitiva, el Tribunal resolvió hacer lugar a la demanda condenando a la provincia de Río Negro.

5. “Scamarcia, Mabel y otro” (12 de septiembre de 1995)¹⁶⁸. También se consideró comprometida la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires en los autos “Scamarcia, Mabel y otro” por los daños causados por un agente de policía que en un local bailable usó su arma en una riña. La Corte ponderó que, en tanto era obligatorio para el agente de policía portar el arma reglamentaria aun cuando se encontrara fuera de servicio, resultaba lógico admitir que los perjuicios que de ello derivaran fueran soportados por la comunidad y no sólo por los damnificados.

En consecuencia, resolvió hacer lugar a la demanda con relación a la provincia de Buenos Aires y rechazarla respecto de los propietarios del local.

e) NUESTRA OPINIÓN. - Del examen de la jurisprudencia analizada, aun de la más reciente, puede apreciarse que en ocasiones se recurre a un criterio de imputación indirecta, pues se encuentra basada en el art. 1113, primera parte, del Código Civil. En efecto, tal como se cita en el precedente contenido en la colección de Fallos, 317:146, arriba examinado, el sustento normativo que se invoca expresamente ha sido hallado en el primer párrafo de la aludida disposición legal. Ello es así, a pesar de la aceptación por la Corte de que la norma que resuelve el asunto es el mentado art. 1112 del Cód. Civil asociado a la denominada “teoría del órgano”, conforme lo decidido con anterioridad en las causas “Vadell”, “Tejedurías Magallanes”, etc., arriba citadas.

¹⁶⁸ Fallos, 318:1715.

Es que como lo sostuvimos al principio, la circunstancia de que la Corte haya admitido la aplicación del art. 1112 del Cód. Civil y de la teoría del órgano como factor de imputación directa no impide a que en ciertos casos haya entendido aplicable el mencionado primer párrafo del art. 1113 del Código Civil. Por lo dicho anteriormente, no compartimos tal solución, lo cual no significa que la norma resulte inaplicable en cualquier circunstancia, pues en el caso de daños causados con las cosas la cuestión debe ser resuelta a la luz de lo establecido en la segunda parte de la disposición.

Es indudable que el Alto Tribunal no ha dejado camino sin recorrer para fundar la responsabilidad del Estado en el campo extracontractual, cuando ha considerado que la solución contraria podría ser injusta, y si bien puede decirse que el propósito es loable, la solución escogida no resulta ser la más apropiada, a tenor de los textos legales con los que se cuenta. Ello es así—claro está— a menos que se considere que la disposición del art. 1112 del Código Civil impone en rigor la denominada “falta personal” del agente, y no que caracteriza la aludida “falta de servicio” y, por ende, la del Estado que el órgano-persona (funcionario) integra. En este sentido la solución tendría plena lógica y solamente en ese caso, entonces, la norma del art. 1113, primer párrafo, sería la que debería aplicarse para resolver el problema del encuadramiento legal de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación ilícita.

Sin embargo, tal planteo es contradictorio con la solución elaborada por la propia Corte, según la cual, como se ha visto, el art. 1112 del Cód. Civil encierra la denominada “falta de servicio” como factor objetivo de responsabilidad y de la imputación directa con sustento en la elaborada teoría del órgano, como institución propia del derecho público.

Debe prestarse especial atención a la circunstancia de que la recurrencia al primer párrafo del art. 1113 del Código Civil (imputación indirecta) encierra, en el fondo, el grave peligro de retrotraer la construcción elaborada, pues—en definitiva— implica una remisión a las abandonadas teorías del mandato y de la representación, ambas de origen contractualista. A esto se añade el no menos grave riesgo de concluir sosteniendo que en la medida en que el agente o funcionario (considerado por esas teorías mandatario o representante) se haya excedido de los poderes conferidos, la responsabilidad del Estado se tornaría nuevamente ilusoria, una mera declaración vacía de todo contenido jurídico concreto (arg. arts. 1872, 1931 y concs., Cód. Civ.)¹⁶⁹.

Con todo, se impone retornar al interrogante inicial que nos hemos propuesto y establecer, en buenos principios, qué alcance corresponde asignarle a la expresión “en el ejercicio de sus funciones” requerida por el art. 1112 del Cód. Civil, pues ella ha sido reiteradamente empleada por la jurisprudencia.

¹⁶⁹ Para mayor ilustración, ver las críticas de BULLRICH, Rodolfo, Responsabilidad del Estado, ps. 238 y 239.

A nuestro modo de ver, y analizando también la cuestión desde la perspectiva de los derechos de la víctima del obrar estatal, el criterio que mejor explica esta cuestión es el de la competencia atribuida al órgano que le es asignada para cumplir una función y que actúa tanto sea en términos expresos como razonablemente implícitos, razón por la cual, en la medida en que los perjuicios se deriven de la actuación del órgano obrando en el ejercicio real o aparente de dicha competencia, el Estado deberá responder patrimonialmente por las consecuencias que de dichas conductas se deriven¹⁷⁰.

También CANOSA coincide con este criterio, afirmando que el punto neurálgico del tema está en considerar si el hecho dañoso puede o no producirse en función de “si derivó de las experiencias de las funciones desempeñadas por el órgano, actuando éste aparentemente dentro de la esfera de su incumbencia”¹⁷¹.

A tal conclusión se llega por la aplicación de la denominada “teoría del órgano”. En efecto, ya vimos que la expresión “órgano” designa a las dos facetas de la misma realidad; el órgano-persona y el órgano-institución, que se manifiesta a través de la atribución de competencia para actuar. De tal manera, y como lo sostiene MARIENHOFF, son comprendidas las dos nociones, “o sea que no solo debe entenderse por tal a las personas físicas adscriptas a la función, sino también a las reparticiones estatales que impliquen esferas de competencias”¹⁷².

Pues bien, la doctrina científica argentina define la competencia como “el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar”; es decir, “el conjunto de potestades administrativas que, con arreglo a las previsiones de la ley, un órgano puede ejercer válidamente”¹⁷³. No omitamos –por lo ya dicho– que la competencia administrativa implica la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y a los sujetos estatales y que siempre emana de normas provenientes del ordenamiento jurídico objetivo. La naturaleza jurídica objetiva de la competencia está hoy unánimemente admitida¹⁷⁴.

¹⁷⁰ En sentido análogo puede verse la opinión de GORDILLO, quien a su vez señala que el criterio de imputación a un ente estatal a través del ejercicio de la función asignada es propio del derecho público, y es asimismo válido para imputar tanto el ejercicio ilegítimo como el legítimo, a diferencia del Código Civil, que sólo imputa al ente el ejercicio legítimo de la función. (Tratado . . . , 5ª ed., Buenos Aires, 1998, t. 1, cap. XII, ps. 4 a 7. De igual modo remitimos al lector a la opinión vertida en sentido análogo por PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita (Responsabilidad por falta de servicio)*, ED, suplemento de derecho administrativo, 28/12/99, ps. 1 y ss., especialmente lo que se dice en p. 5.

¹⁷¹ CANOSA, Armando N., *Desviación de poder y responsabilidad*, comentando el fallo de la CNFed. Civ. y Com., Sala II, recaído en la causa “Gutheim, Federico y otro c/Estado Nacional”, ED, t. 140, p. 767.

¹⁷² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado . . .*, t. I, p. 537, n° 170 y sus citas.

¹⁷³ Cfr. ESCOLA, Héctor, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1981, p. 83, con cita de Agustín GORDILLO.

¹⁷⁴ Cfr. MÉNDEZ, Aparicio, *ob. cit.*, p. 131.

Las potestades, que Gaston JÈZE llama, sin distinciones en cuanto a su composición, “poderes jurídicos”, son, por lo tanto, “objetivas, generales e impersonales”. Consecuencia de ello es que “la competencia constituye siempre un derecho objetivo”. Lo precedentemente expuesto es de la mayor importancia, pues el derecho subjetivo de ejercitar la competencia no pertenece a los órganos, que no constituyen personas, sino solamente a la persona misma del Estado. Esto último tiene gravitante interés cuando se trata de examinar la facultad de “sustitución” que el órgano administrativo que ejerce el denominado control de tutela de un ente jurídicamente descentralizado podría poseer, en el caso de que la competencia atribuida a dicho ente no fuera ejercida en debido tiempo y forma¹⁷⁵.

Ahora bien, además del criterio de consideración “objetiva” de la competencia se ha ido construyendo también el principio de especialidad, según el cual la persona jurídica recibe de la ley sólo la capacidad necesaria para alcanzar ese fin, pero nada más que aquello que se le ha conferido en el acto de incorporación. Las personas jurídicas tienen, cada una, una misión predeterminada¹⁷⁶. De esa regla de especialidad surgirá si el órgano respectivo es o no competente para actuar en el caso de que se trata¹⁷⁷.

Ha señalado CASSAGNE que es actualmente aceptada en forma pacífica la tesis que admite la configuración de una personalidad unitaria del Estado, y de allí que se afirme que el reconocimiento de la personalidad moral del Estado hace que sea prácticamente total el sometimiento de la actividad estatal a reglas jurídicas y, a la par, admitir la posibilidad de que, como sujeto de derecho, sea titular de derechos y obligaciones¹⁷⁸. Siguiendo al autor precedentemente citado, cabe recordar que, como toda persona jurídica, el Estado se halla limitado por el mentado principio de la especialidad, en virtud del cual no pueden los órganos realizar actividades que no estén relacionadas con el fin u objeto de la institución¹⁷⁹.

En resumen, y en nuestra opinión, en tanto los perjuicios sean provocados por la actuación de un órgano del Estado en el ejercicio aparente o real de los poderes conferidos por el ordenamiento jurídico, el Estado deberá responder por las consecuencias patrimoniales de tal actuación. De allí que sea suficiente que tal circunstancia se verifique para tener por configurado el requisito contenido en el art. 1112 del Cód. Civil, en el sentido de que es necesario que el daño sea provocado por la persona del agente o funcionario (órgano-persona) actuando en el ámbito del vínculo que se establece con la función asignada (órgano-institución). En todo lo que exceda ese

¹⁷⁵ Tal ha sido la opinión que he dejado expuesta en mi trabajo “La competencia administrativa”, en la obra de varios autores Procedimiento administrativo, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 182.

¹⁷⁶ Cfr. MÉNDEZ, Aparicio, ob. cit., p. 125.

¹⁷⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. II, p. 286, con cita de Juan F. LINARES, Poder discrecional administrativo.

¹⁷⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., t. I, p. 214.

¹⁷⁹ Cfr. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., t. I, p. 216.

ámbito, la responsabilidad recaerá en cabeza del agente (falta personal) y no en la organización a la que pertenece (falta de servicio), pues ello es derivación lógica del fundamento normativo asignado (art. 1112, Cód. Civ.).

Sin embargo, coincidimos con TAWIL que en caso de existir una duda razonable, el respeto de los derechos de la víctima impone que la responsabilidad recaiga en el Estado, no porque este lo haya designado –como sostiene TAWIL¹⁸⁰– sino porque la norma le asignó una competencia (órgano-institución), cuyo ejercicio aparente por el agente (órgano-persona) provocó el perjuicio cuyo resarcimiento la víctima pretende. El dato o la idea de la designación puede mover a pensar en la culpa “in eligendo” o “in vigilando” de la que hablaba BIELSA y que constituye el fundamento jurídico de la solución adoptada por el art. 1113, primera parte, del Código Civil.

18. EL ESPECIAL CASO DE LAS “VÍAS DE HECHO” ADMINISTRATIVAS COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD

Cabe citar que las consideraciones anteriores asignan fundamento a la especial situación que se suscita cuando nos encontramos ante una vía de hecho administrativa, que encierra un comportamiento material antijurídico por parte de un agente o funcionario público y que por esa razón configura un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario o agente, frente a la víctima de tal comportamiento antijurídico.

En efecto, se trata de un supuesto de actuación contraria al derecho, de una acción material violatoria del ordenamiento jurídico establecido, que hace nacer la responsabilidad del Estado. Como lo explica MARIENHOFF (con cita de la doctrina francesa), no es concebible que si la Administración Pública le procuró al funcionario los medios para cometerla, medios que consisten en una presunción de competencia que, a través de una apariencia de poder, permite cometer actos ilícitos, no sea responsable por los perjuicios que de tal conducta se deriven¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cfr. TAWIL, Guido S., ob. cit., p. 98.

¹⁸¹ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. II, p. 216, n° 376, aunque luego en el t. III-B, p. 397, n° 1037, deja también a salvo que, como principio, las vías de hecho dan lugar a la responsabilidad personal del funcionario. Para el estudio de esta cuestión nos remitimos, además, al trabajo del Dr. Carlos M. GRECCO, Vías de hecho administrativas, LL, t. 1980-C, p. 1207, y reproducido en GRECCO-MUÑOZ, Fragmentos y testimonios del derecho administrativo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999. GRECCO participa del criterio de que la regulación corresponde en este caso al derecho común, en los términos que textualmente citamos a continuación: “. . .) De tal forma y sobre la base de que los conflictos eventualmente suscitados por la actividad de la Administración requieren la intervención del Poder Judicial, cabe señalar que la exoneración de la competencia del juez contenciosoadministrativo no provoca correlativamente la exoneración de la jurisdicción federal y consiguientemente, en el ámbito de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 -que es una ley de naturaleza federal que, aunque con deficiente metodología, contempla la impugnación de las vías de hecho (art. 23, inc. d)- el juzgamiento de estas corresponderá al tribunal que deba aplicar la disciplina general del derecho común de la responsabilidad (art. 100, Const. nac., art. 2°, inc. 6°, ley 48, y arts. 41 y 45, ley 13.998) conforme al

En el orden de la legislación nacional, el art. 9º de la Ley de Procedimientos Administrativos (19.549), dispone que la Administración Pública se debe abstener del ejercicio de vías de hecho administrativas, las cuales se verifican, según la propia norma, en dos situaciones: a) la primera, cuando estemos en presencia de un comportamiento material que lesione un derecho o garantía constitucional, y b) la segunda, cuando la Administración Pública pone en ejecución un acto administrativo que no adquirió eficacia (art. 11, LPA) o bien cuando se ejecute el acto, encontrándose suspendido en sus efectos por virtud de un recurso administrativo al que una norma expresa le asigne tal efecto.

En todos esos casos, nos encontramos ante una conducta ilícita del Estado, ejercida bajo un manto de aparente o presumida competencia del agente o funcionario público, cuya actuación se imputa a la estructura que integra y es por ello que, con fundamento en el art. 1112 del Cód. Civil, hace nacer el deber de reparar los perjuicios que le ocasione a la víctima de tal antijurídico comportamiento.

Es preciso señalar la importante disidencia expuesta por MARIENHOFF sobre el fundamento jurídico que hace nacer la responsabilidad del Estado en este caso, al sostener que, en un supuesto como el examinado, las normas que regulan dicha responsabilidad deben ser las del derecho privado, toda vez que, al no tratarse de actos administrativos, la conducta estatal debe regularse por aquellas disposiciones. Téngase presente que, en la opinión del ilustre maestro, la responsabilidad extracontractual del Estado puede estar regida tanto por el derecho público como por el derecho privado, pues todo depende de la índole del comportamiento o conducta generadora de la responsabilidad¹⁸².

19. SEGUNDO REQUISITO: EXISTENCIA DE UN DAÑO RESARCIBLE

Este es el segundo de los requisitos o presupuestos generales a todo tipo de responsabilidad, en cuyo mérito, y al igual que sucede en el ámbito de la responsabilidad civil, para que la responsabilidad pública tenga cabida debe existir un daño en el afectado, expresión que es comprensiva no solamente del denominado daño patrimonial, sino también del agravio moral. Por otra parte, el daño puede ser conferido no solamente a un derecho subjetivo, sino que también puede comprender a la afectación de un interés legítimo, y asimismo a un derecho de incidencia colectiva, si-

ámbito territorial pertinente y con excepción, naturalmente, de la esfera local. No parece ocioso puntualizar, en tal sentido, que radicando la vía de hecho en una salida de los poderes de la Administración Pública (Laferrière) la regulación de la responsabilidad por el derecho común es plenamente justificada, toda vez que, en realidad, la Administración no obra en cuanto tal y, consecuentemente, resulta razonable que deje de ser el ordenamiento jurídico-administrativo el regulador y recupere su proyección el derecho común”.

¹⁸² MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. IV, ps. 761 y 762.

tuaciones todas que, en el estado actual de la evolución del derecho argentino, bien pueden ser comprendidos en la generosa expresión empleada por la Corte Suprema como “toda lesión a una situación jurídicamente protegida”¹⁸³, y cuya existencia –para ser resarcible– debe verificarse de un modo cierto, no hipotético o conjetural, sino en forma real, a lo que cabe añadir que dicho daño puede ser actual o futuro¹⁸⁴.

a) LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. - Nos anticipamos en afirmar que, si bien es cierto que la expresión “lesión a una situación jurídicamente protegida” pudo originalmente encontrarse reservada al daño provocado en la esfera de los derechos subjetivos de la víctima, puede válidamente comprenderse en la misma la afección a uno de los denominados por la nueva terminología constitucional “derechos de incidencia colectiva”. En ese orden de ideas, tampoco descartamos, en lo que aquí interesa, una afección en el ámbito de los “intereses legítimos” de la víctima de la conducta estatal¹⁸⁵, aunque no desconocemos que la categoría de los denominados “intereses legítimos” como contrapuestos a los derechos subjetivos ha sido seria y fundadamente cuestionada en cuanto a la real existencia de diferencias jurídicas con la categoría de los “derechos subjetivos”, predicándose incluso la identidad de ambas categorías¹⁸⁶, o bien entendida como una diferenciación que se ha

¹⁸³ “Revestek S.A. c/Banco Central de la República Argentina y otros s/ordinario”, 15/8/95, Fallos, 318:1531 y siguientes.

¹⁸⁴ En igual sentido se expresa PERRINO, ob. cit., p. 4, con cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema registrada en Fallos, 317:1225.

¹⁸⁵ Piénsese en la situación en la que se podría encontrar un participante desplazado de un procedimiento de selección convocado por el Estado para celebrar un contrato, donde luego el Estado modifica las condiciones originalmente establecidas en la documentación que rigió el llamado en beneficio del oferente que resultó adjudicatario, quebrando así el principio rector de la “igualdad de trato” o de “trato no discriminatorio”. De haber mediado tal modificación con anterioridad, otorgándole a aquel participante desplazado iguales condiciones a las posteriormente fijadas para el cocontratante con quien se celebró el acuerdo, dicho oferente desplazado pudo legítimamente resultar victorioso en la competencia establecida. Existiría, en ese supuesto, una conducta del órgano estatal que habría provocado un perjuicio en dicho oferente, ilegítimamente excluido de la competencia, comprensivo -entre otros- de los gastos que demandó la preparación de su oferta, y por qué no también, de la pérdida de la probabilidad de obtener ganancias en razón del contrato frustrado, es decir la pérdida de una chance. El “interés legítimo” que en tales situaciones se le asigna a un participante de un procedimiento de selección se traduce -en rigor- en un verdadero derecho subjetivo a la legalidad de ese procedimiento. Ver, asimismo, URRUTIGOITY, Javier, “Derecho subjetivo e interés legítimo en la contratación administrativa”, en la obra de varios autores, *Contratos administrativos, Ciencias de la Administración*, Buenos Aires, 1999, ps. 415 y siguientes.

¹⁸⁶ Así, por ejemplo puede citarse la opinión de BARRA, quien ha puesto seriamente en tela de juicio la diferenciación que al respecto se ha realizado entre derechos subjetivos e intereses legítimos, y no así la distinción efectuada entre los primeros con los denominados intereses simples, en su trabajo *Principios de derecho administrativo*, ps. 273 y siguientes.

llevado a cabo por el ordenamiento jurídico –al menos con claridad en otras épocas– para restringir las vías recursivas judiciales del particular contra los actos de la Administración¹⁸⁷.

Debe decirse que la admisión de los denominados “derechos de incidencia colectiva” (“intereses difusos”, en la terminología tradicional) configura –como bien se ha dicho– una noción superadora de las clásicas categorías del derecho subjetivo y del interés legítimo¹⁸⁸, y en ese orden de ideas, la jurisprudencia ha reconocido que la enumeración que realiza el art. 43 de la Const. nacional no se agota en las menciones que efectúa (causa “Viceconte”)¹⁸⁹.

No es ni intenta ser este un lugar donde se debata el alcance del concepto “derecho subjetivo”, aunque sin embargo podemos decir que la definición propuesta por IHERING acerca de que se trata de un “interés jurídicamente protegido” puede válidamente adaptarse a otras situaciones no receptadas con anterioridad por el ordenamiento jurídico, de manera que el criterio adoptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación bien puede, además, asumirse como denominación de uso generalizado que –como dice GORDILLO– no tiene sentido práctico cuestionar¹⁹⁰, al menos en el actual estado de evolución de nuestro derecho positivo y de la interpretación que del mismo viene llevando a cabo la jurisprudencia.

Ahora bien, calificada doctrina nacional¹⁹¹ da cuenta de la polémica que se ha suscitado alrededor del art. 1068 del Cód. Civil, norma que dispone: “Habrá daño

¹⁸⁷ Lo expresado en el texto es explicado con claridad por GORDILLO, Tratado de derecho administrativo, Macchi, Buenos Aires, 1980, t. II, ps. XV-23 a 25. En el tomo 1 de la tercera edición de la misma obra (Buenos Aires, 1995), GORDILLO propugna, sobre la base de la reforma de la Constitución nacional de 1994, la creación de un remedio judicial que permita la impugnación de un acto administrativo que afecte no solamente los derechos subjetivos del particular, sino sus “intereses legítimos” y hasta los “difusos” (ver cap. V, p. 6). En la cuarta edición examina la situación a la luz de la admisión por parte de la jurisprudencia de legitimación para demandar sobre la base de un interés legítimo, en la medida que se acredite la calidad de afectado, pues el mismo ha quedado subsumido en la noción del derecho de incidencia colectiva, y solamente subsiste la diferencia con los “intereses simples” de la comunidad entera (Cfr. t. 2, cap. III, ps. 16 y 17), no sin dejar de advertir que el avance posterior es irrefrenable (cfr. nota 4, p. 17).

¹⁸⁸ GORDILLO, Agustín A., Tratado de derecho administrativo, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, cap. II, p. 10.

¹⁸⁹ CN Cont. Adm. Fed., Sala IV, 2/6/98, “Viceconte, Mariela C. c/Ministerio de Salud y Acción Social”, LL, t. 1998-F, p. 102. En su oportunidad comentamos este decisorio bajo el título La protección de la salud como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido (LL, t. 1998-F, ps. 303 y ss.).

¹⁹⁰ GORDILLO, Agustín A., Tratado . . . , 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. 2, p. III-9.

¹⁹¹ ZANNONI, Eduardo A., “Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil”, en la obra colectiva La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 103 y siguientes.

siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” (el destacado nos pertenece). En efecto, la polémica a la que se hace mención –se ha dicho– ha contrapuesto “[...] dos criterios en punto a la valoración del interés lesionado como presupuesto del resarcimiento. La tesis interpretativa clásica: debe tratarse de un interés jurídico legítimamente protegido. La tesis amplia: puede tratarse, también, de otros intereses que existen en la esfera propia de las personas que no sean de contenido de un derecho subjetivo por carecer de medios de protección legítimos para asegurar su satisfacción. No se trata de intereses repugnantes al derecho; su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible. Se los denomina intereses simples en contraposición a los intereses legítimos jurídicamente protegidos”¹⁹².

Sin intenciones de involucrarnos en la discusión, la admisión expresa que de los denominados “derechos de incidencia colectiva” realizan ahora los arts. 41 y 42 de la Const. nacional, que en modo alguno puede considerarse taxativa en vista a la fórmula que emplea el art. 43 del propio texto constitucional, cuando en su frase final menciona la protección de los “derechos de incidencia colectiva en general” (el destacado no es del texto), permite abrigar en la expresión final del trascrito art. 1068 del Cód. Civil a la afección de tales derechos de incidencia colectiva como fuente de la obligación de reparar los daños y perjuicios que el Estado pueda provocarle al titular de dichos derechos. No se opone a ello la clásica enunciación que, como requisito del daño resarcible, exige que el daño debe ser personal de quien pretende la indemnización¹⁹³, pues al tratarse de un derecho de incidencia colectiva, la reparación del daño que se persigue es también la reparación de un perjuicio que debe ser tenido como propio del demandante, aunque en ciertas ocasiones exista pluralidad de sujetos damnificados¹⁹⁴. Si, como dice LLAMBÍAS con cita de ORGAZ, en definitiva el requisito no se trata de otra cosa que de “la aplicación pura y simple del fundamental principio según el cual sin interés no hay acción”¹⁹⁵, forzoso será concluir que el ordenamiento jurídico confiere al titular de un derecho de incidencia colectiva medios jurídicos para la protección de los mismos, por lo que entonces encuadran en los términos del mencionado art. 1068 del Cód. Civil, en tanto el mismo requiere que la aflicción recaiga sobre “derechos o facultades” de la víctima.

¹⁹² ZANNONI, Eduardo A., ob. y lugar citados.

¹⁹³ LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado . . . , t. I, p. 308, n° 247.

¹⁹⁴ Cfr. GORDILLO, Agustín A., ob. cit., t. 2, ps. III-1 a 10, con especial referencia a lo que se dice en ps. 6, 7, 8 y 9. Véase asimismo el trabajo de BIANCHI, Alberto B., Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala, “Rég. de la Administración Pública”, n° 235, abril de 1998, ps. 13 y siguientes, ampliado en Las acciones de clase, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

¹⁹⁵ LLAMBÍAS, Jorge J., obra y lugar citados en la nota 45.

Cuadra decir que el Proyecto de Código Civil de 1998 (unificado con el Código de Comercio) expresamente admite, en su art. 1622, la reparación de los que –a nuestro modo de ver– impropiamente denomina “intereses de incidencia colectiva”, y que el art. 1676 del mismo Proyecto contempla el resarcimiento de daños por los actos lícitos del Estado “que sacrifican intereses de los particulares en beneficio del interés general”, sin que se aprecie que la norma proyectada califique limitativamente la naturaleza jurídica de dichos intereses.

No puede dejar de mencionarse aquí la tesis contraria que parece sustentar GORDILLO acerca de la inaplicabilidad a la materia del art. 1068 del Cód. Civil. Sostiene dicho autor que si se interpretara que el art. 1112 del Cód. Civil, como fuente de responsabilidad, no abarca todo irregular cumplimiento de la función sino solamente aquellos supuestos que causaran un daño económico en los términos del citado art. 1068, quedarían sin responsabilidad una serie de supuestos que, no obstante provocar un daño en el afectado, no serían susceptibles de apreciación pecuniaria. Así pone como ejemplo una restricción a la libertad de prensa; una violación a la libertad de enseñar y aprender, a la libertad de conciencia, o a los derechos de transitar y salir del país, etc., y por lo tanto, en tales supuestos –no comprensivos de un daño económico– no se engendraría responsabilidad estatal¹⁹⁶. En su opinión, “El artículo 1112 dispone lo contrario de la regla general: que están comprendidos en el título. Es decir que también los hechos y las omisiones que constituyen irregular ejecución de las obligaciones legales de la función son, sin distinción en cuanto al tipo material del daño causado, daño generador de responsabilidad. [...] El art. 1112 no se refiere al hecho previsto en el art. 1109, sino que dispone que el hecho que el mismo prevé –o sea, el hecho en el art. 1112– es causa eficiente y suficiente generadora de responsabilidad. Allí reside la derogación, en el caso especial, a la regla general”¹⁹⁷.

Por lo dicho en el texto, no concordamos con tal criterio, ya que, además, como inmediatamente se habrá de tratar, el resarcimiento de daños consiste, como principio general, en la reposición de cosas al estado anterior al evento que lo provoca, excepto si fuera imposible, y la indemnización pecuniaria es siempre optativa para el damnificado. Ello es así por virtud de lo establecido en el art. 1083 del propio Código Civil, que por la derogación del antiguo art. 1108 del mismo cuerpo normativo (llevada a cabo por la ley 17.711), resulta plenamente aplicable al Título en el que está contenido el art. 1112 del citado Código. Por lo demás, si bien es cierto que, como cita GORDILLO¹⁹⁸, cuando Vélez Sársfield así lo quiso, declaró inaplicables disposiciones del Título “De los delitos” al Título “De los cuasidelitos”, no lo es menos que la citada derogación que el legislador ha efectuado del art. 1108 del Cód. Civil

¹⁹⁶ Cfr. GORDILLO, Agustín A., Tratado . . . , 4ª ed., t. 2, p. XIX-15.

¹⁹⁷ Cfr. ob. cit., p. XIX-16.

¹⁹⁸ Cfr. ob. cit., p. XIX-15.

torna directamente aplicables los citados arts. 1068 y 1083 al cumplimiento irregular de los deberes legales de los funcionarios públicos (art. 1112) que –llegado el caso– comprometen la responsabilidad directa del Estado que integran.

La ubicación de la disposición contenida en el art. 1112 del Cód. Civil no puede sino engendrar la responsabilidad del Estado que los órganos integran, pues los funcionarios públicos, en cuanto sujetos individuales, ya están abarcados por el art. 1109 del propio Código Civil. Nótese, a este último respecto, que incluso se llegó a sostener –incorrectamente a nuestro juicio– la sobreabundancia de la disposición del art. 1112 frente a lo normado por el art. 1109, al punto que, lisa y llanamente, se prescindió de una norma análoga en el anteproyecto de Código Civil de 1954¹⁹⁹.

b) LA CARGA DE LA PRUEBA LE INCUMBE A QUIEN ALEGA LA EXISTENCIA DEL DAÑO. - Es obvio que, por aplicación de los preceptos generales, la carga de acreditar que se está en presencia de un daño resarcible corresponde a quien lo alega. Es decir, debe tratarse de un daño cierto, real y efectivo²⁰⁰ y no eventual o hipotético, pues, según ha tenido oportunidad de expresarlo reiteradamente nuestro Alto Tribunal, el concepto de indemnización de perjuicios lleva implícita la realidad de estos y para su establecimiento judicial se requiere la comprobación suficiente de tal realidad²⁰¹. Ahora bien, el daño puede presentarse de manera actual o futura, pero debe ser cierto y determinado o determinable, no conjetural o hipotético²⁰². Esto así surge de los criterios jurisprudenciales vigentes, algunos de los cuales seguidamente examinaremos. En cuanto al daño futuro, para que sea indemnizable debe ser de inevitable producción²⁰⁴. En ese orden de ideas, es dable citar aquí la opinión de ENTRENA CUESTA, autor que afirma que el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas²⁰⁴.

¹⁹⁹ Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil, “Obligaciones”, 2ª ed. actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1992, t. IV-B, p. 114, n° 2804.

²⁰⁰ Definición que encontramos -entre otros- en el fallo recaído en “Godoy, Miguel Á. c/Banco Central de la República Argentina s/sumario-daños y perjuicios” del 13/10/94 (Fallos, 317:1225).

²⁰¹ Ver -entre otros- Fallos, 307:169; 310:2929; 314:147.

²⁰² “Para la procedencia de la acción de daños y perjuicios se requiere acreditar la existencia real y efectiva de los daños alegados, no bastando un perjuicio abstracto o una simple probabilidad; razón por la cual no cabe acordar indemnizaciones sobre la base de meras conjeturas, si no media la indispensable prueba de un perjuicio concreto y efectivamente sufrido” (CNCom., Sala C, 30/8/88, LL, t. 1989-C, p. 620). Pueden verse esta y otras abundantes citas en análogo sentido en la obra de MOSSET ITURRASPE y NOVELLINO, Derecho de daños (La prueba en el proceso de daños), La Rocca, Buenos Aires, 1996, tercera parte, ps. 66 y siguientes.

²⁰³ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. IV, p. 735; PERRINO, Pablo E., ob. cit.

²⁰⁴ ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de derecho administrativo, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, vol. I/1, p. 400. Como síntesis de lo expresado en el texto, puede decirse que LLAMBÍAS ha sostenido que para que el daño sea resarcible, debe reunir los siguientes requisitos: 1) ser cierto y no eventual; 2) ser subsistente y no haber sido ya reparado; 3) ser personal del demandante; 4) afectar un interés legítimo del damnificado, y 5) reconocer su causa adecuada en el hecho imputado al responsable (cfr. Tratado . . . , t. I, p. 306, n° 247).

Lo expuesto, como se dijo, no es sino derivación de la aplicación en la especie de los principios de orden general en la materia y –en rigor– no se limita a este solo extremo, sino también a la verificación de la totalidad de los requisitos exigibles para que resulte procedente la acción indemnizatoria. Así lo ha resuelto expresamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a la existencia de una “falta de servicio” como presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación irregular²⁰⁵.

c) LA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA ES OPTATIVA PARA EL DAMNIFICADO. - La proposición que encierra el título, vigente en el ámbito de la responsabilidad civil por el juego de la disposición contenida en el art. 1083 del Código Civil en su redacción dada por la ley 17.711 y la derogación llevada a cabo, por dicha ley, del art. 1108 del mismo Código, resulta plenamente aplicable al ámbito de la responsabilidad pública, tal como habremos de exponerlo seguidamente.

De acuerdo con lo prescripto por el artículo 1083 del Código Civil, en su actual redacción (texto ley 17.711)²⁰⁶, “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”. Conforme lo ha señalado la más calificada doctrina, con la modificación incorporada se ha sustituido el sistema del resarcimiento pecuniario originalmente establecido por Vélez Sársfield por el sistema optativo de la indemnización, en especie o en dinero, a elección del damnificado, razón por la cual se afirma que “[...] lo típico del nuevo sistema legal ha sido instituir una obligación de indemnizar alternativa irregular. Es obligación alternativa porque el responsable es deudor de una prestación, entre dos ‘independientes y distintas’ (art. 635), a saber: una prestación de hacer, consistente en la reposición material del estado de cosas precedente al hecho ilícito; o una prestación pecuniaria relativa a la satisfacción de una suma de dinero representativa de un daño. Y es alternativa irregular porque la elección de la prestación a pagar pertenece al acreedor”²⁰⁷.

Por otra parte, y por virtud de la derogación realizada por la misma ley 17.711 del art. 1108 del Cód. Civil²⁰⁸, la norma transcripta resulta aplicable a los hechos

²⁰⁵ “La pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa para el actor la carga de individualizar y probar del modo más concreto el ejercicio irregular de dicha función” (CSJN, “Alfredo Marieta Maumetal y González, Carlos y otros”, 14/2/95, Fallos, 318:74).

²⁰⁶ El texto anterior establecía: “Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez, salvo el caso que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”.

²⁰⁷ LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., ps. 20 y 21, n° 2319. Los destacados pertenecen al texto original.

²⁰⁸ El art. 1108 del Código Civil establecía: “Los artículos 1070, 1071, 1073, 1074, 1075 y 1076 son aplicables a los actos ilícitos, hechos sin intención de causar un daño”. Dicha derogación ha tenido como consecuencia que las disposiciones contenidas en el Capítulo 1, “De los delitos” y del Título 8, “De los actos ilícitos”, resulten aplicables al Título 9, “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”, del mismo Código.

ilícitos que no configuran delitos civiles, razón por la cual es también aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado. A una análoga solución se llega por aplicación de las disposiciones de los arts. 625 y 630 del Cód. Civil, preceptos que en nuestra opinión se conectan, también, con el concepto de la “falta de servicio” estatal. Entendemos que el criterio expuesto aparece también en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo recaída en la causa “Viceconte”²⁰⁹, oportunidad en la que se resolvió que era exigible una conducta positiva del Estado cuando este se había comprometido con anterioridad a la fabricación de una vacuna contra la fiebre hemorrágica, enfermedad que afecta a una importante cantidad de personas en nuestro país.

d) LA EXIGENCIA DE LA EFECTIVIDAD DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA. - 1. “Banco de la Nación Argentina c/Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos” (16 de abril de 1969)²¹⁰. En cuanto a la efectividad del daño, en la causa “Banco de la Nación Argentina c/Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos” la Corte Suprema reiteró su doctrina jurisprudencial según la cual el concepto de indemnización lleva implícita su realidad y, para su determinación judicial, requiere la comprobación suficiente de esa realidad. En el caso se demandó, con fundamento en lo establecido en los arts. 1112 y 1113 del Cód. Civil, sobre la base de un erróneo informe del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, que al no haber informado la existencia de una inhibición general de bienes que pesaba sobre un bien inmueble, que había obtenido el banco demandante en un juicio ejecutivo seguido contra un deudor suyo, posibilitó la transferencia del citado bien, no obstante la precedente anotación de la medida cautelar obtenida, frustrando con ello la garantía que el acreedor había obtenido.

La Corte Suprema rechazó la demanda, pues consideró que el banco debía acreditar que su crédito había sido perjudicado por la transferencia que el certificado erróneo emitido por la demandada hizo posible, en la medida en que la actora no podía demostrar que el cobro del crédito no era posible de lograr por otros medios. En consecuencia, se desestimó la pretensión, ya que la actora no había agotado las vías ordinarias para conseguir el cobro de su crédito.

2. “Brumeco S.A.” (18 de septiembre de 1990)²¹¹. El restrictivo criterio de la Corte Suprema, exteriorizado en el precedente analizado en el punto anterior, fue modificado posteriormente en la causa “Brumeco S.A. c/Provincia de Buenos Aires s/cobro de australes”, pues precisamente se abandona –al menos parcialmente– la

²⁰⁹ Citado en nota 40.

²¹⁰ Fallos, 273:269.

²¹¹ Fallos, 313:907.

doctrina derivada de los precedentes supra mencionados. El Tribunal consideró que la frustración de una garantía por el obrar defectuoso del Registro de la Propiedad es suficiente para provocar la responsabilidad de la demandada, no resultando óbice para tal procedencia la eventual existencia de otros bienes en cabeza del deudor. Puntualizó que la circunstancia de la existencia de otros bienes del deudor resulta irrelevante para tener por configurada la existencia del daño, pues la responsabilidad extracontractual del Estado, comprometida por la actividad de sus órganos, genera un daño independiente de la antecedente relación entre la parte actora y su respectivo deudor. La solución aportada por la Corte resulta así la más justa.

3. “Massa, María Mercedes” (26 de octubre de 1993)²¹². Sin embargo, algunos años más tarde, la Corte Suprema entendió que no existía daño cierto en los casos en los que deficiencias en la prestación del servicio registral provocaban que un acreedor se encontrara, a la hora de hacer efectivo su crédito, con la circunstancia de que sobre el bien ya pesaban otros embargos. En “Massa, María Mercedes c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, teniendo en cuenta que el deudor conservaba el dominio del bien sin que en ninguno de los expedientes tramitados se mostrara actividad por parte de los distintos acreedores, y sin que se hubiera demostrado que el valor del bien fuese insuficiente para satisfacerla, la Corte resolvió rechazar la demanda.

4. “Astilleros Príncipe y Menghi S.A.” (5 de marzo de 1996)²¹³. En forma concordante con lo así resuelto, en la causa

“Astilleros Príncipe y Menghi S.A. c/Estado Nacional –Administración Nacional de Aduanas– y otro s/demandas contra A.N.A.”, el Tribunal volvió a puntualizar que toda indemnización de daño resarcible, regida ya sea por el derecho público o por el derecho privado, supone la existencia del daño. En consecuencia, observando que la sociedad actora no había cumplimentado ese requisito, al no demostrar haber sufrido ningún reclamo o perjuicio con motivo del cumplimiento tardío de la obligación que reclamaba al Estado, se resolvió confirmar la sentencia en cuanto rechazaba la demanda.

e) LO ATINENTE A LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO Y A LA REPARACIÓN DEL “LUCRO CESANTE”. LOS DISTINTOS SUPUESTOS (ACTUACIÓN ILÍCITA Y ACTUACIÓN LÍCITA). ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA. LA DOCTRINA DE LA “FUERZA EXPANSIVA DE LA EXPROPIACIÓN”. - Cuestión controvertida como pocas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado es la referida al alcance de la reparación que le es debida a la víctima del

²¹² Fallos, 316:2442.

²¹³ Fallos, 319:167.

obrar estatal cuando los perjuicios provienen de su actividad lícita, y más precisamente si la indemnización del daño, en esos supuestos, es comprensiva del denominado “lucro cesante”, entendido como las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas y debidamente acreditadas²¹⁴. Tratándose de la actividad ilícita o irregular del Estado, las opiniones son contestes en que el alcance de la reparación debe ser pleno, comprensivo tanto del daño emergente como del lucro cesante, sobre la base del criterio de que nadie está obligado a soportar el perjuicio derivado de la conducta ilegítima de otro, ni aun cuando esas conductas se atribuyen a un órgano estatal²¹⁵. Es esta la solución que proviene, por lo demás, de la aplicación del art. 1069 del Código Civil²¹⁶.

Como decimos, las opiniones se dividen tratándose de casos de responsabilidad derivada de la actividad lícita o legítima del Estado, existiendo autores que, a falta de norma expresa, sustentan la procedencia de la reparación integral o plena con fundamento en la garantía de la propiedad consagrada por el art. 17 de la Const. nacional y sobre la base —entre otros— del postulado según el cual no es posible la extensión analógica de normas que restrinjan derechos. Otros autores, contrariamente, postulan el carácter expansivo de la noción jurídica de la expropiación, doctrina desarrollada por MARIENHOFF²¹⁷, a la que puede sumarse la aplicación analógica de las disposiciones relativas a esas normas sobre la base del principio establecido en el art. 16 del Cód. Civil. En síntesis, se expresa que, a falta de norma expresa, corresponde la aplicación analógica de la indemnización que es debida en caso de expropiación por causa de utilidad pública, legislación que en términos generales limita la indemnización al valor objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, excluyendo, expresamente, la reparación del lucro cesante (art. 10, ley 21.499)²¹⁸.

²¹⁴ Cfr. CSJN, Fallos, 306:1409; SCBA, “García, Ezequiel P. c/Provincia de Buenos Aires”, 11/8/92, ED, t. 152, p. 367, decisorio que mereció el oportuno comentario de Armando N. CANOSA, bajo el título Diferencias entre los distintos supuestos de responsabilidad por sus actos lícitos.

²¹⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, 5ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. 1, p. 298.

²¹⁶ “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses.”

²¹⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. IV, p. 134, n° 1284.

²¹⁸ Del mismo modo lo disponía el artículo 11 de la anterior ley 13.264, modificada por su similar, 14.393. Anteriormente, el art. 16 de la ley, sancionada el 7/9/1866, excluía de la indemnización las ventajas o ganancias hipotéticas. En forma análoga, así lo disponen las legislaciones provinciales que regulan el instituto. Expropiaciones - Exclusión del lucro cesante: Buenos Aires: ley 5708, art. 8°. Catamarca: ley 2210, art. 12. Córdoba: ley 3942, art. 13. Corrientes: ley 1487, art. 12. Chaco: ley 1778, art. 10. Entre Ríos: ley 2214, art. 19 (sólo dice “consecuencia cierta, directa, inmediata y actual de la expropiación. Ella no comprende en consecuencia el perjuicio indirecto y eventual”). Formosa: ley 490, art. 11. Jujuy: ley 3018/1973, art. 17. La Pampa: ley 14, art. 7°. La Rioja: ley 3466, art. 13. Mendoza: ley 1447, art. 8°. Misiones: ley 518, art. 6°. Neuquén: ley 804, art. 17. Río Negro: ley 58, guarda silencio. Salta: ley 1336, art. 11. San Juan: ley 919, guarda silencio. San Luis: ley 3573, art. 19. Santa Cruz: ley 2, art. 6°. Santa Fe: ley 7534, art. 17. Santiago del Estero: ley 2002, art. 7°. Tucumán: ley 253, art. 10. Ciudad de Buenos Aires: ley 238, art. 9°.

La postura que sustenta MARIENHOFF fue seguida por CASSAGNE²¹⁹ y por COMADIRA²²⁰, y defendida por la doctora Graciela Reiriz en la causa “Motor Once S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”²²¹, en su carácter de procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El propio MARIENHOFF lo explica en estos términos: “La expropiación tiene gran amplitud conceptual. Sus principios no sólo comprenden y se aplican al específico acto por el cual el Estado, por causa de utilidad pública calificada por ley y previa indemnización, obtiene que le sea transferido un bien o cosa de un particular, sino que tales principios se extienden y aplican a todos los supuestos de privación de la propiedad privada, o de menoscabo patrimonial, por razones de utilidad o interés públicos. [...] Lo que la Constitución establece respecto a indemnización en materia de expropiación, implica un principio general del derecho, aplicable a todas las hipótesis en que un derecho patrimonial cede por razones de interés público”²²².

En contra y por la admisión del principio de la reparación integral, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, se han expresado BARRA²²³, GUASTAVINO²²⁴ y más recientemente, aunque con algunas variantes, BIANCHI²²⁵.

²¹⁹ CASSAGNE, Juan C., *ob. cit.*, p. 297.

²²⁰ Cfr. COMADIRA, Julio R., “Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, incluido en su libro *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 415 y siguientes.

²²¹ Sentencia de fecha 9/5/89, Fallos, 312:659. En el apartado IV del dictamen de fecha 4/10/88 puede verse el despliegue argumental de la aplicación de la teoría.

²²² Cfr. obra y lugar citados. Esta tesis fue nuevamente expuesta por MARIENHOFF, comentando el caso fallado por la Corte, “Sánchez Granel” -al que luego me referiré-, en su trabajo *El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, ED, t. 114, p. 949, y en *Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, LL, t. 1991-C, p. 1080. Las ideas expuestas en estos dos trabajos citados fueron luego incorporadas por MARIENHOFF en el tomo IV de la sexta edición actualizada del Tratado, bajo el número 1647 bis.

²²³ BARRA, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, ED, t. 122, p. 861.

²²⁴ GUASTAVINO, Elías P., *Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado*, ED, t. 118, ps. 190 y ss., y especialmente lo que se dice en ps. 210, nota 44, y 214.

²²⁵ BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 168 y ss., en especial ps. 169 y 170. Este autor distingue los daños y perjuicios provenientes de los actos legislativos de aquellos que derivan de otras fuentes, y así -sostiene- los primeros “participan de una naturaleza muy similar a la expropiación, por lo que están mucho más cerca de las soluciones que ella provee que los primeros. En este punto la reflexión de BARRA es importante, en la medida en que el procedimiento de gestación de una ley que califica la utilidad pública de un bien para expropiarlo es muy diferente que el mero acto administrativo emitido por un funcionario. Dado que las garantías que existen en un caso y en el otro son diferentes, también deben serlo los derechos del administrado. Por ello creo que los daños que provienen de la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia de un acto administrativo deben ser reparados en forma integral”.

Si se pretendiera sintetizar la opinión de BARRA sobre este aspecto, podría decirse sin dudar que comparte plenamente los fundamentos esgrimidos por el voto mayoritario de los miembros de la Corte Suprema expresados en la causa “Sánchez Granel”. Ello es así pues para dicho autor, a más de la imposibilidad de integrar analógicamente el derecho mediante normas restrictivas (evidentemente, el art. 10 de la Ley de Expropiaciones entra en esa categoría), la expropiación por causa de utilidad pública configura una especie dentro del género que es la responsabilidad del Estado por su actuación lícita, y no a la inversa. Sostener que en la responsabilidad por hechos y actos lícitos de la Administración solamente se debe responder por las consecuencias inmediatas no implica negar el principio de la reparación integral, que incluye al daño emergente y al lucro cesante, pues ambos son consecuencias inmediatas del hecho dañoso²²⁶. Como lo fundamenta el autor a quien se está siguiendo, la limitación a la indemnización debida en el caso de la expropiación está impuesta por un texto legal concreto para una determinada situación concreta que en nada se asemeja –al menos– al caso de la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, contemplada en el art. 18 de la ley 19.549²²⁷.

f) NUESTRA OPINIÓN. - Por nuestra parte, diremos que no es difícil coincidir con la posición que sustenta BARRA y que, a nuestro modo de ver, ha sido también la de la propia Corte Suprema, incluso antes que la expusiera en el fallo “Sánchez Granel”. La solución que propicia la reparación plena se impone, por la sencilla razón de que a falta de texto legal expreso que establezca una restricción a los derechos del damnificado a obtener una reparación integral por las consecuencias inmediatas y necesarias del obrar estatal lícito, no cabe realizar una aplicación general por vía de extensión analógica de soluciones previstas para casos especiales.

En apoyo de ello debe decirse que la cuestión acerca del alcance de la expresión “daños y perjuicios” viene ya definida por el Cód. Civil, en donde los arts. 519 y 1069 precisan ambos conceptos, disponiendo el primero que “Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo”, en tanto que la segunda de las normas citadas establece que “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el

²²⁶ Cfr. obra y lugar citados, especialmente lo que se dice en p. 866. Sostiene textualmente BARRA, en p. 870 del trabajo citado: “La expropiación entonces no es una técnica revocatoria, precisamente porque no es una técnica para extinguir derechos. La expropiación, según se ha mencionado en ciertas ocasiones y especialmente para distinguirla de la revocación, es una vía de ‘despojo’. Es que en realidad lo que el Estado busca a través de la expropiación es una transferencia patrimonial: traspasar algo que estaba en el patrimonio de un particular al patrimonio público, estatal o de otro sujeto público o de un delegado de la Administración Pública, como puede ser un concesionario de servicio público”.

²²⁷ Cfr. BARRA, Rodolfo C., ob. cit., p. 871.

damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”. Por su parte, el art. 520 del mismo Código establece que “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”, a no ser que el incumplimiento fuere malicioso, en cuyo caso el resarcimiento comprenderá también las consecuencias mediatas (art. 521, Cód. Civ.).

En la revocación de un acto o de un contrato fundado en razones de interés público, con sustento en lo dispuesto en el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, se verifica un supuesto extremo, una facultad extraordinaria, que autoriza a la Administración Pública a desplazar para el caso específico el principio del respeto del derecho de propiedad incorporado al patrimonio del afectado por virtud del acto o del contrato.

En el caso de un contrato, esa autorización desplaza para el caso específico la regla según la cual los contratos se celebran para ser cumplidos (doctrina del art. 1198, Cód. Civ.), razón por la cual, si bien el incumplimiento de la obligación previamente asumida no reside en una falta imputable a la Administración, no deja por ello de configurar un incumplimiento, solo que autorizado por la ley, con sustento en la consideración del cambio de las circunstancias que motivaron a la Administración a celebrar el contrato y que trae aparejada como consecuencia la frustración de los derechos del damnificado. Si se trata de un acto administrativo del cual ha nacido una situación jurídica protegida por el ordenamiento jurídico, se desplaza el principio de la confianza en que se habrán de respetar los efectos jurídicos nacidos de dicho acto.

En ambos casos, se produce un daño que merece una reparación con sustento en la aplicación de las reglas generales sobre la materia y no sobre la base de regulaciones legales sectoriales o previstas para casos especiales. Por ello, la solución debe buscarse en el mencionado art. 520 del Cód. Civil, que a los efectos de definir el alcance de las expresiones necesariamente nos remite a los arts. 901 y siguientes del propio Cód. Civil, salvo que la decisión revocatoria dictada bajo la apariencia de legalidad sea luego declarada ilegítima, en cuyo caso corresponderá la solución del art. 521 del Cód. Civil, debiendo repararse también las consecuencias mediatas.

La circunstancia de que las disposiciones de los artículos 520 y 521, que remiten a los arts. 901 y siguientes, se refieran a supuestos de incumplimientos imputables por las obligaciones asumidas, no es óbice a su aplicación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación lícita, pues el supuesto contemplado en el art. 18 de la ley 19.549, que no contiene una disposición limitativa del daño indemnizable, configura un supuesto de autorización legal expresa para desplazar el principio general del cumplimiento estricto de las obligaciones asumidas. Por lo demás, la solución contraria podría implicar que la Administración, por sí y ante sí, y con el simple expediente de invocar razones de oportunidad, mérito o conveniencia, dejara librada la suerte de los derechos de los particulares a su discrecional decisión, sin la consiguiente reparación integral de los perjuicios que causa.

Ello es así, además, por aplicación del principio de la reparación integral, que debe ubicarse en el art. 19 de la Const. nacional, disposición que consagra la regla o principio “alterum non laedere” y que, como ha reconocido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda la reglamentación que realiza el Código Civil tiene fundamento en aquel principio con raíz constitucional y no es patrimonio exclusivo del derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica²²⁸. Como bien se ha dicho²²⁹, ha sido la propia Corte Suprema la que ha establecido el criterio según el cual es la mencionada disposición constitucional la que recepta el principio superior de no dañar a otro, y que una norma similar no se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos de América, ya que la misma responde a los antecedentes constitucionales vernáculos²³⁰. Consecuentemente, el principio es el de la reparación integral del perjuicio y frente al silencio de disposiciones legales como la establecida en el art. 18 de la ley 19.549, “ha de cobrar todo su imperio y necesidad el principio de la reparación integral por su razonabilidad y por la exorbitancia de la exclusión de aquel rubro”²³¹.

Ahora bien, como se verá cuando se trate el requisito relativo a la causalidad, se apreciará que el daño debe estar en relación causal con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción y que la teoría actualmente predominante es la de la causa adecuada, la que impone formular un juicio de probabilidad para determinar la eventual idoneidad de una acción u omisión para producir regularmente un resultado. Nuestro Código Civil, en función de ello, clasifica las consecuencias en inmediatas, mediatas y casuales (art. 901), por lo que, desde el punto de vista expuesto, la clasificación que el Código Civil realiza es también aplicable al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación lícita.

De ahí que resulte criticable la solución propiciada por el art. 1676 del Proyecto de Código Civil de 1998, que propone limitar la indemnización de los perjuicios derivados del dictado de actos lícitos al daño emergente, no respetando así el principio constitucional de la reparación plena o integral. La limitación se refuerza con la última parte de la disposición proyectada en cuanto prevé que “si es afectada la continuidad de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no autorizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”. El Proyecto deja así fuera

²²⁸ Cfr. CSJN “Gunther, Fernando Raúl c/Nación Argentina”, del 5/8/86, Fallos, 308:1118.

²²⁹ Cfr. LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., “La regla del *neminem laedere* en el derecho constitucional”, en la obra de varios autores *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 89 y siguientes.

²³⁰ Cfr. LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *ob. cit.*, p. 93. A mayor abundamiento se señala que los antecedentes constitucionales pueden también verse en la obra de SAN MARTINO DE DROMI, María L., *Documentos constitucionales argentinos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, especialmente ps. 1719 y siguientes.

²³¹ GUASTAVINO, Elías P., *Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado*, ED, t. 118, p. 190, y siguientes, y especialmente lo que se dice en ps. 210, nota 44, y 214.

de la previsión otros supuestos en los cuales el ámbito de aplicación de la norma sería dificultoso como el caso de la responsabilidad por la ejecución de obras públicas (v. gr., inundaciones de campos).

g) LAS SOLUCIONES ESTABLECIDAS POR LA CORTE SUPREMA. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA. - Ambas posiciones sustentadas en la doctrina nacional han sido receptadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo que a través de su análisis se intentará establecer si la divergencia apuntada es solo aparente o refleja en ese ámbito idénticas variantes a las postuladas en la doctrina.

1. “Comisión de Aguas” (1° de julio de 1876)²³². Un precedente judicial que entendemos de suma trascendencia²³³ y al que ya nos hemos referido como la admisión formal por parte de nuestra jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación lícita lesiva, es el caso “Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires c/Gerónimo Pérez s/ construcción de un conducto de aguas de tormenta” del 1° de julio de 1876, donde a la comisión actora le había sido encargada por ley de la ciudad de Buenos Aires la construcción de obras para proveer a Buenos Aires de aguas corrientes, caños de desagüe, cloacas y adoquinado conforme a los planos que se aprobaron.

De la lectura del fallo surge que la Corte procedió a descartar la existencia de una expropiación al considerar que no había modificación ni adquisición total o parcial de la propiedad. Seguidamente, recalifica la cuestión debatida, aplicando de manera prácticamente literal la teoría alemana de la indemnización²³⁴ en caso de responsabilidad lícita. Por ello entendió que se trataba de un caso de indemnización por trabajos públicos autorizados, donde no hay desposesión, sino perjuicio sobre un bien inmueble, sea que se trate de una restricción o embargo sobre su goce, sea disminuyendo el

²³² Fallos, 17:470.

²³³ Su existencia ha sido también advertida por COVIELLO, para lo cual remitimos a la lectura de su trabajo La responsabilidad del Estado por su actuación lícita, ED, suplemento de Derecho Administrativo, 29/8/2000, ps. 1 y ss. De igual manera, puede verse que MUÑOZ se ha ocupado también de este fallo, aunque vinculándolo al ejercicio de restricciones y límites al dominio privado en razón del interés público regidas por el art. 2611 del Cód. Civil. Ver “Derecho de propiedad, urbanismo y legalidad”, incluido en GRECCO y MUÑOZ, Fragmentos y testimonios del derecho administrativo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 805 y siguientes.

²³⁴ Señala REIRIZ que en Alemania se distingue entre responsabilidad pública e indemnización de derecho público. La primera deriva de los actos ilegales de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones. La segunda del ejercicio legítimo del poder público (REIRIZ, María G., Responsabilidad . . . , p. 115). Sobre el particular, ver también la obra de Ernst FORSTHOFF, Tratado de derecho administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, especialmente cap. II, aps. 16 y 17.

valor de su propiedad. En busca de una norma que pudiera dar solución al conflicto se remitió a las restricciones al dominio privado fundadas en el interés público, regidas por el derecho administrativo, conforme lo dispuesto por el art. 2611 del Código Civil. Con estas pautas, la Corte Suprema remitió a sede administrativa la valuación de los respectivos perjuicios, no obstante lo cual el Tribunal aceptó expresamente que el Estado debe indemnizar los perjuicios que provoca, aun cuando los mismos no tengan origen en el incumplimiento de un contrato.

2. “Laplacette, Juan y otros” (26 de febrero de 1943)²³⁵. En el caso “Laplacette, Juan y otros c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios”, se reclamaban los daños y perjuicios consecuencia de las inundaciones causadas en el campo de los actores provocadas por las obras realizadas por el gobierno provincial al construir un canal de navegación. En efecto, según surge del relato de la sentencia, los actores eran propietarios de campos que lindaban con una laguna, que en virtud de la ley provincial que proyectó el canal Norte de navegación, requería el embalse de las aguas hasta un nivel que necesariamente produciría la inundación de los campos de los actores, inutilizándolos definitivamente.

La Corte entendió que la acción deducida no nacía de un acto ilícito, ya que la provincia demandada había actuado como poder público y en ejercicio de sus atribuciones, realizando una obra pública de interés general, pero que la responsabilidad del Estado nacía en este caso de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Const. nacional. La forma de hacer efectiva esa garantía “es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria. Que a falta de esa disposición legal expresa, no hay duda que la solución debe buscarse en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 16 del Cód. Civil, y que no hay otras que las que rigen la expropiación [...]”²³⁶, habiendo sido los actores privados del uso y goce de parte de sus propiedades por una causa de utilidad pública.

Sin embargo, la propia Corte Suprema, en una sentencia anterior, ya había reconocido que no se trataba de un supuesto de expropiación, pues el dominio no había sido transferido al demandado y éste había desistido de la construcción del denominado Canal Norte. Por lo tanto, en orden al plazo de la prescripción, reconoció encontrarse ante una acción de naturaleza personal por indemnización de daños y perjuicios, y –en consecuencia– que la prescripción del art. 4037 del Cód. Civil, que en la anterior redacción disponía que la acción por la reparación civil por los daños causados por delitos y cuasidelitos se prescribía en el plazo de un año no podía ser

²³⁵ Fallos, 195:66.

²³⁶ Cfr. Fallos, 195:75 y 76.

válidamente invocada, sino que, por el contrario, el plazo aplicable era el general del art. 4023 del citado Código, que en el momento en que los hechos fueron objeto de juzgamiento por la sentencia, se prescribía a los diez años entre presentes y a los veinte entre ausentes, de acuerdo con lo establecido en el texto anterior a la reforma de la ley 17.711.

La Corte Suprema nuevamente hizo mérito, de ese modo, a la circunstancia de que la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la fundamentaban, era ya aceptada por la doctrina entonces imperante y en orden al alcance de la indemnización, sobre la base de la ocupación definitiva de la tierra por las aguas, la fijó en el pago del valor de las tierras y en el de los alambrados dañados, a cuyo fin se remitió a los valores fijados por los dictámenes de los peritos, que no merecieron divergencias.

3. “Bocara” (17 de julio de 1970)²³⁷. La admisión del lucro cesante. Sin embargo, el criterio adoptado por la Corte en la causa “Laplacette” se modifica con posterioridad en este fallo cuyos hechos –puede afirmarse– son concebidos por la Corte Suprema como regidos por el derecho público. En efecto, se analiza nuevamente el alcance de la indemnización debida a un particular que se ha visto perjudicado por la revocación de los permisos de cambio oportunamente otorgados por el Banco Central, descartando, esta vez, la extensión analógica de las disposiciones de la ley de expropiaciones²³⁸.

En primer lugar, debe decirse que la Corte expresamente considera al permiso en cuestión como un acto otorgado en el ejercicio del poder de policía cambiario y descarta, de ese modo, la naturaleza bilateral del compromiso que –según ella misma lo dice– no debe examinarse a la luz de la legislación civil. Descarta también la Corte, sobre la base de las alegaciones de ambas partes, que la revocación haya obedecido a la transgresión por el permisionario de las normas cambiarias, ni a la ejecución por parte de este de acto ilícito alguno que liberara así de responsabilidad al Banco Central por los perjuicios ocasionados a aquel. Desechada de tal modo la ilicitud en la conducta, se resuelve que el derecho a ser indemnizado nace, no obstante, de la garantía de la propiedad consagrada por el art. 17 de la Const. nacional, “como consecuencia de la revocación de un acto administrativo” (consid. 5° del decisorio). Debe señalarse que la Corte desestima el argumento de la aplicación de la ley de expropiaciones pues “[...] si bien hay una coincidencia de fundamento entre uno y otro caso

²³⁷ Fallos, 277:225. El fallo despierta interés desde otro ángulo, pues analiza el alcance de la indemnización debida al particular que se ha visto perjudicado por la revocación de los permisos de cambio oportunamente otorgados por el Banco Central, descartando la extensión analógica de las disposiciones de la ley de expropiaciones.

²³⁸ La norma vigente era la ley 13.264.

[...]”, es decir entre la garantía del art. 17 de la Constitución nacional y la expropiación que no permite que se indemnice el lucro cesante, “[...] no pueden aplicarse las reglas que rigen la expropiación a un caso como el de autos, donde no existe ésta, porque lo contrario implicaría extender normas legales a casos no previstos para la especialidad de ellas. Además, si se entendiera que medió por parte del Estado la expropiación del negocio del que se vio privado el actor, habría que indemnizar el valor de dicho negocio, que no puede ser otro que el de la mercadería comprada [...]”, consid. 10º de la sentencia (el destacado no corresponde al texto original).

Puede apreciarse que la cuestión del alcance de la reparación debida al particular por la revocación de un acto administrativo, efectuado en el ejercicio lícito del poder de policía, ha provocado que la Corte deba examinar la procedencia del lucro cesante y que, descartada la aplicación extensiva de las disposiciones de la ley de expropiaciones, el fundamento del derecho a la indemnización debe ubicarse directamente en el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Const. nacional. Con algunas variantes, los señalados argumentos serán empleados muchos años más tarde por la Corte Suprema en la causa “Sánchez Granel”, del 20/9/84²³⁹.

4. “Corporación Inversora Los Pinos S.A.” (22 de diciembre de 1975)²⁴⁰. La doctrina sentada en “Boccará” nuevamente se modificó en la causa “Corporación Inversora Los Pinos S.A.”. En el caso se reclamaba una indemnización tendiente a reparar los perjuicios ocasionados por la revocación del permiso que habilitaba el inmueble de la parte actora como hotel alojamiento. El objeto de la litis se circunscribía exclusivamente a tal pronunciamiento, pues con autoridad de cosa juzgada ya se había establecido la legitimidad del acto administrativo revocatorio. Restaba decidir si ante el obrar lícito de la administración era procedente la indemnización reclamada.

Por el voto de la mayoría de sus miembros²⁴¹, el Tribunal entendió que la Administración ejerció sobre un inmueble de propiedad privada una restricción al dominio por razones de seguridad, higiene o moralidad (art. 2611, Cód. Civ.), siendo inaplicable al caso la doctrina referente a los permisos, autorizaciones o concesiones relativos a la ocupación o uso de bienes del dominio público, cuya precariedad le es ínsita. Así, no receptó el dictamen del procurador ante la Corte, Dr. Enrique Petracchi, que precisamente propiciaba el rechazo de la pretensión sobre la base de la precariedad del permiso, la inexistencia de derechos adquiridos y la pretendida ilicitud del rubro

²³⁹ Fallos, 306:1409, ED, t. 111, p. 550. También es importante destacar que la Corte, al analizar la procedencia del recurso ordinario de apelación, puntualizó que se trataba de un juicio en que la Nación era parte “indirecta”.

²⁴⁰ Fallos, 293:617.

²⁴¹ Integraron la mayoría los Dres. Miguel Ángel Berçaitz y Héctor Masnatta en voto conjunto, y Ricardo Levene (h.) con voto individual. La disidencia correspondió a los Dres. Agustín Díaz Bialek y Pablo Ramella.

comercial desarrollado por la parte actora. Por el contrario, aclaró el Tribunal que la causa de derecho en que se basó la revocación del permiso era sobreviniente²⁴² y que la actividad de la actora no había sido declarada ilícita por norma alguna, ajustándose su conducta a la ley que la reglamenta, cualquiera sea el juicio que merezca esa actividad por razones de moralidad, precisando que esa regulación proviene de las normas de policía dictadas por la demandada en ejercicio de facultades que le son propias, “[...] de donde no existe ni violación de la ley ni del orden público, ya que no puede admitirse que la ley autoritativa sea contraria al último” (cfr. consid. 13, in fine).

Establecido ello, entendió que en el caso y por su intensidad, la restricción de la propiedad era sustancial, en oposición a las meras restricciones. Ante esa afectación, las potestades legítimas de la Administración orientadas en favor del interés general encuentran correlato y tutela adecuada en la debida indemnización. Aclaró que la indemnización no es la consecuencia de un obrar ilegítimo, sino que tiene por objeto tutelar la incolumidad del patrimonio de los administrados afectados con sustento en la garantía consagrada por el art. 17 de la Const. nacional. En tal sentido, recordó que el interés general no puede autorizar a los poderes públicos a disponer de la propiedad de los particulares y que la utilidad privada no puede ser sacrificada a la pública sin adecuada compensación.

El sustento normativo precedente se reforzó con la invocación del art. 18 del decreto ley 19.549, que aunque no había entrado en vigencia fue considerado de aplicación inmediata, por entender que no se trataba de una disposición de naturaleza procesal, sino de un principio jurídico sustancial que la ley en cuestión no crea ni instituye. La procedencia de la reparación también se fundó en la igualdad ante las cargas públicas consagrada por el art. 16 de la Const. nacional, que impide la imposición de sacrificios particulares en beneficio de la comunidad.

En el voto aislado del Dr. Levene (h.), sin embargo, puede verse que éste consideró que la actividad desplegada por la actora no era dable de ser incluida en el concepto de propiedad, “y por ende, no posee derechos adquiridos a su manutención en una situación jurídica que, por su naturaleza esencialmente mutable, sólo es tolerada y, por ello, revocable mediante un acto administrativo regular” (cfr. consid. 11).

Con relación al alcance de la reparación debida al afectado en tales condiciones, el razonamiento se inicia a partir del considerando 18 del voto de los Dres. Berçaitz y Masnatta y del considerando 14 del voto aislado del Dr. Levene (h.), y con sustento en la ausencia de una disposición expresa que estableciera un criterio determinado, recurrió a la solución de los arts. 11 y 12 de la entonces vigente ley de expropiaciones

²⁴² Por ordenanza 16.374 (art. 57, inc. k) se dispuso que los establecimientos del tipo del de la actora no podían estar ubicados a menos de 100 metros de establecimientos educativos escolares, requisito que el inmueble en cuestión no cumplía respecto del Hogar Naval “Stella Maris”.

13.264 y del art. 907 del Cód. Civil, resolviendo que la indemnización será comprensiva exclusivamente de los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido, señalándose –asimismo– que el sacrificio de los intereses particulares se llevó a cabo con sustento en el interés público, sin que paralelamente el patrimonio de la Administración se viera acrecentado, por lo cual sólo resulta atendible el daño al interés negativo, limitando la indemnización a aquellos (consecuencias directas e inmediatas) con exclusión del valor o ganancia frustrada (lucro cesante).

Se puede apreciar en el decisorio un antecedente claro de la invocación de la doctrina de la “confianza legítima”, que encuentra sus orígenes en el derecho administrativo alemán y que conforme se ha sostenido, su violación aparece como reacción del juez a una utilización abusiva de la norma jurídica o acto administrativo, que sorprende la confianza de las personas destinatarias de la norma, que no esperaban tal reacción normativa²⁴³.

El concepto de “confianza legítima” se encuentra íntimamente relacionado con el de la “seguridad jurídica”, principio fundamental del estado de derecho. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, “seguridad” significa: “calidad de seguro”, y “seguro” implica “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo; firme, constante y que no está en peligro; seguridad, certeza, confianza; lugar o sitio libre de todo peligro”²⁴⁴. A su vez, el origen de esta palabra proviene del latín *securus*, o sea “tranquilo”, “lleno de seguridad y confianza”, “que no teme”, “que nada lo perturba ni inquieta”²⁴⁵.

El conocimiento objeto de la realidad es, pues, decisivo para obrar con prudencia y esta presupone la verdad²⁴⁶. La capacidad de razonar otorga al hombre certeza de la realidad y le permite anticipar los riesgos amenazantes de la misma, protegiendo así su integridad física y moral. Si trasladamos esto al plano jurídico, diremos que la seguridad jurídica está dada por la certeza o confianza en que se estará libre de todo peligro, daño o riesgo en el plano jurídico, de que se respetará el estado de derecho vigente.

Asimismo, se ha sostenido que cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay un derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se trans-

²⁴³ Cfr. GARCÍA MACHO, Ricardo, “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en el libro Homenaje al profesor Luis Villar Palasí, Madrid, 1989, p. 453. Entre nosotros se ha ocupado profusamente de la cuestión COVIELLO, Pedro J. J., *La confianza legítima*, ED, t. 177, p. 894.

²⁴⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, p. 1317.

²⁴⁵ *Diccionario de la lengua latina*, 6ª ed., Don Bosco, Buenos Aires, p. 543.

²⁴⁶ PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales del hombre*, Rialp, Madrid, 1974, p. 16.

formó en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del agente que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución nacional²⁴⁷.

Señala CUETO RÚA que la seguridad jurídica se encuentra condicionada por la vigencia de un mínimo de orden, entendido este último como la regularidad en la secuencia de acontecimientos, donde hay un tiempo y un lugar para cada cosa, permitiendo como consecuencia de ello predecir los eventos y lograr la introducción racional del propio comportamiento en la cadena de acontecimientos²⁴⁸. En consecuencia, donde hay desorden, no existe la posibilidad de predecir, los hechos se vuelven aleatorios y la acción humana pierde eficacia.

En cuanto al concepto de orden jurídico, podemos decir que es la cualidad o disposición inherente a la sociedad por la cual se otorga a cada uno lo propio, o sea, lo que le corresponde teniendo en cuenta el bien común. Sin orden es imposible la existencia de justicia, de paz, de seguridad, de libertad, de bien común²⁴⁹. Es decir, el orden posibilita predecir los acontecimientos futuros e introduce la racionalidad, en tanto que la seguridad suministra una razonable certeza de subsistencia durante un cierto período de tiempo, y disipa o neutraliza amenazas.

En resumen, como dijo con elocuencia BIANCHI, habrá seguridad jurídica cuando la aplicación del sistema se ajuste a su formación teórica y estática, que supone haber objetivado el derecho de manera tal que la conducta de la autoridad pública sea previsible, y en caso de no serlo, que exista alguien con autoridad suficiente para corregir los errores y responsabilizar con eficacia al culpable²⁵⁰, indemnizando al particular sorprendido en su legítima confianza de que las autoridades competentes mantendrían los compromisos a los que se habían obligado o al mantenimiento de su derecho adquirido conforme al orden jurídico.

5. “Cantón, Mario Elbio” (15 de mayo de 1979)²⁵¹. En la causa “Cantón, Mario Elbio c/Gobierno Nacional”, decisorio también estudiado como un supuesto de admisión de responsabilidad del Estado por su actuación normativa lícita, la Corte se mantiene en la postura restrictiva de la reparación de los perjuicios, aunque esta vez el supuesto de hecho examinado se aproxima al analizado en la causa “Bocara”.

La parte actora reclamaba una indemnización por los perjuicios que le había ocasionado el decreto 2118/71, que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, afectando un contrato de crédito documentado concluido y pagado con anterioridad a esa norma y una operación de compraventa internacional en vías de ejecución.

²⁴⁷ Fallos, 296:719 y 298:302.

²⁴⁸ CUETO RÚA, Julio C., Seguridad jurídica, LL, t. 1994-A, p. 774.

²⁴⁹ MONTEJANO, Bernardino, Curso de derecho natural, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 49.

²⁵⁰ BIANCHI, Alberto, Dinámica del Estado de Derecho, Ábaco, Buenos Aires, 1996, ps. 151 y 152.

²⁵¹ Fallos, 301:403.

Como primera medida, la Corte reconoce la potestad del Gobierno nacional de dictar una norma como la impugnada, facultad que no desaparece por la existencia de convenios anteriores entre particulares. Sin embargo, cuando esa actividad lícita genera perjuicios nace para el particular el derecho a obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17, Const. nac.). La facultad del Estado de poner límites al nacimiento o extinción de los derechos no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concretadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido.

A la hora de determinar el alcance de la indemnización, se aclara que la reparación del daño debe ser atendida en el campo de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración y que la ausencia de normas expresas relativas a la forma de responder en tales casos debe buscarse en instituciones análogas, siendo en la especie la expropiación la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en el que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. En consecuencia, el Tribunal resuelve que el resarcimiento comprende exclusivamente el daño emergente, con exclusión de las ganancias que se podrían haber obtenido y todo lucro cesante originado por tal motivo.

6. “Sánchez Granel” (20 de septiembre de 1984)²⁵². El rumbo de la jurisprudencia de la Corte Suprema se modifica en el citado caso “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad”. En él, por mayoría²⁵³, el Tribunal decide que la indemnización procedente frente a los daños ocasionados por el obrar legítimo de la demandada –Dirección Nacional de Vialidad– comprende no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante.

El caso arribó a la Corte luego de que las instancias anteriores declararan improcedente el lucro cesante cuyo pago reclamaba la actora a raíz de la rescisión del contrato de obra pública que, por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, dispuso su cocontratante, la Dirección Nacional de Vialidad.

En su primera afirmación, la mayoría sostiene que la naturaleza legítima²⁵⁴ del proceder del Estado no lo releva de resarcir los daños que provoca y, cambiando la

²⁵² Fallos, 306:1409.

²⁵³ Integraron la mayoría los jueces Carrió, Belluscio y Petracchi, en tanto que en la minoría se encontraron los jueces Fayt y Caballero.

²⁵⁴ Al comentar este fallo, Alberto BIANCHI critica la calificación que la Corte otorga al caso; entiende que no se está ante un supuesto de obrar legítimo de la Administración, por cuanto la causa invocada para revocar el contrato -ausencia de fondos para hacer frente a las obligaciones contractuales- traduce en realidad un incumplimiento ilegítimo por parte de la Administración de la normativa aplicable, que exige la previsión presupuestaria previa a la contratación con las excepciones contempladas no verificadas en el particular (Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad del Estado, ED, t. 111, ps. 550 y siguientes).

postura mantenida hasta entonces, esgrime que la obligación de resarcir ante daños causados por su actividad lícita no puede limitarse al daño emergente, con exclusión del lucro cesante. El derecho que nace para el administrado en tales casos es a una indemnización plena, salvo razones de fuerza mayor, disposiciones contractuales, o ley específica que disponga lo contrario para el caso.

En tres considerandos desarrolla los fundamentos por los que procede la indemnización plena. Ellos son: 1) la ley de obras públicas no resuelve el punto, pues sus artículos 30, 34, 38, 53 y 54 se refieren a otros supuestos; 2) el art. 18 de la ley 19.549 no aclara los alcances de la indemnización que prevé frente a la revocación que regula, y más bien funda la procedencia del lucro cesante antes que su prohibición sobre la base del principio de integralidad que rige toda indemnización, y 3) no corresponde interpretar analógicamente la ley de expropiación dando alcance extensivo a una norma que restringe derechos, previa intervención del Congreso.

En pocas líneas, la Corte retoma el criterio sentado en “Boccará” en cuanto al alcance de la reparación frente a daños causados por la actividad lícita del Estado. Se desprende del pronunciamiento que, ante la falta de normas del derecho público que resuelvan el supuesto en estudio, es expresamente en función del principio de la integralidad de la reparación como la Corte decide a favor de la admisión del lucro cesante.

Por su parte, en el voto disidente de los jueces Fayt y Caballero se mantiene el criterio restrictivo de los primeros fallos del Tribunal. Para así decidir, sostienen que, tratándose de un contrato de obra pública, la cuestión indemnizatoria debe decidirse en el marco de los principios del derecho público, y que estando frente a las consecuencias de actividad legítima de la accionada, la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo establecido en instituciones análogas. En esas condiciones se recurre a la ley de expropiaciones 13.064, en cuanto contempla en su articulado indemnizaciones con exclusión de beneficios por obras no ejecutadas, incluso en casos en los que podría predicarse culpa de la Administración (art. 54). Por ello, según el criterio del voto minoritario, resultaría contradictorio con una interpretación sistemática de la actividad administrativa atribuirle a ésta, en los supuestos en que obra legítimamente –en el marco conceptual–, la responsabilidad por lucro cesante que es propia de los supuestos de actividad extracontractual (consid. 17).

Puede apreciarse que el voto de la minoría, sobre la base de normas consideradas inaplicables al caso por la mayoría, ya que contemplaban supuestos diferentes a los analizados en el caso, resuelve excluir de la reparación el lucro cesante.

7. “Motor Once S.A.” (9 de mayo de 1989)²⁵⁵. La estabilidad de la doctrina expuesta en “Sánchez Granel” aparece, en principio, jaqueada por la posterior sen-

²⁵⁵ Fallos, 312:649.

tencia dictada en la causa “Motor Once c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. Decimos “en principio” porque es posible postular una interpretación armónica de ambos fallos, circunstancia que explicaría la decisión unánime del caso “Motor Once”, en el que dos jueces que integraron la mayoría en “Sánchez Granel” sustentan la procedencia de una reparación que excluye el lucro cesante.

La plataforma fáctica del caso sintéticamente es la siguiente: la parte actora reclamó la nulidad de los actos de la Administración que culminaron con la clausura del establecimiento de expendio de combustible que poseía y los daños y perjuicios generados. La pretensión de nulidad fue rechazada, contando con un pronunciamiento confirmatorio de la Corte Suprema, que devolvió las actuaciones para que se pronunciara la instancia pertinente sobre los rubros indemnizatorios. Dentro del marco de la actividad lícita del Estado –según el referido pronunciamiento de la Corte– y ante los daños provocados por el ejercicio legítimo del poder de policía, el fallo de la segunda instancia declaró procedente el resarcimiento del lucro cesante.

Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la procuradora fiscal, Dra. Graciela Reiriz, propicia en su dictamen la revocación del pronunciamiento de la instancia anterior, declarando improcedente el lucro cesante reclamado y reconocido.

El dictamen puede dividirse en dos partes. En la primera, se desarrolla la línea argumental que considera inaplicable la doctrina judicial sentada en el caso “Sánchez Granel” sobre la base de la diferente naturaleza jurídica del vínculo que unía –en cada caso– a los actores con el Estado, y en ese sentido, Reiriz afirma que en el mencionado precedente la Corte aceptó la indemnización plena en el marco de una relación contractual, y que en el caso en análisis (“Motor Once”) no existía tal vínculo contractual, tratándose de un supuesto vinculado al ejercicio del poder de policía en el ámbito de relaciones de supremacía existentes entre el Estado y los particulares. Esta circunstancia torna inaplicable la doctrina sustentada en el caso “Sánchez Granel”, aclarado lo cual analiza cuál debe ser el alcance de la reparación.

En la segunda parte resalta la ausencia de normas que resuelvan la cuestión de manera expresa. El art. 18 de la ley 19.549 no precisa el alcance de la indemnización a la que se refiere, ausencia que obliga a recurrir a los principios de leyes análogas, aspecto que según el dictamen se resuelve mediante la aplicación la ley de expropiaciones, pues se refiere a las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados en función del interés general. Recalca el dictamen que la solución debe provenir del derecho público.

En consecuencia, la indemnización en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración debe ceñirse al modo de responder establecido en las disposiciones que contiene la ley de expropiación, que en lo que interesa al caso veda el reconocimiento del lucro cesante. Es decir, si en la expropiación en la que un bien particular pasa al Estado la indemnización excluye el lucro cesante, con mayor razón, cuando no hay desapoderamiento, la reparación debe limitarse al daño emergente.

A este dictamen se remite la mayoría del tribunal para dejar sin efecto el reconocimiento del lucro cesante. Por su parte, el voto del juez Petracchi reafirma la doctrina de “Sánchez Granel”, sin perjuicio de lo cual falla en el mismo sentido que la mayoría, por entender que en el caso no se probó la existencia de lucro cesante.

Puede citarse que si bien la naturaleza de la relación jurídica existente en este caso difiere de la expuesta en la causa “Sánchez Granel”, asemejándose a la examinada en “Corporación Inversora Los Pinos” y también en “Boccará”, el fundamento jurídico de la revocación invocada en “Sánchez Granel” no es el contrato mismo, sino la atribución conferida por el art. 18 de la ley 19.549, razón por la cual la naturaleza de la responsabilidad es siempre extracontractual, más allá del vínculo originario existente entre el particular y el Estado.

8. “Juncalán Forestal S.A.” (23 de noviembre de 1989)²⁵⁶. En la causa “Juncalán Forestal c/Buenos Aires, Provincia s/daños y perjuicios”, se reclamaban los daños y perjuicios provocados por obras públicas realizadas por la Dirección Hidráulica de la Provincia de Buenos Aires, destinadas a controlar las inundaciones que amenazaban a la ciudad de Trenque Lauquen en perjuicio, entre otros, de la propiedad de la parte actora, que resultó inundada en un 80 %.

La Corte acepta la procedencia del lucro cesante como rubro incluido en la indemnización generada en el obrar lícito del Estado. Sin embargo, los fundamentos de los votos difieren y merecen un tratamiento particularizado, para luego, y de ese modo, evaluar la existencia de una doctrina judicial uniforme de la Corte Suprema sobre el tema en estudio.

Todos los votos coinciden en calificar el obrar de la demandada como legítimo, consistente en implementar una política de “inundar campos para salvar poblaciones”. Reiteran la doctrina sostenida en fallos anteriores, según la cual la actividad lícita del Estado, generadora de daños a particulares cuyos derechos se sacrifican en el interés general, determine su responsabilidad.

En cuanto al alcance de ella, el voto conjunto de los jueces Petracchi y Belluscio se remite al fallo “Sánchez Granel” para fundar la procedencia de una indemnización plena. Descarta enfáticamente la aplicación analógica de la ley de expropiaciones. Ello, por cuanto en la expropiación la privación de la propiedad particular se funda en una ley del Congreso, y además porque su aplicación analógica supone, por extensión, una norma de excepción. También señalan que si en el particular se repara sólo el daño emergente se deja sin indemnización el sacrificio sustancial impuesto ante la inutilidad de la propiedad, faltando al principio ya invocado por el Tribunal de la reparación integral.

²⁵⁶ Fallos, 312:2266.

Por su parte, Fayt recurre a los fundamentos de su disidencia en “Sánchez Granel” para justificar, ante el obrar legítimo del Estado, la improcedencia del lucro cesante, reforzando su postura con la mención del caso “Motor Once”. En la línea de tales precedentes, busca cuál es la norma de derecho público aplicable por analogía. Descarta la aplicación de la ley 21.499, porque el actor no ha sido privado de su propiedad sino únicamente de su uso. Recurre, entonces, al instituto de la ocupación temporánea o expropiación de uso, distinguiendo entre la anormal y urgente –que no genera derecho a indemnización– y la necesaria no inminente –que trae aparejada una indemnización comprensiva del valor del uso del bien y de los daños y perjuicios–. Sobre la base a una interpretación axiológica, propicia encuadrar el supuesto de autos en el marco de ambas figuras, estableciendo como valor de uso el valor locativo del inmueble inundado.

Finalmente, el voto del juez Bacqué recepta la doctrina “Motor Once”, sin perjuicio de lo cual, y ante las particularidades del caso, señala que el principio sentado en ese decisorio no debe ser aplicado mecánicamente, considerando que en este caso la exclusión del lucro cesante, por las características del daño y su proyección, sería violatoria de la garantía constitucional que protege la propiedad; consecuentemente, y por razones de equidad, estima justo reconocer el lucro cesante reclamado.

A esta altura podríamos decir que los votos de Fayt y Bacqué se mantienen en una interpretación diferenciadora de “Sánchez Granel” y “Motor Once”, circunscribiendo sus soluciones a distintos ámbitos y aceptando, como principio, la reparación semiplena de los daños causados por la actividad lícita del Estado. Mediante sus votos, y por diferentes caminos, impiden que la doctrina que sustentan consagre en el caso una injusticia. En cambio, los jueces Petracchi y Belluscio omiten “Motor Once”, manteniendo la doctrina establecida en “Sánchez Granel”, y aplican sus postulados aun ante la inexistencia de un vínculo contractual, criterio que –puede decirse– tiene en la causa “Boccara” un antecedente sumamente valioso.

9. “Prada, Iván Roberto” (16 de junio de 1993)²⁵⁷. Sin embargo, estas especulaciones que pretenden sistematizar armónicamente la jurisprudencia de la Corte no encuentran acabado respaldo en un pronunciamiento posterior del Tribunal. Nos referimos a la causa “Prada, Iván Roberto”.

Los hechos, según lo consigna el voto mayoritario²⁵⁸, coinciden con los analizados en el caso “Juncalán” y su similar “Cachau”²⁵⁹. Se reclamaba la reparación de los

²⁵⁷ Fallos, 316:1465.

²⁵⁸ Correspondiente a los jueces Boggiano, Petracchi y Cavagna Martínez. El voto individual del Dr. Nazareno no difiere en los argumentos fundamentales, por lo que se considera tratado en la consideración del voto mayoritario.

²⁵⁹ Fallos, 316:1335.

perjuicios ocasionados por obras realizadas por la demandada para desviar el curso regular de las aguas del río Quinto, que provocaron la casi total inundación de la propiedad del actor.

A partir de las pericias agregadas a la causa, se tuvo por acreditada la relación causal entre el obrar de la demandada y el perjuicio reclamado, circunstancia que compromete la responsabilidad de la demandada, pues ella no pudo acreditar que sus obras mantuvieron las condiciones normales de escurrimiento de las aguas ni que éstas inevitablemente hubieran irrumpido en el campo del actor.

Por su parte, y con remisión a los precedentes ya mencionados, la Corte Suprema estableció que la determinación del monto indemnizatorio comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante, calculando este último sobre la base de estimaciones de productividad. El monto resultante, basándose en un rendimiento ideal, debía ser prudencialmente reducido en ejercicio de las potestades conferidas al juzgador por el art. 165 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación. Sorprendentemente, a la hora de fundar normativamente la indemnización reconocida se citan los arts. 1067 y 1112 del Cód. Civil, contradiciendo el criterio sustentado en el consid. 9º, en el que se califica el obrar del Estado como legítimo, y la aplicación de “Juncalán” se la refiere también al obrar estatal lícito. Salvo por esta extraña circunstancia, el fallo, aplicando “Juncalán”, consagra la solución de “Sánchez Granel”, más allá del marco de aplicación que le otorgó en “Motor Once”, que parece a esta altura dejado de lado. Se reafirma así la interpretación que propicia la reparación plena, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, criterio que –por lo anteriormente dicho– mejor recepta la garantía consagrada por el art. 19 de la Constitución nacional.

Por su parte, el Dr. Barra votó en disidencia, propiciando el rechazo de la demandada. El holding de este voto se construye desde las particularidades y carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, y la repercusión que esto tiene sobre los requisitos exigibles para considerar configurado el deber resarcitorio por su actividad lícita. En tal sentido, consideró que en el caso no se había acreditado la relación de causalidad directa, con las exigencias propias de este tipo de responsabilidad, entre el obrar de la demandada y el daño reclamado, circunstancia que impide el progreso de la acción intentada.

Con toda claridad establece que a los requisitos clásicos de existencia de daño cierto, relación de causalidad directa, posibilidad jurídica de imputar los daños a la demandada y la denominada ausencia del deber de soportar el daño, hay que agregar que la relación de causalidad debe valorarse con un criterio más severo que en los casos de responsabilidad subjetiva. En forma análoga a la “exclusividad” requerida en la causa “Ledesma S.A. Agrícola Industrial c/Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/nulidad de resolución”, el requisito del “sacrificio especial” –sostiene el voto– no sólo apunta a la pérdida sufrida por la víctima, sino también a la incidencia que el obrar estatal tuvo sobre tal pérdida y, en consecuencia, dicha incidencia también tiene que ser “especial”.

Este voto tiene un matiz distinto a los pronunciamientos de la Corte en general e incluso es diferente de aquellos en que se postuló la reparación semiplena de los daños provenientes de la actividad lícita del Estado. La restricción ya no se basa en la aplicación por analogía de normas que excluyen el lucro cesante, sino en endurecer los requisitos que permiten el reconocimiento de la responsabilidad por obrar lícito.

En síntesis, de los antecedentes reseñados, podemos concluir que el alcance de la reparación en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita se extiende, en principio, al resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante, pues no resulta aplicable analógicamente una ley restrictiva y de excepción, como lo es la ley de expropiaciones. Es decir, el estado actual de la cuestión parece propiciar la recepción de la teoría de la reparación integral²⁶⁰.

h) LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL. - En lo atinente al daño moral, si bien podemos encontrar algunas particularidades en materia de responsabilidad pública, lo cierto es que el tema no escapa a la teoría general de la responsabilidad, encontrando su base normativa en el art. 1078 del Código Civil, el cual dispone en su actual redacción: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Se trata –como se sabe– de la indemnización de los perjuicios de eminente naturaleza extrapatrimonial, que, como lo dejamos expuesto al comienzo, integran también el concepto de “daño indemnizable”.

Se ha definido al daño moral como “el menoscabo en los sentimientos, y por lo tanto, insusceptible de apreciación pecuniaria. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial [...] En suma, es daño moral todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier repercusión

²⁶⁰ Sin embargo, en un reciente dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Marcer, se ha sugerido la limitación de la reparación al daño emergente fundando su postura a través de la mera reiteración de los argumentos vertidos por la minoría en el caso “Sánchez Granel”; ello resulta a nuestro entender sumamente criticable teniendo en cuenta el estado jurisprudencial de la cuestión, que merecía que se contemplaran los elementos que ha tratado la Corte con posterioridad a “Sánchez Granel” para sustentar la reparación plena. Nos referimos al dictamen de fecha 16 de mayo de 2000, recaído en el expte. 021/97 en el que, frente a la suspensión en la ejecución de un contrato por parte de la ex Somisa, el Procurador consideró que la reparación debería incluir exclusivamente el daño emergente (“Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública”, n° 262, julio de 2000, ps. 59 y ss.).

sión de orden patrimonial, y que no ha de confundirse con el perjuicio patrimonial causado por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos o facultades: daño patrimonial indirecto”²⁶¹.

El daño moral ha sido seriamente cuestionado, fundamentalmente por considerarse inmoral poner un precio al dolor, que no es mensurable desde el punto de vista económico, y por implicar un enriquecimiento sin causa a favor del agraviado, que no ha sufrido perjuicio alguno en su patrimonio²⁶².

No obstante, estas teorías han sido superadas y, en materia de hechos ilícitos, el daño moral es hoy ampliamente reconocido en nuestro ordenamiento legal, sin la necesidad de contar con una condena criminal, y sin distinguir entre delitos y cuasidelitos, como sucedió hasta la reforma del Código Civil de 1968.

Sin embargo, cabe citar que la Corte Suprema ha limitado el reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales al caso de las personas de existencia visible, negándolo –de ese modo– cuando el reclamo proviene de personas jurídicas, solución por cierto opinable, en vista a que estas últimas pueden también ser afectadas en su prestigio y crédito comercial²⁶³.

Un reconocimiento legal de la procedencia de la reparación del daño moral puede hallarse en el dictado de la ley 24.043²⁶⁴, que establece un beneficio para todas aquellas personas que hayan sido detenidas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o que hubieran estado privadas de su libertad, siendo civiles, por actos emanados de tribunales militares durante el período del último gobierno militar²⁶⁵.

Pero, como anteriormente apuntamos, resulta de interés analizar una serie de fallos en los que el daño moral asumió matices dignos de analizar.

²⁶¹ Diccionario jurídico Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1993, t. I, ps. 610 y siguientes.

²⁶² Véanse los comentarios de ALTERINI, Atilio A. y otros, en Curso de obligaciones, 4ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, ps. 322 y ss., y BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil, “Obligaciones I”, 7ª ed. actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 190 y siguientes.

²⁶³ Esta postura es la seguida por Guillermo BORDA en su Tratado de derecho civil, tomo citado, ps. 199 y ss., quien considera factible la lesión al prestigio y al buen nombre de una persona jurídica, con imputaciones calumniosas. Allí se configuraría, según este autor, un daño moral indemnizable. Asimismo, puede verse BREBBIA, Las personas jurídicas son sujetos pasibles de daño moral, LL, t. 1991-A, p. 51.

²⁶⁴ Sancionada el 27 de noviembre de 1991 (Adla, t. LII-A).

²⁶⁵ Recientemente el Poder Ejecutivo Nacional convalidó el Acuerdo de Solución Amistosa (decr. 345/00, en BO, n° 29.368) con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el reconocimiento del monto indemnizatorio debido a Ragnar Erland Hagelin en concepto de daño moral por la privación de la libertad y posterior desaparición de su hija, también durante el último gobierno de facto. De esta manera, dejó atrás los efectos perniciosos de la sentencia de la Corte Suprema, que había considerado que la ley 23.982 de Consolidación de las Deudas del Estado no se oponía al art. 5º, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y resultaba aplicable al monto indemnizatorio impuesto por la sentencia firme.

1. “Tosich, Milán” (31 de marzo de 1939)²⁶⁶. En primer término, resulta importante destacar que la Corte Suprema reconoció en forma expresa la existencia del daño moral en forma acotada en 1939, al pronunciarse en los autos “Tosich, Milán” en los que se reclamaban los daños y perjuicios derivados de un accidente causado por un automóvil conducido por un empleado de la provincia de Buenos Aires. Allí se sentó la base del principio según el cual solo era admisible este rubro indemnizatorio cuando mediaba delito de derecho criminal, conforme al texto originario del art. 1078, Cód. Civil, que fue aplicado en reiteradas oportunidades²⁶⁷.

Dicha jurisprudencia se reformó con la sanción de la ley 17.711, que reconoció en forma más amplia la indemnización del daño moral generado por un hecho ilícito (art. 1078, Cód. Civ.) o por un incumplimiento contractual (art. 522, Cód. Civ.), sea que fuera causado con o sin dolo.

2. “Torres, Guillermo” (17 de diciembre de 1985)²⁶⁸. El carácter extrapatrimonial del daño moral ha sido destacado por la Corte Suprema en el caso “Torres, Guillermo y otra c/Provincia de Buenos Aires”, originado a raíz de las inundaciones ocasionadas en el campo del actor debido a obras hídricas ejecutadas por la provincia de Buenos Aires. En el caso no procedió el daño moral porque no se había demostrado dicho carácter en forma suficiente para justificar el reclamo.

3. “De Gandía, Beatriz” (4 de mayo de 1995)²⁶⁹. Un caso de trascendencia es “De Gandía”, en el que una abogada que se dirigía en su automóvil hacia la República Oriental del Uruguay para gozar de sus vacaciones, fue detenida, incomunicada y alojada en una dependencia policial a disposición de la justicia de Concepción del Uruguay ya que el pedido de secuestro que pesaba sobre su vehículo no había sido levantado ni librada la comunicación respectiva por el juzgado interviniente. El reclamo indemnizatorio de la actora se limitaba al daño moral que le había causado la detención y el sometimiento al trámite de un proceso penal, con el consiguiente descrédito y desprestigio público que trajeron aparejados. La Corte consideró que los hechos descriptos anteriormente habían ocasionado una lesión a los intereses morales de la actora, debiendo ponderarse su desempeño profesional, docente e intelectual para apreciar con verdadera entidad la repercusión negativa de los hechos sobre su reputación en esos campos.

²⁶⁶ Fallos, 183:247.

²⁶⁷ “Alfaya, Pedro c/Provincia de San Juan s/daños y perjuicios” en Fallos, 193:221 y “Olivera Cruz, Eduardo c/Gobierno Nacional”, LL, t. 52, p. 645.

²⁶⁸ Fallos, 307:2399; publicado también en LL, t. 1986-D, p. 3.

²⁶⁹ Fallos, 318:845.

4. “Kasdorf” (22 de marzo de 1990)²⁷⁰. En cuanto a las personas jurídicas, nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado por el rechazo del reconocimiento del daño moral a favor de las mismas en la causa “Kasdorf”, cuyos hechos pueden sintetizarse de la siguiente manera: la provincia de Córdoba había adjudicado a la empresa Kasdorf la provisión de un producto lácteo para recién nacidos destinado a un hospital de la capital provincial. El producto, envasado en latas de un kilo cada una, fue remitido por intermedio de una empresa de transportes, y al ser recibido y administrado por el personal del nosocomio, produjo la muerte inmediata de tres lactantes prematuros, y una suerte de trastornos a otros niños, que pudieron superar el trance mediante tratamiento médico. En el correspondiente sumario policial se pudo determinar que la causa de la muerte y de los graves daños sufridos por los niños no había sido originada en el consumo del producto lácteo en sí mismo, sino por un pesticida que, al haber sido acarreado en el mismo vehículo en el que se llevaba la leche, la había contaminado. Los empleados del hospital recibieron y administraron el producto, no obstante el fuerte olor que tenía y que evidenciaba su mal estado. Asimismo, pasados varios días de los hechos de referencia, el gobierno provincial había ordenado la prohibición de la comercialización de la leche, siendo que estaba comprobado que el producto había sido contaminado. Al pronunciarse la Corte en cuanto al daño moral, entendió que no cabía reparación de esa índole a favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de la especialidad, contemplado en los arts. 35 del Cód. Civil y 2º de la Ley de Sociedades Comerciales (19.550), y la finalidad propia de ellas consiste en la obtención de ganancias, todo aquello que pueda afectar su prestigio o buen nombre comercial redundaría en una disminución de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales.

Por otra parte, el voto del Dr. Bacqué postula la hipótesis contraria, en cuanto reconoce que si bien es cierto que el concepto de daño moral, en tanto se relaciona con la lesión a bienes jurídicos extrapatrimoniales propios de las personas físicas, como son sus afecciones legítimas, no resulta apropiado en el caso de las personas jurídicas, ello no impide que las mismas, provistas de subjetividad jurídica, posean atributos de igual naturaleza extrapatrimonial, como el prestigio, el crédito comercial o el derecho al nombre, valorizados por la comunidad en que se desenvuelven. Su menoscabo genera un daño de características similares a la lesión de los bienes jurídicos extrapatrimoniales característicos de las personas de existencia visible, los que deben ser objeto de tutela aun al margen de la existencia de un perjuicio patrimonial actual y cierto, constituyendo una prueba elocuente de ello lo dispuesto en el art. 112 del Código Penal.

²⁷⁰ Fallos, 313:284; LL, t. 1991-A, p. 51.

5. “Brumeco S.A.” (18 de septiembre de 1990)²⁷¹. La posición del voto mayoritario de la Corte en “Kasdorf” fue mantenida con posterioridad en los autos “Brumeco S.A.” originados en un error del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto frustró a la sociedad de su garantía.

En síntesis, podemos concluir que en materia de daño moral, nuestro país ha evolucionado favorablemente, reconociendo el mismo ante delitos y cuasidelitos, y eliminando el requisito de la condena criminal, pero gran parte de nuestros tribunales mantienen, aún hoy en día, la falta de reconocimiento del daño moral a favor de las personas jurídicas, tema que resulta, por cierto, ampliamente opinable.

20. TERCER REQUISITO: CONEXIÓN CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA Y EL DAÑO

a) LA EXIGENCIA DE QUE ESA CAUSALIDAD SEA “DIRECTA” E “INMEDIATA”. LA REGULACIÓN EFECTUADA POR EL CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN A ESTE ÁMBITO. - De lo que se trata es de determinar la causa eficiente del daño, conforme el principio lógico de la razón suficiente. Todo lo que es tiene su causa en alguna razón: “Todos los fenómenos del mundo jurídico, como los del mundo físico, están sujetos al principio de causalidad. En efecto, todo lo que acontece con alguna relevancia en el derecho, responde a un hecho anterior que le sirve de causa o antecedente, e influye en otro u otros hechos concomitantes o consecuentes”²⁷². Es decir que lo que se trata es de establecer si a tal o cual acto, hecho u omisión estatal se sigue como consecuencia el daño cuya reparación se persigue, o si, en su caso, obedece a otras causas. No es necesaria tampoco, para establecer tal relación causal, la acreditación de imputabilidad subjetiva en el agente, pues como ya lo vimos al analizar el requisito de imputabilidad, ella es objetiva y directa.

Sostiene CASSAGNE que “puede haber relación causal entre un hecho y un daño ocasionado aun cuando no se hubiere podido individualizar al autor del perjuicio, ya que la imputabilidad subjetiva no es presupuesto de la causalidad, que se basa en una relación objetiva, tendiente a la relación de lo justo, sin atender al reproche moral o culpa del agente”²⁷³.

Nuestros tribunales también han diferenciado el presupuesto de la relación causal del de la imputabilidad, al considerar a la primera como “una cuestión de orden físico, material más que jurídica: se trata de saber si un daño es consecuencia de un hecho anterior”, mientras que la imputabilidad “es un concepto esencialmente jurídi-

²⁷¹ Fallos, 313:907.

²⁷² LLAMBÍAS, Jorge J., Código Civil anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. II-B, p. 22.

²⁷³ CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, t. I, ps. 287 y siguientes.

co: se trata de saber si la ley impuesta a una persona la obliga a pagar ciertos daños”²⁷⁴.

Para establecer la relación de causalidad y su consecuencia debe acudirse al Código Civil, el cual, adoptando el criterio de la “causalidad adecuada”²⁷⁵, distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas, casuales y remotas. Esta clasificación la encontramos en el art. 901 de nuestro Cód. Civil, y se halla realizada de acuerdo con un criterio de probabilidad con referencia al acto dañoso, para, seguidamente, determinar el propio Código reglas de imputación de dichas consecuencias²⁷⁶.

Así, el Código Civil define a las consecuencias inmediatas como aquellas que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas (art. 901, Cód. Civ.), en tanto que las consecuencias mediatas resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto (art. 901, Cód. Civ.) y sólo se responde por ellas cuando el autor del hecho las hubiere previsto y cuando, empleando la debida atención y conocimiento de la causa, haya podido preverlas (art. 904, Cód. Civ.).

Las casuales son las consecuencias mediatas que no pueden preverse ni aun usando toda la diligencia que el caso requiera (art. 901, Cód. Civ.). Sólo son imputables al autor del hecho cuando debieran resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 905, Cód. Civ.).

Por último, las consecuencias remotas no son nunca imputables, excepto que tengan un nexo adecuado de causalidad con el hecho ilícito, según surge del art. 906 del Cód. Civil modificado por la ley 17.711, que –como dije– recepta la llamada “teoría de la relación de causalidad adecuada”. Esta teoría, según también lo explica BORDA, entiende que “todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede”²⁷⁷.

Esta regulación del Código Civil que contiene preceptos de la teoría general de la responsabilidad, válidamente aplicables, con las pertinentes modulaciones, a cualquier situación o relación jurídica, incluso al derecho administrativo²⁷⁸, reposa en la idea de la previsibilidad que debe tener la conducta del hombre, pero valorada de un modo abstracto y apriorístico: “Tal imputación se sustenta en un cuadro de preconductas apriorísticamente delineadas en función de la previsibilidad de un resultado. En efecto, del examen de los arts. 902 y siguientes se infiere que el Código atribuye

²⁷⁴ CNFed. Civ. y Com., ED, t. 25, p. 561.

²⁷⁵ BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil, “Obligaciones”, 8ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, ps. 206 y 207, n° 1317 d.

²⁷⁶ GOLDENBERG, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, 2ª ed. ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 65.

²⁷⁷ BORDA, Guillermo A., ob. cit., p. 206.

²⁷⁸ Así lo entendió recientemente la Sala V de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, en los autos “Ferrocon S.R.L. c/Ministerio de Justicia de la Nación”, 6/12/98, LL, t. 2000-B, p. 659.

las consecuencias dañosas al autor de un acto, graduando el juicio de reproche de acuerdo con la previsión que hubiera debido tener de ellas [...] la responsabilidad se funda en el hecho de haber previsto el daño –consecuencia prevista– o haberlo podido prever `empleando la debida atención y conocimiento de la cosa’ –consecuencia previsible–, que patentiza la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar tal efecto”²⁷⁹.

Las precedentes disposiciones corresponden a la teoría general de la responsabilidad y, por lo tanto, deben ser aplicadas por el intérprete para resolver las cuestiones que se le susciten, ya que no existen motivos válidos para sostener que las normas citadas son patrimonio exclusivo del denominado “derecho común”.

La doctrina nacional también se ha inclinado por sostener conclusiones análogas, y así pueden citarse las opiniones de FIORINI, quien entiende que “se trata de principios provenientes de la ciencia del derecho, aunque se encuentren en el Código Civil [...]”²⁸⁰; de VÁZQUEZ, que considera que el derecho, en última instancia, es uno solo, y en el tema de la responsabilidad no cabe la menor duda de que el acto generador es siempre, en última instancia, el hombre²⁸¹; la de TAWIL, autor que en este aspecto sostiene la aludida adhesión a la interpretación privatista, fundamentalmente teniendo en cuenta que la responsabilidad estatal se deduce –sea en forma directa o analógica– de las disposiciones contenidas en el Código Civil²⁸², y finalmente la de BARRA, autor que expresamente reconoce que “no hay una diferencia absoluta entre el derecho privado y el derecho público en el campo de la responsabilidad extracontractual”²⁸³.

b) EL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL REQUISITO DE LA “EXCLUSIVIDAD”. - Como lo señalamos más arriba, la causalidad debe ser “directa e inmediata”, y así lo manifestó la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeros fallos, pues puede observarse la exigibilidad de este requisito –por primera vez– en los autos “Aguilar y Sevilla c/ Prov. de Corrientes”, del 8 de febrero de 1866²⁸⁴. La evolución posterior concluirá adicionando el requisito de la “exclusividad”, cuando en los autos “Ledesma”, del 31 de octubre de 1989²⁸⁵, sostuvo que el daño debe producirse “sin intervención externa

²⁷⁹ GOLDENBERG, Isidoro, ob. cit., p. 65.

²⁸⁰ FIORINI, Bartolomé, Derecho administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 718.

²⁸¹ VÁZQUEZ, Adolfo R., Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios, Ábaco, Buenos Aires, 1990, p. 155.

²⁸² TAWIL, Guido S., La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 99.

²⁸³ BARRA, Rodolfo C., Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, ED, t. 142, p. 930 y siguientes.

²⁸⁴ Fallos, 2:434.

²⁸⁵ Fallos, 312:2022.

que pudiera interferir en el nexo causal”²⁸⁶. Esto implica que el órgano estatal puede deslindar su responsabilidad si acredita que ha ocurrido una circunstancia externa o ajena que determine la ruptura del nexo causal y entre éstos cabe citar como eximentes de responsabilidad estatal al caso fortuito o la fuerza mayor (art. 513, Cód. Civ.) y la conducta de la víctima o de un tercero por quien no tenga la obligación de responder²⁸⁷ (arts. 1111 y 1113, Cód. Civ.), supuestos todos donde se encuentra afectado el añadido requisito de la “exclusividad”.

Ahora bien, debe indicarse que el mencionado requisito de “exclusividad” que, como característica especial, debe verificarse en la relación, ha sido exigido por la Corte Suprema a propósito de examinar, en la citada causa “Ledesma”, un supuesto de responsabilidad del Estado por su actuación lícita lesiva derivada de la especial situación en la que se encontraba la actividad de producción y comercialización de la industria azucarera, donde una serie de decisiones de la autoridad administrativa dictadas en ejercicio de facultades legales cuya legitimidad no se había puesto en tela de juicio, así como tampoco la constitucionalidad del régimen legal que regulaba dicha actividad, obligaba a la actora a exportar cupos de azúcar a valores que le provocaban pérdidas, pero que favorecían los ingresos por las ventas en el mercado interno, produciendo ganancias que compensaban las aparentes pérdidas.

Específicamente se dijo: “[...] deba concluirse que el quebranto aducido por la actora no es imputable a la actividad legítima del Estado, ni a la ilegitimidad de las resoluciones impugnadas por Ledesma S.A.A.I., ajustadas en un todo al sistema legal que la actora no ha considerado pertinente impugnar (fs. 133 vta.). No resulta óbice para ello el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal, toda vez que resulta necesario acreditar –aun desde este punto de vista– la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal [...] no obsta a la citada conclusión el hecho de que la reducción que los cupos de exportación obligatoria hubiera resultado uno de los medios aptos para reducir el quebranto, toda vez que su determinación por parte del Estado no fue ejercida en modo alguno en forma irrazonable, y contaba la actora con los mecanismos necesarios para obtener su compensación dentro del propio régimen –cuya constitucionalidad no atacó– frente a cuya alteración debió haber utilizado las vías legales pertinentes, ajenas por completo a la intentada en esta causa. Tales vías no eran, por otra parte, desconocidas por la actora y otras instituciones del sector, como lo demuestran los recursos jerárquicos de los que acompañó copia a fs. 82/84; 85/87; 88/91; 92/95; 96/99 y 100/103 y las presentaciones a fs. 352/356”.

De tal modo, el requisito no es obstáculo del deber de indemnizar del Estado cuando los perjuicios provienen de su actividad ilícita, pues de lo contrario quedarían

²⁸⁶ Conf. consid. 16 del voto de la mayoría, y del voto aislado del Dr. Fayt.

²⁸⁷ En idéntico sentido se ha expresado TAWIL, ob. cit., ps. 99 a 108.

sin reparación situaciones que, si bien deben graduarse en función de la eventual culpa concurrente de la víctima, no alcanzan para desplazar el principio general de que nadie está obligado a soportar el daño proveniente de la actuación ilícita de otro (art. 1069, Cód. Civ.). En síntesis, en tal caso, la denominada “exclusividad” en el nexo causal, entendida por la Corte como la intervención extraña que pueda haber influido en el citado nexo causal, no debe ser interpretada en todos los casos de la misma forma.

Ello es así como resultado de que en los supuestos de responsabilidad por actividad lícita, la verificación de los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria debe tornarse más rigurosa.

La ausencia de relación causal con las características señaladas provoca el rechazo de la pretensión indemnizatoria. La Corte Suprema así lo entendió en “José Balbiani S.A. Hacienda y Criadero c/Provincia de Santa Fe s/daños y perjuicios”, del 19 de julio de 1948²⁸⁸, decidiendo rechazar la demanda en razón de lo surgido del informe pericial, según el cual el terraplén construido por la demandada no era la causa del impedimento de la circulación normal de las aguas que caían o corrían por el campo de la actora, sino que el perjuicio sufrido por la propiedad del accionante provenía de las extraordinarias lluvias que se habían sucedido en dicha época. Esta circunstancia impide la reparación, y así también lo resolvió en la causa “Gagliardo, José Pedro c/Paulette Bardin de Badaraco y otros s/cobro de pesos”, del 18 de diciembre de 1957²⁸⁹, al señalar que en el sistema de nuestra ley solo se responde de los daños cuando estos se hallan en relación causal adecuada con el acto responsable, es decir “cuando el acto debía normalmente producir esos daños y estos eran, por tanto, previsibles”.

Finalmente y en orden a este aspecto analizado, resulta ilustrativo considerar los hechos ventilados en la causa “Germade viuda de Rebollo, Estela Noemí c/Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”, del 6 de mayo de 1997²⁹⁰. La actora, en su demanda, consignaba que su marido conducía un automóvil de alquiler cuando en las inmediaciones de la Plaza Constitución personal de la Policía Federal ascendió al coche y le exigió que siguiera a otro en el que se fugaba un delincuente. Asimismo, relató que se produjeron disparos y a raíz de la naturaleza del procedimiento su esposo sufrió un ataque de asma que culminó con su muerte. A ello añade otra circunstancia aún más lamentable, consistente en la falta de atención médica adecuada.

De tal modo demandó al Estado nacional por las consecuencias negativas derivadas del requerimiento a un sujeto particular para efectivizar la persecución de los delincuentes, y también a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por su negligencia en la prestación de la asistencia médica necesaria. La Corte entendió, sin

²⁸⁸ Fallos, 211:727.

²⁸⁹ Fallos, 239:385.

²⁹⁰ Fallos, 320:867.

embargo, que la actora no había acreditado la necesaria relación causal entre el fallecimiento de su marido y los hechos que a su juicio comprometerían la responsabilidad de las demandadas, razón por la cual resolvió rechazar la demanda.

21. COLOFÓN (LA AUSENCIA DEL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO)

Hasta aquí puede apreciarse que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha sido particularmente rigurosa en la consideración de este extremo, circunstancia que –como es obvio– se patentiza más cuando se trata de atribuirle al Estado responsabilidad por su actuación lícita o legítima, donde, como lo señalan también COVIELLO²⁹¹ y TAWIL²⁹², la Corte Suprema con el tiempo ha ido precisando el concepto de la causalidad “directa e inmediata” al punto que le ha añadido también el requisito de la “exclusividad”, para culminar con la exigencia de que debe encontrarse ausente el “deber jurídico de soportar el daño”. Se entiende que este último aspecto resultaría sumamente opinable si no estuviera limitado a aquellos supuestos en los que la ley misma coloca tal deber en cabeza de la víctima, como por ejemplo sucede cuando la víctima debe soportar el perjuicio proveniente del caso fortuito o de la fuerza mayor en las condiciones del art. 513 del Cód. Civil; de su propia culpa (art. 1111, Cód. Civ.); de la culpa de un tercero por el que el Estado no debe responder (art. 1113, Cód. Civ.); es decir, todas situaciones en las que es la propia ley la que impone que el daño –no obstante existir en términos objetivos– deba ser soportado por la propia víctima. Lo contrario implicaría una violación a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución nacional, en cuanto dispone que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíba.

22. REQUISITOS PROPIOS

a) REQUISITOS PROPIOS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ILEGÍTIMA. - El requisito propio en la hipótesis bajo análisis es la existencia o verificación de la “falta de servicio” por cumplir de un modo irregular los deberes y obligaciones impuestos por el ordenamiento jurídico (v. gr., Constitución, ley, reglamento o acto) o por el defectuoso funcionamiento del servicio público.

Hemos desarrollado esta cuestión en cuanto a su significado, concepción, origen y alcances en los capítulos II, “Acerca de los fundamentos jurídicos de la responsabi-

²⁹¹ COVIELLO, Pedro J. J., El caso “Columbia”: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos, “Rev. de Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1992, año 4, nos. 9 a 11, p. 139.

²⁹² Ob. cit., p. 94.

lidad del Estado” y III, “El pretendido dogma de la irresponsabilidad del Estado”, punto 6. A ellos remitimos para un estudio completo de la cuestión.

b) REQUISITOS PROPIOS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGÍTIMA. - Es necesario que frente a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se verifique la existencia de un “sacrificio especial” en el afectado y la “ausencia del deber jurídico de soportar el daño”. Estos dos últimos extremos, sin embargo, han sido requeridos por la Corte Suprema, tratándose de la responsabilidad derivada de actos normativos de alcance general y en atención a la particular relación en las que los particulares se encontraban con el Estado.

La exigencia de los mencionados requisitos es el resultado de una evolución jurisprudencial de la Corte que tiene como hito fundamental la causa “Cantón” y que también se recepta en el caso “Columbia” como en casos posteriores, “Revestek” y “Cirlafín” entre ellos, aunque la nota de especialidad ya estaba indicada por la Corte en las causas “Gratry” y “Spurr”.

Finalmente cabe señalar que en el caso “Ledesma” también se requirió exclusividad en la relación causal que provoca el daño. Es decir que frente a un daño causado por la actividad lícita del Estado, los perjuicios deben provenir exclusivamente de la actividad estatal, no admitiéndose concausas, pues ellas pueden desplazar la responsabilidad estatal.

Todas estas cuestiones y los fallos que mencionamos han sido tratados en el Capítulo II, “Acercas de los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, y en el capítulo en donde tratamos la responsabilidad del Estado por su actuación normativa lícita, a los que remitimos para el estudio de la cuestión.

CAPÍTULO VI

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA

Plazo. Cómputo. Dispensa. Reclamo administrativo previo. Efectos

23. INTRODUCCIÓN

La cuestión relativa a la prescripción de la acción resarcitoria derivada de la atribución de responsabilidad extracontractual pública, tanto sea por su actuación irregular como legítima, plantea varios problemas y ofrece aristas nuevas, como en el caso de la responsabilidad de concesionarios de obra pública por la existencia de animales sueltos en los caminos, recientemente fallada por la Corte²⁹³.

Si bien en la actualidad la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite uniformemente que el plazo aplicable resulta ser el de dos años legislado por el art. 4037 del Cód. Civil, particularmente en virtud de la redacción dada a la disposición por la ley de reforma integral 17.711, que ya no distingue entre actos ilícitos y lícitos, la cuestión no siempre fue uniforme y aun así no agota todas las cuestiones que el instituto suscita.

Puede afirmarse que subsisten cuestiones tales como si las legislaciones locales tienen potestad para regular la materia de manera diferente a la legislación de fondo; sobre los efectos interruptivos o suspensivos de las actuaciones administrativas labradas con motivo de la interposición de un reclamo administrativo por parte de un particular, cuando el reclamo no se encuentra impuesto como un requisito de carácter previo y obligatorio a la habilitación de la instancia judicial (art. 32, LPA 19.549²⁹⁴); y

²⁹³ “Colavita, Salvador y otro c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios”, Fallos, 323:318.

²⁹⁴ Nos hemos referido a la influencia que han tenido en esta cuestión las reformas introducidas a la LPA por la Ley de Emergencia Económica 25.344 en el capítulo “Demandas contra la Nación”. Bajo tal perspectiva y adaptaciones deberán entenderse las ideas volcadas con anterioridad a la sanción de la norma mencionada.

determinados aspectos referidos al cómputo del plazo de prescripción, particularmente en supuestos tales como los perjuicios derivados de la declaración de inconstitucionalidad de leyes, donde cierta jurisprudencia resulta seriamente criticable²⁹⁵.

Es obvio que el instituto de la prescripción liberatoria resulta relevante también para esta materia, en tanto el acaecimiento del plazo correspondiente impedirá la promoción de acciones administrativas o judiciales tendientes a establecer la responsabilidad extracontractual del Estado.

En este sentido, los diferentes estadios experimentados en la doctrina judicial vinculada con la responsabilidad pública también alcanzan a la prescripción aplicable a las acciones indemnizatorias. La evolución jurisprudencial al respecto muestra nuevamente lo problemática que resulta a veces la aplicación del derecho civil en el campo del derecho administrativo. La Corte Suprema se ha encargado de delinear en definitiva los plazos aplicables al supuesto en estudio, no sin antes ofrecer una gama de matices diferentes.

Resulta de interés aclarar que para determinar cuál es el plazo de prescripción aplicable se debe atender en primer lugar a la naturaleza contractual o extracontractual de la relación que vincula a las partes y también, en este último caso, a la licitud o ilicitud de la actividad del Estado –lato sensu– generadora del perjuicio reclamado. La prescripción aplicable en casos de responsabilidad contractual del Estado no generó controversias y se subsumió en el ámbito del plazo decenal establecido por el art. 4023 del Código Civil.

Por su parte, la prescripción en supuestos de responsabilidad extracontractual por actuación ilícita no verificó mayores complicaciones en cuanto al período de prescripción aplicable, registrándose, en cambio, discrepancias cuando se trataba de responsabilidad por actividad lícita o legítima. Esta última situación particularmente se verificó –como se señaló– con anterioridad a la reforma de la ley 17.711 al art. 4037 del Código Civil.

A los fines de una mejor esquematización del tema, analizaremos en primer término los casos de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita y en segundo lugar los derivados de la responsabilidad extracontractual por actividad lícita.

24. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE ACTOS ILÍCITOS DEL ESTADO

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue unánime en cuanto a la aplicación del art. 4037 del Cód. Civil, que en su versión original disponía

²⁹⁵ Me refiero al caso fallado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa “León, Gerardo A.”, sentencia del 13/5/97 (LL, t. 1997-E, ps. 502 y ss., agudamente comentada por Alberto B. BIANCHI, en su trabajo ¿Desde cuándo se computa la prescripción de la acción de responsabilidad del Estado por el dictado de leyes inconstitucionales?, publicado en el mismo lugar).

un plazo de prescripción de un año²⁹⁶. Como dijimos anteriormente, la aplicación de esta norma del derecho civil se fue consolidando a través de los fallos de la Corte, siempre dentro del marco de argumentaciones que sirvieron para justificar la aplicación de normas del derecho civil en casos derivados de la responsabilidad estatal por actividad ilícita²⁹⁷.

Luego de la reforma integral del Código Civil operada con la sanción de la ley 17.711, la Corte Suprema continuó recurriendo al art. 4037²⁹⁸, aunque, como ya veremos más adelante, le dio una interpretación más amplia, abarcando en sus previsiones también los casos de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita.

a) “HOTELERA RÍO DE LA PLATA S.A.” (4 DE JUNIO DE 1985)²⁹⁹. - En cuanto al cómputo del plazo de prescripción, puede decirse que la Corte Suprema consolidó su doctrina en los autos “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/Provincia de Buenos Aires s/restitución de dólares” del 4/6/85, en los que la actora había sido demandada por ante un tribunal de trabajo en un juicio sobre indemnización por despido en el que luego resultó condenada. Ante la sentencia adversa, y para acceder a los recursos extraordinarios interpuestos para ante el Superior Tribunal local en cumplimiento de normas procesales, depositó a embargo en el Banco de la Provincia de Buenos Aires el equivalente a la suma fijada en la sentencia de condena en Bonos Externos.

Practicada la liquidación definitiva, efectuó el correspondiente pago y requirió la devolución de los bonos. Al requerir informe al Banco, este le hizo saber que los bonos habían sido convertidos a moneda argentina por oficio del presidente del tribunal. La empresa inició entonces una acción de daños y perjuicios contra la provincia, por considerar que la actuación del tribunal había sido irregular y en definitiva, de lo actuado había resultado una disposición de bienes de cuya propiedad nunca se había desprendido, señalando la diferencia entre la suma depositada en la cuenta abierta y el valor que se obtendría de la negociación actual de los bonos. Sumado a ello, la actora invocó la responsabilidad contractual del Estado derivada del depósito judicial.

Al contestar la demanda, la provincia opuso, entre otras, la defensa de prescripción basada en el art. 4037 del Código Civil. En su entendimiento el plazo bial

²⁹⁶ En la redacción anterior a la reforma de la ley 17.711, el artículo disponía: “Prescribese igualmente por un año, la responsabilidad civil que se contrae por la injuria o calumnia, sean las injurias verbales o escritas, como también la reparación civil por daños causados por animales o por delitos o cuasidelitos”.

²⁹⁷ Fallos, 95:322, 94:402, 183:25, 204:214, 259:261, 266:77, 271:240.

²⁹⁸ Actualmente el artículo establece: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”. Nótese que no se hacen distinciones respecto a la licitud o ilicitud de la conducta atribuida al agente dañoso.

²⁹⁹ Fallos, 307:821.

debía contarse desde que se había tomado conocimiento del hecho ilícito que se le imputaba a la Provincia, circunstancia que se verificaba con el libramiento del oficio por el magistrado, lo que había ocurrido a más tardar cuando la actora había solicitado por escrito la formación de un incidente de ejecución de sentencia, en el cual requirió testimonio de diferentes piezas procesales del expediente laboral, entre ellas el mencionado oficio judicial mediante el cual se había ordenado la conversión a moneda argentina de los Bonos Externos depositados a embargo en el pleito laboral.

En primer lugar, la Corte consideró que la causa deducida no tenía origen en el depósito judicial sino en una orden irregular impartida por un magistrado del Poder Judicial de la provincia demandada y en consecuencia no se trataba de un supuesto de responsabilidad contractual, siendo entonces aplicable el plazo bienal del art. 4037 del Código Civil. Ello por cuanto quedó claro que la responsabilidad estatal no se reclamaba en función del depósito judicial, sino de la “falta de servicio” proveniente de la irregular actuación del órgano judicial, y en consecuencia de ello consideró inaplicables las normas del derecho privado referidas al depósito. En ese orden de ideas, la Corte reiteró su conocido criterio, según el cual “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”³⁰⁰. Seguidamente sostuvo que “esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil”.

En segundo lugar, la Corte Suprema se refirió al cómputo del plazo de prescripción, sentando las bases del mismo. En efecto, entendió que el mismo debía computarse a partir del momento en que el perjudicado tomó conocimiento del hecho ilícito y del daño proveniente de él. “Ese conocimiento no requiere noticia subjetiva o rigurosa sino que se satisface con una razonable posibilidad de información, toda vez que la prescripción no puede sujetarse a la discreción del acreedor, supliendo, incluso, su propia inactividad”. Sin embargo, consideró que dicho conocimiento debe ser efectivo.

En cuanto al caso concreto, el Alto Tribunal entendió, por el voto mayoritario de sus miembros, que el conocimiento efectivo de la irregularidad no se había verificado por el solo hecho de la solicitud de expedición de copias de diversas actuaciones, pues la mención de la orden de conversión a moneda argentina había pasado inadvertida para el solicitante, circunstancia que se veía corroborada por la actitud asumida por el mismo, que –en la inteligencia del tribunal– permitía afirmar que no hubo inactividad o negligencia de su parte, sino sorpresa frente a la ejecución de una orden que no había sido legalmente impartida.

³⁰⁰ Fallos, 182:5.

La Corte hizo mérito para resolver la cuestión a la circunstancia de que era evidente la irregularidad de la orden impartida, extremo que se veía patentizado en el hecho de que el oficio fue librado antes de ser ordenado por el tribunal y en él se incluyó la orden de conversión a moneda argentina de los bonos, que no había sido dispuesta con anterioridad al libramiento, ni tampoco lo fue después, por lo cual el depositante nunca pudo consentir la irregular medida.

Es interesante señalar nuevamente que la Corte funda la responsabilidad en la idea objetiva de la falta de servicio que considera encuadrada en el art. 1112 del Cód. Civil, pero que al igual que en la causa “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/indemnización”, entiende que la aplicación de esa norma al derecho público es “subsidiaria”³⁰¹.

b) “WIATER” (4 DE NOVIEMBRE DE 1997)³⁰². - Hasta aquí se desprende de la jurisprudencia examinada que para establecer el plazo de prescripción aplicable a un supuesto dado es necesario previamente determinar la naturaleza jurídica del hecho generador del daño reclamado. Tal circunstancia es expresamente afirmada por la Corte en la causa “Wiater, Carlos c/Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/proceso de conocimiento”, donde se reiteró el concepto de que la prescripción liberatoria no puede separarse de la causa de la obligación jurídicamente demandable³⁰³. En el caso concreto estimó evidente que se estaba ante un reclamo por responsabilidad extracontractual del Estado, extremo que corrobora el relato efectuado por la propia demanda en la que se reclamó la responsabilidad del Estado por la ilegítima decisión de incluir a la actora en el régimen del art. 3º de la ley 18.832.

Establecido esto último, la Corte reiteró que la acción resarcitoria por la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, sin necesidad de distinguir entre la actividad lícita e ilícita, se prescribe en el término de dos años establecido en el art. 4037 del Cód. Civil, aplicable “supletoriamente” en el campo del derecho administrativo, invocación supletoria que en nuestro criterio no resulta conteste con la doctrina de la Corte, reiterada en el mentado caso “Sandoval, Héctor c/Provincia de Neuquén”³⁰⁴, en cuanto por la misma ha quedado establecido que lo relativo al nacimiento o extinción de las relaciones jurídicas es materia que debe ser reglada por la legislación de fondo.

En cuanto al inicio del cómputo, sostuvo que comienza a partir del acaecimiento del hecho generador o que da nacimiento a la acción por responsabilidad y, excepcio-

³⁰¹ En su disidencia, el ministro Fayt consideró, por su parte, que existía una “razonable posibilidad de información” que suponía el conocimiento de la orden judicial, extremo hábil para provocar el ingreso del cómputo del plazo de prescripción bienal del art. 4037 del Código Civil.

³⁰² Fallos, 320:2289.

³⁰³ Cita el caso de Fallos, 308:1101.

³⁰⁴ Fallos, 320:1344.

nalmente, cuando se verifica el daño, si este aparece más tarde. Descartó finalmente la Corte la interrupción o suspensión del plazo de prescripción fundada en un reclamo administrativo por no mediar identidad entre la presentación administrativa y la judicial. Igual solución establece respecto de una querrela penal por haberse iniciado cuando el plazo de prescripción ya se había cumplido, por lo que, y en rigor de verdad, resuelve en consecuencia que no puede suspenderse o interrumpirse aquel plazo que ya se ha extinguido con anterioridad.

c) “COMPAÑÍA AZUCARERA CONCEPCIÓN S.A.” (31 DE MARZO DE 1999)³⁰⁵. - Siempre referido a la cuestión de la trascendente importancia de la calificación de la obligación jurídicamente reclamada, nos encontramos con el fallo de la Corte recaído en la causa “Compañía Azucarera Concepción S.A. c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento”.

La demanda se promovió contra el Estado nacional por “daños e intereses” provocados por el incumplimiento del Ministerio de Economía, que debió ordenar al Banco Central de la República Argentina la negociación de las divisas provenientes de las exportaciones de azúcar promocionadas al tipo de cambio del mercado financiero. Según el relato de la sentencia, el incumplimiento de esta obligación por parte del demandado obligó a la actora a vender sus divisas a tipos de cambio más bajos que los que en realidad correspondían. Tanto en primera como en segunda instancia se rechazó la defensa de prescripción planteada por el Estado nacional al encuadrar los magistrados el caso en el ámbito de la responsabilidad contractual del Estado, con sustento en lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Metalmecánica S.A.C.I. c/Gobierno Nacional s/nulidad de resolución e indemnización”³⁰⁶. En cuanto al fondo del asunto, se hizo lugar a la demanda.

Ahora bien, llegados los autos a la Corte mediante el recurso ordinario de apelación que interpuso la demandada, el Tribunal recordó que era previamente necesario establecer con precisión la verdadera naturaleza de la responsabilidad que el actor le había atribuido al Estado, pues de ello dependía que resultara aplicable el plazo previsto en el art. 4023 del Cód. Civil (“Metalmecánica”), o bien el de dos años fijado en el art. 4037 del mismo Código.

La Corte consideró que más allá de los esfuerzos del actor de calificar la actividad desarrollada bajo el régimen promovido como contractual, se trataba, en reali-

³⁰⁵ Fallos, 322:496.

³⁰⁶ Fallos, 296:672. Debe señalarse que en el referido precedente “Metalmecánica” se consideró que el incumplimiento del Estado y el consiguiente nacimiento de la acción por responsabilidad por los daños y perjuicios, derivada de un régimen de promoción industrial, anudado a través de la celebración de un contrato, posee naturaleza contractual y en consecuencia el plazo de prescripción aplicable es el decenal establecido por el art. 4023 del Código Civil.

dad, de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado y ello, por cuanto la responsabilidad reclamada surgía de un régimen impuesto unilateralmente por la autoridad pública, con ausencia de bilateralidad. El tribunal entendió que la actividad del Estado referida a la emisión de moneda y fijación de su valor es privativa del Gobierno y constituye un atributo de soberanía. El ejercicio del llamado poder de policía bancario, sostuvo, excluye la pretendida bilateralidad.

En tales condiciones, la Corte Suprema consideró que no resultaba aplicable la doctrina sentada en el precedente “Metalmecánica”, pues en él sí se verificaba un supuesto en el que el acuerdo de voluntades resultaba determinante para el nacimiento de la actividad promovida, pues el régimen de promoción industrial que se discutía en la causa requería una manifestación de voluntad concreta por parte del interesado.

En el caso en examen el tribunal consideró que se le imputaba al Estado el incumplimiento de una obligación asumida por él en el ejercicio de facultades que le son propias, es decir, concretamente, una “falta de servicio” por no haber cumplido, según el relato llevado a cabo por la actora, la función que había asumido de acuerdo con la reglamentación por aquél sancionada, en materia de liquidación de divisas originadas en operaciones de comercio exterior. Tratándose de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad irregular (ilícita) aplica entonces el plazo bienal establecido en el art. 4037 del Cód. Civil y considera que al iniciarse la demanda la acción ya se encontraba prescripta.

Por otra parte, se señala que rechazó los pretendidos efectos suspensivos de actuaciones administrativas que al mismo tiempo consideró inidóneas para provocar tal efecto, pues como la propia demandante reconoció, ellas se iniciaron ante la autoridad aduanera sobre una cuestión ajena a su competencia, tornando inaplicable, consecuentemente, la disposición del art. 1º, inc. e, ap. 9, in fine de la LPA (19.549), que expresamente establece: “Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad”.

Por lo demás, en el caso examinado la propia actora había afirmado que no era necesario formular reclamación previa en los términos del art. 30 de la citada ley 19.549³⁰⁷, por encontrarse expresamente prevista la dispensa en el art. 32, inc. d, de la

³⁰⁷ El artículo 30 de la ley 19.549 dispone: “El Estado nacional no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Comando en Jefe que corresponda, salvo cuando se trate de la impugnación judicial de actos de alcance individual o general. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por el Poder Ejecutivo, o por las autoridades citadas, si mediare delegación de esa facultad. Recurrido un acto en todas las instancias correspondientes, las cuestiones planteadas y resueltas expresamente en esa vía por la última instancia no podrán reiterarse por vía de reclamo: pero sí podrán reiterarse las no planteadas y resueltas y las planteadas y no resueltas”. (Modificado por ley 25.344, ver Capítulo “Demandas contra la Nación”).

citada norma legal³⁰⁸ con anterioridad a la reforma de la ley 23.344. Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento, la Corte Suprema puntualizó la falta de identidad entre la reclamación administrativa y la acción promovida en sede judicial. Cabe citar que esta última cuestión, esto es, la relativa a los efectos suspensivos o interruptivos de la acción reparatoria por la interposición de un reclamo administrativo –particularmente cuando el damnificado no se encuentra constreñido a plantearlo– será posteriormente abordada, sin perjuicio de lo cual se adelanta aquí nuestra opinión contraria acerca de la caracterización que le han dado al punto tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa.

25. LA DISPENSA DE LA PRESCRIPCIÓN CUMPLIDA DEL ARTÍCULO 3980 DEL CÓDIGO CIVIL

Tanto la jurisprudencia como la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación se han ocupado del supuesto de la dispensa de la prescripción cumplida. En el ámbito de la legislación de fondo, la cuestión se encuentra regulada por el art. 3980 del Código Civil, disposición cuya aplicación ha debido resultar profusa por parte de la jurisprudencia en ocasión de tratar las acciones de reparación de los daños y perjuicios provocados por el arresto y puesta a disposición del Poder Ejecutivo de facto en el período comprendido entre los años 1976 y 1983.

La cuestión en el ámbito del derecho local se encontraba regulada por el art. 142 de la Ley de Contabilidad (decr. ley 23.354/56), disposición posteriormente derogada por la Ley de Administración Financiera 24.156 (art. 137, inc. a), no obstante lo cual la Procuración del Tesoro de la Nación –como luego se analizará con detenimiento– consideró aplicables los principios contenidos en dicha disposición sobre la base de entender que el acto de dispensa de la prescripción ya cumplida implica un acto de administración, de contenido o naturaleza discrecional y no un acto de disposición.

En la consideración de este aspecto, no debe omitirse que la obligación prescripta subsiste como obligación natural (art. 515, inc. 2º, Cód. Civ.) y que estas “son las que fundadas en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado en razón de ellas” (conf. disposición citada).

De manera que, aun cuando se encuentre prescripta la acción para exigir una reparación indemnizatoria en virtud de una conducta estatal, sea esta reprochable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico (actividad ilícita) o sea que se en-

³⁰⁸ La norma disponía que “El reclamo administrativo previo al que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: (. . .) d) se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intente una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria”. (Modificado por ley 25.344, ver Capítulo “Demandas contra la Nación”).

cuentre ajustada a dicho ordenamiento (actividad lícita), dicha obligación subsiste como natural, por lo que no puede concebirse como una liberalidad la eventual circunstancia de que el Estado atienda un reclamo indemnizatorio en tales condiciones. Adviértase que el principio de que “nadie puede dañar a otro” cobra aún mayor relevancia cuando es la conducta estatal la que provoca el perjuicio y es particularmente así cuando el daño proviene del obrar ilícito o irregular, es decir contrario a la ley.

En primer lugar, conviene recordar que el referido artículo 3980 establece que: “cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses. Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo”³⁰⁹.

Se ha dicho que la disposición instituye “un supuesto de ‘fuerza mayor’ que tiene incidencia en el régimen de la suspensión de la prescripción. Lógicamente que si el titular de un derecho ha estado impedido por circunstancias de hecho para ejercer la acción durante todo el tiempo de la prescripción, no se puede tener a esta por cumplida. Es más que nada una prolongación de la prescripción y no una suspensión”³¹⁰.

Como se aprecia, es necesario que para que la exención de la prescripción cumplida opere, el titular del derecho lo haga valer después de cesado el impedimento material que obstaba a su ejercicio.

La disposición deja librada al juez la apreciación de los hechos configurativos del supuesto de fuerza mayor legislado, aunque, claro está, no puede rehusarse arbitrariamente³¹¹.

Cabe citar que la reforma al Código Civil llevada a cabo por la ley 17.711 suprimió el adverbio “inmediatamente” del anterior texto de la disposición y lo reemplazó por un plazo de caducidad (tres meses), razón por la cual se ha considerado acertada

³⁰⁹ Según la redacción dada por la ley 17.711. “La reforma de la ley 17.711 mantiene la índole peculiar de la suspensión de la prescripción provocada por un evento de fuerza mayor”; cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil, “Parte general”, 11ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1984, t. II, p. 689, n° 2130 bis, con cita de DE GÁSPERI, Marcelo, Tratado de derecho civil, t. III, ps. 437 y 438, n° 1471; SALVATGALLI, Obligaciones, t. III, n° 1118, autores que también hablan de fuerza mayor.

³¹⁰ LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., t. II, p. 688, n° 2130.

³¹¹ Cfr. LLAMBÍAS, para quien “el codificador había usado esa redacción para significar que la exención era sólo procedente cuando el juez apreciara según su criterio, que el titular había estado en la imposibilidad material de obrar, pero había ejercido su derecho en cuanto había podido hacerlo”; con citas de SEGOVIA, L., t. II, p. 749, nota 69, obra y lugar citados.

dicha modificación, en cuanto eliminó la discrecionalidad judicial en la apreciación de la prontitud con la que el titular del derecho lo ejerce después de haber cesado el obstáculo en cuestión³¹².

Ahora bien, como quedó dicho, la Corte tuvo oportunidad de sentar su doctrina sobre la aplicación de la disposición analizada a los reclamos indemnizatorios contra el Estado nacional por los acontecimientos arriba citados, en varios precedentes que seguidamente analizaremos. También tuvo oportunidad de ocuparse del asunto la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal y del fuero civil y comercial federal, como luego se verá.

a) “DI COLA”³¹³ Y “OLIVARES”³¹⁴ (16 DE AGOSTO DE 1988). - En ese sentido, corresponde detenerse en el examen de las sentencias recaídas en las causas “Di Cola, Silvia c/Estado Nacional Argentino” y “Olivares, Jorge Abelardo c/Estado Nacional Argentino”, ambas de fecha 16 de agosto de 1988. Las causas resultaron sustancialmente análogas en el desarrollo de los hechos, pues en los dos casos se trataba de demandas de daños y perjuicios contra el Estado nacional, en virtud de la detención a la que fueron sometidos los actores por el Poder Ejecutivo nacional.

Ahora bien, las dos demandas, promovidas el 9 de marzo de 1984, reclaman los daños y perjuicios irrogados a los actores por la detención a la que fueron sometidos por el Poder Ejecutivo, detención a la que calificaron de ilegítima. Las dos causas tramitaron en primera instancia ante la justicia federal con asiento en la ciudad de Río Cuarto, provincia de Córdoba. El juez de primera instancia desestimó la defensa de prescripción opuesta por la demandada y consideró que el plazo de tres meses establecido en el art. 3980 debía comenzar a contarse desde la asunción de las autoridades constitucionales (10/12/83). La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba revocó la sentencia y consideró prescripta la acción a los dos años de producida la detención, por aplicación del art. 4037 del Código Civil. En orden a la aplicación del art. 3980, consideró que no se encontraban verificados los requisitos de admisibilidad de la dispensa allí reglada.

A su turno, los autos llegaron a la Corte por recurso de queja interpuesto en virtud de la denegación del recurso extraordinario federal. Desde el aspecto formal, la Corte entendió que la resolución que declaró prescripta la acción entablada configuraba una sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal regulado por los arts. 14 a 16 de la ley 48.

En el caso “Di Cola”, la acción fundante de la pretensión resarcitoria lo constituyó la detención de la actora, que se extendió desde 1976 hasta 1982, oportunidad en

³¹² LLAMBÍAS, Jorge J., ob. citada.

³¹³ Fallos, 311:1478.

³¹⁴ Fallos, 311:1490.

la que por el decr. 28 del 7/1/82 el arresto pasó a tener la modalidad de libertad vigilada, estado que sólo cesó con el dictado del decr. 1103 del 2/11/82 (consid. 5º de la sentencia de la Corte).

En el caso “Olivares”, el actor recobró su plena libertad el día 21/12/80, según el relato de los hechos que él mismo formuló, circunstancia sobre la cual la Corte hace especial mérito para resolver la causa.

En ambos supuestos, por el voto de la mayoría de sus integrantes, la Corte Suprema declaró prescriptas las acciones resarcitorias por aplicación del plazo bienal del art. 4037 del Cód. Civil y en lo que aquí interesa, consideró que para que resulte aplicable la dispensa de la prescripción establecida en el art. 3980 del citado Código es necesario que las circunstancias que hagan susceptible la mentada imposibilidad de hecho sean “apreciadas concretamente en relación con la persona del demandante y no por meras consideraciones de índole general relativas a la situación del país, a la existencia de autoridades de facto, o a la aplicación por estas de un régimen de terrorismo de Estado en el caso concreto” y que por lo tanto la pretensión del actor “se contraponen al criterio fijado por esta Corte en el sentido de que la alegada violencia o el miedo, suficientes para viciar un acto, no imponen la postergación del comienzo de la prescripción hasta que haya cesado el orden institucional durante cuya vigencia actuaron los funcionarios a quienes se imputa tal acto”³¹⁵.

Con sustento en los argumentos arriba expresados, consideró que al tiempo en que las demandas fueron promovidas (9/3/84) las correspondientes acciones de daños y perjuicios se hallaban prescriptas por aplicación del art. 4037 del Código Civil.

b) “MOLTENI” (29 DE JUNIO DE 1989)³¹⁶. - En ese sentido conviene detenerse en el caso fallado por la Corte Suprema con fecha 29 de junio de 1989 en la causa “Molteni, Carlos L. c/Estado Nacional s/ordinario”, referido precisamente a la aplicación de las disposiciones del citado art. 3980 del Código Civil al actor que, por decreto, fue separado de su cargo de juez, arrestado, y puesto a disposición del Poder Ejecutivo de facto. Asimismo fue sometido a juicio penal, causa en la que fue sobreseído definitivamente. A su vez, le fue denegada la opción ejercida con sustento en el art. 23 de la Const. nacional, con el objeto de salir del país. Posteriormente, dicha

³¹⁵ Cfr. Fallos, 311:1490, “Olivares, Jorge Abelardo c/Estado Nacional Argentino”; consid. 6º del voto de la mayoría, que estuvo integrada por los ministros José S. Caballero, Augusto C. Belluscio y Carlos S. Fayt. La disidencia correspondió a los ministros Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué, quienes entendieron que de conformidad con la prueba confesional de la demandada, rendida mediante la absolución de posiciones efectuada por el Presidente de la Nación, a través de la delegación efectuada en la persona del Procurador del Tesoro de la Nación, las partes estaban contestes en el estado de cosas en el período en cuestión (1976/1983), lo cual debió motivar en el sentenciante la necesidad de indagar acerca de si en el caso concreto del actor se verificaban las dificultades o imposibilidad de hecho mentadas en el art. 3980 del Código Civil.

³¹⁶ Fallos, 312:1063.

autorización fue concedida para salir del país con destino a Bolivia. Finalmente, un decreto del Poder Ejecutivo del 8/9/83, dictado como consecuencia de una sentencia de la Corte por la que se hizo lugar a un recurso de hábeas corpus promovido por el interesado, dispuso dejar sin efecto el arresto a disposición del Poder Ejecutivo. Tal decisión le fue comunicada al actor el 18/10/83, en su domicilio en el extranjero. En el caso, se demandó a la Nación a efectos de que se declarara la ilegalidad de dichos decretos y, en consecuencia, se reparasen los perjuicios derivados de la ilegítima decisión.

Al contestar la demanda, el Estado nacional opuso la defensa de prescripción, así como la de caducidad de la acción procesal administrativa. Llegado el caso a la Corte por vía del recurso ordinario de apelación, el Tribunal entendió que resultaban aplicables los criterios sentados en las sentencias recaídas en las causas “Di Cola”³¹⁷ y “Olivares”³¹⁸, ambas de fecha 16 de agosto de 1988, en el sentido de que el plazo de prescripción es de dos años a partir del momento de producido el daño, y en cuanto no resultó aplicable el citado art. 3980 del Código Civil.

El Tribunal, por el voto de la mayoría de sus miembros³¹⁹, consideró una vez más que las circunstancias requeridas por la norma deben ser apreciadas concretamente en relación con la persona del demandante y no por meras consideraciones de índole general relativas a la situación del país, a la existencia de autoridades de facto, o la aplicación por estas de un régimen de terrorismo de Estado³²⁰.

c) “GUTHEIM” (31 DE AGOSTO DE 1990)³²¹. - La jurisprudencia del fuero civil y comercial federal también se pronunció respecto de la aplicación del art. 3980 del Código Civil en los autos “Gutheim, Federico y otro c/Estado Nacional”, y, dentro de los parámetros fijados por la Corte Suprema en la causa “Olivares”, consideró aplicable la dispensa de la prescripción cumplida. Coincidentemente con los fallos anteriores, se trataba de una demanda de daños y perjuicios contra el Estado nacional, en virtud del arresto y puesta a disposición del Poder Ejecutivo nacional sufridos por los hermanos Gutheim entre los años 1976 y 1977, como instrumento de coerción para obtener la renegociación de ciertos contratos de venta de algodón que habían celebrado con importadores de Hong Kong.

³¹⁷ Fallos, 311:1478.

³¹⁸ Fallos, 311:1490.

³¹⁹ La mayoría estuvo integrada por los ministros Caballero, Belluscio y Fayt.

³²⁰ Los ministros Petracchi y Bacqué votaron en disidencia, para lo cual consideraron que los efectos de la imposibilidad de hecho padecidos por el actor culminaron solo el 8 de octubre de 1983, con el dictado del decreto que dispuso el cese de su arresto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, no obstante que el actor ya se encontraba exiliado en Bolivia, y en virtud de ello entendieron aplicable al caso la previsión del transcripto art. 3980 del Código Civil.

³²¹ ED, t. 140, p. 768.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal entendió que resultaba aplicable la dispensa de la prescripción cumplida, ya que los actores se habían visto afectados por un temor justificado, teniendo muy pocas expectativas de lograr el concurso de letrados que estuvieran dispuestos a correr riesgos (cabe citar que los abogados que asistieron a las cónyuges y a la madre de los actores en los recursos de hábeas corpus fueron también detenidos). Es decir que el tribunal hizo mérito a la circunstancia de que se encontraba verificado un miedo excusable que impedía recurrir a la justicia en demanda del resarcimiento al que se creían con derecho.

d) EL PLENARIO DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL EN LA CAUSA “IBÁÑEZ” (21 DE ABRIL DE 1992)³²². - Este criterio también fue recibido con posterioridad por la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo al pronunciarse respecto del cómputo del plazo de prescripción en el plenario “Ibáñez, Diego c/Estado Nacional (PEN) s/ordinario”, donde se debatió lo relacionado con las acciones de daños y perjuicios derivadas de lo resuelto por las actas dictadas por la Junta Militar en el año 1976, durante el período de facto, en las que se habían penalizado retroactivamente diversas conductas por entender que causaban perjuicios a los intereses de la Nación.

El plenario resolvió dos temas fundamentales: a) si a las referidas actas les resulta aplicable el plazo de caducidad de la acción contenciosoadministrativa establecida en el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, y b) desde cuándo debe computarse el plazo de la prescripción de las acciones de daños y perjuicios para las personas incluidas en las referidas Actas Institucionales del gobierno militar.

En cuanto a la primera cuestión, la Cámara en pleno entendió por el voto mayoritario de sus miembros que las referidas actas no eran actos administrativos en los términos del art. 25 de la ley 19.549, pues la Junta Militar, al diseñar hipótesis punibles y arrogarse el derecho de imponer penas, había ejercido auténticas funciones judiciales, sólo explicables desde una perspectiva supraconstitucional, ajena a la norma contenida en el referido art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, la Cámara, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, consideró que la prescripción en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es la bienal dispuesta por el art. 4037 del Cód. Civil, y rige también para el derecho público, debiendo iniciarse su cómputo, en principio, desde que se produce el daño cuya reparación se procura obtener. Sin embargo, y en razón del dictado de la ley 23.062, llamada “Ley de Reparación Histórica”, que declaró la

³²² LL, t. 1992-E, p. 113.

invalidez jurídica de las normas y los actos administrativos emanados de las autoridades de facto surgidas por un acto de rebelión, y que al mismo tiempo declaró nulas las referidas actas institucionales, consideró adecuado interpretar que el plazo de prescripción de la acción resarcitoria debía comenzar a computarse a partir de la publicación oficial de la citada norma legal, pues solo allí había cesado la imposibilidad jurídica de demandar.

La postura sostenida por la Cámara –como se aprecia– difiere notoriamente de la mantenida por la Corte Suprema en el comentado caso “Molteni”³²³, en atención a la pauta hermenéutica que utiliza, pues en tanto la Corte resuelve que debe atenderse a las condiciones particulares del caso y no a consideraciones de naturaleza general, el plenario de la Cámara sólo considera equitativo comenzar a computar el plazo de prescripción desde que realmente el derecho pretendido puede ser efectivamente ejercido, y no computarlo si tal posibilidad es exclusivamente formal y no se traduce realmente en un concreto acceso a la jurisdicción que debe decidir.

e) LA POSTURA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN. EL CASO “MOTT”. DICTAMEN 40/95 (14 DE MARZO DE 1995)³²⁴. - Pues bien, entendemos que resulta de interés también sobre los aspectos tratados reseñar la doctrina que la Procuración del Tesoro de la Nación ha desarrollado en lo relativo a la prescripción de la acción indemnizatoria derivada de la atribución de responsabilidad extracontractual del Estado.

Debemos comenzar por decir que la doctrina del Alto Órgano de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo nacional, partió de la imposibilidad jurídica de acceder al tratamiento de la cuestión relativa a la admisión de indemnizaciones de daños y perjuicios en sede administrativa y ello en virtud de lo dispuesto por el decr. 28.211/44, norma que aún hoy la Procuración del Tesoro considera vigente, a pesar de la sanción de la ley 19.549, aunque morigerada en sus efectos.

Con el tiempo, y por lo que luego se dirá, la Procuración consideró que para la admisión de una acción indemnizatoria en sede administrativa debían, particularmente, encontrarse verificados los extremos que permitan declarar su procedencia, de manera tal de evitar que su desestimación provocara mayores erogaciones al Estado nacional.

Específicamente en lo relativo al plazo de prescripción aplicable, al cómputo de dicho plazo y a la posibilidad de que, llegado el caso, el Poder Ejecutivo dispense un plazo de prescripción cumplido, cabe citar el criterio sentado en el dictamen 40/95, donde el máximo órgano de asesoramiento del poder administrador analiza las señaladas cuestiones.

³²³ Fallos, 312:1063.

³²⁴ Dictámenes, 212:327.

Los hechos fueron los siguientes: el Sr. Hugo Mott, en su condición de ex gobernador de la provincia de Catamarca (hasta el acaecimiento del golpe militar del 24 de marzo de 1976), promovió demanda por daños y perjuicios contra el Estado nacional y la provincia de Catamarca, en forma solidaria, con motivo de su detención y destitución dispuesta por las autoridades de facto, cuando, como se citó, era gobernador de la provincia.

La Procuración del Tesoro ejerció la representación del Estado nacional y opuso como defensa la excepción de prescripción al considerar vencido el plazo de dos años del art. 4037 del Código Civil entre el momento en que había sido liberado y la fecha de promoción de la acción.

Simultáneamente, el actor pretendió llegar a un acuerdo transaccional y recurrió para ello a la Comisión Nacional de Transacciones Judiciales, afirmando que el plazo de prescripción debía computarse a partir de la entrada en vigencia de la ley 23.062³²⁵ que había declarado la invalidez de los actos sancionados, y por entender que correspondía aplicar el plazo de diez años establecido en el art. 4023 del Código Civil, toda vez que le atribuyó naturaleza contractual a la relación jurídica que mantenía con la provincia al ser nombrado gobernador.

La Procuración del Tesoro –correctamente, a nuestro juicio– se inclinó por entender que no existía entre el nombrado y la provincia demandada una relación contractual y, en consecuencia de ello se pronunció a favor de la aplicación del plazo bienal del art. 4037 del citado Código, concluyendo en que dicho plazo había transcurrido desde el momento en que el actor había recobrado la libertad, y, en consecuencia, la promoción de la demanda y por ende, la acción resarcitoria pretendida, se hallaba “prescripta”. Con sustento en ello, desestimó la propuesta transaccional.

³²⁵ La ley 23.062 (BO, 19/7/84) dispone: “Art. 1°. - En defensa del orden constitucional republicano basado en el principio de la soberanía popular, se establece que carecen de validez jurídica las normas y los actos administrativos, emanados de las autoridades de facto surgida por un acto de rebelión, y los procesos judiciales y sus sentencias, que tengan por objeto el juzgamiento o la imposición de sanciones a los integrantes de los poderes constitucionales, aun cuando quieran fundarse en pretendidos poderes revolucionarios.

“Mediante esta ley se ejerce en la instancia legislativa un acto de contralor constitucional respecto de normas y actos de la especie señalada en el párrafo anterior, del poder de facto, que pueden y deben ser revisados por los poderes de iure y que alcanza inclusive a la declaración de invalidez constitucional actual de las actas institucionales dictadas por el gobierno anterior.

“Art. 2°. - Los jueces carecen de legitimación para juzgar a las autoridades constitucionales destituidas por actos de rebelión por ausencia del presupuesto representado por su desafuero parlamentario o juicio político previstos constitucionalmente.

“Art. 3°. - Declárese comprendida en las previsiones de los artículos precedentes la situación de la ex presidente de la Nación, María Estela Martínez de Perón en orden a lo preceptuado en los artículos 18 y 45 de la Constitución nacional, quien como otros presidentes constitucionales, fuera objeto de este tipo de sanciones y hasta de la privación ilegítima de la libertad, sirviendo la presente ley de instrumento de reparación histórica.

“Art. 4°. - Comuníquese al Poder Ejecutivo”.

Sin embargo, y fundado en las razones de equidad contempladas en el derogado art. 142 de la Ley de Contabilidad³²⁶, consideró que el análisis del caso concreto excedía al ámbito de asesoramiento legal específico de ese órgano asesor, e ingresaba en las facultades propias del Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo cual aconsejó elevar las actuaciones al Primer Magistrado.

La Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, por solicitud del propio Presidente, devolvió las actuaciones a la Procuración del Tesoro para que determinara el temperamento a seguir.

Así las cosas, el caso llegó nuevamente ante la Procuración del Tesoro, la cual sostuvo, revisando su anterior doctrina, que la dispensa de la prescripción transcurrida, basada en las reglas del examinado art. 3980 del Código Civil, reconoce una facultad atribuida exclusivamente a los jueces. Agregó, a su vez, que la facultad del Estado para no ejercer la pertinente defensa, cuando reviste la calidad de deudor de una obligación prescripta, corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo nacional, por su condición de Jefe Supremo de la Nación y responsable político de la administración general del país (arg. art. 99, Const. nac.).

En ese orden de ideas, el órgano asesor consideró que la derogación del art. 142 de la Ley de Contabilidad en virtud de la sanción de la Ley de Administración Financiera 24.156 no implicó suprimir una facultad que resulta ser anterior y propia del papel que la Constitución nacional le asigna al Presidente de la Nación. Por tratarse de un acto de administración y no de disposición de bienes estatales, el Poder Ejecutivo conserva la facultad de dispensar la prescripción operada, fundado en razones de equidad y justicia, y tal conducta no constituye una liberalidad. Es necesario recalcar que la postura tradicional de la Procuración del Tesoro respecto de esta cuestión (invocar la prescripción de la acción por parte del Estado, cuando éste era deudor de una obligación a la cual él mismo había dado origen) fue sostener que tal temperamento tropezaba con los superiores principios de buena fe, equidad y justicia.

Se trata, en suma –consideró la Procuración–, de un acto de discrecionalidad política de la Administración, pero sujeto a diversas pautas que el Primer Magistrado

³²⁶ Ese artículo disponía: “Las dependencias y entidades descentralizadas del Estado no harán lugar por sí a las reclamaciones en que la acción de los recurrentes se hallare prescripta. El Poder Ejecutivo podrá, no obstante, teniendo en cuenta la modalidad de cada caso, por previo y especial pronunciamiento reconocer esos derechos.

“La acción del Estado tendiente a hacer efectiva la reparación de los daños e intereses ocasionados por actos u omisiones a los agentes de la administración nacional, incluidos los de entidades descentralizadas, empresas del Estado y haciendas paraestatales, prescribirá a los 10 años de cometido el hecho que imponga tal responsabilidad.

“Para los funcionarios de que trate el art. 85 inc. e, los plazos de dicha prescripción comenzarán a correr desde la fecha en que los mismos hayan cesado en sus cargos.

“Son imprescriptibles las obligaciones entre organismos (...) o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas, empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

debe observar al otorgar la dispensa. La regla básica en este aspecto, según el criterio explicado, surge del principio de justicia material reconocido en el art. 907 del Cód. Civil, que establece la llamada “indemnización de equidad”.

26. SUPUESTOS ESPECIALES DE CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

a) **ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS.** - El primer supuesto al que nos referimos involucra desentrañar cuándo corresponde comenzar a computar el plazo de prescripción en el supuesto en el que se reclaman daños y perjuicios provocados por un acto administrativo nulo si la pretensión resarcitoria no se demanda juntamente con la nulidad.

Hay que recordar, en primer término, que de acuerdo con lo establecido en el art. 12 de la LPA 19.549, el acto administrativo goza de presunción de legitimidad, y, en consecuencia, para requerir la indemnización derivada del acto ilícito será necesario primero hacer caer aquella presunción de legitimidad³²⁷.

La eventual reparación dependerá entonces de la calificación del acto, y si es nulo procederá la indemnización. Consecuentemente, no resultaría razonable exigir que se demande por daños y perjuicios antes de que el mismo reclamante cuente con la certeza de estar amparada su pretensión en derecho. Por lo tanto, el plazo de prescripción debe comenzar a correr desde la declaración de la nulidad del acto, que es el momento en que el administrado ha tenido certeza, o más exactamente, es el momento en que para el orden jurídico existe certeza acerca de la invalidez de ese acto. Esta posición cuenta con apoyo jurisprudencial y doctrinario³²⁸.

Una cuestión emparentada con el tema analizado es la relativa a la aplicación del plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LPA y los supuestos en los que resulta insoslayable tal aplicación. Precisamente, sobre este tema existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales, por momentos contradictorios, que dan respuesta a esta cuestión. No abordaremos exhaustivamente esta doctrina jurisprudencial, pues ella ya ha recibido abundante tratamiento, y además por cuanto se relaciona solo tangencialmente con la temática aquí tratada.

En efecto, la doctrina legal del plenario “Petracca”, ya citado, estableció en referencia al tema, en la primera cuestión tratada que: “La impugnación de los actos administrativos prevista en los incs. a y b del art. 23 de la ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por

³²⁷ Cfr. CNCont. Adm. Fed. en pleno, “Petracca e Hijos S.A. y otros c/Estado Nacional”, 24/4/86, JA, t. 1986-III, p. 661; ED, t.118, p. 391.

³²⁸ Cfr. CNCont. Adm. Fed., Sala III, en autos “Sade S.A. c/Estado Nacional”, 16/3/86, y BARRA, Rodolfo C., Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos, ED, t. 122, p. 862.

su art. 25”. Sin embargo la Corte, en las causas “Mevopal”³²⁹, “Mackentor”³³⁰ y “OKS”³³¹, sostenía la inaplicabilidad del plazo previsto por el mencionado art. 25 de la LPA, jurisprudencia que primero fue morigerada, con una postura intermedia, en el caso “Serra”³³². Luego sufrió nuevamente un vuelco en el caso “Gypobras”³³³, que terminó por reproducir prácticamente con las mismas palabras aquello que había afirmado la Cámara Federal en el plenario “Petracca”, aceptando la aplicabilidad del art. 25 de la LPA en las relaciones contractuales, postura que continuó en el caso “Alcántara Díaz Colodrero”³³⁴.

³²⁹ Fallos, 307:2216, “Mevopal S.A. c/Banco Hipotecario Nacional s/ordinario” del 26/11/85. En el caso se dijo: “los actos administrativos, aun unilaterales, referidos a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato del cual acceden, en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se deben regir por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su art. 25 (consid. 4º)”.

³³⁰ Fallos, 312:1017, “Mackentor S.A. c/Obras Sanitarias de la Nación s/daños y perjuicios”, 27/6/89. En este caso la Corte estableció la admisibilidad de un reclamo indemnizatorio sobre la base de que este no se encontraba sometido al plazo del art. 25 y resultaba independiente de la vía impugnatoria, pues la actora demandaba al Estado nacional por los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad estatal por su accionar legítimo, razón por la cual no buscaba la nulidad de acto administrativo alguno.

³³¹ “OKS Hermanos y Cía. S.A.C.I. y F. c/Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio s/Ordinario” del 21/10/86 (ED, t. 122, ps. 694 y 705). En este fallo, posterior a “Petracca”, la Corte se remitió al criterio establecido en “Mevopal” y afirmó que “es indudable la aplicación del art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la Administración”.

³³² Fallos, 316:2454, “Serra, Fernando H. y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 26/10/93. Aquí estableció que no era necesario deducir la acción por el cobro de honorarios dentro del plazo de caducidad, sino del de prescripción de la acción, pues el derecho a accionar judicialmente para obtener el reconocimiento del crédito que invocaba la actora había nacido de la relación contractual celebrada entre las partes, y no del acto municipal que había rechazado su petición, que no gozaba en el caso de aptitud para modificar la relación jurídica sustancial fijada por el acuerdo de voluntades.

³³³ Fallos, 318:441, “Gypobras S.A. c/Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia s/contrato de obra pública”, del 5/4/95. Allí se afirmó que “el citado art. 7º, in fine, en cuanto expresa que los contratos celebrados por la Administración se regirán por sus respectivas leyes especiales, indica que el legislador no descartó la aplicación de un ordenamiento general, que en materia de procedimiento y de impugnación no puede ser otro que la ley 19.549.

[...] En consecuencia, es indudable la aplicación del art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los pleitos relativos a las relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la administración”. (Fallos, 318:442).

³³⁴ Fallos, 319:1477, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/Banco de la Nación Argentina”, 20/08/96. La Corte reiteró: “Los actos administrativos no impugnados judicialmente en plazo que dispone el art. 25 de la ley 19.549 (Adla, LI, 3946), devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada. En consecuencia, si el acto administrativo que se ataca no fue oportunamente impugnado por vía judicial, no es admisible la acción por cobro de pesos o reclamo de daños y perjuicios basados en el accionar ilegítimo de la administración”.

b) SENTENCIAS CONDENATORIAS NULAS. - Respecto de la prescripción en materia de sentencias condenatorias declaradas con posterioridad nulas, resulta interesante analizar el caso de los llamados “recursos de revisión”, contemplados en los códigos procesales penales provinciales y de la Nación.

Este tipo de recursos “tiende al examen de las sentencias condenatorias firmes al producirse circunstancias nuevas para el proceso, por haberse ignorado antes o porque acaecieron luego de su dictado”, y “persigue la finalidad de obtener la absolución del penado, una condena más favorable o la rehabilitación de su memoria, y tiende, en general, a superar un error judicial que condujo a la condena [...]”³³⁵.

En el orden nacional se contempla que la sentencia de revisión de la que resulte la inocencia de un condenado pueda pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquel no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial³³⁶.

Consideramos que en el caso resulta una facultad del particular solicitar un pronunciamiento sobre la reparación en la sentencia de revisión o con posterioridad, pues es a partir de ese momento como adquiere fehacientemente conocimiento de la invalidez del acto, y, en consecuencia, solo entonces comenzará a computarse el plazo de prescripción de la acción por los daños y perjuicios.

Asimismo, resulta interesante nuevamente hacer referencia a los supuestos contemplados en la ley 23.062³³⁷, en cuanto estableció que carecen de validez jurídica las normas y los actos administrativos emanados de las autoridades de facto surgidas por un acto de rebelión y los procesos judiciales y sus sentencias que tengan por objeto el juzgamiento o la imposición de sanciones a los integrantes de los poderes constitucionales, aun cuando quieran fundarse en pretendidos poderes revolucionarios (art. 1º, primer párrafo).

En principio, y conforme a la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, corresponde que el plazo de prescripción comience a computarse a partir de que el evento causante del daño se produce, o en su defecto, a partir de que el damnificado ha tomado el debido conocimiento del hecho y de sus consecuencias dañosas. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, existen supuestos en que no resulta justo aplicar estrictamente dicha regla, pues el particular no tiene expedita la acción pertinente.

³³⁵ D'ALBORA, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 632.

³³⁶ Cfr. art. 488 del Código Procesal Penal de la Nación.

³³⁷ Sancionada el 23 de mayo de 1984, promulgada el 6 de junio del mismo año y publicada en BO, 19/7/84.

Según ya se ha visto, quedó resuelto que como la ley 23.062 vino a dar certeza de la invalidez de las actas institucionales emanadas de las autoridades de facto, recién con la publicación de la misma, correspondía que comenzara a operar el plazo de prescripción del art. 4037 del Código Civil³³⁸.

En cuanto a los “procesos judiciales” y las “sentencias” a que hace referencia la ley 23.062, consideramos que en orden a las reglas fijadas por nuestros tribunales, correspondería computar el plazo de prescripción, a partir del acto judicial que efectivamente declare aplicable el art. 1° de la ley 23.062, y declare la invalidez jurídica de la sentencia nula.

Por lo tanto, para aplicar la mentada norma, y tratándose de un particular condenado en tales circunstancias, necesariamente deberá solicitar la aplicación judicial de dicha norma; y una vez que la sentencia firme declare la nulidad de la sentencia condenatoria, por aplicación de la ley 23.062, solo entonces tendrá habilitada la vía para reclamar por los daños y perjuicios que la misma le hubiere causado.

Existe, pues, una diferencia sustancial con relación al caso de las actas institucionales, pues en dichos supuestos, la ley resulta operativa, ya que imperativamente declara la mencionada nulidad, sin que resulte necesario un acto posterior que así lo declare.

Por el contrario, en el caso de los “procesos judiciales” y “las sentencias”, a nuestro entender, corresponde que sean tramitados como supuestos de revisión por una ley penal más benigna, ley que, por cierto, resulta de alto contenido reparador, y que se complementa con las prescripciones contenidas en la ley 23.077, que incorporó los llamados “delitos contra el orden constitucional” al Código Penal (arts. 226 al 236), y con el art. 36 de la Const. nacional reformada en 1994, que incorpora la garantía de defensa del orden democrático.

c) RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE ACTOS LÍCITOS DEL ESTADO. - Como señalamos en la introducción a este capítulo, la prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual del Estado, cuando este, no obstante que su conducta resulta ser regular, produce perjuicios, tuvo diferentes cambios a lo largo de los años. En la actualidad, por virtud de la ausencia de distinciones que plantea el art. 4037 del Código Civil, se ha conformado, en la jurisprudencia de la Corte, una doctrina uniforme al respecto.

1. “Laplacette” (26 de febrero de 1943)³³⁹. Sin embargo, la cuestión no siempre fue así, pues en una primera etapa la Corte Suprema recurrió al plazo general del art.

³³⁸ Plenario “Ibáñez”, ver nota 30, supra.

³³⁹ Fallos, 195:66.

4023 del Código Civil. Esto puede verificarse en la sentencia recaída con fecha 26 de febrero de 1943, en el caso “Laplacette, Juan y otros c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios”, en el que se reclamaban los daños y perjuicios consecuencia de las inundaciones causadas en el campo del actor provocadas por las obras realizadas por el gobierno provincial al construir un canal de navegación.

En efecto, según surge del relato de la sentencia, el actor era propietario de un campo que lindaba con una laguna, que en virtud de la ley provincial que proyectó el Canal Norte de navegación requería el embalse de las aguas hasta un nivel que necesariamente produciría la inundación de los campos del actor, inutilizándolos definitivamente.

La Corte entendió que la acción deducida no nacía de un acto ilícito, ya que la provincia demandada había actuado como poder público y en ejercicio de sus atribuciones, realizando una obra pública de interés general, pero la responsabilidad del Estado nacía en este caso de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad. La forma de hacer efectiva esa garantía era, a falta de una disposición legal expresa, aplicar los principios generales del derecho y las disposiciones que rigen situaciones análogas, siendo adaptable al caso de la referencia las normas relativas al instituto de la expropiación. Sin embargo, la Corte ya había reconocido que no se trataba de uno de dichos supuestos, pues el dominio no había sido transferido al demandado y éste había desistido de la construcción del Canal Norte. Por lo tanto, reconoció encontrarse ante una acción de naturaleza personal por indemnización de daños y perjuicios, y –en consecuencia– que no podía oponerse prescripción del art. 4037 del Código Civil – que en la anterior redacción disponía que la acción por la reparación civil por los daños causados por delitos y cuasidelitos se prescribía en el plazo de un año y no podía ser válidamente invocada–, sino que, por el contrario, el plazo aplicable era el general del art. 4023 del citado Código, que cuando los hechos fueron objeto de juzgamiento por la sentencia, las acciones prescribían a los diez años entre presentes y a los veinte entre ausentes, de acuerdo con lo establecido en el texto anterior a la reforma de la ley 17.711 por el art. 4023 del Cód. Civil.

En cuanto a la interrupción del plazo de prescripción, la Corte entendió, con basamento en la conducta de los actores, que no se podía evidenciar una presunción de renuncia al derecho del cual eran titulares, ya que, aun cuando habían equivocado el camino al pretender que la provincia adquiriera las tierras, habían intentado la nueva acción de reparación de los daños y perjuicios fundados en la misma causa, lo que ponía de resalto que habían ejercido sus acciones tesoneramente. A tal circunstancia debía sumarse que la provincia había reconocido el derecho de los perjudicados por la obra, resultando de aplicación el art. 3989 del Código Civil, que establece que el reconocimiento expreso o tácito de la obligación por parte del deudor interrumpe el curso de la prescripción. Tal reconocimiento expreso del demandado se produjo en el caso, por la circunstancia de que el Poder Ejecutivo provincial había

remitido un proyecto de ley a la Legislatura para que se dejara sin efecto la norma legal que autorizaba la construcción de la obra pública.

Finalmente, la Corte hizo mérito a la circunstancia de que la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la fundamentan, es aceptada en general por la doctrina.

2. “Cipollini” (2 de marzo de 1978)³⁴⁰. Algunos años más tarde, y con motivo de la sanción de la ley de reforma integral al Código Civil (17.711), la Corte Suprema consideró que era necesario revisar su doctrina, circunstancia que se verificó con el dictado de la sentencia de fecha 2 de marzo de 1978 recaída en la causa “Cipollini, Juan Silvano c/Dirección Nacional de Vialidad y otra s/sumario”, en la que se reclamaban los daños y perjuicios ocasionados al restaurante de propiedad del actor como consecuencia de la remodelación de la ruta 9 en la ciudad de Córdoba.

Cabe citar que el fallo de segunda instancia había revocado el de anterior grado, haciendo lugar a la defensa de prescripción opuesta por la demandada.

Llegado el caso a la Corte, esta afirmó que la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados sin culpa a los particulares nacía, en casos como este, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y era necesario buscar la forma de hacer efectiva esa garantía en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa.

Asimismo, entendió la Corte que a partir del texto del art. 4037 del Cód. Civil, sancionado con la reforma de la ley 17.711, el mismo resultaba más amplio que el anterior, al abarcar no sólo la responsabilidad por hechos ilícitos sino también todos los supuestos posibles de responsabilidad civil extracontractual, y por lo tanto, el argumento central de “Laplacette” había perdido su apoyo legal. De resultados de ello, hizo lugar a la defensa de prescripción de la acción opuesta por el Estado demandado. En consecuencia, ya no resulta necesario distinguir entre los casos de responsabilidad ocasionada por una actividad lícita o ilícita del Estado, sino que basta con distinguir la naturaleza contractual de la extracontractual, a efectos de aplicar a la segunda el plazo bienal del art. 4037 del Código Civil.

Por otra parte, y en lo que aquí interesa mayormente, la Corte admitió que la prescripción de la acción debía computarse a partir de la fecha de ocurrencia del daño cuya reparación se perseguía, no obstante lo cual también aceptó prescripciones independientes en caso de etapas nuevas y no previsibles del perjuicio, supuesto que no se había configurado en el caso examinado, ya que entendió que no existían daños imprevistos, sino que se trataba de la misma situación y que sus efectos se habían prolongado en el tiempo.

³⁴⁰ Fallos, 300:143.

3. “Aguará Ganadera” (20 de marzo de 1986)³⁴¹. Continuando con el análisis de la jurisprudencia de la Corte, debemos detenernos en el análisis del caso “Aguará Ganadera e Industrial S.A. c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” en el que se cuestionaba la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires al provocar la inundación de los campos de la actora. La Corte entendió que el cómputo de plazo debía partir del momento en que los daños habían sido conocidos por el reclamante y habían asumido un carácter cierto y susceptible de apreciación y que la circunstancia de que pudieran presentar un proceso de duración prolongada e indefinida no era obstáculo para ello.

Sin embargo reconoció, al igual que en “Cipollini”, que si bien para etapas nuevas y no previsibles del perjuicio pueden admitirse prescripciones independientes, no era el caso de autos, donde el perjuicio resultaba de las inundaciones producidas en un tiempo establecido en la demanda.

Así las cosas, si bien la Corte elaboró una doctrina que aplicó en forma uniforme, el debate en torno al plazo de prescripción de la acción derivada de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita se trasladó también al ámbito del fuero civil de la Ciudad de Buenos Aires, por lo que fue aquí también necesario elaborar una doctrina uniforme llamando a un fallo plenario, el cual se dictó en la causa

“Ricci, Carlos A. c/Municipalidad de la Capital”³⁴². La cuestión a debatir era, precisamente, si la acción por responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad lícita o legítima prescribía a los dos años.

4. El plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la causa “Ricci” (3 de marzo de 1988). Este plenario es muy rico en opiniones y recoge las diferentes posturas que resultan aplicables al tema, y a las que podríamos distinguir de la siguiente manera: a) mayoritaria: que sigue la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considerando aplicable el art. 4037 del Cód. Civil; b) residual: que reconoce la aplicación a estos casos del art. 4023 del Código Civil; c) unitaria: basada en la teoría de la “unidad del fenómeno resarcitorio”, considera aplicable el art. 4037 del Cód. Civil, y d) minoritaria: que propone la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, por no tratarse verdaderamente de un caso de responsabilidad. Veamos:

³⁴¹ Fallos, 308:337.

³⁴² Rev. “Rég. de la Administración Pública”, n° 118, p. 120.

I) Postura mayoritaria: La hemos denominado así porque obtuvo el voto mayoritario de los jueces del plenario y por ser la doctrina sentada por la Corte Suprema en los autos “Cipollini”. Se basa principalmente en los cambios operados luego de la reforma de la ley 17.711, que permite interpretar al mentado art. 4037 de una manera más amplia, abarcando todos los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Asimismo, recurre a la teoría elaborada por el profesor Miguel S. MARIENHOFF³⁴³, en cuanto considera que si bien la cuestión corresponde al derecho público “administrativo”, en nuestro régimen nacional no existe una norma específica que determine el plazo de prescripción y por ello corresponde recurrir subsidiariamente a las normas del derecho privado, civil en el caso, y aplicando la que tenga más analogía con la responsabilidad extracontractual del Estado.

II) Postura residual: Es la postura sustentada por el Dr. Cifuentes³⁴⁴ en su voto, y se basa principalmente en cuatro pilares: 1) ante una laguna en el derecho público administrativo se aplica subsidiariamente el derecho privado, con una orientación integrativa que sea lo más afín posible con los postulados de dicha rama; 2) en el caso de la prescripción extintiva, en el cual emerge el valor seguridad, los plazos más cortos son de excepción, y de lo contrario la solución tiene que ser remitida al plazo común de diez años, que es el que mantiene en plena vigencia el derecho por más tiempo; 3) la actividad del Estado que por ser de orden público perjudica a los particulares, da origen a una reparación que tiene causa lícita. Esta obligación sólo es posible en el derecho público administrativo, pues es el único sobre cuya base podría sostenerse que es legítimo y lícito el obrar dañoso en algunas situaciones, para preservar el interés público, y 4) parece de toda lógica, ante una alternativa entre dos soluciones legales, no elegir la que con toda claridad señala su exclusivo ámbito civil, sino la que en forma común y absorbente engloba todos los casos, incluidos los no estrictamente civiles.

En consecuencia, concluye que el art. 4037 del Código Civil se refiere exclusivamente a casos de responsabilidad civil extracontractual, que nunca puede ser lícita, ya que cuando el Estado ejerce una actividad lícita que genera el deber de reparación es una cuestión de puro derecho administrativo, porque el Estado actúa en la esfera de su cometido principal. Por lo tanto no es responsabilidad extracontractual civil, sino administrativa. De todo lo anteriormente dicho se desprende, entonces, que debe prevalecer la norma general dictada para cubrir todas las hipótesis no previstas por disposiciones especiales.

³⁴³ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. IV, ps. 850 y siguientes, n° 1691.

³⁴⁴ Sin perjuicio de desarrollar en su voto una tesis contraria a la de mayoría, se inclina, en definitiva, al igual que la mayoría, por entender que cuando la Corte Suprema define una cuestión de derecho federal y administrativo no es útil ni respetuoso del orden jurídico decidir lo contrario en instancias inferiores.

El voto del Dr. Cifuentes critica duramente el criterio sentado por la Corte, considerando que se confundió al pretender equiparar la actividad lícita del Estado con la responsabilidad extracontractual civil, tachando su actitud de una “simplificación incomprensible” al establecer que no cabe distinguir entre lo lícito y lo ilícito, sino sólo entre la naturaleza contractual y extracontractual de la obligación.

III) Postura unitaria: Esta postura³⁴⁵ entiende que la responsabilidad del Estado se inserta en una teoría unitaria de responsabilidad, que es común al derecho privado y público, diluyendo el distingo entre la responsabilidad del Estado y la civil. Ante la ausencia de regulación especial son aplicables las disposiciones que contemplan la responsabilidad civil, o sea, el deber de reparar en el derecho común. Esto es corolario lógico de la teoría de la “unidad del fenómeno resarcitorio”. El art. 4037 del Cód. Civil consagra la prescripción bienal para acciones de responsabilidad extracontractual, sin que interese el factor de atribución, enraizada en un sistema singular o único.

IV) Postura minoritaria: Es esta la postura que surge del voto en disidencia de los Dres. Molteni, Estévez y Durañona y Vedia (que también fue compartida por la Dra. Conde y el Dr. Bossert³⁴⁶) que rechaza la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad civil y señala la diferencia, con base en la doctrina alemana, entre la responsabilidad administrativa, que presupone la violación de un derecho subjetivo (acto ilícito), dando lugar a un resarcimiento, y la indemnización administrativa, que presupone el sacrificio de los derechos patrimoniales, con base en actividades plenamente legítimas (acto lícito), dando lugar a una compensación dineraria. Equipara el daño provocado por la ejecución de una obra pública al derivado de la expropiación, por tratarse de un acto de autoridad por el cual se quita o restringe un derecho de propiedad del sujeto particular, en provecho de una situación de utilidad pública, siendo que la obligación reparatoria tiende a paliar el desequilibrio causado al administrado, que soporta un menoscabo y su fundamento legal radica en la igualdad ante las cargas públicas. Los particulares no pueden oponerse, en analogía con la expropiación, pero sí pueden demandar un importe que les resarza la desvalorización sufrida.

En consecuencia del precedente desarrollo, los jueces entienden que en el caso no rige el art. 4037 del Código Civil, que se refiere a la responsabilidad, sino que por el contrario, al configurarse una obligación de indemnizar resulta de aplicación analógica el instituto de la expropiación. Por ello la cuestión se encuentra regida por el plazo quinquenal de la ley nacional de expropiaciones 21.499 (art. 56), y de no aceptarse esta analogía debería recurrirse al art. 4023 del Cód. Civil, como norma residual.

³⁴⁵ Desarrollada por el Dr. Bueres en su pertinente ampliación de fundamentos.

³⁴⁶ Sin embargo, cabe señalar que, en definitiva, estos dos camaristas votan con la mayoría por considerar que establecer una doctrina plenaria contraria a la establecida por la Corte es simplemente un dispendio de actividad jurisdiccional.

d) EL CARÁCTER FEDERAL O LOCAL DE LAS NORMAS REFERIDAS A LA PRESCRIPCIÓN. - El análisis relativo al plazo de prescripción de la acción tendiente a atribuir responsabilidad extracontractual al Estado no estaría completo si no se efectuara la consideración del aspecto propuesto en el título. En ese orden de cosas, se examina la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema acerca de la naturaleza federal o local de las competencias para legislar en materia de plazos de prescripción. La cuestión reviste la mayor importancia y sobre ella —como se anticipa— no existen opiniones uniformes.

Precisamente, la cuestión relativa a la posibilidad de legislar, al margen de las normas de fondo, acerca del nacimiento y extinción de las relaciones jurídicas reviste la mayor trascendencia y de allí que cobren importancia aspectos tales como fijar, por vía de normas estaduales locales, prescripciones distintas a las establecidas en la legislación general. El asunto, si bien no es novedoso, no deja por ello de mantener vigencia a partir del momento en que se examinan disposiciones como las contenidas en diversas leyes de presupuesto que, una y otra vez, fijan plazos y modalidades, distintas a las determinadas en los Códigos de fondo, sobre la extinción de créditos y deudas que los particulares tienen con el Estado, circunstancia que se ve agravada tan pronto como se advierte que es el propio deudor el que se fija el plazo de prescripción de sus obligaciones. Por otro lado, es propio que ciertas disposiciones del derecho público, que por esencia es local, fijan plazos de prescripción (v. gr., expropiación, jubilaciones, retiros o pensiones, etc.), por lo que se impone la armonización de la situación analizada.

Obviamente que, en la medida en que se acepte que el instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado debe regirse por disposiciones de esa especie cuando actúa en el campo del derecho público, forzoso será admitir que la legislación local se encuentra habilitada, sin agravio a la Constitución federal, para legislar sobre la materia de la prescripción de las acciones o, si se quiere y más genéricamente, sobre el modo en que la relación jurídica nacida a partir de la atribución de responsabilidad al Estado puede tener nacimiento y extinción.

En este aspecto de la cuestión es donde probablemente se encuentre más patentizada la influencia que el derecho civil ha tenido sobre el resto del ordenamiento jurídico y en especial, en el criterio que la Corte Suprema ha mantenido acerca del reparto de las competencias entre la Nación y las provincias para legislar sobre esta materia.

Tal como se anticipa, la cuestión no resulta novedosa y se ha presentado en la jurisprudencia de la Corte desde hace mucho tiempo. El examen de esos precedentes judiciales permite aseverar que la cuestión ha sido particularmente abordada a propósito de la facultad de las provincias para reglar el ejercicio de las profesiones liberales en sus respectivos ámbitos, y en especial sobre los regímenes jubilatorios de dichas profesiones. En lo que aquí mayormente interesa, con relación a la constitu-

cionalidad de normas que contenidas en códigos de procedimientos locales, fijan plazos de prescripción o modos de extinción de las acciones en forma diferente a la establecida en los códigos de fondo.

Del examen de dicha jurisprudencia puede extraerse como una primera conclusión que la Corte Suprema ha admitido la conformidad con la Constitución federal de normas provinciales que procedan a la regulación de plazos de prescripción vinculados estrictamente a los regímenes de seguridad social para los agentes de su administración pública y para los magistrados del Poder Judicial provincial.

Contrariamente, ha negado dicha conformidad cuando se trató de supuestos en los cuales la legislación local suprimía la posibilidad de llevar a cabo la ejecución forzada de sentencias contra el Estado; cuando legislaba en los códigos de procedimiento contencioso administrativo imponiendo exigencias contrarias a la legislación de fondo; y cuando reglaba plazos de prescripción diferentes a los establecidos en el Código Civil en materia de responsabilidad. Veamos, pues, los antecedentes jurisprudenciales a los que hacemos referencia.

1. “Zuberbühler” (28 de septiembre de 1953)³⁴⁷. Un caso interesante es el fallado con fecha 28 de septiembre de 1953, en los autos “Zuberbühler, Josefina María Rodríguez Larreta Anchorena de y otros s/demanda de inconstitucionalidad”, donde se debatía la repetición de unos impuestos que la actora consideraba pagados sin causa (cuya constitucionalidad se hallaba impugnada) y la constitucionalidad del art. 372 del Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, que establecía un plazo más breve que el dispuesto por el art. 4023 del Código Civil para ejercer la acción contenciosoadministrativa de repetición de dichos impuestos.

En dicha oportunidad, sostuvo la Corte que “la facultad constitucional de las provincias para darse sus propias instituciones y regirse por ellas, justifica y ampara la legislación provincial autónoma en lo referente al ejercicio y requisitos de las acciones que tutelan los derechos acordados y reconocidos por el ordenamiento jurídico también local”; pero que “la mencionada atribución provincial encuentra límite en la exigencia de que la legislación dictada en su consecuencia, no restrinja derechos acordados por normas de carácter nacional” y que “el derecho que ejerce un habitante que debate la inconstitucionalidad nacional de normas locales y la consecuente repetición de una suma de dinero exigida como consecuencia de aquellas y que estima pagada sin causa jurídica, en los términos del art. 794 del Código Civil, es precisamente de las que no pueden ser menoscabadas por la legislación local. En particular, si el derecho a tal repetición no se extingue sino por el curso de la prescripción común –Fallos, 220:202 y los que allí se citan; art. 4023 del Código Civil–

³⁴⁷ Fallos, 226:727.

no puede su exigibilidad ser limitada al tiempo mucho más breve que las leyes provinciales puedan establecer para el ejercicio de las acciones contenciosoadministrativas. Toda vez que no se trata de un derecho surgido de las leyes locales que fundaron el cobro de la suma repetida, sino de las normas nacionales preeminentes a aquella, la inhabilidad de las provincias para legislar en términos que importen alterar el régimen de su prescripción es manifiesta”.

2. “Liberti” (10 de agosto de 1956)³⁴⁸. A su tiempo, en la causa “Liberti, Atilio César (suc.) s/inscripción”, fallada en fecha 10 de agosto de 1956, se debatía la constitucionalidad de la ley 5605 de la provincia de Buenos Aires, que por su art. 116, inc. b, disponía que se encontraban sujetos al impuesto a la transmisión gratuita de bienes las participaciones que el causante tenía en varias sociedades con sede en la Capital Federal y con bienes en el territorio provincial. La Corte consideró contraria a las previsiones de los arts. 1702 del Cód. Civil y 220 del Cód. de Comercio tal pretensión del fisco provincial, y concluyó en que se oponía al reparto de competencias que había realizado la Constitución nacional entre la Nación y las provincias, al sostener que “Si las provincias han delegado en la Nación la facultad de dictar los códigos de fondo (art. 67, inc. 11, Const. nac.), para robustecer mediante esa unidad legislativa la necesaria unidad nacional, consecuentemente han debido admitir la prevalencia de esas leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas, fiscales o no fiscales, que las contradigan”.

3. “Pertuso” (8 de julio de 1980)³⁴⁹. En el caso fallado en la causa “Pertuso, Catalina Nilda s/desafiliación”, cobra trascendente relevancia el dictamen del Procurador General, Dr. Mario Justo López, que la Corte luego habrá de citar expresamente en el precedente “Santos”, como fundamento de la solución.

Se trataba en el caso de una odontóloga que solicitaba su desafiliación a la Caja Nacional de Trabajadores Autónomos, la que por ejercer su actividad profesional libre y exclusivamente en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se encontraba obligatoriamente comprendida en el régimen de la ley provincial 8119 y en consecuencia de ello efectuaba aportes jubilatorios en ambos sistemas (nacional y local).

El planteo fue desestimado en sede administrativa y por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. En lo que aquí interesa, sostuvo el sentenciante que no era admisible la tacha de inconstitucionalidad del art. 53 de la ley 18.038, ya que el art. 67, inc. 11 (actual art. 75, inc. 12), de la Constitución nacional atribuye al Poder Legislativo federal la facultad de dictar el Código de Trabajo y Seguridad Social.

³⁴⁸ Fallos, 235:579.

³⁴⁹ Fallos, 302:721.

El dictamen del Procurador General sostuvo que la regulación de la seguridad social no configura un monopolio conferido al gobierno federal y que lo dispuesto en el art. 67, inc. 11, de la Const. nacional debe ser armonizado con las previsiones del art. 14 bis del texto constitucional. De allí que lo establecido en aquel con relación al Código de Seguridad Social no constituye una delegación exclusiva y excluyente de las provincias a favor del gobierno federal, a diferencia de lo que ocurre con otras disposiciones de la Constitución nacional.

Se estableció allí la armonización entre las facultades del legislador federal para dictar el Código de Seguridad Social y la correlativa atribución de las provincias para decidir, en su propia esfera, lo relativo al régimen de seguridad social para los agentes de su Administración Pública y para los magistrados y funcionarios de sus tribunales, por ser ello una exigencia de las respectivas autonomías locales. Por otro lado, consideró que el poder de policía conservado por las provincias, que también se ejerce para reglamentar las profesiones liberales, se proyecta sobre el campo previsional y afecta a las personas que ejercen tales profesiones.

Cabe citar que la Corte Suprema no llegó a emitir su pronunciamiento, merced a que cuando se encontraba en condiciones de dictar su fallo se produjo la derogación de las normas cuya inconstitucionalidad se hallaba en discusión.

4. “Santos” (15 de agosto de 1989)³⁵⁰. En materia de precedentes emanados de la Corte Suprema, análogos al caso decidido en “Pertuso”, nos encontramos con el fallo del 15 de agosto de 1989, recaído en la causa “Santos, Ramiro c/Instituto de Seguridad Social de la Provincia de Tucumán s/acción contenciosoadministrativa”, donde el tribunal debió expedirse sobre la conformidad constitucional de una ley provincial que establecía plazos de prescripción en materia previsional. Se trataba de la ley 4882 de la provincia de Tucumán –art. 52– y se alegaba que ella violaba el anterior art. 67, inc. 11, de la Const. nacional (actual art. 75, inc. 13), norma por la que se ha delegado en el legislador federal la competencia para dictar los códigos de fondo.

La Corte, con cita de fallos anteriores y del dictamen del procurador general recaído en la causa “Pertuso”, rechaza el planteo de inconstitucionalidad. Ello, por cuanto entiende que resulta indiscutible la potestad provincial, fundada en los arts. 104 y 105 de la Constitución nacional (numeración anterior a la reforma de 1994) de establecer regímenes de seguridad social para los agentes de su Administración Pública y para los magistrados del Poder Judicial provincial.

5. “Sandoval” (8 de julio de 1997)³⁵¹, y sus citas de Fallos, 275:254 y 311:1795. Sin embargo, la precedente afirmación podría resultar contradictoria con el criterio

³⁵⁰ Fallos, 312:1340.

³⁵¹ Fallos, 320:1344.

sostenido posteriormente por la propia Corte en la sentencia recaída con fecha 8 de julio de 1997 en la causa “Sandoval, Héctor c/Provincia del Neuquén”, en la que el tribunal, con remisión a decisiones suyas anteriores, ante un tema similar sostuvo que “la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los Códigos de fondo establecen al respecto, ya que al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan”.

El conflicto constitucional se suscitó a raíz de la aplicación del art. 194 de la ley 1284 de Procedimiento Administrativo de la Provincia del Neuquén, que establece: “La interposición de la acción procesal administrativa interrumpe el curso de la prescripción, salvo que por cualquier circunstancia el proceso termine sin sentencia que resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada. La prescripción no se interrumpe en los supuestos de conclusión del proceso por inadmisión del mismo, desistimiento del proceso, caducidad de instancia y excepciones previas”.

Contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, el actor dedujo el recurso extraordinario federal, que fue admitido por la Corte en virtud de que la sentencia apelada se pronunció por la validez de la mencionada norma provincial, que fue cuestionada por contraria al art. 3986 del Código Civil y violatoria de los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución nacional.

El tribunal considera incluido en el ámbito propio del legislador nacional a las previsiones relativas a los efectos interruptivos de la prescripción que el art. 3986 del Código Civil le asigna a la demanda judicial, aunque fuera promovida ante juez incompetente, circunstancia que según la Corte Suprema “[...] constituye una formalidad propia del régimen de la prescripción liberatoria, comprendida dentro de las facultades de aquél para legislar de manera uniforme sobre los modos de extinción de las obligaciones, por lo que el superior tribunal no debió anteponer su ley local a dicho precepto de fondo (Fallos, 256:215)”³⁵².

Ahora bien, advirtiendo el propio tribunal que estas apreciaciones podrían considerarse contrarias a las vertidas en la causa “Santos”, precedentemente examinada, señala que lo decidido en dicha causa solo implica aceptar la facultad provincial de legislar en materia de prescripción previsional ante la ausencia de disposiciones aplicables en la legislación de fondo y sin contradecirla, extremo que no se verificaba en la presente causa “Sandoval”.

Por lo demás, conviene señalar que lo resuelto por la Corte encuentra también fundamento en la doctrina recaída en los precedentes “Marienhoff”³⁵³ (sentencia de

³⁵² Conf. consid. 7º de la sentencia.

³⁵³ Fallos, 275:254, “Marienhoff, Miguel S. y otro c/Santa Cruz, la Provincia s/ejecución de honorarios en autos Horteloup, Andrés c/Santa Cruz, Provincia s/otorgamiento de título de dominio”.

fecha 5 de noviembre de 1969) y más recientemente en “Provincia de Salta c/Nación Argentina”³⁵⁴ (sentencia de fecha 6 de noviembre de 1988), precedentes que ella misma cita al tiempo de resolver del modo en que lo hizo en la causa “Sandoval”.

En ambas sentencias la Corte recordó el criterio de que las provincias, en su carácter de personas jurídicas, pueden ser demandadas y ejecutadas en sus bienes por las obligaciones que contraigan, de acuerdo con el art. 42 del Código Civil³⁵⁵, y que para así decidir partió de la base del principio por ella misma establecido, según el cual “cualesquiera que sean las disposiciones que contengan las leyes locales tendientes a substraer la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas del Estado contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas, pues las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva legislación del Congreso Nacional”³⁵⁶.

6. “Puigmarti” (15 de octubre de 1999)³⁵⁷. El criterio resumido fue expresamente receptado también en un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, recaído con fecha 15 de octubre de 1999, en la causa “Puigmarti y Cía. s/inc. de rev. por Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires”, en el que se debatía el plazo de prescripción aplicable a obligaciones fiscales que el Estado provincial reclamaba del fallido.

El caso llega a la Cámara por agraviarse el recurrente de la resolución que había dispuesto hacer lugar al incidente de revisión promovido por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, respecto de sumas de dinero determinadas a su favor, aplicando el plazo de prescripción contemplado por el Código Fiscal provincial y no el que dispone el art. 4027, inc. 3º, del Código Civil.

El tribunal, con sustento en la jurisprudencia de la Corte arriba reseñada y en contra del dictamen del Fiscal de Cámara, resolvió, coincidentemente con dicho criterio, que la prescripción es una materia reglada por el Código Civil y las leyes provinciales no pueden modificar las disposiciones dictadas por el legislador nacional sobre prescripción, sin violar lo dispuesto en los arts. 75, inc. 12, y 126 de la Constitución nacional, y en consecuencia de ello revocó la resolución recurrida, desestimando el incidente de revisión intentado.

³⁵⁴ Fallos, 311:1795.

³⁵⁵ La norma dispone: “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”. Para mejor comprender el alcance de lo dicho y de la aplicación del precepto, recuérdese que conforme lo establece el art. 33 del propio Cód. Civil, el Estado nacional reviste la calidad de persona jurídica de derecho público, al igual que las provincias, los municipios y las entidades autárquicas.

³⁵⁶ Conf. sentencia recaída en la causa “Marienhoff”.

³⁵⁷ LL, t. 2000-B, p. 390.

Para arribar a la solución comentada se sustentó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los Códigos de fondo establecen al respecto, ya que al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que la contradigan (Fallos, 320:1345 y sus citas), salvo en los casos de ausencia de disposiciones aplicables a obligaciones análogas en la legislación nacional y sin contradicción con esta (Fallos, 320:1344, consid. 8°).

27. NUESTRA OPINIÓN

Cabe citar que el criterio sentado en los precedentes reseñados es contrario a la postura de un sector de la doctrina que ha venido sosteniendo que en tanto se trate de la responsabilidad extracontractual del Estado disciplinada en el ámbito del derecho público, se abre la posibilidad para las provincias de legislar sobre la materia relativa a la prescripción, criterio que también guarda coherencia –como quedó dicho– con la postura de que la disposición contenida en el art. 1112 del Código Civil es una norma de derecho público cuya aplicación a la materia abordada, por esa razón, debe ser realizada directamente, aunque se encuentre ubicada en la legislación de fondo³⁵⁸.

Por nuestra parte, creemos que la construcción que realiza la Corte es la más ajustada al reparto de competencias entre el legislador federal y el local, de manera tal que, salvo en los casos de ausencia de disposiciones aplicables a obligaciones análogas en la legislación nacional y en la medida en que no las contradigan, el derecho público de carácter eminentemente local no puede legislar en materia de plazos de prescripción y, en general, sobre el modo de extinción de las obligaciones estatales.

En función del criterio precedentemente reseñado, resultan contrarias a los derechos y garantías establecidos en la legislación civil disposiciones tales como las contenidas en el art. 25 de la Ley de Presupuesto 24.447, incorporada como art. 51 a la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto 11.672³⁵⁹, en cuanto la norma dispuso que el 30 de junio de 1995 se produjo la caducidad de los derechos y la prescripción de las acciones para peticionar créditos contra el Estado nacional o cualquiera

³⁵⁸ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , t. IV, p. 852, n° 1691; GAMBIER, Beltrán, y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias . . .?, p. 793.

³⁵⁹ Texto ordenado según dechr. 689/99.

de los entes comprendidos en la ley 23.982, de causa o título anterior al 1° de abril de 1991.

Algo semejante puede predicarse de la norma contenida en el art. 19 de la ley 24.624, incorporada como art. 67 a la referida ley 11.672, en cuanto establece la inembargabilidad de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público, y ello así, pues contraviene abiertamente lo dispuesto por el artículo 42 del Código Civil³⁶⁰.

³⁶⁰ Acerca de esta incorrecta técnica empleada asiduamente por el legislador para sortear el cumplimiento estricto de sus obligaciones, nos remitimos a nuestro trabajo *Administración financiera y sistemas de control*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997, ps. 10 y siguientes. Sobre esta cuestión puede verse el trabajo recientemente publicado por el Dr. Pedro ABERASTURY (h.), *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

CAPÍTULO VII

LAS DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN

28. EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

a) CONCEPTO. - Para culminar esta parte del trabajo y también por la incidencia que la cuestión tiene en lo relativo a la prescripción de la acción resarcitoria, creímos necesario a esta altura abordar las cuestiones que precedentemente se indican en el título. Ello así, por cuanto un sistematizado estudio del instituto no puede soslayarlos.

En efecto, parece obvio que si el reclamo administrativo estuviera impuesto como un requisito ineludible para acceder a la posibilidad de demandar judicialmente al Estado, la cuestión podría no suscitar demasiadas controversias acerca de los efectos que dicho reclamo tiene en el plazo de prescripción de la acción. En tal caso, y en la medida en que el agotamiento de la instancia administrativa por vía del reclamo administrativo previo se imponga como requisito ineludible de acceso a la acción judicial, podría sostenerse que el particular, lisa y llanamente, carece de tal acción.

Sin embargo, la cuestión se torna más compleja cuando como sucede en el orden nacional, el art. 32, inc. d, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (19.549), exceptúa expresamente a las acciones de daños y perjuicios de la necesidad del reclamo previo³⁶¹. Cabe entonces preguntarse si, aun en ese caso, la interposición

³⁶¹ Recientemente la Ley de Emergencia Económica 25.344 (art. 12) introduce modificaciones a la LPA; en lo que aquí interesa, y sin perjuicio de desarrollar el tema más adelante, cabe señalar que modifica el art. 32 de la LPA, quedando redactado a partir de ahora del siguiente modo: "Art. 32. - El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual» (el destacado no pertenece al original). Vemos que se mantiene la excepción contemplada por el art. 32, inc. d, de la LPA en su versión anterior; sí se han recortado los demás supuestos de excepción en materia de reclamo previo.

de la reclamación administrativa posee los efectos asignados por el art. 1º, inc. e, ap. 9º in fine de la misma ley, y si ante una conducta semejante del particular, la Administración Pública debe expedirse en virtud de disposiciones tales como el decr. 28.211/44, cuya vigencia aún se sostiene, tal como seguidamente habrá de ser analizado. Por nuestra parte, y por las razones que habrán de darse en el texto, creemos que una respuesta afirmativa a la primera parte de la cuestión propuesta precedentemente se impone.

Autorizada doctrina ha calificado a la reclamación administrativa previa como “un privilegio de la Administración Pública, pues ella permite volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste”³⁶².

En orden a su exigencia se ha sostenido que “encuentra fundamento en el poder de la Administración de juzgar sus propios actos, en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en la esencia y fin de las potestades administrativas ejercidas con relación al bien común” y que “al mismo tiempo que es un requisito de admisibilidad, es un remedio peculiar contra hechos o actos administrativos, instaurado legalmente como presupuesto procesal de la demanda”³⁶³.

Como primera medida, cuadra señalar que el reclamo administrativo previo fue instituido por la Ley de Demandas contra la Nación, sancionada en 1900, para suplir el requisito de la “venia” o autorización previa que el Estado nacional debía conferir para ser demandado judicialmente. Esa venia o autorización debía ser efectuada por el Congreso de la Nación en orden a la facultad de arreglar la deuda pública asignada por el art. 67, inc. 6º, de la Constitución nacional de 1853.

Recuérdese también que el requisito de autorización o consentimiento previo fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para demandar a la Nación Argentina, pero no era exigido en el caso de que se demandase a una provincia³⁶⁴.

Pues bien, fue así como el consentimiento estatal previamente conferido por este para ser demandado apareció como un requisito procesal del ejercicio de las acciones contra el mismo³⁶⁵. Desde una perspectiva actual, puede decirse que esa necesidad de contar con una venia legislativa previa fue una construcción elaborada por la doctrina de la Corte Suprema sobre la base de una consideración extremadamente rígida de la división de poderes, que no se compadece con una más moderna interpretación constitucional.

³⁶² BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, 3ª ed., Castellví, Santa Fe, 1964, p. 159.

³⁶³ GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Platense, La Plata, 1971, ps. 86 y 87.

³⁶⁴ Nos remitimos a lo dicho al examinar las causas “Seste y Seguich” y “Gómez”.

³⁶⁵ Cfr. GRAU, Armando E., *ob. cit.*, p. 74, y ABERASTURY (h.), Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 32.

b) LA LEY 3952 DE DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN. - El 27 de diciembre de 1900 se sancionó la ley 3952, que suplió el requisito del consentimiento legislativo previo por el del reclamo administrativo previo cuando se tratara de acciones de naturaleza civil, pero se mantuvo subsistente para el caso de que el Estado actuara en ejercicio del poder público, y así lo entendió la propia Corte Suprema hasta la sanción de la ley 11.634, que generalizó el requisito de la reclamación administrativa previa para ambas esferas de actuación estatal³⁶⁶.

En efecto, el artículo 1° de la citada ley 3952 dispuso: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”.

Posteriormente, con la reforma introducida por la señalada ley 11.634, sancionada el 28 de septiembre de 1932, el mencionado art. 1° de la ley 3952 quedó así redactado: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por éste” (el destacado nos pertenece).

El artículo 2° dispuso que en caso de que la reclamación demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo, el particular podría requerir pronto despacho y si transcurridos tres meses más no se produjera dicha resolución, la acción podría ser llevada a cabo directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos.

Ahora bien, sentado entonces que más allá de los fundamentos que en general tanto la jurisprudencia como la doctrina han vertido para justificar su instauración, lo cierto es que se trata de un requisito de admisibilidad de la demanda que denota el privilegio posicional que en el proceso judicial tiene el Estado con respecto a los particulares.

En la legislación nacional, la exigencia del reclamo administrativo previo se encuentra establecida actualmente en el art. 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, fijándose las excepciones en el art. 32 del mismo ordenamiento legal que, como ya hemos señalado, actualmente y merced a las reformas introducidas por la ley 25.344, se reducen a dos. De entre ellas interesa señalar la contenida en el inc. b del art. 32, pues en virtud de la misma el reclamo previo no es necesario cuando “se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual” (conf. texto art. 12, ley 25.344).

³⁶⁶ Cfr. GRAU, Armando E., ob. cit., p. 85.

El reclamo administrativo previsto en el artículo 30 de la LPA también ha sufrido modificaciones a partir de la citada Ley de Emergencia Económica. En su nueva redacción, de conformidad con lo dispuesto por el art. 12 de la ley 25.344, se establece que “El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los arts. 23 y 24”. A su turno, el texto del nuevo art. 31 dispone: “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquel iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y en el presente”.

Sin perjuicio de señalar que no es este el lugar para formular un análisis exhaustivo de las reformas introducidas a los artículos transcritos de la LPA sobre los cuales la doctrina ya ha tenido ocasión de ocuparse³⁶⁷, ni es mi intención hacerlo, resulta indispensable realizar algunas precisiones sobre el tema por su vinculación con la temática que abordamos en este capítulo.

Es fácil advertir que se generaliza la necesidad de formular el reclamo administrativo previo, pues el actual art. 32 de la LPA solo contempla dos excepciones. Además, decir que el administrado “requerirá” pronto despacho genera ambigüedad en torno a la naturaleza obligatoria o no de tal planteo y las consecuencias de no requerirlo, en tanto, y esto es lo más grave, impone frente al silencio de la Administración la obligación de interponer la demanda dentro del plazo establecido por el art. 25 de la ley. Es decir que asimila el silencio, en cuanto a sus efectos, al acto, aplicando el plazo de caducidad legal para interponer la demanda. Sin poder explayarnos sobre el tema, vale resaltar que se desvirtúa la esencia de la figura del silencio, ficción creada siempre en favor de los administrados, pues resulta equiparada a las consecuencias que genera el dictado de un acto administrativo, cuando en realidad la Administración no ha cumplido su obligación de resolver el reclamo y se premia su falta con la aplicación de un plazo perentorio para reclamar, circunstancia que menoscaba el de-

³⁶⁷ CANOSA, Armando, y MIHURA ESTRADA, Gabriel, La emergencia y una nueva degradación a la tutela judicial efectiva, ED, t. 190, p. 732, y CANOSA, Armando, Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

recho del particular a recibir respuesta de la Administración pública, obligada siempre a resolver (arg. arts. 14 y 18, Const. nac.).

Cabe citar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse sobre la constitucionalidad de normas análogas a la aquí analizada, y así debe señalarse que en la causa “Galián, Edgar c/Provincia de Corrientes” del 26/12/78³⁶⁸, declaró la inconstitucionalidad del art. 44 del Código Contencioso-administrativo de la Provincia de Corrientes, en virtud del cual se consideraba que el no uso de los mecanismos destinados a urgir la decisión por parte de la administración, frente al silencio de ella, permite presumir la renuncia de los derechos en juego. En efecto, el Alto Tribunal sostuvo que “resulta irrazonable que mediando una manifestación inequívoca y expresa del recurrente impugnando un acto o decisión de la Administración, suficiente para determinar la medida y el alcance de su reclamo, se presuma por vía legal su renuncia, cuando el órgano no cumple con la obligación de resolver dentro del plazo y el interesado no urge la decisión. En efecto, atribuir a esa renuncia por el art. 44 del Cód. Contencioso-administrativo de Corrientes al hecho de no haber urgido el procedimiento ante el silencio del órgano, no guarda coherencia con las reglas del procedimiento, premia la actitud negligente de la Administración, importa un trato desigual no razonable de los sujetos de la relación de derecho público y atenta contra la garantía de la defensa establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional”. Por entender que se trataba de una sanción de injustificado rigor que estimula la negligencia de la Administración, provocando la extinción de derechos, declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

Finalmente, la nueva versión del art. 31 del LPA recepta la doctrina del fallo “Gorordo”³⁶⁹ de la Corte Suprema, y del plenario “Romero, Gerardo”³⁷⁰ de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que a su vez receptaban lo afirmado tiempo antes por la Sala III de ese fuero en la causa “Avanzada”³⁷¹ en cuanto prevé que el juez debe controlar de oficio las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa con relación a la habilitación de la instancia y agotamiento previo de la vía administrativa.

Está claro que las reformas introducidas provocan un importante retroceso tanto en el procedimiento como en el proceso contencioso administrativo. Resta esperar que la jurisprudencia, en especial la de la Corte Suprema, conteste con su tradicional postura, no permita –más allá de las razones de emergencia económica invocadas– la afectación de derechos de raigambre constitucional destinados a resguardar la igualdad de los sujetos involucrados en la relación de derecho público.

³⁶⁸ Fallos, 300:1292.

³⁶⁹ Fallos, 322:73; ED, t. 181, p. 960, con comentario de Julio R. COMADIRA.

³⁷⁰ ED, t. 182, p. 623. Sobre el tema puede consultarse “El enigma de la habilitación de instancia”, del Dr. Guillermo A. MUÑOZ, en Fragmentos y testimonios . . . , p. 573.

³⁷¹ LL, t. 1990-E, p. 468.

29. EL DECRETO 28.211/44. LA DOCTRINA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

Antes de la sanción del decreto ley 19.549 (1972), y desde 1944, año en el que el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decr. 28.2²²², se llegó a sostener que a pesar de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 3952 (con la redacción dada por la ley 11.634) el reclamo administrativo previo tampoco era necesario cuando se trataba de obtener un resarcimiento de daños y perjuicios del Estado por virtud de la actuación de los funcionarios públicos.

En efecto, con base en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema que GRAU cita en su trabajo, este autor sostiene que en tanto la acción estuviera dirigida a la atribución de responsabilidad por los hechos o accidentes en que sean partes los agentes de la Nación, el reclamo administrativo previo resultaba innecesario³⁷².

Ahora bien, la Procuración del Tesoro de la Nación ha elaborado a través de los años una doctrina con relación a la demandabilidad del Estado en sede administrativa, que en sus orígenes fue fundamentalmente negatoria, con base, precisamente, en lo dispuesto en el art. 1º del referido decr. 28.211/44, que establece: “El Poder Ejecutivo no admitirá, por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que estos realizan las funciones o tareas encomendadas, debiéndose dejar librada a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de los hechos o accidentes como lo que se refiere al monto de la compensación a que hubiera lugar”.

En tales condiciones, no resulta aventurado sostener que frente a la vigencia de una norma con semejante alcance, la reclamación administrativa previa hubiera comportado un ritualismo inútil, merced a que la Administración Pública se encontraba impedida de admitir su responsabilidad en dicha vía.

Los motivos que primordialmente llevaron al dictado de dicho decreto pueden resumirse de la siguiente manera:

a) EL PROBLEMA PRÁCTICO DE LA CERTEZA. - Se refiere a que, si bien en principio nada se opone a que el Poder Ejecutivo –en presencia de elementos de juicio que acrediten en forma indubitable la responsabilidad del Estado por hechos de sus agentes– así lo declare, en la práctica, esta certeza no se da en la mayoría de las cuestiones que se plantean en tan delicada cuestión.

³⁷² Cfr. GRAU, Armando E., ob. cit., p. 91.

b) LA FALTA DE PROCESAMIENTO EFICAZ. - Esto se debe a que la mayoría de las veces la documentación no aparece acumulada de oficio y resulta necesario contar, en primer término, con una documentación completa o con recursos legales eficaces para obtenerla, existiendo el grave inconveniente, en lo administrativo, de carecer de normas básicas obligatorias que aseguren un procesamiento eficaz (término, emplazamientos, recusaciones, designación de peritos, responsabilidad de testigos y peritos, etc.).

c) LAS PERSONAS INTERESADAS E INFLUYENTES. - Se refiere a que la solución de los casos dudosos aludidos podría depender de la intervención interesada y a veces perniciosa de personas influyentes.

d) EL PROBLEMA DEL “QUANTUM”. - Aun suponiendo que fuera viable el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los damnificados tendrían igualmente que recurrir a una acción ordinaria para determinar el quantum de la indemnización y resulta preferible, al no poder evitarse el proceso judicial, que se deje librado a la estimación de los tribunales tanto lo relativo a la responsabilidad como lo que se refiere al importe de la reparación.

30. LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA SANCIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (19.549)

Ahora bien, sancionada la ley 19.549, la doctrina del máximo órgano de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional sufrió una evolución que implicó diversos cambios con relación a la vigencia del decr. 28.211/44. En pocas palabras, podríamos decir que la doctrina de la Procuración del Tesoro evolucionó, desde una posición de sujeción estricta a la letra del decreto, a otra más flexible que, sin desnaturalizar el texto de ésta, ha procurado compatibilizarlo con la verdad jurídica objetiva y el adecuado servicio de justicia.

Por un lado, sostuvo que el artículo 32, inciso d, de la ley 19.549 había dejado tácitamente sin efecto el art. 1º del decreto, al disponer que el reclamo administrativo previo no sería necesario, dejando librado así a la elección del administrado ocurrir directamente a la vía judicial o interponer su petición en sede administrativa, ya que a partir de la sanción de la ley 19.549 no podía sostenerse razonablemente que faltara en sede administrativa vía procedimental adecuada para tramitar reclamos por daños y perjuicios contra el Estado Nacional³⁷³.

Sin embargo, por otro lado, estimó que cabía la aplicación del decreto³⁷⁴, lo que ha llevado a sostener que el mismo se encuentra vigente, en los casos en que resulte

³⁷³ Dictámenes, 122:358; 123:80 y 87; 128:516 y 573; 130:20.

³⁷⁴ Dictámenes, 123:19 y 254; 127:99; 133:493; 139:34, entre otros.

dudosa la pretendida responsabilidad del Estado, o cuando el modo por el cual el supuesto damnificado interpone el recurso no esté exento de defectos, o cuando sea problemático establecer el monto de la indemnización³⁷⁵.

Esta última postura fue sucesivamente reforzada, fundamentalmente con base en tres argumentos: a) la subsistencia de las causas que condujeron al dictado del decr. 28.211/44; b) considerar que la sanción de la ley 19.549, si bien ha podido servir de fundamento para hacer menos rígida la aplicación de este último, no ha determinado, sin más, la pérdida de virtualidad jurídica del decreto, y c) juzgar que los jueces tienen algunas potestades de las que carece la Administración, por ser constitucionalmente los órganos “imparciales, independientes” encargados por antonomasia de dirimir controversias de derechos entre partes.

Esta doctrina fue atemperada al sostenerse que la solución del problema no puede basarse simplemente en la rígida aplicación del art. 1º del citado decreto, pues debe admitirse la posibilidad de acceder en sede administrativa a reclamos por daños y perjuicios, para evitar, entre otras razones, una condena por parte de la justicia, sin descartar cierta limitación relacionada especialmente con la eventual inexistencia de mecanismos adecuados para la determinación del daño de que se trate en la Administración o los supuestos en que resulte dudosa la responsabilidad del Estado, y al margen de la necesidad de la Administración de esclarecer los hechos a fin de poder establecer un curso de acción a seguir, frente a eventuales responsabilidades de sus agentes o ex agentes³⁷⁶.

La Procuración del Tesoro de la Nación tuvo oportunidad de dictaminar respecto de un caso de dudosa responsabilidad estatal, originado en el robo sufrido por el director de un instituto estatal en la casa habitación que ocupaba junto con su familia dentro del predio del citado instituto, considerando que no se había acreditado fehacientemente cómo habían sucedido los hechos, ni se había acreditado la existencia y monto de los daños, debiendo dilucidarse la pretensión en sede judicial³⁷⁷.

Finalmente, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación se consolidó con posterioridad, al aclarar que resulta procedente admitir en sede administrativa la responsabilidad del Estado en reclamaciones por daños y perjuicios, si con esto se evita al Estado una condena judicial innecesaria en los supuestos en que dicha responsabilidad resulte indudable sobre la base de pautas objetivas que garanticen una correcta determinación, a través de un procedimiento ajustado a derecho y eficaz³⁷⁸. No se descarta la limitación de ese principio cuando la Administración carezca de

³⁷⁵ Dictámenes, 123:19; 139:34; 172:73, entre otros.

³⁷⁶ Dictamen de fecha 14 de abril de 1987, publicado en “Rég. de la Administración Pública” (RAP), nº 119, p. 99.

³⁷⁷ Dictamen de fecha 26 de mayo de 1987, publicado en RAP, nº 119:97.

³⁷⁸ Dictámenes, 190:142 y los allí citados; dict. 129/92.

mecanismos adecuados para la determinación del daño de que se trate o en los supuestos en que resulte dudosa la pretendida responsabilidad del Estado³⁷⁹.

31. NUESTRA OPINIÓN

Entendemos que a partir de la sanción de la ley 19.549 –aun con las modificaciones que introdujo la ley 25.344– y del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo aprobado por el decr. 1759/72, no puede sostenerse la vigencia del mencionado decreto, en cuanto el mismo –por lo que surge de su texto– “prohíbe” el tratamiento de solicitudes dirigidas a atribuir responsabilidad al Estado, y ello es incompatible con el principio general de búsqueda de la verdad material u objetiva establecida en el art. 1º del citado ordenamiento legal como principio esencial del procedimiento administrativo. Si bien es cierto que la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación ha ido atemperando la rigurosidad de la norma, no lo es menos que la ley reconoce el derecho que todo particular tiene de formular una petición concreta a la Administración Pública (“derecho a ser oído” según reza el art. 1º, inc. f, ap. 1º de la ley), y esta tiene el correlativo deber de responder con ajuste a la necesidad legal de esclarecer los hechos y la verdad material u objetiva (art. 1º, inc. f, ap. 2º de la misma ley).

Aun cuando no se estuviere conteste con la apuntada incompatibilidad, podría incluso sostenerse que se ha producido en el caso lo que en doctrina se conoce como “derogación institucional”, sistemáticamente estudiada y predicada entre nosotros por MARIENHOFF como una variante de la derogación tácita de las normas y según la cual, cuando el legislador regula en forma orgánica e integral un instituto determinado del derecho, aunque sin hacer mención a las normas que de un modo singular o parcial regulaban ciertos aspectos del mismo instituto, se produce dicha derogación tácita de manera institucional. No es que las normas anteriores resulten absolutamente incompatibles con las nuevas disposiciones, sino que el legislador le ha conferido a dicho instituto una regulación integral u orgánica que traduce la pérdida de vigencia del régimen anterior³⁸⁰: “El fundamento de la derogación ‘orgánica’ parte del supuesto de que si el legislador creyó del caso reglar en forma armónica todo un cuerpo de disposiciones, no sería lógico suponer que haya estado en su mente hacer subsistir disposiciones que figuraban en un cuerpo legal anterior y análogo”. En apoyo de esto último, apréciase que el supuesto se encuentra legislado en el art. 32, inc. d (ahora inc. b) de la ley 19.549.

³⁷⁹ Dictámenes, 188:33 y los allí citados; dict. 129/92.

³⁸⁰ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 2ª ed., actualizada, Buenos Aires, 1977, t. I, ps. 229 y ss., con sustento en la opinión de los autores chilenos AYLWIN y SILVA CIMMA.

32. EFECTOS DEL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

Cuadra finalmente el planteamiento que se propone en el título. Como quedara anticipado, la ley impone la obligatoriedad del reclamo administrativo previo como condición ineludible para que el particular pueda contar con la posibilidad de acceder a la instancia judicial, y de esa forma la reclamación previa se ha establecido como uno de los modos, junto con la vía impugnatoria de actos administrativos, de agotamiento de la instancia administrativa.

Ahora bien, antes de la reforma que sufrió la LPA a raíz de la sanción de la ley 25.344, el principio general era el establecido en el art. 30 de la ley 19.549, si bien la profusa cantidad de excepciones que legislaba el art. 32 del mismo ordenamiento legal hacían que tal “obligatoriedad” fuera –en rigor de verdad– más aparente que real. Ahora, como ya lo señalamos al referirnos al tema, la regla del reclamo administrativo previo se ha extendido y se han reducido a dos las excepciones a su obligatoriedad.

Corresponde interrogarse, sin embargo, como lo dejamos planteado al comienzo del presente capítulo, acerca de si, no obstante la ausencia de la obligación de interponer el reclamo administrativo previo, ahora más generalizado, los efectos sobre el curso de la prescripción subsisten y, en todo caso, cuáles son dichos efectos. Por otro lado, la cuestión también interesa a efectos de establecer cuál es el comportamiento que debe seguir la Administración en sede administrativa y, posteriormente, en sede judicial.

Anticipamos nuestra opinión afirmativa a tal interrogante. En efecto, aun en el caso de que el reclamo administrativo previo no se encuentre impuesto obligatoriamente, si el particular acude a dicha vía voluntariamente para solicitar la reparación de los daños y perjuicios que pretende, con base en la atribución de responsabilidad extracontractual del Estado, los efectos de dicha presentación sobre el plazo de prescripción de la acción son los asignados por el art. 1º, inc. e, ap. 9º de la ley 19.549, pues no puede obviarse que la excepción contenida en el art. 32, inc. d (ahora inc. b) de la misma ley, a la regla general establecida en el art. 30, está impuesta en su favor y no en favor de la Administración Pública, que frente a una petición concreta de un particular tiene siempre el deber de responder (arg. arts. 14 y 18, Const. nac. y 1º de la ley 19.549³⁸¹).

De tal manera, aun en ese supuesto, y mientras tramita el procedimiento administrativo iniciado a su requerimiento, se interrumpe el plazo de prescripción y ello es así mientras no se declare la caducidad del procedimiento administrativo³⁸² y en la

³⁸¹ En sentido análogo al expresado en el texto véase HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 553.

³⁸² En el mismo sentido se expresa HUTCHINSON, Tomás, *ob. cit.*, p. 543.

medida en que los hechos y el derecho sobre los que verse dicha reclamación sean los que posteriormente se invoquen en la posterior demanda judicial, en virtud del principio de congruencia expresamente requerido por la ley (art. 30, párrafo 2º, ley 19.549³⁸³).

Si bien es cierto que una antigua jurisprudencia de la Corte no admite la solución propugnada, pues no le asignaba al reclamo administrativo efectos suspensivos ni interruptivos del curso de la prescripción, como sí en cambio lo hace el art. 3986 del Código Civil con relación a la demanda judicial aunque sea planteada ante juez incompetente, la solución fue criticada por la doctrina con base en un excesivo apego a las normas y principios del Código Civil y una incorrecta caracterización del instituto por parte de esa misma jurisprudencia³⁸⁴.

Por otro lado, y aunque no lo digan expresamente los precedentes de la Corte que arriba han sido examinados, tampoco niegan lo anteriormente sostenido, pues a poco que se observe lo resuelto en la causa “Sandoval” se apreciará que la Corte señala precisamente la falta de correspondencia entre el reclamo administrativo intentado por el demandante y el planteo formulado judicialmente.

Adicionalmente, no puede omitirse que la solución ofrece importantes ventajas tanto para el particular como para el Estado, ya que puede evitar la litigiosidad innecesaria y con ello encontrarse ante la eventualidad de tener que sufragar costos que en definitiva soporta toda la sociedad en su conjunto. Por otra parte, la cuestión trasciende el aspecto puramente económico, pues tanto la búsqueda de la verdad material como la defensa en juicio se encuentran especialmente involucradas.

Es por tales razones que reviste suma trascendencia que frente a planteos de semejante especie, la Administración actúe con la mayor rigurosidad que las circunstancias exijan, produciendo medidas de prueba, de oficio o a petición de la parte, emitiendo los dictámenes técnicos y jurídicos que resulten necesarios en procura de obtener la apuntada verdad material u objetiva. De allí también que la actuación de los servicios jurídicos resulte de suma relevancia, pues en ellos descansará –también y en definitiva– todo el complejo tramado sobre el que se asienta la solución de cuestiones semejantes.

Por otro lado y frente a la eventual demora de la Administración en resolver el reclamo administrativo planteado en tales condiciones, no dudamos en afirmar que el mismo posee a su alcance los remedios que la legislación le confiere para quebrar esa morosidad, y obtener una decisión expresa mediante la vía expedita del amparo por mora (art. 28, ley 19.549) o bien provocar, mediante el requerimiento de un pronto

³⁸³ Téngase en cuenta las modificaciones que sobre el tema provocó la reforma introducida al art. 31 por la ley 25.344, a las que ya hemos hecho referencia.

³⁸⁴ GRAU, Armando E., ob. cit., p. 88. En igual sentido, puede verse del mismo autor «Reclamación administrativa previa», en la obra de Manuel M. DIEZ y otros, Acto y procedimiento administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 187.

despacho, el supuesto del silencio de la Administración que como “ficción legal”²³⁶ la ley ha impuesto en su favor (arg. arts. 10 y 31, ley 19.549).

En cuanto a los efectos del reclamo administrativo así propuesto, los mismos son los que la ley 19.549 le asigna en el art. 1º, inc. e, ap. 9º, in fine. La norma dispone que “las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de la caducidad”.

Se ha dicho que la solución legal resulta la más ajustada y viene a corregir una criticable situación anterior en el que el reclamo administrativo no interrumpía ni suspendía la prescripción, salvo la suspensión por una vez por un año, del art. 3986 del Código Civil²³⁷.

La Procuración del Tesoro de la Nación asimiló para el procedimiento administrativo los conceptos de “interrupción” y “suspensión”, al expresar que una determinada reclamación había suspendido los términos para recurrir (confr. art. 1º, inc. e, ap. 7º, del decr. ley 19.549/72), que comenzaban a correr nuevamente²³⁸. Esta postura fue posteriormente reforzada en un dictamen de este órgano asesor, que entendió que “en el procedimiento administrativo cuando fenece la causa que ha interrumpido o suspendido el plazo de caducidad o prescripción o cualquier otro plazo, éstos reinician, pero no se computa el plazo transcurrido antes del acto suspensivo o interruptivo”²³⁹.

³⁸⁵ Se han mostrados también partidarios de tal solución autores como Rodolfo BARRA, Defensas del administrado ante la mora en la decisión administrativa. Una feliz corrección a la doctrina Dinot, ED, t. 74, p. 222, y Tomás HUTCHINSON, ob. cit., t. 1, p. 207; Horacio CREO BAY se inclina por sostener que se trata en rigor de una “presunción legal” impuesta siempre a favor del administrado. Véase Amparo por mora de la Administración Pública, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 8, con citas de MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. I, p. 264.

³⁸⁶ Cfr. HUTCHINSON, Tomás, ob. cit., ps. 543 y 544, con cita también de GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t. IV-2, p. XII-42.

³⁸⁷ Dictámenes, 132:184.

³⁸⁸ Dictámenes, 159:536.

CAPÍTULO VIII

LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS

Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas

33. LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO TÉCNICA PARA CUMPLIR LOS FINES ESTATALES

Para cumplir con la finalidad esencial del Estado, esto es, la procura del bienestar general, aquel recurre en ocasiones al empleo de distintas formas de descentralización, fenómeno que circunscripto, al menos, al ámbito de la Administración Pública, se estudia como una técnica especial de organización administrativa³⁸⁹.

De tal modo, el empleo de dicha técnica trae aparejado que las funciones y actividades aparezcan cumplidas por diferentes órganos a los cuales se les asigna la condición de “personas” en los términos del art. 30 del Código Civil, cuya caracterización y naturaleza jurídica dependerá, en gran medida, de la índole o naturaleza de las funciones y actividades que se le asignen. En efecto, la elección del tipo organizativo de que se trate dependerá de la sustancia de la actividad que habrá de desplegar (v. gr., entidad autárquica; empresa o sociedad de objeto industrial o comercial; etc.), por lo que adherimos a la posición que estudia el fenómeno que se describe en una relación de género a especie, donde el género es –precisamente– la descentralización, y una de cuyas especies está conformada por la “autarquía”³⁹⁰.

³⁸⁹ Cfr. BARRA, Rodolfo C., Principios de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 180.

³⁹⁰ COMADIRA, Julio R., La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados (A propósito de un fallo sobre Ferrocarriles Argentinos), ED, t. 145, p. 380 y siguientes, y en especial p. 383.

Sin embargo, y como seguidamente se verá, no ha sido obstáculo para que, en especial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya considerado a dichas entidades como integrantes de la organización administrativa pública.

La creciente absorción por parte del Estado de la más heterogénea variedad de actividades ha potenciado el fenómeno de la descentralización administrativa, creando de tal manera entidades con personalidad jurídica distinta del Estado que les ha dado nacimiento³⁹¹ y aparejando como consecuencia ineludible un crecimiento en las posibilidades de que el Estado ocasione perjuicios por la actuación desarrollada a través de dichos entes. Por ello, resulta necesario establecer en qué medida, o bajo qué condiciones podría corresponder al Estado central responder por los daños causados por sus entidades descentralizadas. En suma, se trata del supuesto conocido como responsabilidad refleja o indirecta que se verifica “cuando se impone a alguien la obligación de reparar los daños causados por otro. En tal caso, el responsable indirecto no es el autor de un daño que proviene de un acto ajeno”³⁹².

34. LA DENOMINADA “COMUNICABILIDAD DE PATRIMONIOS PÚBLICOS”. ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN

La cuestión no ha perdido vigencia ni mucho menos, tal como lo demuestra el interés actual que despierta en la doc-trina nacional³⁹³, particularmente cuando se trata de establecer la responsabilidad por omisión en el ejercicio del control que las entidades de regulación y control realizan con relación a los prestadores de servicios públicos y de otras actividades de naturaleza privada sujetas a regulación estatal.

En tal orden de ideas, es posible afirmar que la legislación dictada con el confesado propósito de uniformar los aspectos de la administración financiera y presupuestaria del sector público nacional, incluido el sector empresario de la economía (nos referimos a la ley 24.156), parece confirmar entre nosotros –al menos en principio– la vigencia del fenómeno que en la doctrina nacional BARRA ha caracterizado como la “comunicabilidad de patrimonios entre la Administración centralizada y la Administración descentralizada”³⁹⁴. Es cierto, sin embargo, que normas posteriores dictadas con el ya criticado procedimiento de legislar de un modo general a través de

³⁹¹ En lo que respecta a las entidades autárquicas, dicha personalidad jurídica se encuentra expresamente reconocida por el art. 33, inc. 2° del Código Civil.

³⁹² LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil, “Obligaciones”, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1982, t-IV-A, p. 234, n° 2440.

³⁹³ Cito aquí el reciente trabajo del Dr. Alberto BIANCHI, La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores (Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control), comentando el fallo recaído en la causa “Transportes Río de la Plata S.A. c/Secretaría de Hacienda y otro”, 1/6/00 (CNCont. Adm. Fed., Sala II, LL, t. 2000-D, p. 534).

³⁹⁴ BARRA, Rodolfo C., Principios . . . , p. 184.

las leyes de presupuesto³⁹⁵ han limitado la responsabilidad del Estado a su participación en el capital social de dichas entidades, cuando se trata de empresas o sociedades en las que el Estado posee participación en el capital social, sin importar el grado de dicha participación.

Por otra parte, y ya con anterioridad a la sanción de la ley 24.156, las disposiciones contenidas en las leyes 23.696 y 23.697 abonan el criterio de la unidad patrimonial del Estado y sus entidades descentralizadas, al reconocer al Poder Ejecutivo Nacional –entre otras– las facultades de intervención, conducción, fusión, transformación, disolución, supervisión, fiscalización, avocación en los asuntos confiados a la competencia del ente intervenido, etcétera.

35. DISPOSICIONES LEGALES QUE LIMITAN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El supuesto precedentemente indicado es el que se verifica con la sanción de la ley 24.624 de Presupuesto General de la Administración Pública nacional de 1996, por cuyo art. 21 se dispuso que “las sentencias judiciales no alcanzadas por la ley 23.982, en razón de la fecha de la causa o título de la obligación o por cualquier otra circunstancia, que se dicten contra las Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta, Empresas del Estado y todo otro ente u organización empresaria o societaria donde el Estado Nacional o sus entes de cualquier naturaleza tengan participación total o parcial, en ningún caso podrá ejecutarse contra el Tesoro Nacional, ya que la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales”³⁹⁶ (el destacado me pertenece).

A poco que se observe, la disposición resulta sobreabundante, si se tiene en cuenta que el art. 2º de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 establece la posibilidad de que tales sociedades pueden ser sujetos concursales y que dicha limitación de responsabilidad del Estado, en cuanto propietario del capital social, estaba ya determinada por el art. 163 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550.

En efecto, en forma coincidente nos encontramos con que el art. 163 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) dispone para las sociedades anónimas la limitación de la responsabilidad del socio a su aporte, circunstancia que ha movido a autores como HALPERIN a sostener que dicha disposición resultaría aplicable para

³⁹⁵ Nos remitimos a lo ya dicho en Administración financiera y control, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997, ps. 10 y siguientes.

³⁹⁶ Dicha disposición legal fue incorporada al texto de la ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto, por el art. 59 de la citada ley 24.624, correspondiéndole el art. 69 del texto ordenado (1999) por el decreto 689/99 del 30/6/99.

limitar la responsabilidad del Estado por la actuación de las empresas que le pertenecen, en la medida en que dichas sociedades pudieran quebrar, pues en caso contrario dicha responsabilidad, si bien subsidiaria, es también ilimitada³⁹⁷.

Ahora bien, la posibilidad de que las empresas públicas puedan caer en estado de falencia se encuentra en la actualidad expresamente admitida por el art. 2º de la Ley de Concursos y Quiebras (24.522) en cuanto acepta que pueden ser declaradas en concurso (por ejemplo, concurso preventivo, quiebra o acuerdo preventivo extrajudicial) aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sean parte, cualquiera sea el porcentaje de participación que posean en el capital social. Con ello han quedado comprendidas, sin duda, las sociedades de economía mixta (decr. ley 15.349/46) y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, reguladas por la Ley de Sociedades Comerciales 19.550.

Según también lo hace notar calificada doctrina, la disposición examinada conlleva una importante novedad con relación a la anterior legislación concursal, que expresamente dejaba fuera de sus previsiones a los tipos societarios mencionados “precisamente por el carácter público que se les asignaba, o por la interferencia con otros poderes del Estado que se conjeturaba como posible”³⁹⁸.

En la opinión de los autores aquí seguidos, la disposición no modifica la imposibilidad de que caigan en quiebra las sociedades del Estado, razón por la cual mantendría vigencia la previsión contenida en el art. 5º de la ley 20.705 que las regula. Tal solución –sostienen– se impone con vistas al giro idiomático que emplea el mencionado art. 2º de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, cuando menciona a las personas en las que el Estado “es parte”, y dado que en las sociedades reguladas por la ley 20.705 no cabe ninguna forma de participación privada por expresa prohibición legal (art. 3º, ley 20.705), dichos autores sostienen la no concursabilidad de tales sujetos³⁹⁹.

No concordamos con tal apreciación, sencillamente porque la norma no hace distinciones de ninguna especie, y si bien es cierto que el tipo societario no admite ninguna forma de participación privada en el capital social, subsiste aquí el mismo propósito que parece haber movido al legislador al prescribir la solución del art. 2º de la ley 24.522⁴⁰⁰. Por lo demás, y más allá de las discusiones doctrinarias que ha sus-

³⁹⁷ HALPERIN, David, La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas, “Rev. de Derecho Administrativo”, nº 6, enero-abril 1991, ps. 55 y siguientes.

³⁹⁸ FASSI, Santiago C., y GEBHARDT, Marcelo, Concursos y quiebras, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 16.

³⁹⁹ FASSI, Santiago C., y GEBHARDT, Marcelo, ob. cit., p. 17.

⁴⁰⁰ “Este principio ha cedido y con razón. No sólo se ha verificado repetidamente el estado de cesación de pagos de las personas estatales, sino que se advierte ya inaceptable que los acreedores de estos entes tengan o una mayor desprotección que otros de personas privadas (porque no podían deducir la acción colectiva) o, por el contrario, una mejor situación por cuanto el Estado, con prescindencia de la capacidad económica del ente, podría hacerse cargo de los pasivos contraídos, como de hecho lo hizo recientemente merced a las leyes de emergencia del Estado dictadas en 1989 (v. gr., ley 23.697). A su vez ha empalidecido el endeble argumento de la interferencia de los poderes, puesto que el Estado actúa, en estas ocasiones, en el ámbito privado y, por lo tanto, sin sus atribuciones y potestades. Así también

citado la cuestión de la naturaleza jurídica de estas sociedades⁴⁰¹, y aun sin admitir la distinción entre personas públicas estatales y no estatales, no deja de ser cierta la circunstancia de que el Estado puede actuar indistintamente tanto en el ámbito del derecho público cuanto en el del derecho privado, hallándose actualmente abandonada la tesis que sustenta una doble personalidad en el Estado.

En suma, siendo todos ellos sujetos de derecho (art. 30, Cód. Civ.), la norma es comprensiva de todos los tipos societarios que el Estado adopta para desarrollar actividades de naturaleza u objeto industrial o comercial, y no cabe —a nuestro juicio— hacer distinciones donde la norma no los hace.

En concordancia con lo dicho, no puede perderse de vista que el art. 56 de la Ley de Sociedades 19.550 establece que “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales”⁴⁰² (el destacado me pertenece), haciéndose notar que dicho beneficio de excusión no se aplica de pleno derecho, por lo que debe ser opuesto como defensa. Señalamos también que la aplicación al caso del citado art. 56 de la Ley de Sociedades puede hacerse en forma analógica o directa según el tipo societario de que se trate.

A ello debemos sumar que por principio la solidaridad únicamente puede provenir de una disposición legal o del título constitutivo de la obligación (art. 699, Cód. Civ.), y que al no presumirse, no cabe hacer aplicación analógica de sus disposiciones (art. 701, Cód. Civ.). Si bien es cierto que la solidaridad en el cumplimiento de la obligación de resarcir puede ser también impuesta por una decisión judicial que tenga fuerza de cosa juzgada (art. 700, Cód. Civ.), sería necesaria en tal caso la participación del Estado nacional en el evento que causa el daño, amén de ser demandado conjuntamente con la entidad descentralizada de que se trate⁴⁰³.

Por otra parte, debe recordarse que esas empresas o sociedades comerciales pueden —en la actualidad— ser declaradas en quiebra por expresa disposición legal, de manera que el único modo de hacer efectiva la responsabilidad plena sería a través de una expresa disposición de la ley, o bien por el modo en que se hubiese asumido la obligación convencionalmente.

carece de sustento el argumento que busca base en el servicio público frecuentemente encarado por el Estado, cuando incursiona en actividades empresarias por medio de entes como los analizados. La hipótesis estuvo y está cubierta por las propias disposiciones concursales, más allá de que quien presta el servicio público sea una persona pública o privada (art. 20)”. (FASSI y GEBHARDT, ob. y lugar citados).

⁴⁰¹ BARRA, Rodolfo C., Principios . . . , p. 188.

⁴⁰² En sentido análogo se ha expedido HALPERIN, David, ob. citada.

⁴⁰³ Ver nota del codificador al art. 700 del Cód. Civil, donde cita la opinión de la doctrina francesa que sigue en esta materia.

36. EL ESPECIAL CASO DE LAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS. EL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA Y DE ALGUNOS TRIBUNALES INFERIORES

Como lo anticipamos al comienzo, adherimos a la posición que sustenta que las entidades autárquicas conforman un tipo o especie del género descentralización administrativa, que, para que en verdad exista, debe conferir “personalidad jurídica propia” diferente del estado que crea al ente descentralizado. Ello sin perjuicio de señalar las importantes disidencias expresadas por autores como LINARES, quien afirmaba que la descentralización administrativa puede ser autárquica *lato sensu* (personalizante) o no autárquica⁴⁰⁴.

En apoyo a lo dicho, es dable citar aquí las afirmaciones vertidas por la propia Corte en orden a la caracterización de las entidades autárquicas y al fundamento de su creación, cuando en la causa “Provincia de La Pampa c/Consejo Nacional de Educación”, fallada el 30 de mayo de 1962⁴⁰⁵, ha reiterado el criterio según el cual “la creación de entidades autárquicas obedece a la conveniencia de atribuirles personería para el ejercicio autónomo de funciones que, de lo contrario, deberían ser asumidas por la Nación de modo directo” y en punto a la naturaleza del patrimonio de afectación del que se encuentran investidas ha sostenido que “la concesión consiguiente de derechos patrimoniales no se justifica más allá de los límites del fundamento de la afectación de los bienes necesarios a la función encomendada. Escapa consecuentemente también a las atribuciones de los entes autárquicos lo atinente a la posible enajenación del dominio, de tales bienes, por el Gobierno Nacional, pretensión a la que no podrían acceder ni están habilitadas para desconocer, con prescindencia de la voluntad legislativa”⁴⁰⁶.

Como ha quedado de manifiesto, se ha sostenido por la doctrina nacional⁴⁰⁷ que esta materia está regida por la vigencia del denominado “principio de la comunicabilidad de patrimonios entre la Administración centralizada y la Administración descentralizada”, el cual –según sostiene BARRA– ha tenido incluso aplicación jurisprudencial en la sentencia recaída con fecha 28 de febrero de 1969 en la causa “Gómez, Gerardo c/Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y LS82 TV Canal 7 s/cobro de u\$s 15.787,44”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ LINARES, Juan F., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1986, ps. 218 y 219.

⁴⁰⁵ Fallos, 252:375, consid. 2º, con cita de Fallos, 221:100 y 222:395.

⁴⁰⁶ Conforme fallo citado.

⁴⁰⁷ BARRA, Rodolfo C., *Principios . . .*, p. 184.

⁴⁰⁸ Fallos, 273:111.

Pues bien, en la citada causa “Gómez”, el actor promovió demanda contra la citada Comisión Administradora (empresa de propiedad del Estado nacional) con el propósito de que se le abonara la suma que se le adeudaba en virtud de la provisión de una serie de películas para ser exhibidas por televisión. El demandado había cedido al actor, mediante escritura pública, un crédito que tenía contra el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, que había recibido de una empresa de publicidad, titular primitiva de dicho crédito.

La Comisión Administradora demandada opuso como defensa la excepción de falta de acción con el argumento de que el actor debió haber excutido los bienes del deudor cedido (Estado nacional) y que al no proceder así estaba inhabilitado para accionar contra el cedente (ente estatal de propiedad de aquel). La Corte rechazó la defensa opuesta como excepción, sosteniendo que el ente estatal en cuestión no podía invocar en su favor lo dispuesto en el art. 1481 del Cód. Civil⁴⁰⁹. Para resolver de tal manera, sostuvo que “siendo el deudor cedido la Nación misma y la demandada —o sea el cedente— una empresa de propiedad de aquélla (art. 2º, ley 16.907), no cabe distinguir entre los bienes de una y otra, ya que en definitiva su titular es el Estado” y que en tales condiciones “mal puede el ente estatal demandado invocar en su favor lo dispuesto por el art. 1481 del Código Civil, desde que confundándose en substancia los patrimonios del cedente [...] y del deudor cedido [...], la admisión de tal defensa no conduciría a excutir bienes del dominio de un titular esencialmente distinto”⁴¹⁰.

EL CASO “BOCCARA” (17 DE JULIO DE 1970)⁴¹¹. - Sin embargo, el criterio señalado en la causa “Gómez” fue posteriormente dejado de lado por la propia Corte Suprema en el fallo recaído en la causa “Boccara, Armando c/Gobierno de la Nación s/indemnización de daños y perjuicios”, de donde se aprecia que el criterio desarrollado por el Alto Tribunal en este aspecto no ha sido uniforme. En efecto, es de hacer notar que en el especial caso de las entidades autárquicas, la Corte Suprema ha puntualizado que teniendo ellas un patrimonio propio y personalidad jurídica independiente del Estado, no se encontraban razones que justificaran la responsabilidad del Estado por la actuación del ente autárquico.

Así lo dejó expresamente establecido en esta causa seguida contra el Banco Central de la República Argentina, que luego de haber concedido a la actora permisos de cambio para la importación de una partida de madera proveniente de Rumania, negó su reválida, “[...] con lo cual la privó de las ventajas resultantes del negocio ya conve-

⁴⁰⁹ El art. 1481 del Cód. Civil establece: “El cesionario no puede recurrir contra el cedente en los casos expresados, sino después de haber excutido los bienes del deudor, las fianzas o hipotecas establecidas para seguridad del crédito”.

⁴¹⁰ Conf. consids. 9º y 10º del fallo.

⁴¹¹ Fallos, 277:225. Cabe citar que el precedente judicial también ha sido examinado en el Capítulo de los requisitos de procedencia de la acción, al tratar el elemento “daño”.

nido [...]”. Agregó también que la inevitable dependencia que el ente tiene con algún ministerio nacional no hace desaparecer su personalidad independiente como sujeto de derechos y obligaciones, a las que debe responder por haber sido considerada en la instancia inferior responsable directo y único de los daños reclamados, dejando sentado –finalmente– que al haber sido el Banco Central directamente responsable por la revocación de los citados permisos de cambio, se encontraba a su cargo reparar los perjuicios sufridos⁴¹².

37. LA INDAGACIÓN ACERCA DEL AUTOR DEL EVENTO DAÑOSO

En ese aspecto es necesario señalar que la determinación del autor de la actividad dañosa es vinculante a la hora de establecer a quién corresponderá resarcir los perjuicios que se hubieran causado. Por ello es que aun cuando el particular accione contra el Estado nacional, el juzgador analizará efectivamente de quién proviene la actividad que provocó el daño, operando como causa eficiente del mismo.

Con base en esto último, en la causa “Paz de Guillén”⁴¹³, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, por su Sala III, deslindó responsabilidades entre el Estado nacional (Ministerio de Defensa) por daños causados como consecuencia directa e inmediata de una actividad lícita –la lucha contra la subversión–, y la Dirección Nacional de Azúcar, por los daños causados como consecuencia de su actividad ilícita, en tanto tardó en resolver y decidir la solicitud de reintegro de los cupos azucareros que la actora había perdido. Los actores eran propietarios de inmuebles rurales dedicados al cultivo de caña de azúcar en la provincia de Tucumán, y en su carácter de productores cañeros eran titulares de un cupo de producción en la zafra de 1975, siendo indispensable esa titularidad para poder comercializar las cañas de azúcar provenientes de sus explotaciones. Durante el año 1975, y a raíz de los combates librados en el lugar por el Ejército Argentino contra la guerrilla subversiva, los cañaverales de los actores fueron incendiados y destruida la caña de azúcar antes de que se levantara la cosecha. En consecuencia no pudieron utilizar el cupo de 1975 y no les fue otorgado el de 1976, el que recién les fue reintegrado por la Dirección Nacional de Azúcar en 1984 y luego de un prolongado trámite administrativo. De esta manera, la Cámara asignó a cada órgano la responsabilidad que le correspondía en cada uno de los períodos reclamados, atribuyendo la responsabilidad por la pérdida de cupos azucareros necesarios para la comercialización de tal producto durante los años 1976 y 1977 al Estado nacional y por el lapso posterior a la Dirección Nacional de Azúcar.

⁴¹² También es importante destacar que la Corte, al analizar la procedencia del recurso ordinario de apelación, destacó que se trataba de un juicio en que la Nación era parte “indirecta”.

⁴¹³ CNFed. Civ. y Com., Sala II, 26/8/88, LL, t. 1989-A, ps. 342 y siguientes.

Podemos observar que tratándose de una entidad autárquica, la Cámara aplicó la doctrina de la Corte Suprema precedentemente examinada y a ella sumó otra precisión de gran relevancia. En efecto se establece que la responsabilidad del Estado en un caso como el analizado es únicamente subsidiaria o indirecta, no siendo solidaria. Es decir, no es posible recurrir al pago de obligaciones de entidades autárquicas directamente al Estado central sino sólo en las hipótesis de extinción de la entidad, insuficiencia de bienes, etcétera⁴¹⁴.

Resta analizar ahora cuáles son las condiciones en que tal responsabilidad podría tener cabida y su carácter.

Previamente debe tenerse en cuenta, además, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el carácter de integrantes de la organización administrativa como entidades descentralizadas a las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705⁴¹⁵ y con base en tal consideración entendió que una entidad así creada no podía invocar en su favor como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, para desobligarse de su responsabilidad por el incumplimiento de una obligación asumida contractualmente, el dictado de una orden por parte de la Administración Pública centralizada. En definitiva, dicha orden debe ser considerada como un hecho propio de esas entidades y no puede ser entendida como emanada de un tercero ajeno, ya que todos ellos conforman la misma Administración Pública nacional.

De manera análoga, y con relación a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria regidas por la Ley de Sociedades 19.550, la Corte Suprema resolvió que ellas integraban el concepto amplio de descentralización administrativa y que en consecuencia, “vale aceptar que al referirse el art. 1º de la ley 19.549 a la Administración descentralizada no descarta la inclusión en este concepto de empresas de propiedad estatal, cuyas normas de creación disponen la aplicación preferente del derecho privado”⁴¹⁶.

38. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1113 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1113 del Código Civil, primera parte, dispone: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”. Ahora bien, se ha escrito que la indicada disposición resulta aplicable al ámbito de la responsabilidad del Estado respecto de la actuación de sus entidades autárquicas, aunque no en

⁴¹⁴ Sin embargo, no se condena a la entidad autárquica por no haber sido llevada a juicio y por no haber tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

⁴¹⁵ “Martínez Suárez de Tinayre, Rosa María Juana y otro c/Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7, S.A. s/incumplimiento de contrato”, 20/5/86, Fallos, 308:821; ED, t. 119, p. 542.

⁴¹⁶ Del dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Dr. Juan O. Gauna, que la Corte Suprema hace suyo en la sentencia recaída en la causa “La Buenos Aires Cía. de Seguros c/Petroquímica Bahía Blanca”, del 12/5/88, ED, t. 129, p. 266; Fallos, 311:750.

forma solidaria, sino de manera subsidiaria. Ha sido esta última la postura sostenida entre nosotros por el profesor MARIENHOFF, basándose principalmente en la similitud de supuestos con dicha norma del Código Civil y, además, en la propiedad estatal de los bienes afectados⁴¹⁷; bien entendido que a la misma no le reconocía carácter solidario, pues la aplicación de la norma debe efectuarse –en su opinión– al solo fin de llenar un vacío del ordenamiento jurídico administrativo⁴¹⁸.

De manera coincidente y en lo relativo a este último aspecto, BARRA ha entendido que el verdadero titular del patrimonio del ente es el Estado central, “siendo éste un fenómeno típico del derecho público, en el que la separación de personalidades no significaría una real separación de patrimonios”⁴¹⁹. COMADIRA, por su parte, considera que este criterio parece hallar su recepción en el propio derecho positivo, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6° del decreto 914/79, las escrituras públicas de transferencia de dominio de los inmuebles adquiridos por los organismos centralizados y descentralizados de la Administración Pública nacional, entes autárquicos, empresas y sociedades de propiedad del Estado nacional deben ser extendidas a nombre del “Estado Nacional Argentino”, con el aditamento del nombre del organismo al que esté afectado dicho bien⁴²⁰.

Obvio es que no se trata del vínculo de responsabilidad entre la organización estatal y los funcionarios que en ella actúan, materia en la cual se ha expresado por calificada doctrina que la obligación de responder se configura en forma solidaria⁴²¹. Creemos que en este limitado aspecto la solución es la más ajustada a los preceptos legales aplicables, sin perjuicio de las acciones de regreso entre el Estado y sus funcionarios o agentes (art. 1123, Cód. Civ.).

Sin embargo, en lo relativo al primer asunto es necesario realizar algunas precisiones previas. Para que el art. 1113 del Código Civil tenga cabida es necesaria la existencia de una relación entre alguien que revista la calidad de “principal”, y de alguien que reúna la calidad de “dependiente” o “subordinado”; entonces, tal relación de dependencia, como fuente de responsabilidad, se verifica como indica LLAMBÍAS: “cuando alguien comete un daño en situación de subordinación o bajo el poder o autoridad de

⁴¹⁷ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 2° ed., t. I, p. 441, n° 128. “Trátase de una adaptación del supuesto contemplado en el artículo 1113 del Código Civil, al caso de la responsabilidad del Estado por obligaciones -cualquiera sea su origen- de una entidad autárquica, adaptación que juzgo plausible, no sólo por la similitud de situaciones, sino especialmente porque la propiedad de los bienes, que la entidad autárquica tiene “afectados” para el cumplimiento de sus fines, le pertenece al Estado. De manera que, en última instancia, la responsabilidad del ente autárquico debe ser cubierta por el Estado”.

⁴¹⁸ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 442.

⁴¹⁹ BARRA, Rodolfo C., Principios . . . , p. 183.

⁴²⁰ COMADIRA, Julio, Derecho administrativo. Otros estudios, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 388 y 389.

⁴²¹ Ver la opinión de BIANCHI, Alberto B., La responsabilidad de los entes reguladores, ya citado, y los puntos de vista allí expuestos de MARIENHOFF, GORDILLO y BUSTAMANTE ALSINA.

otra persona. Quien causa el daño es el dependiente, quien responde por ese daño, en el ámbito de la responsabilidad refleja, es denominado principal o civilmente responsable”⁴²² (los destacados pertenecen al texto citado).

En orden a la asignación del fundamento jurídico de tal responsabilidad refleja y siguiendo en ello la opinión de LLAMBÍAS, puede decirse que la postura que más adeptos ha recibido en la doctrina prevaleciente es la denominada “tesis de la culpa no específica”: in eligendo o in vigilando, pues considera que esta responsabilidad “[...] queda justificada por la culpa del principal, sea en la elección del dependiente, sea en la vigilancia del mismo, pudiendo tal vez concurrir ambas circunstancias. No interesa identificar cuál es el tipo específico de culpa en que ha incurrido el comitente: lo que importa es apreciar que si él hubiese elegido mejor a su subordinado, o si lo hubiera vigilado con atención, verosímelmente no habría sobrevenido el daño a tercero. Esto basta, en el plano del derecho, para que la presente responsabilidad tenga sustento racional evidente”⁴²³.

En una posición muy próxima a la opinión predominante, el propio LLAMBÍAS considera que el fundamento jurídico de tal asignación de responsabilidad refleja es “la idea de la presunción legal de culpa del principal”, pues “quien para ampliar con cualquier finalidad su órbita de acción recurre a la actividad de un extraño que habrá de obrar para él, a modo de longa mano suya, tiene el deber preciso de elegir a quien sepa desempeñar el cometido, sin riesgo para tercero, y vigilarlo convenientemente con esa misma finalidad. Cuando el dependiente, en cuanto tal, causa un daño a un extraño, ello hace suponer que el principal eligió un instrumento deficiente o que no lo vigiló como debía hacerlo”⁴²⁴ (los destacados corresponden al texto original).

De cualquier modo, y en lo que aquí interesa, es preciso reiterar que para que la responsabilidad refleja tenga cabida es imprescindible –como ha quedado de manifiesto– que exista una relación de dependencia entre el autor material del evento dañoso y aquel a quien jurídicamente las consecuencias del mismo se imputan, y a su vez, para que pueda hablarse en sentido estricto de dependencia es necesaria –como nos lo recuerda el propio LLAMBÍAS– la concurrencia de dos elementos, a saber: a) el ejercicio por el dependiente de una función llevada a cabo en servicio o utilidad del principal, y b) subordinación del dependiente hacia el principal con respecto al desempeño de dicha función⁴²⁵.

⁴²² LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado . . . , “Obligaciones”, t. IV-A, p. 252. Todos los destacados corresponden al texto original.

⁴²³ LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., t. IV-A, ps. 254 y 255, y en especial las citas que efectúa en la nota 44 de la p. 255.

⁴²⁴ LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., ps. 265 y 266.

⁴²⁵ Cfr. nuevamente LLAMBÍAS, ob. y loc. cit., p. 275.

Ahora bien, asumiendo como plenamente válido –como ha quedado dicho al principio– que es siempre la misma finalidad de interés general lo que motiva al Estado a crear estas personas jurídicas distintas de sí mismo para llevar a cabo la función que tanto la Constitución nacional como las leyes le asignan a la Administración Pública, quedaría con ello solamente cubierto el primer requisito al que precedentemente hice referencia (elemento funcional), pero la cuestión se torna más compleja cuando analizamos el segundo requisito, esto es, la subordinación que necesariamente debe existir entre el principal y el dependiente para que pueda tener cabida la aplicación del art. 1113, primera parte, del Código Civil.

Sabido es que entre la Administración Pública centralizada y los entes descentralizados es más propio referirse a un control de tutela que a un control de tipo jerárquico de la primera sobre los segundos, ya que no existe entre ambos una relación de superior e inferior y entonces puede decirse que se encuentra ausente una de las características típicas que hacen a la relación jerárquica, que, como cita CASSAGNE, constituye “una relación entre órganos de una misma persona jurídica”⁴²⁶. Una de sus principales manifestaciones es la de dirigir e impulsar la actividad del órgano inferior, circunstancia que conlleva la nota de subordinación exigida por el art. 1113 del Cód. Civil. Aún más, si nos atenemos a los textos normativos, tal control de tutela –una de cuyas manifestaciones nos la brinda la posibilidad de recurrir las decisiones de dichos entes por medio del recurso de alzada regulado por el Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo (decr. 1759/72, texto modificado por decr. 1883/91)– se encuentra expresamente vedado contra los actos inherentes a la actividad privada que dichos entes descentralizados despliegan en aquellas materias propias de su objeto industrial o comercial (art. 4º, decr. 1883/91), habiéndose expresamente derogado con esta última modificación el art. 98 bis del decr. 1759/72⁴²⁷.

A su vez, dicho recurso se encuentra limitado a las cuestiones vinculadas con la legitimidad del acto administrativo, cuando se trate de entidades autárquicas creadas por el Congreso nacional en el ejercicio de facultades constitucionales que le son propias, circunstancia sobre la que, si bien configura una autolimitación en la potestad revisora de los actos administrativos de dichos entes autárquicos por parte del Poder Ejecutivo, se ha dicho que es legítima, pero que no responde a imperativo constitucional o legal alguno⁴²⁸.

⁴²⁶ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1983, t. I, ps. 234 y 235.

⁴²⁷ Como lo señala CANOSA, la norma recepta así la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación (CANOSA, Armando N., *Los recursos administrativos*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 213).

⁴²⁸ CREO BAY, Horacio D., *El recurso de alzada como medio de control administrativo sobre las entidades descentralizadas*, “Rev. del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”, t. 49, n° 1, mayo de 1989, p. 67. En su momento, el autor nos confirió el privilegio de comentar ese excelente trabajo (LL, t. 1990-A, p. 1180).

Aún más, tratándose de la actuación de los entes reguladores de servicios públicos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha limitado el indicado control de tutela, señalando que “no procede la revisión por vía dealzada de los actos administrativos dictados por los entes reguladores, en ejercicio de competencias que les han sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo objetivo sea técnico y el recurso impugne únicamente ese objeto, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad [...] los entes reguladores de servicios públicos son entidades autárquicas que forman parte de los cuadros de la Administración Pública, que no dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional, y que el control que éste ejerce sobre ellos es administrativo o de tutela –por oposición al control jerárquico–, el que no alcanza a las cuestiones de naturaleza técnica encomendadas exclusivamente a los entes reguladores en función de su idoneidad técnica, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad”⁴²⁹.

Para opinar de ese modo, la Procuración del Tesoro de la Nación, si bien afirma que dichos entes están organizados bajo la forma de entidades autárquicas, reconoce que se encuentran dotados de una competencia técnica específica y exclusiva que se sustenta en la idoneidad técnica del propio organismo, de su estructura, de sus medios, de sus funcionarios y de su personal. Vemos cómo de tal manera, aun en el caso de dicha actuación administrativa, el margen de acción del procedimiento recursivo se encuentra limitado también en este especial caso.

Es cierto que la finalidad común a todas estas organizaciones permite sostener la configuración de una unidad teleológica y ética por excelencia, conformando todas ellas –en definitiva– vertientes de la misma estructura estatal⁴³⁰. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que la Procuración del Tesoro de la Nación, como ha quedado dicho, expresamente le han reconocido esa configuración. Sin embargo, desde el plano de las regulaciones legales o reglamentarias no es menos cierto que el elemento subordinación que está ínsito en la noción de dependencia que exige el art. 1113, primera parte, del Cód. Civil, para que resulte aplicable la disposición es cada vez más distante, al menos en lo referido a la actuación de las sociedades o empresas de propiedad estatal, cuyo objeto es comercial o industrial.

Cabe ahora citar que examinando la jurisprudencia que se ha ocupado de la cuestión, puede decirse que las empresas del Estado, en tanto hayan sido calificadas por las leyes de la materia o sus respectivas cartas orgánicas como entidades autárquicas, se le han aplicado las pautas precedentes. En efecto, así parece surgir de la

⁴²⁹ Dictamen 20/99, del 1/3/99; expte. PT 31/99 (Dictámenes, 228), “Rev. de la Procuración del Tesoro de la Nación”, n° 31 (enero - junio 1999), ps. 154 y siguientes.

⁴³⁰ La Procuración del Tesoro de la Nación suele referirse al denominado “principio de unicidad” y en orden a ello ha dicho en variadas ocasiones que el Estado nacional, y aun la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, deben ser rigurosamente entendidos como una unidad institucional teleológica y ética por excelencia (Dictámenes, 223:147; 233:372, entre muchos otros).

sentencia recaída en la causa “López de Aguirre, Marcelina c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos”, del 14 de mayo de 1991²⁸³, donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por su Sala C, consideró al patrimonio de la empresa pública demandada como un patrimonio de afectación proveniente del Estado, que lo tiene a éste como titular último de dicho patrimonio, concluyendo que la separación patrimonial entre ambos es sólo relativa. Sin embargo, y así lo señala la propia sentencia, al ostentar personalidad jurídica propia, la empresa es directamente demandable y responsable por el comportamiento de sus órganos, enfrentando dichas responsabilidades con sus propios bienes, y sólo ante la insuficiencia de ellos responde el Estado, creador del ente en forma subsidiaria y a título de garantía.

No obstante, no puede perderse de vista que, en el especial caso examinado, es la ley la que en términos expresos impone tal responsabilidad de carácter subsidiario en cabeza del Estado nacional. En efecto, el art. 39 de la ley de creación de la Empresa de Ferrocarriles Argentinos (18.360), dispone que el Estado nacional garantiza las deudas contraídas por la empresa y con sustento en tal solución normativa la sentencia resuelve que “el acreedor del ente autárquico no puede, por el solo hecho de serlo, requerir el pago directamente al Estado” (textual del fallo citado).

A nuestro modo de ver, tratándose de la actuación de entidades autárquicas en estricto sentido, la responsabilidad del Estado es, como principio general, de naturaleza subsidiaria, salvo los supuestos arriba examinados, y el fundamento jurídico de tal responsabilidad proviene primordialmente de su carácter de titular último del patrimonio de afectación asignado legalmente a la entidad autárquica y no de la aplicación del art. 1113, primera parte, del Código Civil, cuyos requisitos de procedencia no parecen tampoco verificarse en este especial caso, al menos no de un modo suficientemente nítido. Ello sin perjuicio de señalar –nuevamente aquí– la integración subsidiaria que propiciaba MARIENHOFF.

39. CONCLUSIONES

Así las cosas, y sin perjuicio de señalar la complejidad que trae aparejada la materia abordada, del análisis efectuado pueden no obstante –a nuestro juicio– extraerse las siguientes conclusiones:

- a) La creación de entidades descentralizadas configura una especial técnica de organización administrativa que el Estado emplea para cumplir su finalidad.
- b) La asignación de personalidad jurídica a dichas entidades, distinta del Estado mismo que las ha creado (art. 30 y 33, inc. 2º, Cód. Civ.), y en virtud de ello la posibilidad de estar en juicio, han sido datos especialmente tenidos en cuenta por la

⁴³¹ ED, t. 145, p. 383. Allí también puede verse el comentario al fallo efectuado por el doctor Julio R. COMADIRA, La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados.

jurisprudencia al juzgar la eventual atribución subsidiaria de responsabilidad al Estado que las ha creado.

c) Las empresas o sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal posean participación en el capital social están alcanzadas por las prescripciones de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522.

d) Tratándose de la actuación de empresas y sociedades de objeto comercial o industrial de propiedad estatal, la responsabilidad del Estado se limita a su participación en el capital social de dichas empresas o sociedades (art. 163, LSC) y requiere, para hacerse efectiva, la previa excusión de los bienes sociales (art. 56, LSC).

e) Tratándose de la actuación de entidades autárquicas, la responsabilidad por los daños que ocasionen en el desenvolvimiento de la función asignada es directa y principal de dichas entidades autárquicas, y debe ser atendida con su patrimonio.

f) La responsabilidad del Estado por la actuación de sus entidades autárquicas ha encontrado fundamento jurídico –primordialmente– en la aplicación de textos legales expresos, si bien no ha dejado de reconocerse que el mismo puede también ser hallado en la circunstancia de que la titularidad de su patrimonio recae en cabeza del Estado que las ha creado. Dicha responsabilidad del Estado ha sido reconocida, como principio general, con carácter subsidiario y a título de garantía.

CAPÍTULO IX

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA OMISIÓN ANTIJURÍDICA

40. INTRODUCCIÓN. CARACTERIZACIÓN DE LA OMISIÓN

La cuestión relativa a la posibilidad de responsabilizar al Estado no ya por sus conductas positivas, sino por sus conductas omisivas, ha suscitado un importante debate en la doctrina y una interesante colección de decisiones judiciales, que no presenta una solución uniforme desde el plano de las disposiciones legales en que se ha fundado la solución a los planteos de semejante índole. Acordemos que, en el derecho común, la solución general con sustento en un criterio de atribución subjetiva proviene de la aplicación del art. 1074 del Código Civil, disposición que si bien se encuentra ubicada en el Capítulo I del Título VIII (De los delitos), resulta aplicable al Título IX (De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos) aún en la formulación original que concibió Vélez Sársfield (cfr. art. 1108, actualmente derogado por la ley 17.711).

Así las cosas, este segmento del trabajo intenta analizar la caracterización de las omisiones estatales que provocan un daño a una situación jurídicamente protegida de la víctima, entendidas como abstenciones de carácter antijurídico y respecto de las cuales no existe uniformidad acerca de su naturaleza objetiva, cuya verificación por sí sola, sin embargo, no hace nacer el deber de indemnizar si no se reúnen concurrentemente los otros requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria (imputación jurídica, existencia de un daño y relación de causalidad adecuada entre la omisión y el daño).

En el derecho civil, y conforme lo explica BORDA, predomina el criterio de que no es indispensable, para que la omisión genere la responsabilidad prevista en el art. 1074 del Cód. Civil, la violación de un texto legal expreso que imponga específicamente en ese supuesto la obligación de obrar, bastando con que se haya omitido la obligación general de prudencia, la cual en muchas ocasiones impone obrar⁴³².

⁴³² BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil, "Obligaciones", 8ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 202.

En el campo de la responsabilidad civil, lo expuesto se explica –además– a partir de la noción genérica de culpa o negligencia, que en el especial caso examinado es una culpa de abstención, y de ahí que se diga que para establecer si hay responsabilidad en caso de abstención, el juez “debe averiguar si un individuo normal se habría abstenido en las últimas condiciones”⁴³³.

Sin ánimo de ser casuistas, puede no obstante decirse que los repertorios de jurisprudencia dan cuenta de que los problemas que mayormente se suscitan, aunque no agotan la gama de supuestos que es dable incluir en el fenómeno de la omisión estatal antijurídica, provienen del ejercicio del poder de policía de seguridad, del cumplimiento defectuoso de prestaciones estatales englobables dentro de la noción de servicio público, del daño proveniente de la utilización de bienes del dominio público, o de la omisión del deber de control del Estado sobre el ejercicio de ciertas actividades privadas fuertemente reguladas (bancos, compañías de seguros, concesionarios de obras y de servicios públicos, etc.). Las soluciones halladas no resultan uniformes, en vista de la ausencia de un texto legal en el ámbito del derecho público argentino que con carácter general regule el instituto, circunstancia que ha motivado la existencia de diferentes opiniones acerca de la disposición normativa que resulta aplicable para responsabilizar al Estado por sus conductas omisivas antijurídicas. Es lo contrario de lo que sucede, como se ha dicho precedentemente, en el ámbito del derecho privado, donde la existencia de un texto que genéricamente contempla el supuesto resuelve el problema, bien entendido que inscripto en un criterio predominantemente subjetivo de atribución de responsabilidad.

La cuestión se torna aún más compleja a poco que se tenga en cuenta que la omisión de un deber legalmente impuesto, sea en forma expresa o razonablemente implícita, debe necesariamente distinguir la actuación reglada de aquella que puede calificarse como de naturaleza discrecional⁴³⁴, actividad que no puede –a estas altu-

⁴³³ Cfr. BORDA, Guillermo A., ob. cit., p. 203, con cita de los hermanos MAZEAUD.

⁴³⁴ CASSAGNE ha señalado en ese sentido: “la diferencia entre el mero deber administrativo, que opera en dirección genérica, donde los particulares disponen -a lo sumo- de un poder destinado a garantizar su cumplimiento sin derecho a exigirlo efectivamente (v. gr., la solicitud de sanciones administrativas y políticas) y la obligación que traduce el poder de jurídico del particular orientado a exigir en forma directa dicho cumplimiento” (CASSAGNE, Juan C., *La responsabilidad del Estado por omisión*, LL, t. 1989-C, ps. 512 y ss.). La cuestión ha sido también tratada por TAWIL, quien señala precisamente el añadido inconveniente en esta especial materia “de determinar si la norma en cuestión atribuye efectivamente la competencia como un deber jurídico reglado de obrar -y cuya falta de ejercicio podrá derivar eventualmente en responsabilidad del Estado por omisión- o si se trata de normas genéricas tendientes a plasmar en el ordenamiento jurídico, a lo sumo, ciertos objetivos o aspiraciones políticas frente a cuyo incumplimiento los ciudadanos carecen, en principio, de vías jurídicas aptas para obtener su ejecución” (TAWIL, Guido S., *Omisión, guerra y responsabilidad del Estado*, LL, t. 1991-D, ps. 362 y ss., comentando el fallo de la Sala III, CNCont. Adm. Fed., recaído en la causa “Asmuss, Francisco R. y otros c/ Estado Nacional”, del 16/11/89).

ras— sino identificarse con la facultad del órgano administrativo de elección de una de entre varias soluciones igualmente justas sobre la base de una apreciación de lo justo que viene predeterminada por la norma que atribuye la competencia para obrar. No es ya concebible como un puro arbitrio sino, y antes bien, como la posibilidad de escoger una de entre varias alternativas igualmente justas para satisfacer una necesidad de interés público. Así, por ejemplo, cuando la Constitución nacional impone a las autoridades —sin distinción— proveer lo conducente a la protección de la salud, calificándola —como lo hace la propia norma constitucional— como un derecho de incidencia colectiva, y la autoridad decide una alternativa para la satisfacción de la necesidad de atender a la importante cantidad de enfermos afectados en nuestro país por la fiebre hemorrágica, decidiendo producir en el país la vacuna correspondiente (Candid II), se agotó allí el grado de apreciación que la norma le confirió a la autoridad para proveer la correspondiente solución. Pero una vez escogida de entre varias alternativas igualmente justas una solución (en el caso, fabricar en el país la vacuna que antes se importaba), la omisión posterior de esa obligación legal hace nacer el derecho de exigir su cumplimiento y subsidiariamente, el deber de indemnizar los perjuicios correspondientes (arts. 625, 630 y 1074, Cód. Civ.), siempre que a la omisión antijurídica se le adicione los otros extremos requeridos para la procedencia de la acción indemnizatoria. Es esta la solución que nos provee la jurisprudencia recaída en la causa “Viceconte”⁴³⁵.

Debe señalarse en primer lugar, y siguiendo en ello al profesor español Luciano PAREJO ALFONSO que, en rigor de verdad, “la expresión ‘poder discrecional’ es redundante, por cuanto el adjetivo duplica el sustantivo al que pretende calificar (pues el poder discrecional tiende, por definición, a ser nudo poder, a no reconocer límites); y la evolución del derecho público, más concretamente del administrativo, se define por una situación inicial de exención del poder discrecional de todo control y una progresión ulterior en el desarrollo de éste, es decir, de la limitación (excepcionando la exención) de aquel”⁴³⁶.

Es así como modernamente se acepta, sin mayores disensos, que la discrecionalidad administrativa importa para la Administración Pública la posibilidad de adoptar, de entre dos o más soluciones válidas e igualmente justas, aquella que satisfaga en mayor medida, en el caso “singular” y “concreto”, la finalidad de interés público que la norma atributiva de competencia ha tenido en vista al asignarla (arg. art. 7º, inc. f, ley 19.549)⁴³⁷. Como cita el profesor Agustín GORDILLO, “las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en

⁴³⁵ “Viceconte, M. c/Ministerio de Salud y Acción Social”, LL, t. 1998-F, p. 102.

⁴³⁶ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 25.

⁴³⁷ Cfr. CASSAGNE, Juan C., *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 90; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, p. 48.

forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es lo que el órgano debe hacer en el caso. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera⁴³⁸.

Tal como se ha ocupado de decirlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasiones, es el propio ordenamiento jurídico el que define la actuación administrativa en todos sus aspectos (poderes reglados o de aplicación legal automática); en otras lo autoriza —en el caso concreto— “para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”⁴³⁹.

Es evidente, entonces, que acto discrecional no es sinónimo de acto no fundado, ni mucho menos de acto arbitrario, y lo sería si no exteriorizara las razones de su dictado y su compatibilidad con el interés general.

Por otra parte, la existencia de un margen de arbitrio para escoger una de entre varias soluciones igualmente justas (poder discrecional) no implica de manera alguna que a los jueces les esté vedado el control de la efectiva verificación de las circunstancias que motivan el dictado del acto administrativo, máxime frente a una disposición como la del art. 7° de la ley 19.549, que establece los requisitos esenciales del acto administrativo y de entre los cuales la “motivación” es la expresión concreta, la especificación, en el caso, del elemento “causa” (antecedentes de hecho y de derecho); en ningún supuesto la ley admite que se persiga una “finalidad” (pública o privada) diferente de aquella que se tuvo en mira al tiempo de atribuir la competencia para obrar⁴⁴⁰.

No puede dejar de señalarse, como lo ha resuelto la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal, que para que los jueces puedan ejercer acabada-

⁴³⁸ Cfr. GORDILLO, Agustín A., Tratado de derecho administrativo, “Parte general”, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, t. 1, p. X-15.

⁴³⁹ Cfr. CSJN, sentencia recaída en la causa “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, 23/6/92 (Fallos, 315:1361; LL, t. 1992-E, p. 101), donde el Alto Tribunal tuvo ocasión de dejar establecido que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos solo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma (cfr. consid. 6° del voto mayoritario).

⁴⁴⁰ Cfr. entre muchos otros pronunciamientos los siguientes: CSJN, “Marra de Melincoff, Alicia L. c/ Universidad de Buenos Aires”, Fallos, 306:820; LL, t. 1984-D, p. 429; CNEsp. Civil y Com., Sala IV, 21/6/83, “Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c/Fusetti de Turro, Noemí S.”, ED, t. 105, p. 574; CFed. Rosario, Sala B, 6/10/83, “Lapagessi, Ignacio F. c/Universidad Nacional de Rosario”, LL, t. 1984-A, p. 15.

mente su rol de garantes de la vigencia de la Constitución nacional cuando se invocan facultades discrecionales, los órganos administrativos deben satisfacer, con mayor razón aún que en los actos predominantemente reglados, el imperativo de una motivación suficiente y adecuada de sus decisiones; el obrar de la Administración Pública en ejercicio de facultades discrecionales de manera alguna justifica una conducta arbitraria. Es precisamente la razonabilidad con que se ejerzan tales atribuciones lo que otorga validez a los actos estatales y obliga a los jueces, ante planteos concretos de la parte afectada, a verificar el cumplimiento de tal exigencia⁴⁴¹.

De manera semejante ha tenido ocasión de expedirse la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciendo que “la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”⁴⁴².

Por otro lado, y como cita BIDART CAMPOS, si bien los jueces no pueden indagar si una medida es acertada, útil, conveniente o equitativa, otra cosa bien distinta “es que si para saber si hay proporción razonable entre una medida y una finalidad, no basta examinar si la elegida es conducente a ese fin, porque resulta indispensable añadir que, entre varias medidas igualmente idóneas, no se haya optado por la que resulta más gravosa para los derechos”⁴⁴³.

Para finalizar, y en orden al referido requisito de la “razonabilidad”, deben citarse las elocuentes palabras del profesor LINARES pues no puede en modo alguno perderse de vista que “[...] si la Constitución dispone que las normas jurídicas que se dicten en aplicación directa de aquella deben ser razonables, dispone también que las

⁴⁴¹ Cfr. “Hughes Tool Company S.A. c/Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)”, Sala III, 17/9/84, LL, t. 1984-D, ps. 360 y siguientes.

⁴⁴² Cfr. causa “Industria Maderera Lanín S.R.L. c/Estado Nacional y/o Ministerio de Agricultura y Ganadería y/o Dir. Gral. Parques Nacionales s/daños y perjuicios”, 30/6/77, Fallos, 298:223 (LL, t. 1978-C, p. 676, consid. 10). Dijo también allí (considerando 5º), en lo que aquí interesa, que ante la falta de acuerdo explícito entre el particular y la Administración y de acto administrativo encaminado a concretar el trámite no había concesión, “toda vez que, como lo ha dicho la Corte, nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara (Fallos, 149:218)”. Igualmente, en la causa “Robles S.A., Vicente c/Estado Nacional, Servicio de Parques Nacionales” del 30/3/1992 (LL, t. 1993-E, p. 402) resolvió que “La adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad y nada debe tenerse por concedido, sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario”.

⁴⁴³ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., Juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia, LL, t. 1997-C, p. 683, anotando el fallo de la CSJN, “Irrizar, José M. c/Prov. de Misiones”, del 12/9/96 (LL, t. 1997-C, p. 684).

que se dicten en aplicación de leyes razonables deben ser razonables. La Constitución impone que todas las normas sub-constitucionales deben ser razonables”⁴⁴⁴.

41. LAS DISPOSICIONES LEGALES INVOLUCRADAS (ARTÍCULOS 1074 Y 1112 DEL CÓDIGO CIVIL)

El artículo 1074 del Código Civil dispone que “Toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

La discusión en este ámbito se ha centrado, sin embargo, en cuál es la disposición aplicable en la especie, pues el art. 1112 del Cód. Civil que –como ya se ha visto– parece receptar desde el plano legal la construcción francesa de la denominada “falta de servicio”, establece que “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, son comprendidos en las disposiciones de este Título”.

Antes de ahora, y a propósito de un comentario a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa “Colavita”⁴⁴⁵ nos pronunciamos partidarios de la aplicación del art. 1074 del Código Civil al ámbito de la responsabilidad del Estado por sus conductas omisivas antijurídicas que produzcan un daño, convencido de que ese es el criterio que surge de dicha decisión de la Corte Suprema, aunque –cabe aclararlo de antemano– la solución tampoco ha sido uniforme en el campo de las decisiones del Alto Tribunal.

Según ha tenido oportunidad de sostenerlo el propio MARIENHOFF, la disposición del referido art. 1074 contempla una situación que igualmente se produce en el derecho público con relación al Estado, resultando entonces, ante la falta de tal texto expreso en derecho público, aplicable en este último ámbito jurídico en mérito a lo establecido en el art. 16 del Cód. Civil. Este precepto, no obstante su ubicación, pertenece a la llamada “parte general del derecho”, aplicable a todos sus sectores. De tal manera, el art. 1074 establece la regla genérica en esta materia, comprensiva de cualquier posible comportamiento omisivo, en tanto que el art. 1112 del mismo Código dispone una regla específica aplicable a aquellas actividades que encuadren en la noción de servicio público⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ LINARES, Juan F., Poder discrecional administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 165.

⁴⁴⁵ “Colavita, Salvador y otro c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”, sent. del 7/3/00, publicada en LL, t. 2000-B, p. 757, fallo que comentamos bajo el título Breve comentario acerca de la responsabilidad extracontractual por la omisión del Estado y sus concesionarios de obra pública (animales sueltos en caminos), en el Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 14/8/00, p. 20.

⁴⁴⁶ MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. Ver especialmente lo que se dice en p. 73.

A su turno, y en una posición coincidente, CASSAGNE se inclina por considerar que “la configuración de la omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civ.) tal como las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que pueda hallarse impuesto también por otras fuentes jurídicas (v. gr., la costumbre y los principios generales del derecho)”⁴⁴⁷.

Sin embargo, la posición precedentemente descrita –como lo anticipamos– no resulta uniforme en la opinión de los autores, pues hay quienes se inclinan por considerar que el sustento normativo de la responsabilidad por omisión lo configura el art. 1112 del Cód. Civil. En esta última corriente debe citarse nuevamente la opinión de GORDILLO⁴⁴⁸, para quien “la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una ‘obligación legal de cumplir el hecho omitido’ (art. 1074), sino a una ‘regular ejecución de las obligaciones legales’ o ‘el ejercicio regular de sus cargos’ (art. 1677, proyecto de 1998), lo que puede darse aunque no haya omisión de un hecho expresamente ordenado, o sea, aunque el hecho omitido, que así configure irregular ejercicio de la función, no estuviera expresamente ordenado por una norma jurídica”⁴⁴⁹. Ello es así –para dicho autor– porque la disposición del art. 1112 coloca al funcionario en una situación especial con relación a un particular, al cual sí le es aplicable el art. 1074 del Cód. Civil, y de allí que afirme que ante cualquier duda respecto a si una ley o un reglamento ordena o no a un funcionario específicamente una conducta, la regla del art. 1112 del Cód. Civil lo resuelve afirmativamente⁴⁵⁰.

En ese mismo sentido, también GAMBIER⁴⁵¹, luego de examinar la jurisprudencia recaída hasta entonces sobre esta debatida cuestión, afirma que la cuestión debe ser abordada dentro del concepto de la denominada “falta de servicio”, y que desde la perspectiva del art. 1112 del Cód. Civil se plantea la necesidad de conceder la reparación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio⁴⁵².

⁴⁴⁷ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, 5ª ed., actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 301.

⁴⁴⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. XIX-11. En orden a la diferencia entre las disposiciones de los arts. 1074 y 1112 del Cód. Civil, sostiene este autor que “la diferencia es sutil, por cuanto en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero debe advertirse que en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada” (ob. cit., 2ª ed., Buenos Aires, 1998, t. 2, p. XVI-15).

⁴⁴⁹ GORDILLO, ob. cit.

⁴⁵⁰ GORDILLO, obra y lugar citados.

⁴⁵¹ GAMBIER, Beltrán, *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, LL, t. 1990-E, p. 617.

⁴⁵² GAMBIER, Beltrán, ob. citada.

En síntesis, en el primer caso la responsabilidad del Estado por omisión surge de la disposición genérica del art. 1074 del Cód. Civil, cuya amplitud comprende a la generalidad de los supuestos omisivos que pueden presentarse; en cambio, en supuestos específicos, como los referentes a hechos u omisiones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, rige lo dispuesto en el art. 1112 del Cód. Civil⁴⁵³.

Para la segunda postura, y encuadrado el supuesto en análisis preeminentemente en el marco del art. 1112 del Cód. Civil bajo la noción de “falta de servicio”, en el caso del ejercicio del poder de policía de seguridad del Estado, la omisión antijurídica no se configura con el solo incumplimiento de una norma legal, sino que habrá que analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño. Se evita con ello el riesgo de aplicar el art. 1074 indiscriminadamente, provocando resultados disvaliosos que coloquen al Estado en un rol de asegurador y garantizador de la satisfacción de ciertas necesidades colectivas⁴⁵⁴.

Ciertamente que si el encuadramiento de la solución se realiza en el art. 1074 del Cód. Civil, ella no podrá abstraerse de la atribución subjetiva de responsabilidad que predomina en el sistema del Código Civil en el que la norma se inserta. Dicho en términos aún más claros, si el art. 1074 es el aplicable la abstención u omisión que atribuya responsabilidad debe ser cometida con dolo, culpa o negligencia en las condiciones de los artículos 512, 902 y 1109 del Cód. Civil. Desde ese plano, y a falta de norma legal que provea una solución contraria, no se alcanza a percibir por qué la conclusión debería ser distinta si es el Estado el causante de la abstención dañosa.

Si en cambio, la solución proviene de la disposición del art. 1112 del Cód. Civil, y se acepta que esta encierra una noción objetiva de la falta de servicio, la indagación de la conducta del agente que se abstiene de actuar carece de relevancia, en principio, salvo para responsabilizar también al agente, a más del Estado del que aquel forma parte, y sin perjuicio –claro está– de que sea el propio Estado quien siendo demandado traiga al pleito al agente, sea como tercero o directamente como codemandado.

La solución parece diferir en el Proyecto de Código Civil del año 1998, en el cual el art. 1675 califica al ejercicio irregular como factor de atribución de responsabilidad al Estado con base objetiva, que puede verificarse por una acción o por una omisión en la actividad de los funcionarios o empleados, sin necesidad de identificar al autor. Aquí sí la obligación de responder tiene base objetiva, porque la norma expresamente funda la responsabilidad en el ejercicio irregular y no exige la identificación del autor material del acto o abstención.

⁴⁵³ MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad . . . , ob. cit., p. 22.

⁴⁵⁴ GAMBIER, Beltrán, ob. citada.

42. LAS SOLUCIONES PROVISTAS POR LA JURISPRUDENCIA.

SELECCIÓN DE CASOS

En lo que sigue veremos cómo se ha comportado la jurisprudencia a la hora de resolver los casos referidos a la responsabilidad estatal por omisión.

a) “FRANCK, ROBERTO Á.” (14 DE NOVIEMBRE DE 1969)⁴⁵⁵. - En los autos caratulados “Roberto Ángel Franck c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios”, el actor, por sí, y en representación de sus hijos menores Horacio Roberto y Gustavo Ignacio, demanda la reparación de los daños ocasionados por la muerte de su cónyuge y de tres de sus hijos. El hecho ocurrió el 26 de febrero de 1967 a raíz del naufragio de la lancha “Espera VI” destinada al transporte colectivo de pasajeros. La embarcación se hundió al chocar con un tronco de árbol, mientras realizaba una maniobra de amarre en uno de los muelles del arroyo Espera.

La demanda atribuyó responsabilidad a la provincia de Buenos Aires porque era competencia de la Dirección de Hidráulica, dependiente de aquella, mantener en debidas condiciones las rutas navegables y remover los obstáculos que impiden el normal desarrollo de la actividad de transporte por agua. En otras palabras, el daño que genera los perjuicios reclamados se originó en la omisión de la demandada, que no mantuvo en condiciones la ruta navegable.

Por su parte la Corte Suprema, sin desarrollar una teoría en derredor de la responsabilidad por omisión, supuesto en el que por las razones dadas correspondía subsumir el caso, hace lugar a la demanda. Sintéticamente afirma que puesto que corresponde a la demandada el dominio del río y del cauce donde estaba enclavado el tronco que originó el accidente, cabe concluir que aquella resulta responsable, por aplicación de los arts. 1113 y 1133 del Cód. Civil, este último no derogado a la fecha del siniestro.

b) “ODOL S.A.I.C.” (11 DE MAYO DE 1982)⁴⁵⁶. - En la causa “Odol S.A.I.C. c/Estado Nacional s/daños y perjuicios” se demandaba por los perjuicios derivados de la inactividad de la autoridad administrativa a la que la actora había solicitado autorización para trasladar a los precios de venta de los productos que comercializaba, pero no fabricaba, la incidencia de los impuestos internos, que la ley 20.423 establecía como responsable a quien encargare la producción de productos a terceros. La atribución de responsabilidad al Estado provenía, según la demanda, de una demora injustificada en el dictado de la resolución de autorización pedida, que consi-

⁴⁵⁵ Fallos, 275:357.

⁴⁵⁶ Fallos, 304:651.

deraba una irregularidad en el ejercicio de la función administrativa de los órganos administrativos en los términos de los arts. 1109 y 1112 del Cód. Civil provocándole un daño, consistente en la imposibilidad de trasladar a los precios al consumidor el monto de la exacta incidencia del tributo puesto a su cargo, con lo cual dejó de percibir en forma irrecuperable el importe de ese gravamen que integraba su costo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que el demandante no había ejercido adecuadamente los remedios procesales que el ordenamiento ponía a su alcance contra la morosidad administrativa, es decir la vía del silencio administrativo prevista en el art. 10 de la LPA, 19.549, o bien el amparo por mora regulado por el artículo 28 de dicha ley. En suma, que no había provocado la situación de mora de la Administración Pública, origen de la reparación pretendida, para cuya configuración –según el fallo– “se requiere ineludiblemente la pertinente interpelación del particular damnificado [...]” consintiendo con su actitud la demora de la administración. Resulta, en consecuencia, irrazonable el pedido de reparación de daños y perjuicios que ahora reclama con fundamento en la mencionada demora tácitamente aceptada (arts. 902, 903 y 1111, Cód. Civ.)⁴⁵⁷.

En orden al fundamento jurídico para la procedencia de la acción en circunstancias como la examinada, la Corte Suprema, sobre la base de un criterio de atribución de naturaleza subjetiva, entendió que para responsabilizar al Estado eran exigibles un irregular cumplimiento de las obligaciones legales y la existencia de culpa en el funcionario, y que para determinar si ha existido irregularidad en el cumplimiento de las funciones públicas “es necesario considerar si ha sido realizado en transgresión de las normas que reglamentan tales funciones”. El Tribunal entendió que la Administración Pública no había incurrido en mora y, por lo tanto, no se verificaba la requerida transgresión a las disposiciones que regulan su accionar, en vista a que –como se dijo– el demandante no la había interpelado mediante el empleo del requerimiento de pronto despacho previsto por el art. 10 de la ley 19.549 y que si bien la Administración Pública tiene el deber de expedirse ante toda petición de los particulares, es dable requerir un mínimo de diligencia por parte de éstos. Debe decirse que la Administración acogió favorablemente la petición del demandante a través del dictado del correspondiente acto administrativo, y sin embargo la Corte entendió que pese a ello, el particular –que no escogió la vía del silencio negativo por considerar que era dable esperar una resolución favorable– tampoco empleó la vía del amparo por mora del art. 28 de la ley 19.549 para instar el dictado de dicha decisión, circunstancia que, a juicio del fallo, impone que cargue con las consecuencias que con su omisión se verificaron en su patrimonio.

Consecuentemente, la Corte Suprema resolvió que no podía considerarse que hubiera existido irregularidad o ilicitud en el dictado del acto administrativo, puesto

⁴⁵⁷ Confrontar consids. 13 y 14 de la sentencia.

que fue realizado en el marco normativo que reglamentaba su producción y tampoco era posible –por esa misma razón– atribuir responsabilidad al administrador en los términos del artículo 43 del Cód. Civil.

Realmente es difícil coincidir con la apreciación que la Corte Suprema realiza acerca de la obligatoriedad de cumplir los plazos que la ley le impone a la Administración Pública para tramitar las solicitudes que los particulares le formulen, pues sencillamente dichos plazos (sean generales o especiales) están fijados para ser cumplidos y su solo vencimiento sin que se expida produce la mora administrativa que –por esencia– configura una situación irregular (art. 509, 1er. párr. Cód. Civ.). En ese orden de ideas, tanto la vía del silencio con efectos negativos sobre la pretensión, regulada con carácter general en el art. 10 de la ley 19.549, o la especial establecida en el art. 31 del mismo texto legal, como así también las vías del amparo por mora regido por el art. 28 de la misma ley, y la queja del art. 71 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, configuran en todos los casos remedios impuestos en beneficio exclusivo del particular y nunca de la Administración Pública, sobre la que siempre pesa el deber de resolver las peticiones de los particulares (arts. 14 y 18, Const. nac.). En consecuencia, la sola circunstancia de que la Administración Pública deje vencer dichos plazos sin cumplir con aquello que la ley le ordena (v. gr., dictar el acto administrativo, emitir el dictamen, elevar las actuaciones para el trámite de los recursos, etc.) configura una transgresión al deber legalmente impuesto. Claro que esa sola circunstancia, la omisión antijurídica, no acarreará por sí sola la responsabilidad del Estado si no se verifican los demás requisitos de procedencia (v. gr., imputación jurídica, daño y relación de causalidad adecuada)⁴⁵⁸.

c) “SYKES” (2 DE JULIO DE 1985)⁴⁵⁹. EL EJERCICIO DEL PODER DE POLICÍA EN MATERIA FINANCIERA. OPINIÓN CRÍTICA. - La Sala IV de la Cá-

⁴⁵⁸ Contrariamente a lo decidido por la Corte en “Odol”, recientemente la Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, falló en la causa “Zucco, Carlos c/Estado Nacional” con fecha 24/8/00, que el Registro Nacional de las Personas es responsable por la demora en la entrega de un Documento Nacional de Identidad a un ciudadano, que motivó que este debiera realizar el servicio militar obligatorio (cuando aún existía en nuestro país) a pesar de haber sido exceptuado del mismo por haber obtenido “número bajo” en el correspondiente sorteo. La demanda se entabló también contra el Ejército Argentino, pero respecto de él la sentencia rechazó la demanda, pues ni bien se advirtió la circunstancia el Ejército dio de baja al conscripto (LL, t. 2001-A, p. 325).

⁴⁵⁹ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, sent. del 2/7/85. Cabe citar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en virtud del rechazo del recurso extraordinario decidido con fecha 19/11/87 (LL, t. 1988-C, p. 331). El mismo tribunal, por su Sala I, se pronunció en los autos “Menéndez S.A.I.C. c/Banco Central de la República Argentina”, con fecha 30 de mayo de 1990 (LL, t. 1990-D, p. 413), rechazando la demanda promovida, con una línea argumental semejante a la empleada en “Sykes”, pues también indagó acerca de la responsabilidad del Estado con un criterio de atribución subjetiva, añadiendo que la facultad revocatoria de la autorización para funcionar de una entidad financiera se inscribe en el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración Pública (en el caso, el Banco Central de la República Argentina) y que las mismas fueron razonablemente ejercidas por la demandada.

mara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos “Sykes, Violeta y otros c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de dólares” tuvo oportunidad de expedirse sobre los alcances que cabe asignar a la responsabilidad del Estado cuando se la funda en la omisión del cumplimiento de sus deberes, en el caso, el ejercicio del poder de policía financiera.

La parte actora demandó al Banco Central a fin de que se lo condenara a abonar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos a raíz del incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones que le impone la ley 21.526, al no revocar oportunamente la autorización de que gozaba el Banco de Intercambio Regional para funcionar como entidad financiera a pesar de conocer el estado de iliquidez e insolvencia que presentaba la entidad, ni haber suprimido la autorización para captar depósitos. Dicha inactividad –según la demanda– permitió que la actora operara con el Banco de Intercambio Regional que a la postre fue liquidado, perdiendo la accionante su depósito en moneda extranjera.

Al encuadrar el caso, el Tribunal postula que se está ante un supuesto de responsabilidad extracontractual en el que se demanda resarcimiento por una omisión en una conducta del Banco Central que, al decir de la demandante, esta debía cumplir.

Dentro de tal marco, el Dr. Hutchinson señala en su voto que la responsabilidad del Estado, por su conducta omisiva, es de naturaleza subjetiva. Explica que si el Estado no fue autor de un acto lesivo solo le puede caber responsabilidad cuando esté obligado a impedir el daño: solo tiene sentido su responsabilidad si incumplió su deber legal que le imponía obstar al evento lesivo. En los casos de conducta antijurídica por omisión, la responsabilidad tendrá base subjetiva, salvo que el propio derecho la regule como de responsabilidad objetiva. Lo contrario llevaría a resultados absurdos, transformando al Estado en un ente asegurador.

Agrega el pronunciamiento que en estos casos, la omisión, en rigor de verdad, resulta condición del daño y no causa del daño. Condición, porque es un evento que no ocurrió, y que si hubiera ocurrido hubiera impedido el resultado lesivo; para que sea causa tiene que ser factor que genere el daño. Solo las características de la omisión de la demandada indicarán si hubo o no responsabilidad, y esta surgirá ante la verificación de impericia, negligencia o dolo en la conducta cuestionada.

Aplicando lo dicho al caso analizado para su resolución, estima el pronunciamiento que cabe determinar si en el sub lite existió impericia, negligencia o dolo en la omisión del Banco Central en lo que hace a no haber revocado la autorización para funcionar a la época del depósito efectuado por la parte actora.

La potestad cuyo ejercicio se reclama en la causa, según surge de la ley 21.526, es discrecional. Hay que determinar, pues, si el no ejercicio de la facultad revocatoria al tiempo del agravio que formula la actora fue arbitrario o carente de razonabilidad. Es decir, analizar si la potestad que el BCRA tenía para permitir que el Banco de Intercambio Regional siguiera funcionando –esto es, no revocar la autorización– a la

época en que se constituyó el depósito de la parte actora –20/12/79– fue ejercida razonablemente o no.

Evaluada las constancias probatorias de la causa el Tribunal considera acreditado que si bien al 31 de diciembre de 1979 el Banco de Intercambio Regional no tenía una situación floreciente, la agravación, con carácter de progresión geométrica, se produjo durante los tres primeros meses de 1980. Aún para la fecha del informe de consultoría efectuado en febrero de 1980, si bien se podía pronosticar razonablemente la falencia de la entidad en cuestión, también se establecían pautas tendientes a evitarla, con lo que aún a esa fecha era posible no revocar la autorización.

Según el pronunciamiento, el Banco Central hizo entonces uso legítimo de sus potestades, tanto cuando decidió que el Banco de Intercambio Regional siguiera funcionando como entidad financiera en el momento de constituirse el depósito de la actora como cuando revocó posteriormente la autorización. No existe omisión con entidad suficiente que hubiera influido de tal manera que, de actuar, no se hubiera constituido el depósito de la actora. Fue la parte actora la que asumió un riesgo en su afán especulativo.

La demanda, por las razones así dadas, fue rechazada, ya que, como lo señala el pronunciamiento, en lo que hace a la responsabilidad que se imputa al Banco Central, está centrada en la ilegitimidad de su accionar referente a no ejercer adecuadamente el control, de manera de haber liquidado al Banco de Intercambio Regional con anterioridad al depósito de las actoras, ilegitimidad que se descartó a partir de las probanzas de la causa.

El doctor Miguens coincide en su voto con la solución del caso, y en lo que aquí interesa señala que la accionante responsabiliza al Estado por el deficiente ejercicio de la actividad administrativa de policía, deficiencia que, a su entender, la haría incurrir en lo que la doctrina ha llamado “falta de servicio”. Pero para que la falta de servicio se configure, la Administración debe haber funcionado mal, o haberlo hecho tardíamente, y en este aspecto, por compartir la valoración de la prueba ya formulada considera que el BCRA ejerció razonablemente sus facultades de control de la entidad bancaria.

Tal como se aprecia, de los fundamentos esgrimidos en el pronunciamiento se desprende que el Tribunal encuadra la responsabilidad por omisión en un criterio de atribución subjetiva, salvo que el propio derecho la regule como responsabilidad objetiva, estableciendo la necesidad de indagar acerca de si existió culpa o negligencia en el cumplimiento del deber legal de los funcionarios competentes al ejercitar la actividad de control sobre la entidad bancaria, pues parte de considerar que en los casos en que el daño se produzca sin intervención directa del Estado, su deber se limita a evitar el evento lesivo.

No compartimos el criterio, aunque sí coincidimos con la solución a la que arriba el caso judicial, pero por fundamentos diferentes. Ciertamente que la cuestión llamada a resolver no es sencilla, pero de ahí a declarar la necesidad de indagar

acerca de la culpa o negligencia en el agente a efectos de establecer la existencia de una omisión de un deber legalmente impuesto, existe un largo trecho que no puede recorrerse sin abandonar ciertos principios definitivamente propios del estado de derecho. Decimos que no es sencilla pues si el Banco Central –como autoridad reguladora– en determinadas circunstancias diera a publicidad la situación por la que puede estar atravesando una entidad bancaria podría generar –probablemente– una situación de angustia en el público ahorrista y, con ello, una consiguiente extracción masiva de depósitos de la entidad con problemas, situación que –llegado el caso– podría agravar aún más la situación en que se encuentre. Pero de allí no puede derivarse que el factor de atribución de la responsabilidad resulte en esos casos subjetivo, sino, y en todo caso, debe indagarse si en el ejercicio de dichos deberes legales se ha actuado razonablemente, circunstancia que no debe medirse a través de criterios influidos de subjetividad sino de objetiva proporcionalidad. Recuérdese que en un sistema como el argentino actual, la garantía de la devolución de los depósitos tomados del público, se asienta, principalmente, sobre la garantía de solvencia que proporciona la propia entidad receptora de esos depósitos; solo en una mínima proporción se encuentra garantizada por el Estado argentino. La circunstancia de que el Banco Central autorice a funcionar a una entidad financiera implica la confianza por parte del público de que se han cumplido los recaudos legales y reglamentarios para ello y que la autoridad ejerce los controles sobre dicho funcionamiento.

Por otra parte, no puede perderse de vista que la actividad bancaria y financiera es de naturaleza privada, y aunque se encuentre fuertemente regulada, está en nuestro sistema jurídico sometida a un régimen de autorización de parte de la autoridad administrativa. Según la caracterización que clásicamente se ha efectuado de ella, como lo ha explicado CASSAGNE, la idea sobre la que reposa dicha técnica de intervención estatal es la de un acto administrativo que levanta una condición puesta al ejercicio de una actividad privada sobre la base de un derecho preexistente, que se halla subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas por leyes y reglamentos⁴⁶⁰. Aún más, siguiendo la clasificación que dicho autor realiza, bien puede decirse que se trata de una autorización de carácter operativo, donde la Administración Pública –sin resignar sus funciones de control– procura encauzar u orientar la actividad privada hacia el desarrollo de planes previamente definidos⁴⁶¹ y que, aun en el caso de que su otorgamiento se incluyera dentro del ejercicio de facultades discrecionales del Banco Central de la República Argentina, ella no podría negarse sino dentro de los límites sustanciales y formales establecidos en el ordenamiento jurídico⁴⁶².

Caracterizar a la omisión con un criterio de imputación subjetiva, para evitar de ese modo que el Estado se convierta en un mero asegurador de todo riesgo, como lo

⁴⁶⁰ CASSAGNE, Juan C., *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 88.

⁴⁶¹ CASSAGNE, *ob. cit.*, p. 92.

⁴⁶² CASSAGNE, Juan C., *obra y lugar citados*.

hace el Tribunal, puede implicar conferirle a la autoridad administrativa un margen muy amplio de arbitrio para el ejercicio de las competencias que la ley le acuerda, donde, en tanto no se pueda verificar culpa, negligencia o el dolo de los funcionarios intervinientes, en una materia como la bancaria y financiera, cuya complejidad es mayúscula, podría tornar ilusoria la responsabilidad del Estado por la omisión en cumplimiento de sus deberes legales, actuando en el ejercicio del control de una actividad semejante.

Así las cosas, es a la luz del “principio de proporcionalidad” inherente al estado de derecho, como deberá medirse si la conducta de la autoridad regulatoria bancaria y financiera es o no generadora de la responsabilidad que en un caso dado se le achaca; y que como cualquier caso de intervención administrativa en la libertad individual, para ser legítima, debe tener estricta correspondencia entre el supuesto de hecho generador de la intervención, los medios a emplear y los fines a alcanzar. En esta correspondencia razonable los tres elementos deben situarse en un mismo nivel de intensidad, lo que obliga a ponderar las circunstancias de cada caso y comparar la conducta omitida en función de aquellas acciones o medidas que, siendo estrictamente necesarias, debieron adoptarse y se omitieron.

d) “TORRES” (4 DE ABRIL DE 1989)⁴⁶³. - La causa “Torres, Francisco c/Provincia de Mendoza, s/daños y perjuicios”, fallada por la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, representa un importante desarrollo en torno a los supuestos de responsabilidad del Estado por omisión. Mediante esta demanda, el Sr. Francisco Torres inició juicio por daños y perjuicios en diciembre de 1982, esgrimiendo que en 1981 una gran crecida había arrasado la defensa aluvional construida por la provincia, lo que motivó que las aguas destruyeran plantíos y otros bienes de su propiedad ubicados en la zona de Barrancas. Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la demanda impetrada.

Llegado el caso a la Corte provincial, claramente se deja establecido que se imputa a la demandada una omisión en la realización de obras, pues las existentes resultaron insuficientes para detener el aluvión que provocó los daños reclamados. En principio, y estando ante un supuesto de responsabilidad por omisión, el tribunal supedita la procedencia de la demanda a la existencia de una omisión antijurídica, dado que, en la órbita en la que nos encontramos, la antijuridicidad es el primer presupuesto inexcusable del deber de responder (art. 1074, Cód. Civ.).

Sin embargo, seguidamente –y en esto reside la originalidad del fallo, con cita de doctrina italiana–⁴⁶⁴ postula que la omisión no necesariamente tiene que ser típica.

⁴⁶³ LL, t. 1989-C, p. 514.

⁴⁶⁴ Se indica en el pronunciamiento la obra de Giovanni DUNI, *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 55, obra a la que no se ha tenido acceso.

Lo que se debe exigir es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar; pero no es menester que esa obligación sea expresa, sino que basta con que se den tres requisitos: a) existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; b) necesidad material en actuar para tutelar ese interés, y c) proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

En otras palabras, viene a afirmar que será resarcible no sólo la omisión de deberes legalmente establecidos, sino también aquella omisión en la que se verifican los tres requisitos reseñados, a pesar de no existir una norma que expresamente consagre la obligación de que se trate.

Aplicando los principios expuestos al caso en examen, el tribunal local entiende que no existía una normativa que obligara a la provincia a construir las defensas cuya omisión generó los daños reclamados. En consecuencia, analiza si se verifican los requisitos tomados de DUNI para justificar la obligación de reparar, aun ante la ausencia de un deber legal de actuar que torne antijurídica la omisión cuestionada.

Entiende la Corte de Mendoza que si bien claramente se cumple en el caso el requisito que identificáramos con la letra b, los restantes, designados como a y c, no se verifican. Es decir, acepta que las obras de defensa aluvional son necesarias, pero a la vez encuentra que los intereses contrapuestos de la actora y la demandada son de naturaleza patrimonial, sin que exista un interés cualitativamente superior que torne en antijurídica la omisión estatal; finalmente sostiene que no hay proporción entre el sacrificio general que comporta el actuar del Estado y la utilidad que conseguiría con tal accionar. Las obras reclamadas resultarían para la comunidad más gravosas que el valor de los bienes que tutelarían.

Frente a la inexistencia de norma expresa, y ante un conflicto de intereses de igual naturaleza, el actor debió demostrar que la omisión estatal era abusiva o la inexactitud de las repercusiones económicas que invocó la demandada para justificar la no construcción de mayores obras de defensa contra fenómenos como el analizado en la causa.

Por las razones expuestas, el tribunal local revocó las sentencias de las instancias anteriores y rechazó la demanda impetrada.

e) “RUIZ” (7 DE NOVIEMBRE DE 1989)⁴⁶⁵ Y “SARRO” (27 DE DICIEMBRE DE 1990)⁴⁶⁶. - La demanda por daños y perjuicios seguida en los autos “Ruiz, Mirta E. y otro c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios” se originó a raíz de la muerte de Oscar N. Ferraro, producida como consecuencia de la colisión con un

⁴⁶⁵ Fallos, 312:2138; LL, t. 1990-C, p. 430.

⁴⁶⁶ Fallos, 313:1636; se publica sólo el sumario del pronunciamiento judicial.

caballo suelto en la ruta provincial n° 36 por la que aquel circulaba conduciendo su automóvil. Se fundó la responsabilidad de la provincia en la omisión del deber de custodia de las rutas que le incumben.

La Corte Suprema consideró que la omisión que se alegaba como sustento de la responsabilidad de la provincia no era atribuible a ella, pues no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora. Además, entendió que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, puesto que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa. En definitiva, resuelve hacer lugar a la falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada y rechazar la acción de daños y perjuicios.

El pronunciamiento de la Corte motivó que la doctrina se ocupara profusamente de él. Así, BUSTAMANTE ALSINA, al comentar el fallo⁴⁶⁷, criticó la solución adoptada por el alto tribunal. Para ello, esgrime que el ejercicio del poder de policía constituye un deber de las policías provinciales. De allí que el incumplimiento de ese deber, omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en ilícita esa abstención en los términos del art. 1074 del Cód. Civil. El daño que resulte para terceros de aquellas omisiones responsabiliza al agente u órgano del Estado que no cumplió su deber, absteniéndose de ejercer la vigilancia y custodia de las rutas para que se observen los reglamentos de seguridad del tránsito.

GAMBIER coincide con lo dicho por BUSTAMANTE ALSINA como formulación de principio. Sin embargo, puntualiza la necesidad de verificar si en el caso concreto existió ejercicio irregular de la potestad administrativa. Concluye que en el caso “Ruiz” no se advierte tal ejercicio irregular, pues entiende que resulta imposible que las indicaciones viales que advierten sobre la posible existencia de animales sueltos se encuentren en forma permanente, constante e ininterrumpida durante todo el trayecto. A su entender, en el caso no se llegó a configurar la denominada falta de servicio al no aparecer como irregular el aludido ejercicio del poder de policía⁴⁶⁸.

Por su parte, MARIENHOFF también estima que la solución de la Corte fue acertada, si bien discrepa con los fundamentos en que se sustentó la sentencia. En tal sentido señala que el poder de policía de vigilancia de las rutas no siempre se ejerce con la misma intensidad o amplitud, depende de los lugares o circunstancias involucrados, y así será más intenso en los tramos de ruta que atraviesan zonas urbanas y menos intenso en las partes que ellas atraviesan zonas rurales o descampados. De ahí que, si bien es razonable pretender que el Estado impida que animales sueltos pene-

⁴⁶⁷ LL, t. 1990-C, p. 429.

⁴⁶⁸ GAMBIER, Beltrán, Algunas reflexiones . . . , p. 625.

tren en la carretera y causen daños al colisionar con automotores que circulen en esa parte de la vía pública, no sería razonable pretender que el Estado, a lo largo de la carretera, en plena zona rural, también deba impedir que animales sueltos accedan a la carretera y provoquen esos daños, máxime cuando, en esos lugares, la mayoría de esas vías públicas carecen de cercos en sus costados. Semejante exigencia sería inadmisibles por impropia e irrazonable; el inmenso escenario rural de nuestro país justifica lo expuesto. En referencia al caso “Ruiz”, explica MARIENHOFF que en un lugar como en el que ocurrió el hecho no era obligación del Estado impedir que el caballo accediera a la carretera⁴⁶⁹.

Algo semejante resolvió la Corte Suprema en la causa “Sarro, Antonio y otros c/ Organización Coordinadora Argentina (OCA) y otros”, del 27 de diciembre de 1990, donde el Tribunal reiteró su doctrina acerca de que el Estado provincial no es responsable por el accidente causado por animales sueltos en caminos y que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no es suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en donde ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte; reitera el criterio de que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa. La doctrina sentada en estos dos precedentes judiciales será ratificada –como se verá– en la causa “Colavita”.

f) “LANATI” (2 DE JULIO DE 1991)⁴⁷⁰. - Dentro de la línea argumental desarrollada a través de las opiniones doctrinarias de MARIENHOFF y GAMBIER analizadas supra, la Corte, en autos “Lanati, Marta Noemí y otros c/Dirección Nacional de Vialidad s/daños y perjuicios” revocó la sentencia de la instancia anterior, dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala B, rechazando la demanda y ordenando el dictado de una nueva sentencia. Los hechos fueron los siguientes: el día 18 de febrero de 1984, a las 13:30 aproximadamente, la actora, junto con su hija, dos nietos y un menor que los acompañaba, circulaba en su vehículo por la ruta nacional 40 hacia la ciudad de Malargüe. A la altura del kilómetro 734 y mientras circulaba a una velocidad de 60 a 70 km/h, divisó varios pozos en la capa asfáltica, uno de ellos muy grande, oportunidad en que procedió a aplicar los frenos y tratar de esquivar el obstáculo, aunque debido a sus grandes proporciones no pudo evitarlo, perdiendo el control del rodado y produciéndose el vuelco del mismo y los daños y perjuicios por los cuales se entabló la demanda en cuestión.

El fallo de la Corte Suprema hizo lugar al recurso extraordinario federal, para lo cual evaluó si en el caso concreto la demandada había ejercido en forma irregular la obligación que pesaba a su cargo de conservación y vigilancia del estado de la ruta

⁴⁶⁹ MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad . . . , p. 213.

⁴⁷⁰ Fallos, 314:661.

donde se produjo el accidente. Concluyó el tribunal que la demandada, al omitir cumplir con su deber al no advertir a los conductores sobre la existencia de una zanja profunda ubicada después de una lomada con la señalización pertinente, impediría rechazar la demanda fundando el rechazo exclusivamente en la impericia del conductor, por lo que dispuso el dictado de una nueva sentencia.

Debe apreciarse que la Corte descalifica el pronunciamiento recurrido, pues en él se puso énfasis en la imprudencia de la conductora del vehículo para descartar toda responsabilidad de quien tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del camino y que prescinde de toda consideración a lo prescripto por el art. 1113 del Cód. Civil, en cuanto autoriza a graduar el factor de imputación en función de la posible eficiencia de la culpa de la víctima en conjunción con el riesgo creado, al disponer que el dueño o guardián podrá eximirse total o parcialmente de responsabilidad si acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.

Resulta de interés el voto aislado del Dr. Barra, para quien la obligación de responder establecida en el art. 1113 del Código Civil alcanza también a las omisiones culposas que, en el caso de la responsabilidad de la Administración Pública, se encuentran también expresamente previstas en el artículo 1112 del mismo Código.

g) “DE GANDÍA, BEATRIZ” (4 DE MAYO DE 1995)⁴⁷¹. - En este caso, cuyos hechos ya fueron analizados en el capítulo referente al alcance de la reparación, se resuelve, de manera acertada, responsabilizar al Estado por el daño moral causado a un particular como consecuencia de una omisión judicial.

Existirá así responsabilidad por omisión cuando quien debía “hacer” no lo hace, infringiendo una obligación jurídica de obrar, no solo consagrada por norma expresa sino por el ordenamiento jurídico en general o por la naturaleza de la función. En los supuestos como el presente, la omisión judicial generadora de la obligación de indemnizar estará estrechamente ligada a la noción de falta de servicio. Ello, a tal punto que la Corte Suprema cita como fundamento de la responsabilidad en el consid. 4º su conocida doctrina, expuesta entre otros en el caso “Ferrocarril Oeste”, según la cual “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución”, estimando que la omisión procesal emanada de las autoridades judiciales provinciales de no ordenar que se dejara sin efecto el pedido de secuestro que pesaba sobre el vehículo que conducía la actora se constituyó en la causa eficiente del perjuicio sufrido.

El decisorio –a nuestro juicio– encuadra claramente la solución en lo prescripto por los arts. 625 y 630 del Código Civil, circunstancia que confirma el criterio de especialidad que entre nosotros le asigna MARIENHOFF a la disposición contenida

⁴⁷¹ Fallos, 318:845.

en el art. 1112 del Cód. Civil, frente a la norma general establecida en el artículo 1074 del mismo Código.

h) “COLAVITA, SALVADOR C/PROVINCIA DE BUENOS AIRES” (7 DE MARZO DE 2000)⁴⁷². - En los autos “Colavita, Salvador y otro c/Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” el Sr. Colavita y la Sra. Susana Maiqueze reclamaron reparación de los perjuicios sufridos a raíz del accidente ocurrido en la ruta nacional 2. Los actores circulaban a bordo de su vehículo, cuando a la altura del kilómetro 144 se interpusieron sorpresivamente dos caballos, uno de ellos acostado en el carril de circulación. El conductor intentó esquivar al caballo echado, mas no pudo evitar la colisión con el otro, pese a haber accionado los frenos inmediatamente. Sostienen la responsabilidad de las demandadas –la provincia de Buenos Aires y la empresa concesionaria Covisur– encargadas de mantener la seguridad en la ruta en función del contrato de peaje.

La sentencia nuevamente se ocupa del difícil aspecto de la responsabilidad extracontractual del Estado por su conducta omisiva, y en el cual –para mayor complejidad– esta vez se encontraba también involucrada la atribución de responsabilidad al concesionario de obra pública del camino en el que se produjo el accidente por la existencia de un animal suelto.

La Corte resuelve aquí, con la disidencia parcial de uno de sus miembros⁴⁷³, dos cuestiones trascendentes. En efecto, a su conocida doctrina sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por la existencia de animales sueltos en caminos se agrega ahora la relativa a la del concesionario de obra pública, quien, merced a la encomienda recibida del Estado, tiene a su cargo las obras de mejoramiento y conservación del camino, así como su administración y explotación. En ambos casos, la demanda de daños se promueve con fundamento en la omisión de tomar medidas de seguridad que eviten la presencia de dichos animales sueltos y de los cuales –como en el caso en comentario– se produjeron daños a usuarios que transitaban por la ruta.

En lo referente al primer aspecto, la Corte resuelve el caso con sustento en su conocida doctrina expuesta en precedentes tales como “Ruiz”⁴⁷⁴ y “Sarro”⁴⁷⁵, recién

⁴⁷² Fallos, 323:318.

⁴⁷³ La disidencia parcial estuvo a cargo del ministro Adolfo Vázquez, quien consideró no comprometida la responsabilidad de la provincia, puesto que no se logró demostrar que la misma hubiera incumplido las obligaciones impuestas por el código rural local. Sin embargo interesa destacar que sostuvo que la responsabilidad extracontractual del Estado por sus omisiones debe ser regulada en función de lo dispuesto por los arts. 1074 y 1109 del Cód. Civil. Sí, en cambio, entendió comprometida la responsabilidad del concesionario de obra pública, pues considera que entre este y el usuario se establece una relación de base contractual; en tal sentido enmarca esa relación como típica de “consumo” en los términos de los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, y de ese modo sostiene que frente al usuario, el concesionario tiene una “obligación tácita de seguridad de resultado”. Por las razones que damos en el texto, no compartimos tal criterio.

⁴⁷⁴ Fallos, 312:2138.

⁴⁷⁵ Fallos, 313:1636.

temente examinados, y según la cual “el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”⁴⁷⁶ (el destacado me pertenece).

Reiteró la Corte que la eventual responsabilidad que genere la presencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse al propietario del animal, conforme con lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil⁴⁷⁷.

En lo relativo a la atribución de responsabilidad del concesionario de obra pública, el Tribunal desestima también la demanda, porque la obligación de prestar condiciones de seguridad con semejante alcance no le habían sido impuestas ni por el contrato de concesión, ni tampoco por el plexo de disposiciones que lo rigen.

En síntesis, y aun cuando la sentencia no lo diga expresamente, cabe concluir que no se encontraba verificado el requisito que la ley exige para que dicha responsabilidad pueda tener cabida y ello es –en nuestra opinión– consecuencia de la concreta aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 1074 del Código Civil.

Corresponde aclarar que la expresión “ley”, prevista en el art. 1074 del Cód. Civil, debe ser entendida en su sentido material⁴⁷⁸, tal como también surge del decisorio, pues en el mismo se examinan las disposiciones del “Reglamento de Explotación” del camino, el cual posee la naturaleza jurídica que se indica en su denominación.

Para así resolver, y en vista del régimen jurídico que rige la concesión otorgada, la Corte emplea como argumento central el de que no cabe atribuirle al concesionario (delegado) frente al usuario, mayores deberes y derechos que los que posee el Estado concedente (delegante), por virtud de la “delegación de funciones propia de la concesión” (expresión textual de la sentencia), y ello es también así por virtud de lo dispuesto en el art. 3270 del Código Civil⁴⁷⁹.

En lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado por sus omisiones, y aunque tampoco lo diga expresamente, pareciera que la Corte Suprema se ha

⁴⁷⁶ Consid. 5º de la sentencia recaída en “Ruiz”.

⁴⁷⁷ El citado artículo 1124 dispone: “El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiese mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario”.

⁴⁷⁸ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad . . . , ps. 24 y ss., nº VII.

⁴⁷⁹ La citada norma dispone: “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere”.

inclinado también por considerar que la cuestión debe ser disciplinada, a la luz del mencionado art. 1074 del Código Civil. Ello así, por cuanto sostiene que la obligación genérica que pesa sobre el Estado de brindar seguridad –en virtud del poder de policía del que está investido– no permite fundar la citada responsabilidad en ausencia de una intervención directa de los órganos estatales.

Si bien y como se ha visto, la aplicación de la citada disposición a la conducta estatal ha suscitado algunas controversias en la doctrina, nos parece más apropiada la solución que –a nuestro juicio– se desprende del decisorio comentado³³².

La Corte Suprema analiza la responsabilidad del Estado que pudiera derivar de la omisión de control, y la descarta con los argumentos desarrollados en la ya examinada causa “Ruiz”. A partir de ello, tampoco atribuye responsabilidad al concesionario de obra pública (Covisur), que como delegado del Estado no puede asumir mayores compromisos que los que corresponden al delegante.

Por su parte, el ministro Vázquez, en su disidencia, considera que la provincia de Buenos Aires podría ser responsable por omitir los deberes que surgen del Código Rural, en virtud del cual los establecimientos rurales deben estar cercados, imponiendo a la autoridad el deber de intimar el cumplimiento de la obligación bajo apercibimiento de realizar el cercado por cuenta del obligado. En tal caso, la responsabilidad se fundaría en la idea de falta de servicio. Sin embargo, el juez Vázquez entiende que en el sub examine no se probó el incumplimiento de sus deberes por parte de la provincia de Buenos Aires. En cambio, entiende que Covisur sí es responsable por los perjuicios reclamados, sobre la base de su obligación tácita como concesionario de dar seguridad a los usuarios.

43. CONCLUSIONES

De todo lo precedentemente expresado pueden extraerse –en nuestra opinión– las siguientes conclusiones:

a) El Estado es responsable por los daños que provoque no solo por sus conductas positivas, sino también por sus omisiones de carácter antijurídico lesivas de una situación jurídicamente protegida.

b) No existe en el ámbito de la teoría general de la responsabilidad del Estado un texto legal que en forma amplia regule la reparación de los daños que aquel provoque por sus omisiones, lo que obliga a acudir a las soluciones que provee la teoría general de la responsabilidad incluida en el Código Civil.

⁴⁸⁰ En idéntico sentido, véanse las opiniones de Miguel S. MARIENHOFF, ob. cit., p. 18, y más recientemente, comentando el mismo caso, la de Rodolfo C. BARRA, *Animales en las rutas. Responsabilidad por omisión de control en la concesión de obra pública*, ED, diario del 30/5/00.

c) En el ámbito de la teoría general de la responsabilidad, el artículo 1074 del Código Civil establece el criterio general de atribución de responsabilidad por las conductas omisivas.

d) No cualquier omisión genera la obligación de reparar los perjuicios que con ella se ocasione, sino aquellas que implican el incumplimiento de un deber impuesto por la “ley”, entendida esta expresión en un sentido material amplio.

e) El artículo 1112 del Código Civil no abarca todas las situaciones en las que una abstención puede provocar perjuicio.

f) El artículo 1074 del Código Civil forma parte de un sistema de responsabilidad basado predominantemente en un criterio de imputación subjetiva (art. 1109, Cód. Civ.).

g) La aplicación del art. 1112 del Código Civil y la consideración de la omisión dentro del concepto de falta de servicio trae aparejado un criterio de atribución de responsabilidad objetivo y directo.

h) No es necesario indagar acerca de la culpa en el agente para atribuir responsabilidad al Estado por la omisión antijurídica, bastando la verificación de la abstención de una obligación legal; la imputación jurídica de dicha abstención al Estado, por conducto de la teoría del órgano, y una relación de causalidad adecuada directa y exclusiva entre la omisión y el daño provocado.

i) La jurisprudencia se muestra sumamente restrictiva para aceptar que el Estado es responsable de los daños que puede provocar por sus abstenciones, requiriendo, para que esta sea procedente, la intervención directa de los agentes, la verificación de una conducta culpable (art. 1109, Cód. Civ.) y la existencia de una obligación legal expresamente impuesta al agente que, debiendo obrar, no lo hizo.

j) La ausencia de un texto legal genérico en el ámbito de la teoría general de la responsabilidad del Estado ha generado una casuística jurisprudencial que pone en evidencia una relativa falta de uniformidad en las soluciones legales que pueden ser aplicables.

k) La jurisprudencia más reciente provee algunas soluciones que permiten afirmar que en el campo de la responsabilidad del Estado por sus omisiones antijurídicas se disipa cada vez más acentuadamente la frontera entre las abstenciones a deberes que se inscriben en el tradicional ámbito de la actividad discrecional, de aquellas conductas que se califican como actividad reglada. Ello es así debido a un cambio en la consideración del ejercicio de dichas facultades, a las que ya no se concibe como de puro arbitrio administrativo, sino como soluciones que en forma alternativa provienen o son aportadas por la propia ley que le ordena al órgano administrativo su actuación.

CAPÍTULO X

LA REPARACIÓN PATRIMONIAL POR LA FUNCIÓN NORMATIVA LÍCITA

44. BREVE INTRODUCCIÓN Y ENCUADRAMIENTO DE SU ESTUDIO

La posibilidad de obtener una reparación patrimonial por los perjuicios que cause la organización estatal por sus funciones de normación general, a pesar de que esta no merezca reproche desde el punto de vista constitucional, debe ser inscripta en el ámbito de la responsabilidad del Estado por su actuación lícita. Su admisión en aquellos casos en los que el derecho a la reparación patrimonial no se encuentra dispuesta en forma expresa por una norma de rango constitucional (como sucede en el caso de la expropiación por causa de utilidad pública) o legal ha suscitado no pocas controversias y un paulatino reconocimiento por parte de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que –definitivamente, según creemos– ha abandonado hace ya muchos años el criterio de la irresponsabilidad estatal, basada en el argumento de que en tales circunstancias el Estado actúa en el ejercicio de poderes soberanos.

El mencionado supuesto de la expropiación por causa de utilidad pública, previsto en el art. 17 de la Const. nacional, constituye un claro ejemplo de responsabilidad del Estado por su actuación legítima, pues no obstante esa conformidad de la conducta estatal con el ordenamiento jurídico, el daño que se le irroga a la víctima debe ser indemnizado⁴⁸¹.

⁴⁸¹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., ¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de la libertad? (disquisiciones acerca de la responsabilidad estatal), “Rev. de Derecho de Daños”, n° 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 227 a 240, especialmente p. 228.

Ahora bien, el examen de los precedentes judiciales denota que la Corte Suprema ha resuelto los casos que se le fueron presentando mediante la aplicación directa de los preceptos constitucionales que en cada circunstancia ha considerado vulnerados.

Formulamos esta aclaración inicial, pues el supuesto aquí contemplado participa de los fundamentos constitucionales que justifican la responsabilidad del Estado por su actuación lícita o, si se prefiere, legítima, y en buena medida le son aplicables los criterios que explican aquella. Se da así una suerte de relación entre género y especie, donde el primero abarca con sus fundamentos esta variante de la responsabilidad que se deriva de la aplicación de aquellos criterios constitucionales ya estudiados al comienzo, y que en su conjunto conforman el concepto de “estado de derecho”, otorgando de esa manera un fundamento único a todo el ámbito de actuación estatal que provoca perjuicios.

En ese orden de ideas, ya se ha visto que la denominada “doctrina del sacrificio especial” ha tenido una gran receptividad entre los autores nacionales, con la salvedad de la fundada disidencia de MARIENHOFF. Desde ese punto de vista, y tal como claramente lo explica BIANCHI⁴⁸², tratándose de una norma inconstitucional, la procedencia de la reparación de los perjuicios que ella acarrea proviene de esa circunstancia que por sí sola traduce una actuación ilegítima del Estado, quedando desplazada en ese caso la exigencia de verificación de un sacrificio especial en el damnificado. Desde ya que una norma legal que negara el derecho a indemnización del damnificado por la aplicación de la ley que causa el daño, o que declarase –por caso– la irresponsabilidad del Estado, sería inconstitucional por violación a lo establecido –entre otras disposiciones– en los arts. 14, 16, 17, 19 y 33 de la Constitución nacional⁴⁸³.

Esa distinción se aprecia también en las decisiones emanadas de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha reconocido derecho a indemnización frente a una ley declarada inconstitucional⁴⁸⁴, de manera que de lo que particularmente aquí se trata es de examinar aquellos casos en los cuales el origen de la pretensión resarcitoria lo constituye una disposición normativa de carácter general lícita, es decir que

⁴⁸² BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1999. Con diferencia de matices, dicho autor expresa su conformidad con el criterio metodológico señalado, a punto tal que sostiene que la responsabilidad por acto legislativo es una subespecie de la responsabilidad por actos lícitos que tienen efectos generales realizados por razones de bien público o con miras al bienestar general.

⁴⁸³ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado . . .*, 6ª ed., t. IV, p. 788, n° 1662. Dicho autor formula para esos casos la siguiente explicación: “cuando en la propia ley el legislador niega todo resarcimiento a los administrados, las cosas adquieren un tono más grave, pues el damnificado no sólo deberá gestionar el otorgamiento de la indemnización, sino también la declaración de que su negativa dispuesta en la ley agravia algún principio esencial de rango constitucional”.

⁴⁸⁴ El propio BIANCHI cita el fallo recaído en la causa “Cahiza c/Gobierno Nacional” (Fallos, 177:237), en ob. cit., p. 41, nota 80.

no merece reproche desde el punto de vista de su constitucionalidad, no obstante lo cual provoca un daño cuya indemnización se pretende.

Con todo, y a poco que se examine, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema debe decirse que el denominado “sacrificio especial”, o, si se prefiere, el requisito de la especialidad en el daño, aparece mencionado desde los primeros pronunciamientos del tribunal, aunque no de una manera sistematizada, como elemento o requisito de la acción indemnizatoria fundada en la actuación estatal normativa lícita que provoca un daño. En cierto sentido, la terminante afirmación de que en dichos supuestos la actuación estatal es lícita podría incluso ponerse en tela de juicio.

En efecto, si el punto inicial del análisis lo configura la caracterización del fenómeno resarcitorio desde el lado de la víctima del daño (provenga este de una actuación estatal ilícita o lícita), siempre provoca una lesión a una situación jurídicamente protegida, y en la medida en que no tenga la obligación legal de soportarlo y se verifiquen los restantes requisitos de procedencia tendrá derecho a una reparación patrimonial. Así visto el problema, se puede apreciar que la señalada afirmación bien podría ponerse en tela de juicio, pues a pesar de que en estos casos la actuación estatal se encuentra –al menos desde una visión puramente formal– conteste con el ordenamiento constitucional, desde la perspectiva del sujeto afectado existe un daño que provoca una situación de desigualdad con el resto de los integrantes de la comunidad.

Pues bien, la generalidad de la doctrina actual admite o acepta la posible responsabilidad del Estado por sus actos legislativos. Está abandonada la tesis según la cual el Estado era irresponsable extracontractualmente en el ámbito del derecho público, porque allí actuaba en ejercicio de su soberanía, no siendo reparables los agravios causados por el soberano. Tales argumentos deben considerarse en la actualidad superados, pues impera la convicción de que la soberanía –una de cuyas expresiones es la actividad legislativa– en modo alguno implica infalibilidad, menos aún trasunta impunidad, y de ahí la posible responsabilidad estatal por sus actos legislativos⁴⁸⁵.

Por supuesto que la admisibilidad de este tipo de responsabilidad tuvo sus etapas y evolución hasta llegar al reconocimiento actual. La doctrina judicial de la Corte Suprema tuvo como punto de partida la consagración de la regla de la irreparabilidad de los daños causados por la actividad legislativa, para luego establecer una serie de excepciones que a la postre permiten afirmar que dicha regla ha pasado a ser ahora una excepción. Ello siempre, claro está, que además se verifiquen en el caso los demás requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria, a los cuales ya nos hemos referido. Sin perjuicio de ello, puede decirse que el análisis de los precedentes judiciales denota que la Corte Suprema ha hecho hincapié, desde sus primeros pro-

⁴⁸⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, LL, t. 1993-B, ps. 911 y siguientes.

nunciamentos, en el requisito de la especialidad del perjuicio, que debe presentarse de un modo que individualice al sujeto damnificado con relación al resto de los integrantes de la comunidad⁴⁸⁶.

45. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. SELECCIÓN DE CASOS

Sin perjuicio de señalar que muchos de los pronunciamientos que se citan en los párrafos que siguen han sido ya examinados en oportunidad de tratar la denominada doctrina del sacrificio especial, incluida cuando tratamos los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado, su consideración en esta ocasión obedece también al plan metodológico de la obra, razón por la cual las menciones que aquí se realicen deben necesariamente completarse con las efectuadas en el lugar ya citado.

a) LA TESIS NEGATIVA. LA ESPECIALIDAD DEL DAÑO. EL CASO “ESTABLECIMIENTOS AMERICANOS GRATRY” (18 DE MARZO DE 1938)⁴⁸⁷. - En la causa “Establecimientos Americanos Gratry” la Corte Suprema dejó bien claro que el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos o modificar los existentes, puede producir perjuicios a los particulares, sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía –la de la propiedad privada– que no puede interpretarse con semejante extensión. Precisamente la Corte Suprema decide que la actividad legislativa ejercida legítimamente, aun cuando vulnere la propiedad privada, no genera derecho al resarcimiento.

Sin embargo, esta contundente afirmación aparece en párrafo seguido morigerada, al señalarse que en el caso en estudio no se verifica la especialidad del daño requerida para que pueda admitirse la responsabilidad del Estado por este tipo de actividad⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Cfr. MONTI DE HITZFELDER, Laura M., La responsabilidad del Estado por su actividad normativa a la luz de la jurisprudencia, “Rev. de Derecho Administrativo”, nos. 19 a 25, mayo-diciembre de 1995, ps. 479 y ss.; ver especialmente lo que se dice en p. 490.

⁴⁸⁷ Fallos, 180:107. Se reclamaba por los perjuicios ocasionados a la actora a raíz de un aumento en los derechos aduaneros que modificó las condiciones en las que se vinculó contractualmente con la demandada para suministrarle determinada cantidad de tejido de brin.

⁴⁸⁸ BIANCHI, al comentar el pronunciamiento, señaló que la Corte evidentemente no quería reconocer responsabilidad alguna por parte de la Nación, y no podía esta vez ampararse en la doctrina del sacrificio especial como lo había hecho en el caso “Gratry”, pues era evidente que tal sacrificio existía en el caso. Por ello, la Corte se limita a reproducir con monotonía “que el ejercicio por parte del gobierno de poderes propios del mismo no puede en principio ser fuente de derecho a indemnización para los particulares, aún cuando traiga aparejado perjuicio para estos, porque de lo contrario el respeto con semejante extensión de las garantías individuales podría detener la actividad gubernativa”. Si bien se invoca al precedente “Gratry” en momento alguno se alude a la doctrina del sacrificio especial, que era lo más destacado del precedente referido. (Cfr. BIANCHI, Alberto B., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la responsabilidad del Estado por acto legislativo, “Rég. de la Administración Pública”, n° 247, abril de 1999, p. 9).

b) EL EJERCICIO DE PODERES DE GOBIERNO. EL CASO “SPURR” (21 DE OCTUBRE DE 1938)⁴⁸⁹. - Al poco tiempo, en la causa “Spurr, Carlos c/Gobierno de la Nación”, la Corte Suprema aplica parcialmente la doctrina sentada en el fallo precedente, a tal punto que, como dice BIANCHI, este decisorio configura un verdadero retroceso en la evolución jurisprudencial⁴⁹⁰, pues de haberse aplicado la solución anticipada en “Gratry” (la mentada especialidad en el daño) la decisión debía haber sido exactamente la inversa. Los hechos del caso eran los siguientes: el actor, en virtud de una relación contractual, tomó a su cargo la investigación del cumplimiento, por parte de una compañía, de ciertas obligaciones tributarias, pactándose como retribución el 50 % de las multas que eventualmente se cobraran a la empresa en cuestión. El gobierno nacional demoró la ejecución de las multas, y finalmente dictó la ley 11.284, que dispuso una amnistía a los infractores de la ley 11.290, lo que originó el reclamo del demandante.

c) “IRALA ARIAS” (10 DE MAYO DE 1961)⁴⁹¹. - En la causa “Irala Arias, Abelardo A. y otros c/la Nación s/cobro de pesos” se trataba de una demanda de daños y perjuicios por la actuación ilegítima de las autoridades de la Gendarmería Nacional, con fundamento –entre otras– en las prescripciones de los arts. 43, 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. Si bien el caso es tratado y resuelto con sustento en la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus empleados, haciendo en consecuencia lugar a la demanda, con fundamento en esa doctrina y aplicando los arts. 1112 y 1113 del Código Civil, a renglón seguido la Corte Suprema se ocupa de destacar que la doctrina de la responsabilidad del Estado reconoce excepciones y en ese orden de ideas, citando la doctrina recaída en “Gratry” y en “Spurr”, ratifica la regla de la irresponsabilidad estatal en los supuestos en que el Estado actúa en ejercicio de los poderes de policía y tributario, pero aclarando –de allí también la importancia del decisorio– que “debe tratarse necesariamente del ejercicio de tales atribuciones de Gobierno, lo que no ocurre cuando, como en el caso de autos, resulta perjudicial quien es ajeno a los hechos que motivaron la conducta excesiva de los agentes del Estado” (Fallos, 245:146).

⁴⁸⁹ Fallos, 182:146.

⁴⁹⁰ Cfr. ob. cit., p. 56.

⁴⁹¹ Fallos, 249:592. Los actores promovieron demanda contra la Nación en concepto de daños y perjuicios, en virtud de que fueron ametrallados sin ninguna advertencia por el escuadrón “Clorinda” de la Gendarmería Nacional, cuando navegaban aguas abajo por el río Pilcomayo en un convoy formado por tres chatas remolcadas por la lancha “Año Nuevo”, que había partido del puerto del establecimiento ganadero “El Trébol”, en la República del Paraguay. Como resultado de la agresión se inutilizaron varias embarcaciones y resultaron varios heridos. La demanda se basa en la actuación ilegítima de las autoridades con fundamento en lo dispuesto por las leyes 3952 y 11.634, decr. 28.211/44, y arts. 43, 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. Tanto en primera como en segunda instancia se había hecho lugar a la indemnización reclamada, habiendo la Corte Suprema confirmado la sentencia de segunda instancia.

d) EJERCICIO ILEGÍTIMO DE PODERES NORMATIVOS. EL CASO “ACUÑA HNOS.” (16 DE FEBRERO DE 1962)⁴⁹². - En la causa “Acuña Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Santiago del Estero, la Provincia s/expropiación de ganado vacuno” se verifica lo dicho al comienzo, en el sentido de que la Corte Suprema ha reconocido que el ejercicio de los poderes normativos estatales puede constituir fuente de responsabilidad cuando las normas dictadas se encuentran afectadas de inconstitucionalidad. Aquí los actores demandaban a la provincia para que se la condenara a expropiar el ganado vacuno perteneciente a la citada compañía, a raíz de que el Poder Ejecutivo de la provincia de Santiago del Estero había dictado un decreto por el que se prohibía la salida de ganado fuera del territorio provincial. De ese modo se vio frustrada la venta pactada que los actores habían efectuado para enviar el ganado a un establecimiento de la provincia de Córdoba, lo cual trajo aparejado la rescisión del contrato celebrado.

Ello motivó que los actores debieran restituir la seña que habían recibido del comprador y –a su vez– se vieron forzados a postergar el envío de animales a otras provincias, ocasionando con esa demora un incremento en los fletes. Para completar el cuadro de los perjuicios, el campo sufrió una inundación por el desbordamiento del río Dulce, lo cual originó una considerable pérdida de los animales.

Cabe reiterar que se reconoce la responsabilidad del Estado ante lo que el tribunal califica como “ejercicio ilegítimo de potestades normativas”, ilegitimidad que se verifica tanto si se pretende fundar el obrar en leyes nacionales como si se lo hace en el poder de policía local, pues en ambos casos se exceden las potestades pertinentes al desconocerse derechos de raigambre constitucional como la libre circulación y el derecho de propiedad.

Ante una circunstancia semejante, esto es, actividad normativa ilegítima producto de una ley declarada inconstitucional, progresa también la reparación perseguida en la causa “Cima, Corina Gabardini de y otro c/Corrientes, Provincia de s/ retrocesión”, del 15 de marzo de 1977⁴⁹³, pronunciamiento en el cual la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 2012, por considerarla violatoria del art. 17 de la Const. nacional, haciendo lugar a la indemnización de los daños y perjuicios provocados por dicha ley, que permitió evadir el cumplimiento de los fines de utilidad pública asignados a un inmueble de propiedad de la actora, que luego fue vendido a un tercero.

e) EL CAMBIO DE CRITERIO. EL CASO “CANTÓN” (15 DE MAYO DE 1979)⁴⁹⁴. - La situación jurisprudencial tiene un hito fundamental en el caso “Cantón c/Gobierno Nacional”, pues en él la Corte va a reconocer la responsabilidad del Esta-

⁴⁹² Fallos, 252:39.

⁴⁹³ Fallos, 297:161.

⁴⁹⁴ Fallos, 301:403.

do por su obrar lícito ante el ejercicio de potestades normativas generadoras de perjuicios. Se atacaba en el particular un decreto del Poder Ejecutivo que habría prohibido la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, afectando un contrato en vías de ejecución celebrado con anterioridad por la parte actora. Reconocida por el tribunal la facultad del Ejecutivo para dictar medidas como la cuestionada, señaló, sin perjuicio de ello, que tal actividad lícita puede ser causa eficiente de daños a particulares y generar la responsabilidad consiguiente cuando afecte derechos amparados por garantías constitucionales, pues las potestades normativas reconocidas encuentran un límite ante relaciones jurídicas concertadas bajo regímenes anteriores, especialmente si los nuevos no contemplan sistemas reparatorios.

f) LA CONFORMACIÓN DE LA DOCTRINA. EL CASO “WINKLER” (9 DE AGOSTO DE 1983)⁴⁹⁵. - En la causa “Winkler, Juan León c/Nación Argentina” la Corte Suprema, haciendo suya la opinión del entonces procurador general ante el Tribunal, Dr. Mario Justo López, ratificó su jurisprudencia precedente y reconoció la procedencia de la acción indemnizatoria con sustento en la responsabilidad del Estado ante el ejercicio legítimo de potestades normativas, cuando de él nace un perjuicio para el particular. Sostuvo entonces que si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes no puede, en principio, ser fuente de indemnización para terceros, los fundamentos de la responsabilidad estatal dentro del estado de derecho son la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Const. nacional, principios estos aplicables al caso, pues el actor actuó dentro del marco del ordenamiento jurídico buscando recuperar su propiedad mediante las acciones reivindicatorias y de expropiación inversa promovidas, viéndose perjudicado, no obstante, por el dictado de sucesivas leyes que impidieron hacer efectiva la desocupación de un inmueble de su propiedad ocupado ilegalmente.

g) EL REQUISITO DE LA EXCLUSIVIDAD. EL CASO “LEDESMA S.A. AGRÍCOLA INDUSTRIAL” (31 DE OCTUBRE DE 1989)⁴⁹⁶. - En la causa “Ledes-

⁴⁹⁵ Fallos, 305:1045. El caso llegó a conocimiento de la Corte Suprema en virtud del recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal de Cámara contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, confirmatoria de la de primera instancia por la que se hizo lugar a la demanda declarando la responsabilidad del Estado Nacional (Ministerio de Bienestar Social, Secretaría de Estado de Vivienda y Urbanismo), y condenándolo a resarcir los daños ocasionados al actor como consecuencia de diversos actos legislativos que habían impedido a este hacer efectiva la desocupación de un inmueble de su propiedad, ordenada por una sentencia firme que había sido dictada en un juicio de reivindicación seguido contra quienes lo detentaban sin derecho y habían instalado en él una villa de emergencia.

⁴⁹⁶ Fallos, 312:2022.

ma S.A. Agrícola Industrial c/Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/nulidad de resolución”, ya examinada en oportunidad de estudiar el requisito de la relación de causalidad entre el obrar y el daño (ver *supra*, cap. V), la actora reclamaba los daños provocados por distintas resoluciones de la Dirección Nacional de Azúcar que le impusieron fabricar y exportar a quebranto determinado un tonelaje de azúcar sin prever indemnización alguna. En primer término, la Corte Suprema reiteró la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita; sin embargo, condicionó aquella a la verificación de los requisitos propios de ese tipo de responsabilidad. En el caso, la Corte entendió que la norma que ocasionó los daños pretendidos era la ley 19.597, que autorizaba al ejecutivo a reglamentar la exportación obligatoria de azúcar, reglamentación que no consideró arbitraria ni irrazonable. Verificada la existencia de un obrar lícito por parte de la demandada y un perjuicio, la Corte rechazó la demanda, pues no se tuvo por acreditado que los daños reclamados tuvieran como causa inmediata y exclusiva a la actividad normativa cuestionada, más bien respondían a cuestiones ajenas a las previsiones del régimen azucarero.

En esta etapa, el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad normativa lícita se ve restringida a través de un endurecimiento en la consideración de los requisitos para su procedencia, práctica que se perfila con claridad ante reclamos por modificaciones en la política cambiaria o financiera.

h) LA AUSENCIA DEL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO. EL CASO “COLUMBIA” (19 DE MARZO DE 1992)⁴⁹⁷. - En la causa “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/Banco Central de la República Argentina” la accionante, una entidad financiera, cuestionó la modificación de los índices de préstamos de capitales ajustables. La demanda fue acogida por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el marco de la responsabilidad del Estado por su actuación lícita. La Corte Suprema, por el voto de la mayoría de sus integrantes⁴⁹⁸ –con duras expresiones, debe reconocerse– revocó el pronunciamiento estimatorio y devolvió la causa para que se dictara un nuevo fallo. Básicamente, descalificó el pronunciamiento por considerar que el tribunal de segunda instancia habría omitido considerar la especial relación de sujeción que vinculaba a las partes y prescindir de lo decidido por ese Alto Tribunal en la ya citada causa “Ledesma”.

Con relación a esto último, y como tuvimos oportunidad de señalar al estudiar los requisitos de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación lícita

⁴⁹⁷ Fallos, 315:1026.

⁴⁹⁸ Integraron la mayoría los jueces Cavagna Martínez, Barra, Fayt y Moliné O’Connor, en voto conjunto, y por su propio voto el Dr. Nazareno. En cambio, la minoría estuvo conformada por los jueces Levene (h.), Belluscio y Petracchi, si bien el rechazo del recurso de queja interpuesto por el BCRA estuvo basado en argumentos formales.

ta, la Corte Suprema entiende que en la instancia anterior no se dio un adecuado tratamiento a los dos requisitos propios de este tipo de responsabilidad, es decir la existencia de “un sacrificio especial” y la denominada “ausencia del deber jurídico de soportar el daño”. Parece desprenderse del pronunciamiento que el Tribunal no estima reunidos esos requisitos en el caso examinado. Cabe citar que el decisorio recaído mereció comentarios críticos de COVIELLO, para quien el requisito de la especialidad en el daño se encontraba cumplido “cuando quedó suficientemente acreditado que había existido un perjuicio atribuible directa y exclusivamente a la actuación estatal en el ámbito financiero”⁴⁹⁹.

Bajo otro aspecto, no podemos dejar de señalar nuevamente la consideración rigurosa que –a nuestro juicio– corresponde efectuar acerca del mentado requisito de la “ausencia del deber jurídico de soportar el daño”, del que ya nos hemos ocupado en oportunidad de examinar los requisitos de procedencia de la acción resarcitoria, pues en la medida que no se entienda limitado a aquellos casos en los cuales es la propia ley la que le impone a la víctima dicho deber, estaríamos creando un requisito que no posee reconocimiento legal. El argumento de que la actividad que prestaba la entidad demandante encerraba ciertos riesgos derivados de su sujeción a una intensa actividad regulatoria por parte del Banco Central, fundamentada en la naturaleza de la actividad que la entidad crediticia prestaba, no nos parece por sí solo convincente, pues el ejercicio de toda actividad empresarial, comercial o industrial lícita encierra riesgos que se derivan de la propia gestión. Sin embargo ese argumento no puede emplearse para negar el derecho a una justa indemnización cuando el daño proviene de una conducta del órgano estatal encargado de velar –nada menos– que de la sanidad del sistema financiero argentino.

i) EL CAMBIO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA. EL CASO “BUENOS AIRES EXIMPORT S.A.” (30 DE MARZO DE 1993)⁵⁰⁰. - Precisamente, en la causa “Buenos Aires Eximport S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas) y otros s/ordinario”, el Alto Tribunal funda el rechazo parcial de la acción por falta de verificación de los requisitos de procedencia propios de la responsabilidad del Estado por actividad lícita. En el particular se reclamaban los perjuicios ocasionados por el desdoblamiento del mercado cambiario en comercial y financiero, y por los efectos perjudiciales que la consolidación en dólares estadounidenses de los pasivos que la actora tenía con el Banco Ganadero Argentino y el Banco de la Nación Argentina, que a su juicio provenían de una decisión tomada en el marco de una política inducida por el Ministerio de Economía, el Banco de la Nación y el

⁴⁹⁹ Cfr. COVIELLO, Pedro J. J., El caso Columbia: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos, “Rev. de Derecho Administrativo”, año 4, nos. 9 a 11, ps. 139 y siguientes, en especial p. 158, Depalma, Buenos Aires, 1992.

⁵⁰⁰ Fallos, 316:397.

Banco Central, alentaban el endeudamiento en dólares de la entidad actora. De ese modo, y según el relato que surge de la sentencia, la actora planteaba que ante una moneda artificialmente sobrevaluada frente al dólar estadounidense, la demanda tenía por finalidad obtener el resarcimiento ante el incremento del pasivo consolidado en dólares estadounidenses.

La demanda atribuía responsabilidad al Estado por su actuación ilícita y al mismo tiempo, y en forma subsidiaria, pretendía establecer su eventual responsabilidad por su conducta lícita. En el primer caso, sostenía haber sido víctima de un engaño cometido por las tres demandadas, consistente en hacerle creer en el mantenimiento de una política cambiaria que se traduciría en el mantenimiento de un dólar artificialmente bajo –que correlativamente deprimía los precios agropecuarios, de cuyo nivel dependía la rentabilidad de la actividad de la actora– y por el otro lado, el mantenimiento de altas tasas de interés, que, por serlo, comprometían su situación financiera⁵⁰¹. Por otra parte, y en esa misma línea de razonamiento, sostuvo haber sido víctima de coacciones, que se tradujeron en la ausencia de libertad de elección de las soluciones que finalmente adoptó cuando consolidó en dólares su pasivo.

En cuanto a la atribuida responsabilidad por la actuación lícita del Estado, era sustentada en el cambio de la política económica, que la actora invocó de un modo subsidiario.

La Corte Suprema puntualizó dos aspectos importantes sobre la base de los cuales rechazó la pretensión indemnizatoria; por un lado, la condición aleatoria del negocio jurídico celebrado por la actora, y por la otra –y según así surgía de sus propias alegaciones–, que la misma conocía sobradamente las condiciones de artificialidad del mercado cambiario que ella misma invocaba como causante de la conducta estatal, y con esos argumentos descartó la presunta existencia de un “error inducido”, pues la actora no ignoraba el verdadero estado de las cosas (arg. art. 929, Cód. Civ.) y que si en alguna medida tal ignorancia existía, ella provenía de una negligencia culpable (arg. disposición citada)⁵⁰². Por otro lado, también desestimó la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita, entendiendo además que no existía, en el caso examinado, un perjuicio particular. Las modificaciones cambiarias generan inevitablemente beneficios y perjuicios, resultando utópico pretender que el Estado responda por las consecuencias perjudiciales, diluyendo el riesgo propio de las relaciones contractuales⁵⁰³.

⁵⁰¹ Cfr. consid. 5° del voto de la mayoría.

⁵⁰² Conforme se desprende del consid. 6° del voto de la mayoría, reproducido en el mismo considerando del voto del juez Boggiano.

⁵⁰³ El voto del juez Boggiano coincide básicamente con el de la mayoría, puntualizando que las declaraciones oficiales a favor de la permanencia del sistema cambiario, así como determinadas reglamentaciones, sólo expresaban la intención de llevar a la práctica un programa económico, pero no equiparan la confianza que genera otro tipo de normas, como sería en el caso una ley del Congreso.

j) LA CORTE CONFIRMA SU CRITERIO. EL CASO “REVESTTEK” (15 DE AGOSTO DE 1995)⁵⁰⁴. - El reclamo frente a los cambios convulsivos experimentados por la economía local obligó a la Corte Suprema a definir el alcance de la responsabilidad del Estado ante el ejercicio de las funciones propias del poder de policía bancario o financiero. La pauta, ya insinuada en precedentes anteriores, se exterioriza con vocación de permanencia y estabilidad en la causa “Revesttek S.A. c/Banco Central de la República Argentina y otro s/ordinario”.

En el pleito se perseguía el resarcimiento de los daños sufridos con motivo de la modificación del régimen cambiario que interrumpía y abandonaba el sistema de cambio pautado vigente hasta el 2 de abril de 1981, no obstante que el mismo se preveía que habría de regir hasta el 31 de agosto de ese mismo año. La demanda había tenido acogida favorable en la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, reconociéndose derecho a una indemnización en el marco de la responsabilidad del Estado por su actuación lícita. Llegado el caso a la Corte Suprema, y, sobre la base de dos conceptos básicos, se revocó el pronunciamiento recurrido.

En primer término, y con cita del decisorio recaído en la ya examinada causa “Cantón”, recuerda el Tribunal que si bien el principio de que la facultad del Estado para imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior⁵⁰⁵, ello es así en la medida en que se verifiquen los requisitos de procedencia de la acción resarcitoria, a saber: existencia de un daño actual y cierto, una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, e imputación jurídica de esos daños a la demandada. Sobre esa base, el fallo concluyó en que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones que fijen pautas cambiarias, lo que implicaba que, en el caso, la actora no contaba con una situación jurídicamente protegida a partir de la cual pudiera reclamar. En consecuencia, y conforme a lo dicho, el Tribunal considera que no se verifica uno de los requisitos del daño resarcible, cual es la existencia de una lesión a un interés protegido por el derecho⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Fallos, 318:1531.

⁵⁰⁵ Consid. 6º del voto de la mayoría.

⁵⁰⁶ En el voto de los jueces Petracchi y Boggiano, se agrega a los fundamentos del voto mayoritario que aun en la hipótesis de considerar que la actora puede esgrimir a su favor la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de la reglamentación en cuestión, las operaciones por las que se reclamó eran anteriores al sistema cambiario abandonado. Además, puntualizan que en el caso no existe daño especial o singular, reiterando lo expresado en “Buenos Aires Eximport” en cuanto a lo utópico que sería pretender que el Estado asumiera los riesgos propios de la actividad empresarial. Por su parte, en disidencia, Moliné O’Connor y López entienden que, en el caso, la derogación anticipada de un régimen cambiario implica afectar un derecho adquirido, situación jurídica que puede ser modificada por el Estado pero que conlleva el deber de reparar.

k) “CIRLAFÍN” (15 DE AGOSTO DE 1995)⁵⁰⁷. - Con análogos argumentos a los desarrollados en la causa “Revestek”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda indemnizatoria en la causa “Cirlafín S.A. c/Estado Nacional s/ordinario”. Además de los fundamentos esgrimidos por la mayoría del tribunal, los jueces Petracchi y Boggiano, en voto conjunto, hicieron hincapié en la inexistencia de derechos adquiridos a favor de la parte actora, negando virtualidad a un supuesto compromiso asumido por el Estado de mantener determinado régimen cambiario, pues en el particular las operaciones respecto de las cuales la accionante reclamaba se concretaron con anterioridad a las circulares del BCRA en las que se pretende fundar la responsabilidad del Estado. La expectativa del mantenimiento de un régimen cambiario no genera responsabilidad. Nuevamente en disidencia, el juez Moliné O’Connor recepta la demanda, asignando el deber de reparar del Estado por haber anunciado un determinado comportamiento en materia cambiaria que posteriormente no cumplió.

46. COLOFÓN

De la jurisprudencia examinada puede concluirse en que se ha admitido que la actuación del Estado puede comprometer su responsabilidad en el campo extracontractual por el ejercicio de su función legislativa, con el consiguiente derecho a obtener una reparación patrimonial, en la medida que dicha actuación –no obstante su conformidad con el ordenamiento constitucional– imponga a la víctima el sacrificio de una situación jurídicamente protegida, sea en el ámbito de sus derechos o de sus intereses, que revista como nota característica su especialidad, de tal manera que le imponga al damnificado, diferenciándolo del resto, una carga desproporcionada. En la medida –además– de que no tenga el deber jurídico de soportar el daño que le ha sido irrogado por la actuación estatal, la reparación será procedente.

Contrariamente, en tanto ese sacrificio no exceda el margen de tolerancia que es propio de la vida en una comunidad organizada, o bien que la víctima tenga el mencionado deber jurídico de soportar el perjuicio, la responsabilidad del Estado no se verá comprometida.

Debe admitirse que en muchas ocasiones el concepto esbozado deja librado al criterio judicial la admisión de este tipo de responsabilidad, circunstancia que –como se ha visto– queda patentizada en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal de justicia, pues los casos judiciales que se le han ido proponiendo han sido resueltos con mayor o menor amplitud, según las circunstancias. En ese orden de ideas, el análisis de la evolución de esa jurisprudencia denota que la Corte Suprema ha ido endureciendo su postura acerca de la verificación de los requisitos de procedencia de la reparación patrimonial que se pretenda en este ámbito, a tal punto que a los tres

⁵⁰⁷ ED, t. 166, ps. 267 y siguientes.

requisitos comunes a todo tipo de acción de responsabilidad (imputación jurídica, relación de causalidad adecuada directa, inmediata y exclusiva y existencia de daño) ha ido añadiéndole la ya examinada verificación de un sacrificio especial en la víctima y la mentada ausencia del deber jurídico de soportar dicho daño.

LAS PREVISIONES DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO. CRÍTICA. - Para finalizar este análisis, no puede omitirse la proyectada unificación de la legislación civil, que recepta el apuntado criterio del “sacrificio”, que no aparece en la disposición como una característica que debe revestir el daño, sino –y antes bien– como fundamento jurídico de su procedencia. Así pues, el texto incorporado como art. 1676 del aludido proyecto de código prevé que “El Estado responde por sus actos lícitos que sacrifican intereses particulares en beneficio del interés general”.

No pocos interrogantes se abrirían con la sanción de esta disposición tal como está proyectada, pues debe observarse que se ampliaría el campo de aplicación de esta variante de la responsabilidad del Estado al sacrificio de intereses particulares en beneficio del interés general, ya que no quedaría limitada al sacrificio de los derechos subjetivos de la víctima; pero al no calificar dicho sacrificio dejaría nuevamente librada al criterio judicial toda consideración relativa a la magnitud, envergadura, intensidad, gravedad, singularidad o especialidad que dicho sacrificio debería reunir para hacer procedente esa responsabilidad, y consiguientemente el derecho a obtener una indemnización por parte de la víctima.

Por otra parte, cabe realizar una consideración crítica de la disposición proyectada en cuanto en ella se hace referencia a los actos lícitos que emita el Estado, expresión que en sentido estricto puede interpretarse limitada a los actos administrativos, dejando fuera de su ámbito a los hechos y a las leyes, razón por la cual hubiera resultado más adecuado y correcto utilizar las expresiones “actuación”, “actividad”, o “comportamientos”, todas ellas comprensivas de los actos, los reglamentos, las leyes, y los hechos estatales. Nótese la discordancia que existe entre la norma del art. 1676 y su precedente 1675, relativo a la responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular, que –por el contrario– se refiere a la actividad de los funcionarios o empleados del Estado. En mérito a lo expuesto, de interpretarse estrictamente la disposición proyectada, quedaría fuera de sus previsiones la responsabilidad del Estado derivada del dictado de disposiciones legislativas.

Finalmente, la norma proyectada en el mencionado art. 1676 es pasible de crítica en orden a la medida de la indemnización que prevé, pues no solamente limita el resarcimiento al daño emergente con lo cual queda afectado sin razones suficientes el principio de la reparación integral sino que en una expresión cuya vaguedad debe ser destacada, dispondría que “[...] si es afectada la continuidad de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”. Al no haberse contemplado explicaciones específicas acerca de la solución que el proyecto adopta, queda por decir que si bien es cierto que,

tratándose de la responsabilidad objetiva, la ley en algunas ocasiones limita la medida de la indemnización debida al damnificado, de sancionarse la norma quedarían excluidos daños que la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido como resarcibles, tal el caso de los perjuicios derivados de la ejecución de obras públicas como los supuestos de las inundaciones de campos en la provincia de Buenos Aires ya examinados anteriormente, donde la indemnización reconocida ha sido mayormente acordada a título de pérdida de rentabilidad de la tierra improductiva o, lisa y llanamente, a título de lucro cesante.

La proyectada disposición plantea un oscuro panorama a poco que se analice que toda inversión de dinero parte de la premisa de que habrá de ser recuperada en un tiempo razonable a partir del desarrollo del emprendimiento en que dicha inversión se realiza y que ella supone siempre por parte del inversor la obtención de una retribución razonable del capital que decide invertir, en comparación con otras alternativas que el propio mercado puede ofrecerle. La disposición acrecienta artificialmente el riesgo propio de desarrollos importantes –que por definición necesitan de muchos años para su maduración y recupero– y a mayor riesgo, la experiencia señala que se produce lisa y llanamente el desaliento de tales inversiones, o bien el encarecimiento de esos mismos proyectos. Piénsese por un instante en todas las obras públicas o privadas de gran envergadura que un país como la República Argentina imprescindiblemente requiere y que para su materialización necesitan de empresas, bancos, etcétera.

La norma proyectada no atiende esa realidad; abrigamos la esperanza de que una imperiosa modificación de la propuesta legislativa la contemple razonablemente.

CAPÍTULO XI

PANORAMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

47. INTRODUCCIÓN

Cuando en general la doctrina analiza la responsabilidad del Estado en el campo de su actuación jurisdiccional, es común que haga una diferencia entre la responsabilidad in iudicando y la responsabilidad in procedendo, admitiéndose que la primera procede cuando se verifique un error judicial que se traduce en que la sentencia que pone fin al proceso es injusta, ya que de no haber mediado tal error esa sentencia hubiera tenido un contenido diferente.

La segunda clase de responsabilidad se caracteriza como el daño producido por un defectuoso o anormal funcionamiento judicial que se verifica durante la sustanciación del proceso, ya sea que ese daño provenga de una conducta de acción o de omisión. Con relación a estas últimas, pueden citarse como ejemplos la omisión al deber procesal en el dictado de una resolución que deje sin efecto una orden judicial anteriormente dictada para que se proceda al secuestro de un automotor o la omisión de una diligencia que proceda a la traba de una medida cautelar, en tanto que un ejemplo de la primera podría ser la decisión judicial que ordena la devolución de fondos o la entrega de un bien sobre el que pesa una medida cautelar (v. gr., embargo) resuelta por otro tribunal. En todos esos supuestos, sin ser definitivas, dichas decisiones son contrarias al derecho aplicable o a las constancias obrantes en la causa, y en la medida que provoquen un daño podrían hacer nacer el derecho a indemnización.

En efecto, la solución jurisprudencial elaborada por la propia Corte Suprema es distinta cuando el origen de la pretensión indemnizatoria no es el error judicial sino una resolución dictada durante la sustanciación del proceso, pues en esos casos ha admitido analizar la existencia de un irregular funcionamiento del servicio de justicia, aplicando como fundamento de la responsabilidad del Estado la doctrina desarrollada alrededor del concepto de la falta de servicio.

Ahora bien, el estado actual de la doctrina judicial emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación denota que el Tribunal ha aceptado la responsabilidad del Estado cuando actúa en ejercicio de la función jurisdiccional, siempre que la conducta que se le achaque se encuadre en aquellos supuestos en los que es dable verificar la existencia de un error judicial y más modernamente –aunque también con severas limitaciones– en algunas circunstancias en las que es verificable un defectuoso funcionamiento del servicio de justicia. De tal manera, conforme a esa doctrina judicial imperante, la responsabilidad extracontractual del estado únicamente quedará comprometida en este ámbito, cuando dicha conducta sea ilícita, ilegítima o irregular, y ello por cuanto hasta el presente ha venido considerando que todos los daños sufridos a consecuencia del ejercicio regular del poder jurisdiccional del Estado deben ser soportados como una carga social a fin de obtener una adecuada administración de justicia.

Merced a la influencia que en nuestro derecho interno han tenido los pactos internacionales a los que la República Argentina ha adherido, la doctrina precedentemente resumida –que puede considerarse firme– se ha visto moderadamente ampliada a los supuestos en que la privación preventiva de la libertad de un individuo dictada como medida cautelar en el proceso judicial exceda en su duración un plazo razonable, extremo que –en principio– debe ser establecido por la apreciación que el juez realice de acuerdo con las circunstancias del caso.

La cuestión es indudablemente controversial y en lo que respecta –al menos– al derecho a la libertad personal del que toda persona goza, se encuentra también regulada por las soluciones que vienen aportadas por varios tratados y pactos internacionales de derechos humanos que la República Argentina ha incorporado a su legislación, a los cuales la reforma de la Constitución nacional en 1994 les ha asignado rango constitucional por virtud de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, y también por las disposiciones legales reglamentarias de algunas de las previsiones comprendidas en esos tratados, tal como sucede con el límite temporal fijado para la prisión preventiva por la ley 24.390, recientemente modificada por la ley 25.430. De igual manera se encuentra regida por disposiciones de naturaleza procesal, circunstancia que renueva la discusión acerca de si la materia en estudio debe ser tratada en la legislación común o de fondo y, por ende, no quedar librada a normas de eminente orden local⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., ¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de la libertad? (Disquisiciones en torno a la responsabilidad estatal), “Rev. de Derecho de Daños”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, n° 9, ps. 227 a 240. Este autor se inclina por considerar que esta materia debe ser regulada por la legislación de fondo y a ese respecto sostiene: “pensemos que como principio general no es errado sostener que si un determinado instituto viene expresamente reglado en tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte de nuestro derecho interno, hay base bastante para considerar que el desarrollo reglamentario de tal instituto encuadra en las facultades del Estado federal (a través del Congreso) como derecho de fondo y no de forma” (ob. cit., ps. 231 y 232).

Nos referimos, más concretamente, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁵⁰⁹, y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹⁰.

En ese orden de ideas, no puede omitirse que tanto el art. 10 del denominado Pacto de San José de Costa Rica como los arts. 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen explícitamente el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada por un error judicial, o en caso de sufrir una detención ilegal o arbitraria, y ello como consecuencia del reconocimiento anterior y también explícito de los derechos a la libertad y a la seguridad personal que ambos cuerpos dispositivos contienen (art. 7º del Pacto de San José de Costa Rica y art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Ciertamente que las posibilidades de ocurrencia de un error judicial que ocasione daños, y consiguientemente el derecho a ser indemnizado, no se agotan en los supuestos en los que se encuentra afectado el derecho a la libertad personal, aunque es indudablemente allí donde más estragos puede ocasionar al ser humano, ya que nada impide que los criterios elaborados por la jurisprudencia tengan cabida en otros supuestos en los que estando en juego otros derechos y garantías, como el derecho de propiedad, la responsabilidad extracontractual del Estado quede comprometida por el irregular funcionamiento en su actuación jurisdiccional, dando motivo a la reparación de los perjuicios ocasionados.

Con todo, y aunque no agote los supuestos posibles, el derecho a la libertad individual podría verse afectado en virtud de una orden judicial de distintas maneras, a veces como medida cautelar –y aun en este supuesto, con diferentes intensidades– y en otras ocasiones como sentencia de condena, que puede incluso revestir autoridad de cosa juzgada. Para que la acción indemnizatoria prospere en este último caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema que habremos de examinar establece como exigencia ineludible la existencia de una sentencia revisora y anulatoria emanada de un tribunal competente, criterio que por resultar sumamente restrictivo ha merecido críticas de una parte de la doctrina⁵¹¹.

La cuestión se torna más discutible y compleja cuando la orden judicial dictada en el curso del proceso –como medida cautelar– priva temporalmente del derecho a la libertad personal a un individuo que posteriormente es beneficiado con la absolu-

⁵⁰⁹ Firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y aprobada por la República Argentina según ley 23.054 (sancionada el 1/3/84, promulgada el 19/3/84 y publicada en el BO, del 27/3/84).

⁵¹⁰ Firmado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; promulgada el 6/5/86; publicada en el BO, 13/5/86).

⁵¹¹ En ese sentido pueden verse las críticas formuladas por Guido S. TAWIL en su trabajo *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 60.

ción. El interrogante obligado es si en este último caso es dable atribuir responsabilidad al Estado y a partir de ella obtener una indemnización de perjuicios. La respuesta que aportan tanto la doctrina como la jurisprudencia no es uniforme y puede variar en función de la diversa situación en la que se encuentre el individuo, pues no parece idéntica la situación de quien resulta absuelto por ausencia de participación en los hechos, o por la inexistencia del delito investigado, de quien pudiese obtener dicha absolucón por aplicación del beneficio de la duda.

Debe tenerse especialmente en cuenta que en esta cuestión se encuentran en juego, por un lado, el derecho a la libertad individual, protegida siempre por la presunción de inocencia del sujeto, principio con rango constitucional, y por el otro la necesidad de asegurar el cumplimiento de las funciones estatales más ineludibles, como las de administrar justicia y conferir seguridad a la comunidad. En ese sentido, sabido es que el dictado de una medida cautelar de privación temporal de la libertad no requiere del juez un estado de certeza plena acerca de los hechos y de las responsabilidades investigadas, propia de la sentencia definitiva que recaiga en el proceso luego de realizada la correspondiente investigación judicial. En ese mismo orden de ideas, calificada doctrina señala que toda medida cautelar de carácter personal se traduce en una limitación o privación de la libertad, y que conforme a su grado de intensidad con relación al imputado las mismas pueden consistir en: a) la aprehensión (arts. 284 y 287, CPPN); b) el arresto (arts. 184, incs. 3º y 6º, 248 y 281, CPPN); c) la detención (art. 283, CPPN), y d) la prisión preventiva (art. 312, CPPN)⁵¹².

No puede omitirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado establecido recientemente el criterio de que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro y que si ese límite es transgredido, la medida preventiva se transforma en una pena, y el fin de seguridad en un innecesario rigor⁵¹³.

Tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que las disposiciones de rango constitucional que garantizan el ejercicio de un derecho tan elemental como el de la libertad personal se traducen en normas procesales como la contenida en el art. 280 del Cód. Procesal Penal de la Nación que recepta el criterio de que toda restricción a la libertad personal es siempre una medida excepcional que el juez debe dictar “[...] en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley”⁵¹⁴.

Ahora bien, debemos señalar que nuestra jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad estatal por su actividad jurisdiccional cuando ella derive de una actuación

⁵¹² Cfr. D'ALBORA, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 473.

⁵¹³ Cfr. Fallos, 322:2683; “Carlos A. Rosa c/Ministerio de Justicia y otros”, (1/11/99).

⁵¹⁴ Cfr. disposición citada.

ilícita cometida por los órganos con competencia para administrar justicia, pero tal aceptación no significa que se hayan adoptado, lisa y llanamente, los mismos principios y reglas que resultan aplicables a la responsabilidad estatal por el ejercicio del resto de sus comportamientos irregulares, ya que sin lugar a dudas puede decirse que la Corte Suprema ha elaborado una doctrina especial muy restrictiva, que limita el ámbito de responsabilidad estatal por este tipo de comportamientos al cumplimiento de ciertos requisitos de interpretación rigurosa.

La doctrina de los autores no es conteste sobre este punto y así puede citarse que para CASSAGNE, por ejemplo, “[...] se trata de una responsabilidad de carácter excepcional dado que en toda comunidad jurídicamente organizada sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable [...] Ello constituye un principio general del derecho cuyo fundamento reposa en la justicia legal o general, que es la especie de la justicia que establece los deberes de las partes con el todo social”⁵¹⁵.

Por su parte, TAWIL cree que esta responsabilidad en modo alguno reviste carácter excepcional, salvo que se intente atribuir este carácter por la reacia actitud de los magistrados a reconocer la responsabilidad derivada en ocasiones por el obrar o las omisiones de sus pares. Sin embargo, considera que no debe otorgársele a frases como la rescatada precedentemente alcances mayores que los que en realidad tienen⁵¹⁶.

En cuanto a los fundamentos de este tipo de responsabilidad estatal se han elaborado diversas teorías⁵¹⁷, siendo la más convincente aquella que encuentra su cimiento

⁵¹⁵ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 302.

⁵¹⁶ TAWIL, Guido S., *ob. cit.*, ps. 44 y siguientes.

⁵¹⁷ Para MAIORANO, las teorías justificantes de la responsabilidad estatal en esta materia pueden enumerarse de la siguiente manera: a) teoría de la relación contractual: se fundamenta en la doctrina de Rousseau, según la cual el individuo habría renunciado al derecho de hacerse justicia individualmente, delegando tal facultad en el Estado; b) teoría de la utilidad pública o de la obligación cuasicontractual: el particular tendría derecho a una reparación porque el Estado le ha ocasionado un daño al procurar para sí mismo una utilidad; c) teoría de la culpa extracontractual o aquiliana: la responsabilidad estatal derivaría del hecho ilícito -delito o cuasidelito- cometido por el magistrado; d) teoría del riesgo profesional: se prescinde de la culpa, fundamentándose la reparación en el riesgo que supone el funcionamiento de la justicia; e) teoría de la obligación moral: el error de los jueces sería una injusticia que haría nacer el deber de repararla; f) teoría del acto de gracia o de la equidad: no hay ni siquiera una obligación moral; sólo se traduce en un acto de gracia fundado en los principios de la equidad; g) teoría de la obligación de asistencia social: encuentra el fundamento en la solidaridad humana, movido por una necesidad obligatoria para atenuar las consecuencias de graves calamidades que pueden afectar a los súbditos; h) teoría de la reparación como restitución: se basa en el principio general de que nadie puede ser privado de lo suyo y que todo detrimento antijurídico debe ser reparado y restituida la posición de la víctima, e i) teoría de los principios del estado de derecho: el fundamento de la responsabilidad estatal, en cualquiera de sus órdenes, reside en el complejo de principios que constituyen el estado de derecho (cfr. MAIORANO, Jorge L., *Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos*, LL, t. 1984-D, ps. 986 y ss.).

en el concepto del “estado de derecho”. Afirma TAWIL que, al igual que en toda la responsabilidad estatal, el basamento es de tipo objetivo, por lo que no resulta esencial la existencia de dolo, negligencia, equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, sino que basta con la consideración del error judicial como resultado, pues resulta suficiente confrontar la solución adoptada judicialmente con la que exclusivamente cabe dar al caso enjuiciado para determinar si existe distorsión y consecuente error judicial, con independencia de su causal⁵¹⁸.

Resulta necesario recordar sobre este punto la opinión del profesor Miguel S. MARIENHOFF, cuando sostenía que en el ámbito penal la responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales nace en el supuesto específico de “error judicial”, o sea, cuando alguien fue definitivamente condenado, sufrió prisión y más adelante, al “revisarse” la sentencia condenatoria, se advirtió la tragedia de haber condenado a un inocente. Por el contrario, el lapso de tiempo que una persona permanezca privada de su libertad a raíz de la substanciación de un proceso penal, en el que dicha persona es finalmente sobreseída o absuelta, no da lugar a responsabilidad alguna del Estado, y tal perjuicio o daño debe ser absorbido por el imputado, tanto más si el trámite no presenta anormalidades y el proceso obedeció a circunstancias atendibles, debidas a la aparente actuación o comportamiento de ella. Para ello encuentra tres razones por las que considera que el daño sufrido no es jurídicamente resarcible: 1) nadie puede invocar su propia torpeza para crear un título de crédito, pues es menester “vivir honestamente”, lo cual excluye situaciones equívocas; 2) el Estado se limita al estricto cumplimiento de su deber constitucional de administrar justicia y de velar por el mantenimiento de la plenitud del orden jurídico, y 3) la conducta del Estado solo aparece expresada o concretada con la sentencia definitiva y firme dictada en el curso normal u ordinario de un proceso⁵¹⁹.

Desde otro punto de vista, y disintiendo de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, encontramos las opiniones de GHERSI⁵²⁰ y CARRANZA LETRUBESSE⁵²¹. Para el primero de dichos autores, existe la posibilidad de responsabilizar al Estado por sus actos jurisdiccionales lícitos, pues no es más que un simple supuesto, donde la privación de la libertad implica un daño individual en beneficio de la sociedad –que le ha dado el mandato e imperio al Poder Judicial– y que, por consiguiente, si resultó absuelto al momento del fallo definitivo,

⁵¹⁸ TAWIL, Guido S., ob. cit., p. 61.

⁵¹⁹ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado . . . , 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, n° 1667, ps. 804 y siguientes.

⁵²⁰ GHERSI, Carlos A., Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de “privación legítima de la libertad” y su obligación de reparación del daño individual, JA, t. 1994-I, p. 296.

⁵²¹ CARRANZA LETRUBESSE, Gustavo, Responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Aspectos filosóficos. Doctrina. Jurisprudencia de la Corte Federal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

el dañado ha dejado de gozar de su derecho personalísimo a la libertad, al desarrollo pleno, a sus hijos, a la vida conyugal, y la sociedad le debe una reparación.

CARRANZA LETRUBESSE, por su parte, también encuentra en este caso un verdadero sacrificio especial, y critica la posición asumida por la Corte Suprema en los precedentes “Balda” y “Román”, por considerar que no conjuga adecuadamente el equilibrio que se invoca entre los derechos de los individuos y el desarrollo de la actividad investigativa del Estado. Entiende, por el contrario, que el equilibrio se da, precisamente, cuando debiendo reconocerse la necesidad investigativa se priva racionalmente (la semiplena prueba) de su derecho de libertad (y dignidad) al imputado, y cuando demostrada su inocencia, se lo resarce íntegramente de sus daños, pues las necesidades del Estado y de la comunidad no pueden elaborarse, ni justificarse, sobre el sacrificio de los individuos⁵²².

En una posición análoga con la precedentemente descrita, y sobre la base de las soluciones que aportan los tratados de derechos humanos a los que se hizo referencia y de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema, BIDART CAMPOS adhiere a la tesis que, con razonable elasticidad, propicia o acoge el derecho a la reparación en una forma más amplia que la tradicionalmente utilizada por el Alto Tribunal, no sin antes dejar de señalar que el horizonte futuro sobre esta materia no es ni claro ni seguro⁵²³.

48. LA CUESTIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Se ocupan específicamente del asunto, como ha quedado dicho, el art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cual establece que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” y, a su turno, los arts. 9º, inc. 5º, y 14, inc. 6º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuando en primer lugar dispone que “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”, y, a su vez, cuando la segunda de las disposiciones incluidas en este último tratado establece que “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”. Ambos cuerpos dispositivos integran la enumeración que realiza el art. 75, inc. 22 de la Const. nacional reformada en 1994, y tal como lo dispone la norma constitucional citada “[...] en las con-

⁵²² CARRANZA LETRUBESSE, Gustavo, ob. cit., p. 85.

⁵²³ BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., p. 238.

diciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...]” razón por la cual tales prescripciones no pueden dejar de tenerse en consideración al resolverse los conflictos judiciales o interpretativos que pudieran suscitarse.

Del texto de los preceptos surge que poseen –en ciertos casos– ámbitos de aplicación diferentes. En efecto, la primera de las disposiciones citadas no solamente comprende a las causas de naturaleza penal, sino que también podrían quedar alcanzadas las causas civiles que posean exclusivamente un contenido patrimonial⁵²⁴, y con relación a las causas penales, no se encuentra limitada a las penas privativas de la libertad individual, sino que también puede comprender otras sanciones (v. gr., inhabilitación temporal o perpetua; multas; sanciones por infracciones tributarias o aduaneras). De la norma se desprende que sus prescripciones pueden otorgar fundamento jurídico a una pretensión indemnizatoria, cuando se haya producido el dictado de una sentencia firme de condena que sea el resultado de un error judicial.

En cambio, la norma del art. 9º, inc. 5º, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, si bien ampliamente, comprende las situaciones vinculadas estrictamente con el derecho a la libertad individual, sea que la misma se encuentre restringida a raíz de la detención o de la prisión del damnificado, con tal que la medida haya sido adoptada ilegalmente⁵²⁵.

A su turno, y en un sentido análogo, otorga un derecho indemnizatorio el art. 14, inc. 6º, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto exige también la verificación de una condena firme, posteriormente revocada, o cuando el condenado fuese beneficiado por el indulto con motivo de haberse probado o descubierto la existencia de un error judicial, a menos que esa falta de conocimiento sobre la verdad de los hechos hasta entonces desconocidos le fuere parcial o totalmente imputable al propio condenado.

⁵²⁴ En sentido contrario se ha expresado Guido TAWIL, sosteniendo que la recepción del Pacto de San José de Costa Rica en nuestro derecho, junto con la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ha significado la aceptación de que la responsabilidad del Estado por el error judicial se encuentra limitada exclusivamente a la esfera criminal (La responsabilidad del Estado . . . , p. 67, y nota 233, *ibídem*).

⁵²⁵ Se sostiene que a tenor del art. 9º del Pacto, “. . .) no sólo los sentenciados tienen derecho a indemnización, sino también los detenidos previamente, detenidos por la policía para efectos de investigación, y detenidos por orden del Poder Ejecutivo. El Comentario General del Comité de Derechos Humanos [...] insinúa que el derecho de indemnización se extiende, además, a personas privadas de la libertad por motivos totalmente ajenos al derecho penal, como por ejemplo, detenidos por tratamiento toxicomaniaco o psicopatía, menores detenidos por estar en peligro social, o extranjeros detenidos por encontrarse en situación migratoria ilegal”. O’DONELL, Daniel, “Protección Internacional de los Derechos Humanos”, Comisión Andina de Juristas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima (Perú) 1988, p. 149.

Debe añadirse que la aplicación de la doctrina creada por la Corte Suprema con relación a la posibilidad de responsabilizar al Estado por el error judicial en causas civiles ha sido expresamente admitida por el citado tribunal, exigiendo análogos requisitos que los establecidos cuando se refiere a cuestiones de naturaleza penal⁵²⁶.

En todo caso, y muy especialmente en las causas de naturaleza civil, la cuestión a dilucidar es cuál sería el mecanismo para proceder a la remoción de la firmeza que ha adquirido la sentencia judicial que procede a la condena, pues el interrogante a responder es si la eventual ausencia de un remedio procesal de revisión⁵²⁷ de los efectos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, como se admite por la legislación en materia penal –y que, al contrario, se encuentra ausente en el proceso civil– podría impedir la vigencia de las disposiciones de los tratados aludidos de rango constitucional. La respuesta a ese interrogante –no lo dudamos– es negativa, como lo ha señalado la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente recaído en la causa “Egües”⁵²⁸, al sostener –con cita de su decisión recaída en Fallos, 279:54– la posibilidad de plantear “[...] una acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita, sin que sea óbice para ello la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto, ya que esta circunstancia no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad para comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan [...]”. Sin embargo, y como luego se verá con más detalle, a renglón seguido, la propia Corte Suprema negó la posibilidad de que sea ella misma en la instancia originaria la encargada de revisar esa ilicitud cuando ante su jurisdicción se reclamen daños y perjuicios fundados en el error judicial, pues consideró que ello es ajeno a su competencia prevista en la Constitución nacional.

⁵²⁶ Cfr. causa “Egües” en Fallos, 319:2527.

⁵²⁷ En el orden nacional el recurso de revisión en materia penal se encuentra actualmente legislado en los arts. 479 a 489 del CPPN, disponiendo el citado art. 479 que: “El recurso de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando: 1º) Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con otra sentencia penal irrevocable. 2º) La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 3º) La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 4º) Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable. 5º) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia”. Acerca de este excepcional remedio establecido por el ordenamiento jurídico exclusivamente en favor del condenado por una sentencia firme (art. 479, CPPN citado), la doctrina ha dicho que se trata, más que de un recurso, de una pretensión impugnatoria autónoma, que no tiene plazo para ser deducida y que tiene por finalidad obtener la absolución del penado, una condena más favorable o la rehabilitación de su memoria y tiende, en general, a superar un error judicial que condujo a la condena (cfr. D’ALBORA, Francisco J., ob. cit., p. 879).

⁵²⁸ Fallos, 319:2527.

La cuestión –tampoco abrigamos dudas– es hartamente compleja, pues por esa vía la Corte Suprema ha admitido –en ciertos casos– la relatividad del principio de inmutabilidad de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuyo fundamento no es otro que la seguridad jurídica, siendo que el Tribunal le ha conferido a la cosa juzgada jerarquía constitucional, basándose en los derechos de propiedad y de defensa en juicio⁵²⁹.

Ahora bien, tal como quedó anticipado, el supuesto de la disposición contenida en el art. 9º, inc. 5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, resulta más amplio y comprende no solamente el caso de la prisión sino también a los diversos supuestos en los que se pueda verificar la detención del sujeto, con tal que en ambos casos la medida haya sido ilegalmente dictada, y es por ello que a la luz de este último precepto –hagámonos cargo de ello– cobra sustento jurídico el criterio de que no es dable responsabilizar al Estado en el campo extracontractual por su actuación lícita cuando su comportamiento se desenvuelve en el marco de su función judicial. De la norma del Tratado que se examina surge que es imprescindible que la medida de privación de la libertad haya sido ilegalmente dictada para que resulte procedente la pretensión indemnizatoria. Ahora bien, la norma nada dice acerca de que la ilegalidad de la orden de detención o prisión deba ser declarada con carácter previo, y de allí que el proceso que se promueva para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios con fundamento en la medida ilegalmente ordenada podría constituir una vía apta para la dilucidación de tal cuestión.

Es decir, no parece que sea extensible a este caso el restrictivo criterio de la jurisprudencia, que exige –como regla general– la declaración de ilicitud de la conducta estatal mediante el dictado de una nueva sentencia que reconozca esa circunstancia y deje sin efecto la orden de detención o prisión para fundar la responsabilidad del Estado en este campo, de tal suerte que en aquellos casos en los que se alega la existencia de un error judicial la ausencia de esa declaración que, según el criterio de la Corte Suprema, tiene que ser previa, opera como un obstáculo para la admisión de dicha responsabilidad. En rigor de verdad, tampoco el art. 10 del Pacto de San José de Costa Rica exige que el error judicial sea declarado con carácter previo a la pretensión indemnizatoria y de allí que el requisito exigido por la Corte Suprema resulte sumamente riguroso o, cuando menos, opinable.

49. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA. SELECCIÓN DE CASOS

A los fines de comprender mejor esa denominada “doctrina especial”, analizaremos una colección de decisiones de nuestro más Alto Tribunal de la Nación, procurando extraer de ellas algunos criterios rectores en esta materia.

⁵²⁹ El principio de la cosa juzgada implica fundamentalmente “la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla” (Diccionario jurídico Abeledo-Perrot, 2ª ed., ampliada, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 550).

a) LA FALTA DE SERVICIO. EL CASO “HOTELERA RÍO DE LA PLATA S.A.”, (4 DE JUNIO DE 1985)⁵³⁰. - En los autos “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires s/restitución de dólares”, cuyos hechos fueron analizados en el capítulo referente al plazo de prescripción de la acción resarcitoria, la Corte hizo mérito para resolver la cuestión a la circunstancia de que era evidente la irregularidad de la orden impartida y fundó la responsabilidad en la idea objetiva de la falta de servicio, que –como se ha visto– en la opinión mayoritaria se considera encuadrada en el art. 1112 del Cód. Civil.

Recordemos brevemente que la responsabilidad estatal derivó de una orden ilegalmente impartida por el presidente de un tribunal laboral, que había dispuesto de oficio la conversión a moneda nacional de los bonos depositados por el actor a embargo para acceder al recurso extraordinario.

b) LA TESIS NEGATIVA. EL CASO “ENRIQUE GARDA ORTIZ” (4 DE NOVIEMBRE DE 1986)⁵³¹. - En septiembre de 1967, el juez federal de General Roca, Dr. Germán S. Alemán, dictó la prisión preventiva del actor en los autos supra indicados, quien se desempeñaba como fiscal en General Roca, como presunto autor de los delitos de malversación de caudales públicos, falsificación de instrumentos públicos, defraudación, abuso de autoridad, violación de los deberes del funcionario público y exacciones ilegales, todas ellas en concurso real e ideal; ordenó su detención y alojamiento en la colonia penal local.

A raíz de la desaparición del nombrado, el proceso quedó reservado hasta que se produjo su presentación voluntaria, requiriendo la recalificación de los hechos imputados y que se declarase operada la prescripción. El juez modificó el encuadramiento penal del delito imputado, mantuvo la prisión preventiva y por resolución separada declaró extinguida la acción penal en virtud de la prescripción cumplida.

Los hechos relatados motivaron la promoción de la demanda caratulada “Garda Ortiz, Enrique c/Estado Nacional s/daños y perjuicios” con el objeto de obtener reparación de los daños ocasionados a raíz de la insanable nulidad de la primera providencia cautelar, constitutiva –según el demandante– de un “error judicial” generador de la consiguiente responsabilidad estatal.

La Corte consideró que los argumentos utilizados por el a quo para rechazar la demanda no habían sido objeto de agravio suficiente, pues el memorial del recurrente se limitaba a reiterar planteos ya formulados, traduciendo su mera discrepancia con la solución adoptada. Los argumentos que tuvo en cuenta la instancia anterior y que la Corte compartió fueron: 1) el carácter no definitivo de la decisión cuestionada (prisión preventiva), que pudo encontrar remedio inmediato y legal mediante los recur-

⁵³⁰ Fallos, 307:821.

⁵³¹ Fallos, 308:2095.

sos que contempla la ley adjetiva y cuya omisión de oportuno ejercicio por el apelante torna de aplicación la disposición contenida en el art. 1111 del Cód. Civil; 2) la ausencia de demostración de la alegada imposibilidad de hacer uso de las vías legales a su alcance, puesto que no aparece justificada la existencia cierta de supuestos peligros para la vida e integridad física del actor, en el caso de permanecer detenido en cumplimiento de la orden judicial mientras se sustanciaban los trámites respectivos, y 3) el hecho de hallarse reservado el expediente en secretaría a raíz de la desaparición del procesado impedía –en principio– la consulta de las actuaciones hasta tanto se produjera un hecho modificador de la referida situación procesal, por lo que no se advierte la existencia de deber alguno por parte del juez tendiente a modificar oficiosamente la resolución impugnada y cuyo incumplimiento comporte la responsabilidad de la demandada.

El Dr. Fayt, en su voto, recuerda la doctrina del Alto Tribunal, también citada por el a quo, que condiciona la procedencia de la reparación a que el error judicial alegado fuera evidente y manifiesto, o, en todo caso, inoponible, y que el daño surgiera de modo claro e inequívoco del acto judicial, de modo que no se pretendiese reparar por vía de una demanda resarcitoria lo que de ordinario se puede objetar en el curso del mismo proceso. Agregó que al convertirse en prófugo, el ahora actor no lo hizo ante una amenaza ilegítima cierta, sino de modo libre –pues pudo advertir del peligro que para su integridad física importaba el alojamiento en la cárcel local a las autoridades administrativas y judiciales, ya que evidentemente conoció la decisión con suficiente anticipación como para fugarse– lo que obsta a que se valga ahora de la nulidad declarada de uno de los actos del proceso al que él mismo negó su necesaria presencia, y en el que hubiera podido hacer valer los derechos que le asistieran y remediar posibles defectos a través de los recursos que la ley establece, precisamente con miras a asegurar una correcta administración de justicia.

c) UNA ORDEN JUDICIAL IRREGULAR. EL CASO “ETCHEVERRY” (16 DE DICIEMBRE DE 1986)⁵³². - En la causa “Etcheverry Luisa Mabel y otros c/ Buenos Aires Provincia de, Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios” se reclamó indemnización a raíz del resultado negativo que tuvo la ejecución de la sentencia dictada en los autos “Beiner, Juan Carlos y otro c/Beiner y Ghersi, Carlota s/colación”, que tramitaron ante el Juzgado en lo Civil y Comercial n° 9, Secretaría 6, de la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires. La ejecución se vio frustrada, según la parte actora, por el levantamiento fraudulento de medidas precautorias decretadas en ese proceso, lo que determinó que los valores a colacionar se vieran sustancialmente reducidos, pues esto permitió la venta de bienes cuyo valor era objeto del reclamo. El ardid se concretó, a su entender, mediante la utilización de una rogatoria que calificó de clandestina.

⁵³² Fallos, 308:2494.

La orden de levantamiento se produjo en la causa “La Encrucijada S.A. c/Beiner y Ghersi de Guerrico s/escrituración” radicada ante el Juzgado en lo Civil n° 20. Al ordenarse la escrituración era necesario levantar varias medidas cautelares, entre ellas, los embargos que los actores en esta causa de daños y perjuicios habían obtenido en el juicio de colación. La sentencia dispuso el levantamiento del embargo “como consecuencia de la condena a escriturar” y “previa citación a los actores en la causa que por colación de herencia tramita en La Plata”.

Los exhortos que se libraron al efecto, sin embargo, omitieron cumplir con la condición previa establecida en la sentencia, haciendo posible la venta de los inmuebles en cuestión. De tal manera, se impidió a los actores de esta causa ejercer los derechos derivados del juicio de colación, en un claro apartamiento de lo dispuesto por el art. 588 del Código Procesal.

En este contexto, la Corte Suprema entendió que la responsabilidad del Estado nacional radica en la conducta del juez que autorizó el levantamiento de las medidas cautelares y suscribió los respectivos exhortos, sin tener en cuenta los requisitos previos impuestos por la sentencia que ordenó el levantamiento ni las normas procesales vigentes. Ponderó como evidente la irregularidad de esa orden judicial, que implicó el cumplimiento defectuoso de las funciones propias del magistrado y que compromete la responsabilidad estatal en los términos que da cuenta el fallo recaído en la causa “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I.”, a los que remite por razones de brevedad y es por ello que se hace lugar al reclamo indemnizatorio, sindicando como responsables al Estado nacional y al representante de la actora (La Encrucijada S.A.) en la causa de escrituración donde se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares que a la postre provocaron el daño reclamado, sin que la acción progresara respecto de los restantes demandados.

d) “VIGNONI” (14 DE JUNIO DE 1988)⁵³³. EL ERROR JUDICIAL. LA CORTE SUPREMA FIJA SU CRITERIO RECTOR. - En los autos caratulados “Vignoni, Antonio S. c/Estado de la Nación Argentina”, según surge del relato que efectúa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el actor fue detenido el 17 de mayo de 1976 y condenado a 22 años de prisión el 7 de julio de ese año por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. El 30 de noviembre de 1983 fue indultado y el siguiente 3 de diciembre recuperó su libertad. El 25 de febrero de 1985 promovió un recurso de hábeas corpus con arreglo a las normas de la ley 23.043 en el que, con fecha 2 de agosto de 1985, se resolvió dejar sin efecto la sentencia impugnada. Luego, el 5 de marzo de 1986, dedujo demanda por daños y perjuicios contra el Estado nacional, derivados de la privación ilegítima de la libertad.

⁵³³ Fallos, 311:1007.

La Cámara consideró operada la prescripción en virtud de iniciar el cómputo de su término el 3 de diciembre de 1983, pues entendió que a partir de esa fecha se consumó o completó el daño sufrido por el demandante y nació el derecho de aquel a reclamar sin que la causa de tal derecho sea la sentencia dictada en el procedimiento de hábeas corpus, ya que consideró que esta solo era declarativa y no constitutiva de derechos.

La Corte Suprema, por su lado, señaló por primera vez un requerimiento necesario para la configuración del error judicial, que sería aplicado reiteradamente en sus doctrinas posteriores, afirmando “[...] solo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley”.

En consecuencia de ello, concluyó que antes del dictado del fallo en el hábeas corpus solo asistía al demandante un derecho eventual, susceptible de nacer en la medida en que la ley permitiera revisar la decisión de la autoridad militar por ser la sentencia revisora un elemento esencial constitutivo del derecho a ser indemnizado; si esto falta, obsta a la procedencia del reclamo.

Recordemos nuestra opinión al analizar el supuesto especial del cómputo del plazo de prescripción en el caso de sentencias condenatorias nulas por aplicación de la ley 23.062. Sostuvimos allí que resulta fundamental hacer caer, en primer término, el acto irregular, para poder acceder a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de dicha decisión irregular⁵³⁴.

En síntesis, podríamos afirmar que a partir de aquí la Corte fija una primera pauta para la procedencia de la indemnización por error judicial, criterio que se repetirá en lo sucesivo: la existencia de una sentencia revisora que declare ilegítimo el acto y lo deje sin efecto, haciendo cesar su carácter de verdad legal.

TAWIL critica esta exigencia requerida por la Corte, pues entiende que el reconocimiento y posterior reparación del error no puede depender de que él haya sido dejado sin efecto, sino de la posibilidad de probar adecuadamente la existencia manifiesta de una equivocación a la que el particular damnificado resulta ajena, ya que lo contrario implicaría admitir que, a pesar de reconocerse la existencia de conductas

⁵³⁴ El profesor Germán BIDART CAMPOS, al comentar el fallo, consideró evidente que si el derecho a reclamar el correspondiente resarcimiento surge con la nueva sentencia que comprueba el error de otra anterior y la deja sin efecto, la prescripción solo puede computarse desde la fecha de la nueva sentencia, y nunca antes (Responsabilidad del Estado por error judicial y prescripción de la acción para demandar indemnización, ED, t. 129, p. 521).

manifiestamente antijurídicas, ellas resulten inmunes a la reparación de los daños causados como consecuencia de no haberse podido recurrir la resolución que le dio origen; sea, por ejemplo, porque no se advirtió el error en término, porque el resultado dañoso se manifestó una vez firme la decisión, por no tratarse de una de las resoluciones recurribles conforme al ordenamiento formal, o lo que es aún peor, por no haber sido el damnificado parte en el proceso en que el supuesto error se cometió⁵³⁵. A ello puede añadirse que –como se ha visto– las disposiciones de los tratados y pactos internacionales más arriba indicados no exponen en momento alguno que la declaración de la existencia del error judicial sea previa a la pretensión indemnizatoria del damnificado.

e) ÓRDENES JUDICIALES IRREGULARES. LA CORTE CONFIRMA SU CRITERIO. EL CASO “VIDELA CUELLO” (6 DE MARZO DE 1989)⁵³⁶. - En la causa “Videla Cuello, Marcelo c/Provincia de la Rioja” la Corte Suprema entendió que pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado la orden judicial irregular que dispuso el levantamiento de un embargo y anotar en el registro inmobiliario su cancelación, lo que tornó imposible el cumplimiento de la sentencia que reconoció al embargante su participación en una sociedad de hecho con relación al inmueble. Agregó que tal responsabilidad no se desvirtúa por el hecho de que no se haya acreditado la insolvencia del deudor originario, pues la frustración de la garantía que significaba el embargo, por la irregular orden judicial que dispuso su levantamiento, constituye un daño cierto que debe ser indemnizado, siendo su límite el monto reconocido en la sentencia cuyo cumplimiento se vio frustrado.

Cabe señalar que el 22 de febrero de 1990 la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso extraordinario interpuesto en la causa “Chein Graciela C. c/Estado Nacional, Ministerio del Interior”, en la que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la acción deducida. La actora había sido condenada a la pena de nueve años de reclusión, como autora penalmente responsable de los delitos de asociación ilícita calificada por los propósitos y propaganda y suministro de información subversiva en concurso real, pena ulteriormente modificada por el tribunal de alzada, que la redujo a siete años de prisión. Posteriormente la Corte revocó la sentencia y absolvió a la actora de los delitos por los cuales había sido condenada. Por ello, la accionante reclamaba el pertinente resarcimiento. La Cámara descartó la presencia, en el caso, de error judicial, por cuanto la absolución de la demandada obedeció en definitiva a una disímil valoración de la prueba y no fue el caso de condena a un inocente. Pese a

⁵³⁵ TAWIL, Guido S., ob. cit., ps. 139 y siguientes.

⁵³⁶ Fallos, 312:316. En la colección de Fallos del Tribunal se encuentra publicado únicamente el sumario del decisorio.

ello, el fallo de Cámara ingresa al análisis de la posible existencia de responsabilidad del Estado por obrar legítimo, supuesto que descarta por no existir norma alguna que imponga la reparación sin que medie responsabilidad, agregando que no se verificaba en el caso una situación de mal funcionamiento del servicio de justicia.

La Corte Suprema, al no abrir la instancia extraordinaria, parece estar compartiendo los argumentos desarrollados, o, cuando menos, no los estima arbitrarios. A juicio de BIDART CAMPOS, el fallo de Cámara hace reflexionar y lleva a dudar si el error judicial debe quedar hermética y estrictamente reducido en el casillero tradicional. Si la actividad lícita del Estado es susceptible de generar responsabilidad cuando priva de un derecho adquirido, o cuando lo cercena, no resultaría tan extravagante propiciar que en un caso como el analizado se indemnice a quien, finalmente absuelto, padeció privación de su libertad, inclinándose, según afirma, a elastizar la hipótesis del error judicial para abarcar situaciones como las que relata este decisorio⁵³⁷.

f) LA NECESIDAD DEL JUICIO POLÍTICO. EL CASO “IRURZUN”, (12 DE ABRIL DE 1994)⁵³⁸. - En lo referente a la responsabilidad de los jueces, la Corte ha dicho en “Irurzun, Ricardo Ernesto c/Estado Nacional (Secretaría de Justicia) y otro s/daños y perjuicios” que constituye un requisito indispensable para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles o penales que se sigan por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquel mediante el juicio político regulado en los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución nacional o el cese de sus funciones por cualquier otra causa.

El caso tuvo lugar a raíz de la demanda iniciada contra el juez nacional en lo criminal de instrucción por daños y perjuicios que se habían derivado de su conducta en el ejercicio de sus funciones, consistente en haber remitido a la Cámara del fuero testimonio de parte de un escrito presentado ante su juzgado, por estimar que las manifestaciones vertidas por el letrado habían podido constituir delito de desacato.

Tanto el juez de primera instancia como la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo se declararon incompetentes para entender en la demanda.

El apelante consideró que dicha sentencia resultaba violatoria de los arts. 16 y 18 de la Constitución nacional al constituir un privilegio inadmisibles a favor del demandado y al impedir al actor el acceso a la vía judicial en procura de la tutela de sus derechos. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la parte actora, que fue concedido parcialmente.

La Corte agregó que “la inmunidad contra el proceso o arresto no es un privilegio indispensable que contemple a las personas sino a las instituciones y al libre y

⁵³⁷ Puede verse una reseña del fallo y comentario en ED, t. 143, p. 563.

⁵³⁸ Fallos, 317:365.

regular ejercicio de la función judicial, la cual seguramente se frustraría si los jueces estuviesen expuestos a las demandas de litigantes insatisfechos con sus decisiones”.

g) LA EXTENSIÓN DE LA DOCTRINA DEL ERROR JUDICIAL A LAS CAUSAS CIVILES. EL CASO “ROMÁN” (13 DE OCTUBRE DE 1994)⁵³⁹. - En la causa “Román S.A.C. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/cobro de pesos” se interpuso una demanda contra el Estado nacional, a fin de que se indemnizara a la firma actora por los daños y perjuicios experimentados por su parte como consecuencia de la prohibición de uso de la máquina de su propiedad dispuesta por la justicia en lo penal económico, en el curso de la instrucción del sumario iniciado por contrabando, que fue dejada sin efecto al haber sido decretado el sobreseimiento definitivo en dicha causa.

La pretensión indemnizatoria consistió en un doble orden de fundamentos. Por un lado, el actor consideró que la autoridad aduanera y el magistrado interviniente en el proceso penal ejercieron sus atribuciones de una manera irregular, ya que la causa en cuestión había concluido por sobreseimiento definitivo fundado en la inexistencia del delito investigado, sin haberse procesado a persona alguna, lo que comprometía la responsabilidad del Estado en los términos del art. 1112 del Cód. Civil y de la doctrina de la falta de servicio. Por otro lado, añadió que, aun en caso de considerarse que la actuación de los órganos estatales tuviese carácter regular, igualmente asistía a su parte el derecho a ser indemnizado por aplicación directa del principio consagrado en el art. 17 de la Constitución nacional, en cuanto de él deriva la obligación estatal de responder por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares por sus actos regulares o legítimos.

Del relato de los hechos que realiza el fallo de la Corte Suprema surge que, en oportunidad de examinar la declaración de importación para el consumo presentada por el despachante en representación de la firma interesada, la autoridad aduanera detuvo el despacho en cuestión a fin de solicitar información adicional necesaria para determinar con exactitud la posición arancelaria correspondiente a la maquinaria objeto del trámite. La firma contestó el requerimiento, exhibiendo los planos del aparato y proporcionando información complementaria. Por su parte, los funcionarios a cargo de la verificación formularon una consulta a la junta del ramo de Máquinas y Transporte que, por mayoría, se expidió en el sentido de que la máquina en cuestión no solo consistía en un dispositivo mecánico cuya función era la de permitir la elevación de cargas de gran porte, sino que también resultaba idóneo para trasladarlas al ser acoplado sobre trenes rodantes. Por tales razones estimó que, en lugar de ser incluida en la partida arancelaria número 84.22. de la Sección XVI, referente a “Máquinas y aparatos de elevación, carga, descarga y manipulación (ascensores, recipientes automáticos –skips–, tornos, gatos, etc.)” postulada por la empresa, debía ser incluida en

⁵³⁹ Fallos, 317:1233.

la partida 87.14. de la Sección XVII, referente a “Otros vehículos no automóviles y remolques para vehículos de todas clases, sus partes y piezas sueltas”, gravada con mayores derechos.

Sin perjuicio de proseguir con el trámite de las actuaciones a fin de pronunciarse en definitiva acerca de la exactitud de la declaración comprometida, la autoridad aduanera autorizó el libramiento de la mercadería sujeta al régimen de garantía instituido en el Código Aduanero. Sobre la base de tales extremos, así como de la información resultante de los folletos agregados por los inspectores aduaneros, que dieron cuenta de nuevos detalles del aparato y de los informes de la Policía Aduanera según los cuales el dispositivo en cuestión había sido montado sobre módulos rodantes y se hallaba transportando un transformador hacia la provincia de Tucumán, la autoridad aduanera dio inicio al sumario de prevención con el objeto de averiguar la posible existencia del delito de contrabando. Puesto el hecho en conocimiento del juez competente, le remitió las actuaciones y se constituyó como parte querellante en la causa así promovida. El magistrado dispuso la citación a prestar declaración de diversas personas relacionadas con los hechos investigados y dispuso que el bien objeto de secuestro fuese depositado en manos de la empresa, prohibiéndole a esta usar el aparato hasta nueva disposición del tribunal. Por otra parte, tanto los peritos designados de oficio como los propuestos por la empresa interesada caracterizaron al aparato en cuestión como un equipo elevador, siendo la función principal de aquella cargar y descargar bultos pesados sin perjuicio de que, de manera secundaria o auxiliar, también pudiese ser utilizado para el transporte de cargas. En virtud de este, y de los demás antecedentes obrantes en el sumario, el 28 de noviembre de 1984 el juez sobreseyó definitivamente la causa resolviendo la inexistencia del delito que se le imputaba y levantó la prohibición de uso hasta entonces vigente respecto de la máquina. El fallo de segunda instancia confirmó el pronunciamiento al rechazar el recurso de apelación interpuesto por la autoridad aduanera.

La demanda de daños y perjuicios fue objeto de rechazo tanto en primera como en segunda instancia, y la actora dedujo contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el recurso ordinario de apelación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció rechazando el planteo indemnizatorio y fijando pautas para la procedencia de la responsabilidad estatal por su actividad jurisdiccional.

En primer lugar, se refirió a la responsabilidad estatal por su accionar ilícito y señaló que en tanto la prohibición de uso de la máquina constituyó una diligencia procesal de carácter esencialmente provisional y accesoria del procedimiento que le sirvió de antecedente, no cabe interpretar que su levantamiento, dispuesto en ocasión de dictarse el sobreseimiento definitivo en la causa penal, tuviese por sentido declarar ilegítima por contrario imperio a la mencionada medida cautelar. En ese sentido, el decisorio resolvió que “[...] la mera revocación o anulación de resoluciones judi-

ciales no otorga el derecho de solicitar indemnización pues, a dicho propósito, sólo cabe considerar como error judicial al que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia y cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento (confr. Fallos, 308:2095). Su existencia debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial –recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia (confr. Fallos, 311:1007)–, mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del yerro [...]”⁵⁴⁰.

En cuanto a los agravios vinculados con la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por su actividad lícita, la Corte recordó que, en principio, el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares, a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente –v. gr., leyes 19.549 (art. 18) y 21.499– y que esta “[...] solo comprende a los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales –vale decir, que van más allá de los que es razonable admitir en materia de limitación al ejercicio de los derechos patrimoniales–, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual; que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación consagrada en el art. 17 de la Constitución nacional (Fallos, 308:2626)”⁵⁴¹.

En el caso concreto consideró que no corresponde admitir la indemnización reclamada, pues los daños derivados de la prohibición de utilizar provisionalmente la maquinaria, ordenada en el curso de la sustanciación de la causa penal indicada, constituían consecuencias normales y necesarias del ejercicio regular de la competencia conferida al magistrado por las normas procesales respectivas; es decir, provienen de una resolución judicial fundada en la ley que autoriza a limitar de ese modo el uso de la propiedad privada, con fundamento en el poder de policía del Estado referente a la prevención y represión de los delitos. Es decir, la mayoría del tribunal consideró el caso desde un doble punto de vista:

a) En lo referente a la responsabilidad estatal por error judicial por su actividad ilícita, sentó los siguientes preceptos:

1) el levantamiento de las medidas cautelares, a consecuencia del sobreseimiento definitivo, no implica que la medida haya sido ilegítima;

2) la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no autoriza a solicitar indemnización;

3) el error judicial debe ser provocado de modo irreparable y por los órganos de la administración de justicia;

4) las consecuencias que se reputan perjudiciales no deben haber podido hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin, y

⁵⁴⁰ Consid. 10 del voto de la mayoría.

⁵⁴¹ Consid. 13 del voto de la mayoría.

5) la naturaleza y gravedad del yerro debe ser determinada por un nuevo pronunciamiento judicial.

b) Respecto de la posibilidad de responsabilizar al Estado por su actuación judicial lícita, la Corte consideró necesario que los perjuicios constituyeran consecuencias anormales que impliquen, para el titular del derecho, un verdadero sacrificio desigual. Esto último configura, a nuestro juicio, un valioso anticipo de lo que algunos años más tarde resolverá el tribunal en orden a la posibilidad de obtener una reparación de los perjuicios que se le irroguen a un individuo como consecuencia de excederse pautas temporales razonables para el mantenimiento de la detención preventiva, habiendo mediado con posterioridad la absolución del damnificado.

Paralelamente al voto de la mayoría recaído en esta causa, encontramos diversos votos que implican, principalmente, una diferente fundamentación en lo relativo a la responsabilidad estatal por su actividad lícita.

En el voto conjunto de los jueces Boggiano y López se hace consideración a que los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a la responsabilidad estatal por su actividad lícita, y afirman que la doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de expresas disposiciones legales, han ido modelando la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica, tutelando los derechos de quienes sufren algún sacrificio patrimonial con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales que integran la zona de reserva de las ramas legislativa y ejecutiva, fundamentos que no se observan en el caso de las sentencias y demás actos judiciales, ya que no se trata de actividades políticas para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Si la contienda es dirimida por el juez, respetando los hechos y el derecho vigente, la discrecionalidad en la elección de las diversas alternativas posibles no puede ser condicionada por la atribución de obligaciones reparatorias para el Estado por los daños que se pudieren causar a las partes en ocasión de la tramitación del juicio. Dichos daños, si alguna vez ocurrieren y en la medida en que no deriven de un ejercicio irregular del servicio prestado, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Entienden que hay ejercicio irregular cuando la medida importa un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia.

El juez Fayt, por su parte, agrega al voto mayoritario la particularidad que tienen las medidas cautelares, en cuanto ellas constituyen tan solo un adelanto de la garantía judicial cuya procedencia no requiere más que *fumus bonis iuris* y no exigen, por tanto, el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud, razón por la que su ilicitud no puede derivarse simplemente del rechazo de la pretensión. Analiza también en su voto lo relativo a la responsabilidad jurisdiccional del Estado por la aplicación de medidas cautelares, y busca una analogía con las medidas cautelares en el proceso civil, aun cuando se refiera a los particu-

lares y no al Estado, encontrándola en el art. 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto autoriza a solicitar indemnización de los daños causados como consecuencia de una medida cautelar trabada sin derecho. Destaca, sin embargo que en esta materia se requiere –además de la circunstancia objetiva de la derrota en la litis respecto de quien la ha solicitado– la comprobación de las exigencias del art. 1067 del Cód. Civil, ya que ninguna disposición legal autoriza a establecer en este ámbito una responsabilidad sin culpa o dolo (Fallos, 308:1061). Este pronunciamiento hace hincapié en que las legislaciones que admiten la responsabilidad del Estado por la actuación del Poder Judicial limitan su ámbito de aplicación a la responsabilidad por actuación ilegítima, especialmente cuando alguien ha sido privado de la libertad por una errónea condena judicial, solución que no puede sin más ser trasladada a otras situaciones en las que solo se encuentran en juego bienes patrimoniales.

En su voto, el juez Moliné O'Connor reitera la necesidad de un juicio de revisión a fin de no afectar el principio de la seguridad jurídica, y entiende que en el caso específico, el sobreseimiento definitivo dispuesto por el juez con competencia en lo penal económico –y confirmado por la Cámara del fuero– no importó una descalificación de las decisiones cuestionadas. Este pronunciamiento afirma: “[...] si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme –por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber atacado los limitados medios que autorizan su revisión–, pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo errores en la anteriormente tramitada no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error [...] Parece que el único remedio para tal situación es la reafirmación del principio que atribuye el carácter de verdad legal al pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada, que veda –por ende– revisarlo cuando adquirió tal carácter”⁵⁴².

h) LA OMISIÓN DE UNA ORDEN JUDICIAL. EL CASO “DE GANDÍA, BEATRIZ” (4 DE MAYO DE 1995)⁵⁴³. - Este caso ya fue analizado en los capítulos vinculados al alcance de la reparación, al hacer referencia al daño moral y a la responsabilidad del Estado derivada de sus omisiones antijurídicas.

Recordemos, en una breve síntesis, que se trataba de una abogada que se dirigía en su automóvil hacia la República Oriental del Uruguay para gozar de sus vacaciones, cuando fue detenida, incomunicada y alojada en una dependencia policial a disposición de la justicia de Concepción del Uruguay, ya que el pedido de secuestro que pesaba sobre su vehículo no había sido levantado ni librada la comunicación respectiva por el juzgado interviniente.

⁵⁴² Consid. 10.

⁵⁴³ Fallos, 318:845.

Por una omisión de las autoridades judiciales se mantuvo el pedido de secuestro a consecuencia del cual se produjo la detención de la actora.

En este caso, la Corte Suprema consideró que existía responsabilidad de la provincia “[...] por la omisión procesal en que se incurrió, toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias”, ya que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido [...]”.

i) LA REITERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CORTE. EL CASO “BALDA” (19 DE OCTUBRE DE 1995)⁵⁴⁴. - El caso “Balda, Miguel A. c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios” tuvo lugar a raíz de la detención del actor cuando se encontraba atendiendo su negocio de carnicería y se presentaron tres personas de sexo masculino que se identificaron como agentes policiales, los que, sin presentar ninguna credencial que avalara sus dichos, procedieron a detenerlo y trasladarlo ante el titular de la comisaría de Rauch, en la Provincia de Buenos Aires.

La aprehensión se llevó a cabo sin haber exhibido orden de detención ni mediar autorización del juez de turno. La detención del actor se prolongó desde el 15 de mayo de 1987 hasta el 4 de diciembre del mismo año.

Expresa el actor que mientras estaba detenido, su hermana –al desconocer su paradero– entabló un pedido de “hábeas corpus” ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción n° 28. A raíz de esas actuaciones se inició una causa por privación ilegítima de la libertad contra los agentes policiales, que concluyó con una sentencia condenatoria para dos de ellos.

La demanda se fundamentó en la antijuridicidad del acto del personal policial que dio origen a un error judicial en el que incurrió el juez que intervino en la causa seguida en su contra, por cuanto convalidó un procedimiento viciado de ilegitimidad y siguió adelante con una causa en la que se dispuso su prisión preventiva, que se prolongó durante seis meses y en la que finalmente se lo absolvió.

La Corte analizó la prescripción de la acción respecto de las dos pretensiones del actor. En cuanto a los perjuicios derivados de la privación ilegítima de la libertad de que habría sido víctima por parte de efectivos de la policía de la provincia de Buenos Aires, al ser una actuación instantánea, consideró que había cesado con el dictado del acto judicial de la prisión preventiva, por lo que el plazo del art. 4037 del Cód. Civil estaba cumplido.

Respecto de los perjuicios derivados de la prisión preventiva que le fue dictada en sede judicial durante un proceso que concluyó con su absolución, el plazo comenzó a correr a partir de la absolución del procesado, momento en que la acción quedó abierta. Por lo tanto, la Corte Suprema solo analizó la procedencia indemnizatoria

⁵⁴⁴ Fallos, 318:1990.

respecto de las consecuencias de la prisión preventiva durante el proceso que le fue incoado.

El voto mayoritario repite la necesidad de contar con una sentencia de revisión y el error de interpretar que el sobreseimiento implica la ilegitimidad de la medida cautelar, pues la misma se dicta sobre la base de una “semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho”. Asimismo, reitera los fundamentos vertidos por el Dr. Moliné O’Connor en su voto recaído en la causa “Román”.

En cuanto a la responsabilidad por actividad lícita, vuelve a fundamentar su rechazo en la necesidad de aceptarlo como un costo de la adecuada administración de justicia.

Los jueces Belluscio y Petracchi adoptan en su voto una postura intermedia al incorporar el requisito de la inocencia manifiesta y sostiene que “[...] la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución, sino únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento –relativo– obviamente, de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor”.

El juez Bossert elabora su propia fundamentación respecto de la responsabilidad por actividad lícita, al afirmar que no resulta compatible al caso la doctrina de la Corte aplicable al resarcimiento de perjuicios sufridos a consecuencia de la actividad lícita del Estado cumplida en ejercicio del poder de policía, como resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, en la medida en que se prive a un tercero de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales, pues en tales casos se trata de las consecuencias que derivan de decisiones adoptadas por el poder administrador o de un cambio de legislación, que provienen, en uno y otro caso, de la estimación que se efectuaría con discrecionalidad sobre lo que resulta conveniente al bien común, en tanto que la actividad desplegada en el proceso judicial representa el ineludible cumplimiento del deber, a cargo del Poder Judicial, de desentrañar la verdad para aplicar al caso la legislación vigente y cumplir así el mandato constitucional de afianzar la justicia, carga general de contribución al logro de ese objetivo (R.89.XXIV. Román S.A.C. c/Estado Nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/cobro de pesos”, voto del juez Bossert, del 13 de octubre de 1994).

j) LA ACCIÓN DE DAÑOS NO CONSTITUYE UNA VÍA IDÓNEA PARA DETERMINAR EL ERROR JUDICIAL. EL CASO “EGÜES” (29 DE OCTUBRE DE 1996)⁵⁴⁵. - En la causa “Egües, Alberto J. c/Provincia de Buenos Aires”, el demandante pretende que la provincia de Buenos Aires indemnice, con

⁵⁴⁵ Fallos, 319:2527.

fundamento en la falta de servicio, el daño material y moral que invoca haber sufrido como consecuencia de resoluciones judiciales que califica como erróneas. Relata que en la subasta llevada a cabo en noviembre de 1987 resultó comprador de un inmueble, cuya posesión no solo no se le había entregado, sino que había sido condenado a pagar una suma indeterminada de dinero que lo privaba de la propiedad sin indemnización y que podía comprender la totalidad de su patrimonio.

La situación referida encontraría su antecedente en los errores en que habría incurrido el juzgado interviniente, los que justificaron que se demorase el pago del saldo de precio adeudado. A pesar de serle imputable a la provincia la demora en cuestión, fue condenado por los jueces provinciales a pagar el valor actualizado de la deuda, en virtud de que entendieron que el saldo no guardaba proporción alguna con el valor del inmueble adquirido mediante subasta pública.

Según expone, dicha afirmación, por la que se acogió la pretensión de actualización esgrimida por los herederos vendedores del bien subastado, además de no compadecerse con la realidad del mercado inmobiliario, no estaba fundada en pauta objetiva alguna existente en el proceso.

La provincia demandada opuso las defensas de incompetencia, falta de legitimación activa, cosa juzgada, prescripción y defecto legal y subsidiariamente contestó la demanda. La Corte Suprema resuelve la defensa de cosa juzgada, considerando el voto de la mayoría⁵⁴⁶, que en la causa “Cazes, Emilio Esteban y otro s/sucesiones” condenaron al actor a pagar el saldo de precio adeudado en forma actualizada según las pautas fijadas en los respectivos pronunciamientos, fallo confirmado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires al resolver los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley interpuestos, que constituía “[...] la finalización de un proceso de conocimiento y la definición de una cuestión sustancial que adquirió el carácter de cosa juzgada. Importó el rechazo de la pretensión del deudor y entrañó su pronunciamiento adverso que no puede ser revisado por la vía intentada, sin riesgo de afectar la seguridad jurídica (arg. Fallos, 289:151, 308:1150 ya citado)”⁵⁴⁷.

La pretensión del actor importaba, en consecuencia, la revisión de un pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada mediante un procedimiento que no es el adecuado, y que en el caso se trataba de la demanda ante la instancia originaria de la Corte, por el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la actividad judicial de la provincia de Buenos Aires. Por esta razón, con sustento en los argumentos desarrollados en la ya examinada sentencia recaída en la causa “Vignoni”⁵⁴⁸,

⁵⁴⁶ El presente caso registra una disidencia del Dr. Nazareno, quien entiende que no se ha verificado en el caso concreto la triple identidad (sujetos, causa y objeto) que exige la excepción previa de cosa juzgada, en cuanto defensa preliminar, dirimiendo la consideración de dicho planteo para el momento de dictar sentencia definitiva. En cambio, hace lugar a la excepción de defecto legal.

⁵⁴⁷ Consid. 13 del voto de la mayoría.

⁵⁴⁸ Fallos, 311:1007.

por el voto de la mayoría de los miembros del Tribunal, se rechaza la pretensión indemnizatoria del actor.

Sin embargo, y como quedó más arriba dicho, el Tribunal confirma el criterio de que nada impide hacer extensiva la doctrina del caso “Vignoni” a las cuestiones de naturaleza civil, aun cuando no se encuentre expresamente admitido por la normativa procesal la revisión de los efectos de una sentencia que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, mediante el empleo de la denominada, por la propia Corte Suprema, “acción autónoma declarativa”, invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita⁵⁴⁹.

Finalmente, en lo que atañe a las causas que deben tramitar ante la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la decisión reitera el criterio de que si bien es dable asignarle el carácter de causa civil a la acción de daños y perjuicios derivados de la presunta existencia de una falta de servicio de un órgano del Poder Judicial provincial, “[...] tal doctrina es aplicable en la medida en que la consideración de las cuestiones planteadas no exija revisar sentencias locales, sino sólo apreciar su incidencia en la causa civil [...]”, y ello no es sino consecuencia de que no es por la vía de la instancia originaria de la Corte como pueda declararse la existencia del error en la misma oportunidad en que reconozca el resarcimiento de los daños y perjuicios, ya que ello resulta ajeno a la competencia prevista en la Constitución nacional.

k) LA ABSOLUCIÓN POR SÍ MISMA NO ES FUENTE DE RESPONSABILIDAD. EL CASO “ASOCIACIÓN MUTUAL LATINOAMERICANA” (3 DE DICIEMBRE DE 1996)⁵⁵⁰. - En los autos “Asociación Mutual Latinoamericana c/Provincia de Misiones s/daños y perjuicios” surge que el 12 de abril de 1988 la asociación actora (AML) presentó una nota ante el Instituto Provincial de Desarrollo Habitacional (IPRODHA) solicitando financiación para un conjunto habitacional de 1112 viviendas en la localidad de Garupá, del departamento Capital de aquella provincia, en los términos de la resolución 110 del FONAVI.

Ello motivó un dictamen del Director de Asuntos Jurídicos del Instituto en el cual se adujo que la presentación no reunía los requisitos mínimos de admisibilidad. También se dijo allí que mal podía ofrecerse un predio que aún no había sido adquirido y que la mutual se excedía respecto del número de viviendas permitido para su financiación por la Secretaría de Vivienda. Asimismo se hizo mención a una presentación efectuada por otra entidad mutual y a la sospechosa conexión que existiría entre ella y la AML, señalándose que el Instituto no podía favorecer una connivencia que tendría como finalidad defraudar a terceros, a quienes se les cobrarían cuotas de

⁵⁴⁹ Consids. 16 y 17 del voto de la mayoría.

⁵⁵⁰ Fallos, 319:2824.

viviendas que nunca se construirían. Finalmente, el dictamen aconsejaba formalizar una denuncia policial por el presunto concurso de diversos delitos. La propuesta fue aprobada por el directorio del IPRODHA y el 16 de mayo de 1988 se realizó la denuncia ante la Unidad Regional I de la Policía de Misiones.

Tal denuncia motivó la instrucción de un sumario a cargo de la mencionada unidad policial, con intervención del Juzgado Penal n° 1 de la ciudad de Posadas. En dicho sumario se produjo –entre otras medias– el allanamiento de la sede de la Delegación Posadas de la AML, y el secuestro de diversos documentos. Asimismo la instrucción dispuso la detención de tres directivos de la entidad mutual por considerar que existían “elementos suficientes para considerar la existencia de un ilícito y, por ende, semiplena prueba de la culpabilidad” por parte de aquellos. Finalmente se dictó el auto de sobreseimiento total y definitivo, donde se dispuso también la devolución de la documentación secuestrada.

La decisión de la Corte Suprema sostuvo que “la sola existencia de un fallo que disponga la absolución o el sobreseimiento del imputado no hace procedente, sin más, la acción de daños y perjuicios derivados de la denuncia, pues resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia (confr. art. 1067, Cód. Civ.)”⁵⁵¹. Respecto de la responsabilidad policial y judicial, la Corte consideró que los tres actos producidos durante el transcurso del proceso (allanamiento, secuestro de documentación y orden de captura) eran razonables y respondían a las facultades previstas legalmente por los jueces.

Asimismo, reiteró los principios sentados en los autos “Vignoni”, en cuanto a la necesidad de contar con una sentencia revisora, mediante el cual se determine la naturaleza y gravedad del yerro.

1) “LÓPEZ”, (11 DE JUNIO DE 1998)⁵⁵². - En la causa “López, Juan de la Cruz y otros c/Provincia de Corrientes s/daños y perjuicios” se demandaba a la provincia de Corrientes y/o a quien en definitiva resultara responsable de los daños y perjuicios producidos por la prisión preventiva que sufrieron durante el período comprendido entre el 12 de mayo de 1983 y el 15 de diciembre de 1998.

Las constancias de la causa indican que el 5 de julio de 1983 el juez de instrucción a cargo del Juzgado n° 3 de Corrientes dispuso el procesamiento y la prisión preventiva de los aquí actores por imputación del delito de secuestro seguido de muerte y, en el caso de Enzo Breard, por igual delito y el agregado de amenazas. Posteriormente, el 5 de octubre de 1984, se modificó el encuadre legal de las conductas penales de los acusados, disponiéndose su procesamiento bajo la imputación de ser autores de un homicidio calificado. Sobre tales bases, se dictó la sentencia por la que se dispuso la prisión perpetua de los procesados, pronunciamiento que fue par-

⁵⁵¹ Consid. 7°.

⁵⁵² Fallos, 321:1717.

cialmente anulado por el Superior Tribunal provincial, y finalmente se dictó sentencia absolutoria⁵⁵³.

La Corte entendió que de un estudio de la causa penal surgía que la sentencia absolutoria había liberado a los acusados del cargo de homicidio calificado no por “inexistencia del delito y prueba”, como afirmaba la actora, sino por insuficiencia de los elementos probatorios colectados para demostrar la autoría.

Reitera la necesidad de contar con una sentencia de revisión, así como del *fumus bonis iuris* que fundamenta la adopción de una medida cautelar, sumado ello a la teoría de la “cadena de revisión perpetua”.

En cuanto a la responsabilidad estatal por su actuación lícita se remite al fundamento basado en “el costo de una adecuada administración de justicia”.

m) EL CAMBIO DE CRITERIO. LA PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. EL CASO “ROSA” (1 DE NOVIEMBRE DE 1999)⁵⁵⁴. - En la causa “Rosa, Carlos Alberto c/Estado Nacional (Ministerio de Justicia y otro) s/daños y perjuicios varios”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la posibilidad de obtener la reparación de los perjuicios sufridos atribuyendo la responsabilidad al Estado sobre la base de un anormal funcionamiento del servicio de justicia en el supuesto de que se verifique una indebida prolongación de la medida cautelar de privación de la libertad personal de un individuo sometido a un proceso penal, posteriormente absuelto por el delito por el que se lo acusaba, por estricta aplicación del

⁵⁵³ Con motivo de la aparición de un cuerpo humano todavía con vida y sin identificación se iniciaron actuaciones de prevención policial que dieron origen a un proceso judicial que insumió cinco años y medio, al cabo de los cuales se dictó la sentencia que dispuso la absolución de culpa y cargo por inexistencia de delito y prueba. La víctima fue un conocido delincuente que se había evadido de la Alcaldía Policial de Resistencia y que falleció en el Hospital Escuela Gral. San Martín sin haber recobrado el conocimiento.

Como consecuencia de la denuncia de la concubina del muerto efectuada ante las autoridades policiales de Corrientes, se procedió a la detención de los integrantes de una comisión enviada por la policía del Chaco para capturar al delincuente evadido. Posteriormente, y como consecuencia del desarrollo del proceso, fueron apresados los restante actores. La sentencia que los condenó a prisión perpetua se basó en pruebas inconsistentes y desoyó las aportadas por los procesados en violación de su derecho de defensa, lo que motivó la interposición de recursos ante el Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes, el que decretó su nulidad.

Esa detención fue el producto de los numerosos errores ocurridos y constituyó el cumplimiento anticipado de una sentencia condenatoria, pese a que finalmente se los liberó. El hecho de que la prisión preventiva constituya una necesidad impuesta por la ley -agregan- no significa que quien la ha sufrido deba soportar el daño que le ha causado.

Sostienen que las tendencias doctrinales modernas admiten la indemnización en materia de detenciones preventivas arbitrarias o por tiempos que excedan lo razonable, y recuerdan que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho resarcitorio de los condenados por error judicial en virtud de sentencias firmes y reprueba las detenciones o encarcelamientos arbitrarios (art. 7º, inc. 3º).

⁵⁵⁴ Fallos, 322:2683.

beneficio de la duda consagrado en el art. 13 del Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente al tiempo en que se sucedieron los hechos.

Surge del relato de la sentencia de la Corte Suprema que una vez firme la sentencia absolutoria, el actor, un agente policial, reclamó el resarcimiento de los daños y perjuicios contra el Estado nacional, como consecuencia de haberse iniciado un proceso penal en su contra, producto de una denuncia maliciosa que determinó su detención y su prisión preventiva, como asimismo la indebida prolongación de esta por más de cuatro años, atribuyendo además una actitud irregular al agente fiscal, pues en virtud de la acusación formulada no pudo obtener su excarcelación. Todo ello, con sustento en el art. 1112 del Cód. Civil y en la doctrina de la falta de servicio.

La sentencia de primera instancia descartó que en el caso se pudiera responsabilizar al Estado por su actuación ilegítima, ya que el acto jurisdiccional que había producido el daño no había sido dejado sin efecto y declarado ilegítimo, pero, por el contrario, admitió la indemnización de los perjuicios a partir del segundo año de prisión del demandante al haberse excedido un plazo prudencial, circunstancia que comprometía la responsabilidad del Estado por su actuación legítima. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó el fallo y rechazó la demanda, sustentándose en que el mero hecho de que una persona sea detenida y luego absuelta no determina la responsabilidad estatal por su actuación legítima y que solo puede responsabilizarse a este por la existencia de un error judicial, en la medida que el acto cuestionado sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, circunstancia que no se había producido en la causa. Puntualizó que tanto el auto de prisión preventiva como las solicitudes de excarcelación habían sido dictadas por los jueces competentes y confirmadas por la Cámara, concluyendo que los actos cuestionados por el actor habían pasado en autoridad de cosa juzgada, por lo que su ilegitimidad no podía discutirse en el proceso de daños y perjuicios que se estaba sustanciando. De ese modo, el fallo de segunda instancia aplicó los criterios fijados por la Corte Suprema en el recordado caso “Vignoni”.

Por otro lado, el fallo descartó la indemnización por la excesiva prolongación del juicio, ya que no se había verificado una inadecuada prestación del servicio de justicia, sino que la demora en la tramitación del proceso había obedecido a la complejidad de la causa y a las diversas medidas probatorias realizadas y no a demoras irrazonables debidas a la inactividad judicial.

Llegado el caso a la Corte Suprema por vía del recurso ordinario de apelación, el tribunal consideró que si bien las disposiciones procesales relativas a la prisión preventiva y a la excarcelación aplicables a la causa –refiriéndose al derogado Código de Procedimientos en Materia Penal– no establecían un plazo máximo de duración, ya que el de dos años dispuesto por el art. 379, inc. 6º del citado Código, debía ser valorado de conformidad con las pautas subjetivas y objetivas establecidas en el art. 380 del mismo cuerpo dispositivo y de allí que solo se podía denegar la libertad caucionada después de transcurridos los dos años citados, en la medida que el juez

presumiese fundadamente, de acuerdo con tales pautas, que el procesado intentaría eludir la acción de la justicia. Sobre la base de las constancias del expediente penal y en mérito –principalmente– a que no se encontraban pendientes de producción medios de prueba que fueran de trascendencia para la causa, la Corte consideró ausente de justificación la prolongación de la privación de la libertad del actor más allá de los dos años. A la luz de las constancias de la citada causa penal, la denegación de la libertad provisional peticionada por el imputado constituyó una medida irrazonable y por lo tanto configuró un supuesto “[...] de deficiente prestación del servicio de justicia al haberse prolongado una medida de coacción personal durante un período de 1 año, 6 meses y 16 días sin que los magistrados penales intervinientes hubiesen demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento de conformidad con las normas legales aplicables al caso (arts. 379, inc. 6° y 380, Cód. de Procedimientos en Materia Penal, y art. 7°, inc. 5°, Pacto de San José de Costa Rica)”⁵⁵⁵.

En cambio, por el período de los dos primeros años de detención, el tribunal entendió que la medida cautelar de privación de la libertad del imputado constituyó el ejercicio regular del servicio de justicia, toda vez que no se advertía de las constancias de la causa que los magistrados hubiesen incurrido en un manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley. Sobre la base de tales consideraciones hizo lugar, únicamente, a la indemnización del daño moral en razón del carácter resarcitorio de este ítem, de la índole del hecho generador de la responsabilidad, de la entidad de los sufrimientos espirituales causados –tanto por haberse visto privado de la libertad como por no haber podido relacionarse espiritual y afectivamente con su familia– y de que el reconocimiento de esta reparación no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, por no tratarse de un daño accesorio de este.

El voto de los jueces Petracchi y Bossert, si bien coincide en sustancia con el criterio decidido, señala que la síntesis jurisprudencial efectuada por la Corte con relación a los arts. 379 y 380 del derogado Código de Procedimientos en Materia Penal no puede ser mantenida en el contexto de la ley 24.390, pues esa norma establece, bajo las condiciones por ella misma fijadas, plazos perentorios de detención que resultan de imperativo cumplimiento para los jueces, no obstante lo cual, y dado que la sanción de dicha disposición legal es posterior a la tramitación de la causa penal que dio origen al reclamo indemnizatorio, sus prescripciones no resultaban aplicables al caso. Por este motivo tampoco resultaban aplicables al caso las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referentes a que si bien los Estados no tienen la obligación de fijar un plazo para la privación de la libertad previa a la sentencia, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general, más allá del cual la detención será considerada –prima facie– ilegítima independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Consecuentemente con ello, la opi-

⁵⁵⁵ Cfr. consid. 23 del voto de la mayoría.

nión de estos jueces es que la norma aplicable para la valoración de la razonabilidad del plazo de detención es el citado art. 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal, pues era la norma vigente al tiempo de la tramitación de la causa penal.

La disidencia estuvo a cargo de los jueces Moliné O'Connor, Boggiano y López, quienes recordaron que para que la acción de responsabilidad del Estado en este ámbito prosperase era necesaria la verificación de un acto jurisdiccional que fuere declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues hasta ese momento el carácter de verdad legal que el mismo ostentaba, en tanto se mantuviera, impedía juzgar que había mediado un error judicial. Tampoco consideró posible responsabilizar al Estado en el ámbito de su actividad lícita, pues los actos judiciales son por su naturaleza ajenos a dicho tipo de resarcimiento, ya que –según consideró– la doctrina elaborada acerca de la responsabilidad estatal por su actuación lícita ha sido diseñada para la reparación de los perjuicios que ocasionan los actos legítimos de los órganos que tienen a su cargo la conducción del gobierno, de tal manera que –sostuvo– “[...] a la vez que se asegura a las ramas legislativa y ejecutiva la gerencia discrecional del bien común, se tutelan adecuadamente los derechos de quienes sufren algún sacrificio patrimonial con motivo de dichas medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales que integran su zona de reserva. En cambio, como es notorio, dichos fundamentos no se observan en el caso de las sentencias y demás actos judiciales. En la medida que no importen un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia, no pueden generar responsabilidad alguna, ya que no se trata de actividades políticas para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular”⁵⁵⁶.

Cuadra señalar que –tal como se menciona en el voto de los jueces Petracchi y Bossert–, en el momento en que la causa penal se sustanció no se había sancionado la ley 24.390, que configura la reglamentación legislativa del art. 7º, punto 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), disposición que ha sufrido recientemente una sustancial modificación en virtud de la sanción de la ley 25.430⁵⁵⁷. Por virtud del art. 1º de la ley 24.390, según la redacción dada a dicha disposición por la ley 25.430, “la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia”⁵⁵⁸. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor”. El art. 2º de la citada disposición legal aclara que dichos plazos no se computarán a los efectos de la ley, cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado la sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme.

⁵⁵⁶ Cfr. consid. 10 del voto de la minoría.

⁵⁵⁷ BO, 1º/6/01.

⁵⁵⁸ La frase destacada en redonda corresponde al agregado efectuado por la ley 25.430.

50. A MANERA DE CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expresado, y en especial del examen de la jurisprudencia analizada, podrían extraerse algunas conclusiones, o, si se prefiere, algunos criterios que permitan una mejor comprensión del funcionamiento de la teoría de la responsabilidad del Estado por el ejercicio de su función jurisdiccional, no sin dejar de mencionar, como lo anticipamos al comienzo, que todos los supuestos en los que se ha admitido quedan enmarcados en el ámbito de la actividad estatal ilegítima o irregular, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha aceptado la responsabilidad lícita del Estado-juez, criterio que hasta podría encontrar sustento en la circunstancia de las soluciones que nos proveen los Tratados de Derechos Humanos citados, que exigen –como también ha quedado dicho– que para que nazca el derecho a indemnización en la víctima la conducta del Estado debe ser contraria al ordenamiento jurídico sea que la privación de la libertad sea establecida como medida cautelar o como sentencia definitiva, y ello sin perjuicio de señalar que la incorporación de dichos tratados con jerarquía constitucional no implica de modo alguno la negación de los otros derechos y garantías reconocidos en la Constitución nacional, tal como ocurre con el liminar principio de reserva legal contenido en su art. 19, en cuya virtud –como se sabe– nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe, razón por la cual no existen otras situaciones que las propiamente establecidas por la ley que le impongan al damnificado la carga de soportar el daño que otro le infrinja, ni aun cuando el agente causante de dicho daño es el Estado. La invocada circunstancia de que la paz social y la vida comunitaria exigen de los individuos el sacrificio de soportar la acción estatal cuando este actúa en el ámbito de sus funciones jurisdiccionales no pueden implicar, salvo que la ley así lo establezca en términos inequívocos, y siempre en el límite de la razonabilidad, el deber de sufrir las consecuencias de dicha conducta.

Con todo, y como elocuentemente lo explica REIRIZ, aún en la actualidad mantiene vigencia la afirmación de que “[...] en tanto los jueces se erigen como custodios de la Constitución nacional presentándose como celosos guardianes de las libertades y derechos individuales frente a los posibles excesos del poder público hay una tendencia a concluir que jamás sus decisiones pueden causar daño injusto a los administrados. Cabría considerar si no será esta una vertiente más del viejo problema de la ciencia política: ¿Cómo custodiar a los custodios?”⁵⁵⁹.

Pues bien, en primer lugar debe reiterarse lo sostenido al comienzo, en el sentido de que el examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema permite estudiar el problema desde diferentes ángulos, distinguiendo dos supuestos diversos como posibles generadores de responsabilidad estatal en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, cada uno de los cuales posee requisitos propios⁵⁶⁰. De tal modo, podría decirse que un

⁵⁵⁹ REIRIZ, Graciela, *Responsabilidad* . . . , p. 73.

⁵⁶⁰ En la causa “Román S.A.C.”, citada en este capítulo, se perfila esta distinción.

primer supuesto está dado por la necesaria presencia de un error judicial, en tanto que el segundo exige que se verifique un mal funcionamiento del servicio de justicia. Sin embargo, debemos señalar que así como esa misma jurisprudencia ha establecido claramente los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria basada en la verificación de un error judicial, no ha hecho lo mismo –no al menos nítidamente– con los requisitos que podrían configurar situaciones en las que es dable hablar de un defectuoso o anormal funcionamiento del servicio de justicia, si no es –como ha quedado expresado– a través de un análisis casuístico, que en muchos casos ha respondido a análogos principios que los exigibles en caso de omisiones a un deber legal.

Alguna doctrina ha considerado que la distinción entre ambos casos respondería al siguiente criterio: hay error judicial cuando el daño se produzca en una resolución judicial en ejercicio de funciones jurisdiccionales y existe mal funcionamiento cuando el perjuicio proviene del giro o tráfico jurisdiccional⁴¹². Sin embargo, reiteramos que la diferenciación no transita por andariveles nítidos, aunque como una aproximación a la solución del problema podría en general postularse como un supuesto de la denominada “falta de servicio”.

Así las cosas, puede concluirse que los requisitos exigidos para que sea procedente la responsabilidad por el error judicial son los que la Corte Suprema ha establecido en el ya examinado caso “Vignoni”, cuyos criterios son plenamente aplicables a las causas de naturaleza civil, mientras que para los casos de irregular, defectuoso o anormal funcionamiento es necesario que se verifiquen los extremos configurativos de la doctrina de la falta de servicio, sea que el daño provenga de una acción o de una omisión a un deber legal.

En el supuesto de que se atribuya responsabilidad del Estado por la existencia de un error judicial existen dos etapas, la primera destinada a establecer indubitablemente la existencia de dicho error judicial mediante la revisión de la resolución judicial que patentiza el atribuido error y solo en caso de prosperar ello, se abriría el camino de la posible indemnización. Este criterio es el uniformemente admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y resulta seriamente controvertible raíz de que las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos no establecen la exigencia de la previa declaración del error judicial, si bien resulta imprescindible remover el efecto de la cosa juzgada que, a pesar del error, la sentencia judicial ostenta. En ese sentido y dada en general la ausencia en el proceso civil de un remedio de revisión de los efectos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, debe recordarse que, conforme a lo explicado, la Corte Suprema ha aceptado la existencia de una acción autónoma declarativa, invalidatoria de la cosa juzgada.

⁵⁶¹ COBREROS MENDAZONA, Eduardo, La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, “Cuadernos Civitas”, 1998, ps. 24 y 25.

Finalmente debe señalarse –a modo de síntesis– que en materia de atribución de responsabilidad por la actividad estatal judicial de carácter lícito, puede apreciarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha rehuido cualquier posibilidad de reconocimiento, diferenciándola de la responsabilidad por actividad normativa, pues en el caso judicial no hay un órgano público que ejerza su actividad en pos del bien público de manera primaria sino que imparte justicia en casos concretos relativos a sujetos particulares. Por ello resultaría cuestionable que los perjuicios del proceso recayeran sobre toda la sociedad que no se benefició a consecuencia del daño irrogado.

En síntesis, el criterio que rige en la jurisprudencia del Alto Tribunal –en términos generales– es el de negar que la actividad estatal judicial de carácter lícito pueda constituirse en fuente de responsabilidad, no siendo asimilable a los supuestos en los cuales el Estado legislador repara los daños causados por su actividad normativa lícita, ámbito en el cual el criterio que prima es el de restablecer la igualdad que la norma destruyó al hacer recaer un sacrificio diferenciado en uno o varios administrados, obteniendo como contrapartida un beneficio social justificante.

CAPÍTULO XII

LA REPARACIÓN DE DAÑOS POR LA ACTUACIÓN POLICIAL Y EL USO DE ARMAS DE FUEGO

51. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este segmento del trabajo radica en el interés que nos despierta examinar ciertas circunstancias que rodean, particularmente en los últimos años, las consecuencias que en determinados casos derivan del ejercicio de la fuerza policial por parte del Estado y muy especialmente la responsabilidad que nace en cabeza de la organización estatal por los daños que se infligen a las víctimas inocentes de dicha actuación, cuando, como en los casos que habrán de analizarse, tales daños provienen del empleo de armas de fuego.

Este singular tema ha planteado ante nuestros tribunales el debate fundamental acerca de si el sujeto responsable por las consecuencias de los daños provocados a los particulares por el uso de armas de fuego por parte del personal policial debe ser el propio particular víctima del obrar estatal, o si, en cambio, es la comunidad integralmente considerada como beneficiaria de la seguridad y protección pública desplegada por la fuerza policial la que debe afrontar las consecuencias de dicha actuación. Como seguidamente veremos, el debate no ha sido sencillo, aunque en general puede decirse que el criterio dominante –no sin importantes disidencias– es que los perjuicios que se deriven de dicha actuación deben ser afrontados por la colectividad en general, pues si la protección pública genera riesgos, es lógico que esos riesgos sean soportados por quienes se benefician con ella.

La cuestión –como se irá apreciando a lo largo de la exposición– cobra particular importancia cuando la función policial y los daños provenientes del empleo de armas de fuego que le es inherente se desenvuelven en el plano de la actuación estatal lícita, no obstante lo cual, en determinadas circunstancias puede provocar sufrimientos en víctimas inocentes de dicha actuación, cuya reparación es la que ha originado el señalado debate. En ese orden de ideas, no debe omitirse que la ley y los reglamentos

que regulan la actuación policial y el desempeño de las fuerzas de seguridad, por lo general, imponen a los agentes públicos afectados a dichas funciones la obligación de prevenir el delito en cualquier circunstancia en la que se encuentren; con ello la obligación añadida de portar armas de fuego como instrumentos de dicha obligación, sin perder de vista ni por un instante que la finalidad de todo ello no es otra que la preservación de la vida y de los bienes de las personas. En la medida en que la ley no imponga el deber de soportar el sacrificio, es el propio Estado, como instrumento de la comunidad, el que debe afrontar las consecuencias del daño irrogado a quienes en definitiva resultan ser víctimas inocentes del empleo de la propia fuerza estatal (arg. art. 19, Const. nac.), sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal del agente cuando este hubiera obrado con culpa, negligencia o dolo. En ese sentido, debe adelantarse que la Corte Suprema ha establecido desde sus primeros pronunciamientos –como seguidamente se verá– el criterio de que en la medida en que haya existido una razonable relación entre el daño producido y la función asignada, facilitado por el uso del arma de fuego y las obligaciones del servicio, el Estado es responsable de dichos perjuicios⁵⁶².

En ese orden de ideas, se aprecia aquí lo dicho al estudiar los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria (ver supra, cap. V) y muy especialmente lo manifestado al examinar el requisito de la imputación jurídica entre el obrar y el daño, particularmente en lo que atañe a la necesidad de que el evento corresponda a la esfera de la competencia real o aparente del agente dañoso. Debe recordarse que el art. 1112 del Código Civil exige que el acto o la omisión se desarrollen en ejercicio o en ocasión de la función, y que en nuestra opinión, la responsabilidad del Estado quedará comprometida en los términos de la citada disposición, en la medida que el daño sea provocado por la persona del agente o funcionario (órgano-persona) actuando en el ámbito del vínculo que se establece con la función asignada (órgano-institución). En todo lo que exceda ese ámbito, la responsabilidad recaerá en cabeza del agente (falta personal) y no en la organización a la que pertenece (falta de servicio), ya que ello es consecuencia de la aplicación del fundamento normativo asignado (ver lo que decimos supra, cap. V, § 17).

A continuación nos referiremos a los casos jurisprudenciales más relevantes en la materia, emanados de nuestro más Alto Tribunal de la Nación.

52. EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA. SELECCIÓN DE CASOS

a) LA RESPONSABILIDAD POR LA ELECCIÓN DEL AGENTE POLICIAL. EL CASO “ECHEGARAY, MARÍA E HIJOS” (3 DE SEPTIEMBRE DE 1941)⁵⁶³. - En el caso “Echegaray, María e hijos menores c/Gobierno de la Nación s/daños y perjuicios”, el esposo y padre de los recurrentes fue muerto de un balazo por un agente de policía de la Capital Federal, quien encontrándose en horas de servicio, y

⁵⁶² Fallos, 190:312.

⁵⁶³ Fallos, 190:457.

actuando en un procedimiento policial para lograr la captura de aquel, violó su domicilio sin autorización judicial.

Tanto en primera como en segunda instancia la demanda no prosperó, principalmente, por aplicación estricta del art. 43, Cód. Civil, según la redacción que esta norma tenía con anterioridad a la sanción de la ley 17.711⁵⁶⁴, pues ambas entendieron que lo que se reclamaba era la reparación civil del daño causado por un hecho del derecho criminal, situación que restaba a la acción toda posibilidad de éxito.

Cabe destacar que en la causa penal seguida contra el agente policial se resolvió su condena a prisión por haber excedido los medios racionales y legítimos para realizar la captura del causante, aun cuando hubiere realizado su accionar con motivo del ejercicio de su autoridad y en el desempeño de sus funciones.

Contrariamente a lo resuelto por las instancias anteriores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que el mentado art. 43 del Código Civil resultaba inaplicable al caso, pues el Estado, al ejercer por medio de la policía sus funciones de guardián de la seguridad y de la libertad de sus gobernados, procede en su carácter de entidad pública y no como persona jurídica del derecho privado, situación que la Corte también encuentra corroborada en la ley 11.634, que, al reformar la ley 3952 de Demandas contra la Nación, declara que las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o en el de persona de derecho público no requieren autorización previa legislativa, lo que admite, en principio, la responsabilidad extracontractual del Estado por la actuación de sus funcionarios. Recordemos que la doctrina imperante en la época era la que sostenía que el Estado tenía una “doble personalidad”, tesis actualmente abandonada.

Asimismo, el Alto Tribunal recurre a los fundamentos esgrimidos en su antecedente “Ferrocarril Oeste”⁵⁶⁵, reiterando la aplicación de los arts. 625, 630, 1112 y 1113, Cód. Civil, considerando que aun cuando las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, por razones de equidad y justicia, la regla según la cual “quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”, debe también aplicarse a los casos de responsabilidad del Estado por los actos realizados por sus representantes o agentes, con motivo del desempeño de sus cargos y en contravención a las garantías individuales, en la medida en que no exista una previsión legal que lo impida.

Como consecuencia de la doctrina imperante y de los fundamentos legales esgrimidos, el Tribunal reitera la teoría de la responsabilidad in eligendo, propia de la responsabilidad subjetiva del Código Civil, en cuanto afirma que “todos los que em-

⁵⁶⁴ “No se puede demandar a las personas jurídicas por acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores indebidamente hubiesen cometido delitos en beneficio de ellas”.

⁵⁶⁵ Fallos, 182:5.

plean a otras personas para el manejo de un negocio o para determinada función, llevan la responsabilidad de su elección y son pasibles de los perjuicios que estas ocasionaren a terceros en el desempeño de su función”, y considera plenamente aplicable la doctrina expuesta en el señalado caso “Ferrocarril Oeste”, teniendo en cuenta que “ningún deber es más primario y substancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados y si para llenar estas funciones se ha valido de agentes o elementos que resulten de una peligrosidad manifiesta, como la que acusa el hecho de que se trata, las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado”.

La sentencia de la Corte Suprema resuelve hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios, por encontrar que la víctima obró con culpa grave y concurrente en lo sucedido, al haberse echado a correr por la calle a alta hora de la noche desatando la orden reiterada de los agentes de policía de detenerse, lo que debió hacerles creer que era perseguido por un hecho grave, que los obligaba a agotar los medios de captura.

b) LA ACTUACIÓN LEGÍTIMA POLICIAL. EL CASO “IWACZYCZSZYN” (23 DE JULIO DE 1943)⁵⁶⁶. - En la causa “Iwaczyczszyn, Teodoro c/Provincia de Buenos Aires s/daños e intereses”, un agente de la policía de la provincia demandada, que perseguía a un hombre que escapaba de la autoridad, con motivo de haber hecho fuego en plena calle, hirió de bala al hijo del recurrente, quien se encontraba en la vereda del frente de su casa, destrozándole el maxilar superior y tres dientes, interesándole el maxilar inferior y arrancando tejidos del paladar y de la garganta, lo que dejó algunas alteraciones de carácter permanente, como cierta dificultad para masticar y deglutir los alimentos, alteración en la visual del ojo izquierdo y molestias en el oído, con disminución de su función auditiva, y en consecuencia una disminución en su capacidad para el trabajo futuro.

La Corte Suprema, que entendió en la causa en ejercicio de la competencia originaria y exclusiva asignada constitucionalmente, centra el caso en el art. 1109 del Cód. Civil, por considerar que el mismo trata de la responsabilidad de un agente policial a quien se le imputa culpa en el ejercicio de su función, que en el caso concreto es al mismo tiempo un delito de derecho civil y un delito del derecho criminal, lo que torna aplicable la tesis de la prejudicialidad regulada en los arts. 1101⁵⁶⁷, 1102⁵⁶⁸ y 1103⁵⁶⁹ del Código Civil.

⁵⁶⁶ Fallos, 196:211.

⁵⁶⁷ “Si la acción criminal hubiere precedido a la civil, o fuere intentada pendiente esta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes: 1) si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; 2) en caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada.”

⁵⁶⁸ “Después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado.”

⁵⁶⁹ “Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución.”

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el agente policial había sido investigado y juzgado por la justicia criminal, y que por sentencia firme se había declarado que el procesado había hecho uso de su arma en defensa legítima y en cumplimiento de la función de guardián del orden público, su responsabilidad quedó cubierta por el art. 1071, Cód. Civil, en cuanto dicha norma, en su redacción anterior a la reforma de la ley 17.711, establecía que “el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

Aun cuando la Corte admite que la culpa pueda no ser suficientemente grave y clara para responsabilizar al agente ante la ley penal, puede, sin embargo, configurar una falta, un acto ilícito o un cuasidelito del derecho civil que lo haga incurrir en responsabilidad pecuniaria, situación que, por la prueba producida, no se configuraba en los autos bajo examen.

Por último, resulta interesante transcribir el siguiente considerando del fallo judicial, pues logra situarnos en la doctrina vigente en aquel momento en cuanto a la materia: “Que, en consecuencia, la acción no puede prosperar. En todos los casos en que la Corte ha admitido la responsabilidad indirecta del Estado por los actos de sus representantes o agentes, con motivo del desempeño de su cargo, lo ha hecho por aplicación e interpretación del Código Civil y ya se ha dicho, en un considerando anterior, que la base única y necesaria de la responsabilidad civil es la culpabilidad del agente. Admitir la acción en este caso importaría declarar la responsabilidad del Estado por todo daño causado haya o no culpa, imprudencia o negligencia, fuerza mayor o caso fortuito sin ley que la establezca. La Corte invadiría, así, las funciones del legislador”.

Puede apreciarse, entonces, que la Corte no admitió la existencia de responsabilidad provincial por el hecho imputado a su agente policial, en tanto este último había actuado legítimamente, situación que impidió la admisión de la acción.

c) LA FALTA DE SERVICIO EN LA ACTUACIÓN POLICIAL. EL CASO “SUSAN” (27 DE SEPTIEMBRE DE 1946)⁵⁷⁰. - En el caso “Susan, José C. c/Provincia de Santa Fe”, la Corte Suprema destaca que la responsabilidad estatal deriva del cumplimiento irregular de la función policial considerada en su integridad, independientemente de la individualización del sujeto que hubiere intervenido directamente en el evento dañoso. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: en el instante en que el doctor José Susan reclamaba ante un empleado policial por la forma en que los agentes de seguridad trataban a varios manifestantes que protestaban por alegadas irregularidades en los comicios de renovación del poder ejecutivo provincial, fue tomado por varios agentes y arrojado sobre un camión de bomberos. Ello le ocasionó diversas lesiones que le impidieron sentarse en el vehículo, lo que

⁵⁷⁰ Fallos, 205:635.

provocó el enojo de un agente policial, quien armado de una pistola de gases lacrimógenos, le hizo un disparo en su rostro para obligarlo a sentarse.

Como consecuencia de ello el actor sufrió la pérdida completa del ojo izquierdo, la fractura de varios huesos de la cara, además de una incapacidad productiva total para ejercer su profesión de médico cirujano, entre otros daños.

En primer lugar, la Corte Suprema, que entendió en el caso en instancia originaria, analiza un aspecto fundamental para la resolución del caso: si bien no se discutía que el actor hubiera sufrido una herida proveniente del disparo de una pistola de gases lacrimógenos, aún restaba debatir si el disparo había sido hecho por un agente apostado en el camión o por alguno de los agentes que estaban en la calle, próximos a este último, es decir que no se hallaba determinado con exactitud quién había sido el agente policial que había efectuado el disparo.

Planteado el tema, la Corte reconoce que, según su jurisprudencia, el Estado es responsable por los actos de sus empleados que en el ejercicio de sus funciones han producido un daño, si procedieron con dolo, culpa o negligencia. Pero deja sentado que la individualización del autor, que puede resultar de primordial importancia en el juicio criminal, solo interesa secundariamente en el juicio civil, puesto que en el caso concreto se había probado que el disparo había procedido de un grupo de agentes concentrado alrededor del camión en que se hallaba el actor detenido, circunstancia que bastaba para demostrar que no estaba justificado por las especiales circunstancias del momento, siendo que el camión estaba lleno de detenidos. En consecuencia, sentado que la actuación policial había sido imprudente, el Estado provincial, del que esos agentes eran dependientes, era responsable del daño que el disparo había causado, no resultando necesario individualizar al agente policial causante del daño.

d) AGENTE POLICIAL FUERA DE SERVICIO. EL CASO “PANIZO” (13 DE JULIO DE 1978)⁵⁷¹. - La confirmación de lo dicho al comienzo de este capítulo la encontramos en la solución que aporta la Corte Suprema en el caso “Panizo, Manuel Nicolás c/Provincia de Buenos Aires”, donde el Alto Tribunal sistematiza su postura acerca de que la responsabilidad estatal es procedente aunque el acto se hubiere cometido cuando el agente policial se encontraba fuera de servicio.

Si bien solo se ha publicado el sumario del fallo, del mismo surge claramente que el Estado es responsable por los hechos cometidos por sus agentes en ejercicio de sus funciones, aunque el agente de policía, autor de un homicidio culposo en el caso, no se encontrare cumpliendo servicios al tiempo de producirse el hecho. Lo cierto es que el acto imputado solo habría sido posible en la medida que derivó de las exigencias propias del cargo, ya que el arma utilizada había sido provista por la repartición en que el autor revistaba y debía portarla permanentemente.

⁵⁷¹ Fallos, 300:639.

Sostuvo así la Corte que “si bien el acto imputado no fue realizado dentro de los límites específicos de la función propia del cargo, no hay duda que encontró fundamento en aquella, toda vez que solo fue posible en la medida que derivó de sus exigencias”, razón por la cual –dijo la Corte– “la función guardó conexidad con el hecho producido al que contribuyó”, para finalmente concluir en que “habida cuenta lo expuesto es evidente que existió una razonable relación entre el cargo y el daño producido facilitado por el suministro del arma y las obligaciones del servicio”.

Cuadra señalar que con remisión a los argumentos desplegados en “Panizo”, algunos años después la Corte Suprema sentenció la causa “Balbuena, Blanca Gladys c/Misiones, Provincia de s/daños y perjuicios”, fallada el 5 de julio de 1994⁵⁷².

e) RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN POLICIAL LÍCITA. EL CASO “VELAZCO ANGULO” (15 DE SEPTIEMBRE DE 1987)⁵⁷³. - Resulta de suma relevancia el caso “Velazco Angulo, Isaac c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, pues en él no se encontraba en discusión la legitimidad de la actuación estatal, es decir que el accionar policial se desarrolló dentro del campo de la actuación lícita del Estado, pues obedeció al cumplimiento de las obligaciones a su cargo y aun así la Corte admitió la responsabilidad estatal.

El actor viajaba como pasajero en un coche de la línea de colectivos 203, perteneciente a la empresa “La Independencia”, cuando al llegar a la altura de la escuela General Lemos, ubicada en Campo de Mayo, se levantaron dos personas de las que integraban el pasaje, e intimidaron a las restantes portando un arma de fuego y anunciando que se trataba de un atraco. Uno de los delincuentes se ubicó en la parte media del vehículo y el otro se dirigió al conductor requiriéndole que apagara las luces del vehículo. En esas circunstancias y ya a oscuras, se oyó la voz de una persona que se identificó como policía y una fuerte detonación de arma de fuego, que hirió al actor en el brazo derecho. Con posterioridad, pudo probarse que el autor del disparo había sido un agente dependiente de la policía provincial.

La Corte, considerando que no era objeto de controversia la autoría del disparo por parte del agente policial, entendió que se comprometía la responsabilidad del Estado provincial, toda vez que no se había acreditado que mediara por parte del actor una conducta propia causante del daño.

f) LA CONFIRMACIÓN DEL CRITERIO DE LA CORTE. EL CASO “LOZANO GÓMEZ” (12 DE MAYO DE 1992)⁵⁷⁴. - En “Lozano Gómez, Juan Carlos c/ Provincia de Buenos Aires y/o quien resulte responsable s/indemnización de daños y

⁵⁷² Fallos, 317:728.

⁵⁷³ Fallos, 310:1826.

⁵⁷⁴ Fallos, 315:968.

perjuicios”, al actor se le había sustraído un automotor por desconocidos, efectuando aquel la correspondiente denuncia. Días después, una comisión perteneciente a la policía de la provincia de Buenos Aires, en circunstancias que realizaba una recorrida, observó el desplazamiento de un automóvil ocupado por varias personas no identificadas, comenzando así una persecución donde se originó un intercambio de disparos. Como consecuencia de ello el rodado sufrió varios impactos de proyectiles provenientes de las armas reglamentarias de la policía bonaerense, sin poderse determinar cuál de los tres funcionarios intervinientes había provocado los daños.

Al contestar la demanda, la provincia de Buenos Aires señaló que no correspondía imputar responsabilidad al accionar de la policía, pues esta había obrado en cumplimiento de una de sus funciones específicas, cual es la de velar por la seguridad de la población, siendo que gracias a la pericia con que se manejó en su accionar, se pudo recuperar el rodado perteneciente al actor, con la menor cantidad de daños posibles, destacando que la situación constituía un típico caso de fuerza mayor excluyente de responsabilidad.

El voto mayoritario de la Corte Suprema se remitió a los argumentos desplegados en el caso “Velazco Angulo” ya examinado y afirmó que comprobado que el daño se produjo por los disparos efectuados en ocasión del operativo llevado a cabo, se comprometió la responsabilidad del Estado en los términos del art. 1112, Cód. Civil, toda vez que no existió por parte del actor una conducta propia que causara el daño.

Por su parte, el criterio disidente estuvo a cargo de los doctores Levene, Barra y Fayt, quienes si bien reconocen que los daños sufridos en el automóvil fueron provocados como consecuencia de disparos de fuego efectuados por los efectivos policiales en ocasión del operativo llevado a cabo, no encuentra ilicitud alguna en el obrar policial. Los argumentos de la disidencia se fundamentan principalmente en los siguientes aspectos: 1) En primer lugar, reconocen una diferenciación entre el daño que se genera a partir de actos jurídicos, de aquel que se deriva de hechos. 2) Niegan que ante la falta de regulación legislativa de derecho público como la materia lo exigiría se autorice a extender en este campo la responsabilidad del Estado, pues semejante extensión de garantías podría detener la actividad gubernativa. 3) Consideran inaplicable al caso la doctrina elaborada en torno a los perjuicios ocasionados como consecuencia de una obra pública, supuesto típico de responsabilidad estatal por su obrar lícito, ni las teorías aplicables a supuestos como la expropiación o la denominada doctrina del “sacrificio especial”, puesto que se encuentra comprometido un elemental deber del Estado, como es el de suministrar seguridad y prevenir el delito a través de un adecuado servicio de policía, del que por otra parte, el actor resultó, en el caso, beneficiario particular y directo. 4) Diferencian el caso concreto de su antecedente “Velazco Angulo”, en cuanto allí se había ocasionado un daño a la integridad física, mientras que en el caso bajo estudio solo se habían producido daños menores a la propiedad, dando ocasión de recuperarla para su titular, frente al daño

cierto que para aquel significaba la situación en que se encontraba su automóvil, cumpliendo así el Estado, en la forma regular que las circunstancias le permitían, con su deber de brindarle seguridad en el goce de ese derecho de propiedad. 5) Destacan que ninguna norma legal impone a los agentes estatales responsabilidades por cumplir de un modo regular sus obligaciones legales, aunque primando la finalidad de procurar una solución de equidad, y aun de caridad, la Corte la ha admitido en ciertas circunstancias, especialmente estando en juego la integridad física o la vida de las personas. 6) Afirman que el servicio de policía es una indudable obligación del Estado, y en consecuencia, es inimaginable inhibir al personal policial de portar armas y de usarlas cuando sea necesario, so riesgo de tener que responder por los perjuicios menores de índole patrimonial ocasionados a aquel en cuyo directo beneficio se obró legítimamente, y en consecuencia, en tanto los agentes estatales no cumplan sus funciones de “manera irregular”, el Estado no puede garantizar que no se produzca daño alguno y resarcir el que pueda producirse. 7) Por otra parte, entienden que admitir esa responsabilidad podría generar la pasividad de los agentes públicos, quienes temerían verse sujetos al juego de acciones indemnizatorias cada vez que, ejerciendo regularmente sus obligaciones, resulta de su accionar un daño. 8) Por último, consideran inaplicable al caso la doctrina del “sacrificio especial”, ya que la actora, por el contrario, resultó beneficiada por la acción estatal, sin que haya alegado irregularidad, o aun desmesura alguna en ese proceder, existiendo, en consecuencia, una obligación de soportar el daño, en la medida en que fue necesario y proporcionado a la obtención del beneficio producido.

Con criterio semejante al desplegado por la mayoría en este pronunciamiento, y con remisión a su conocida doctrina de quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular, la Corte Suprema consideró igualmente comprometida la responsabilidad del Estado, en los términos del art. 1112, Cód. Civil, en la sentencia recaída en la causa “Morales, María Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios”, fallada el 8 de septiembre de 1992⁵⁷⁵. De este último decisorio es interesante destacar también la disidencia a cargo del juez Barra, para quien la causa no correspondía a la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, pues no se verificaba el requisito de “causa civil” exigido por el Alto Tribunal para que dicha competencia resultara procedente, toda vez que la fuente de la indemnización pretendida –según el voto en disidencia– correspondía que fuera juzgado con sustento en las normas del derecho público, de naturaleza eminentemente local, que regulaba la actuación policial. Se trataba –sostuvo– de la actuación de un agente policial sometido a una relación de sujeción especial con la Administración Pública local, regida por las disposiciones del derecho público provincial.

⁵⁷⁵ Fallos, 315:1902.

g) LA OBLIGACIÓN DE PORTAR EL ARMA REGLAMENTARIA. EL CASO “FURNIER” (12 DE MAYO DE 1992)⁵⁷⁶. - Otro caso que también presenta cierta particularidad es el ocurrido en “Furnier, Patricia María c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, donde la recurrente por sí y en representación de sus hijos menores demandó a un agente policial y a la provincia de Buenos Aires a fin de que se les indemnizara por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente a raíz del cual su cónyuge perdió la vida. Este último se desempeñaba con el grado de cabo en el Comando Radioeléctrico de Morón, y había sido afectado al Operativo Sol XX en la ciudad de Mar del Plata conjuntamente con otros dos agentes, cuando en circunstancias de encontrarse en la finca que habían alquilado temporalmente, resultó herido como consecuencia del disparo de un arma de pistola de propiedad de la policía, utilizada por uno de sus compañeros.

Lo particular del caso es que el accidente imputable a la provincia se produjo fuera del horario en que los agentes policiales prestaban funciones. Esta circunstancia no resultó suficiente para que la Corte Suprema considerara excluida la responsabilidad estatal, toda vez que consideró que el daño tenía evidente conexidad con la función del agente que lo había causado, quien, aunque no se encontraba cumpliendo tareas específicas de su cargo, había hecho posible el daño en la medida que había derivado de sus exigencias de portar el arma reglamentaria.

En consecuencia, y apuntalando lo relativo a la “ocasión”, el Alto Tribunal consideró que bastaba que la función desempeñada hubiere dado la ocasión para cometer el acto dañoso para que surja la responsabilidad del principal, pues es obvio que el accidente no se habría producido de no haberse suministrado al agente el arma en cuestión.

Por otra parte, la Corte destacó la particularidad del accionar policial, en cuanto los agentes están obligados a actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos que pongan en peligro la seguridad de la población, y en su consecuencia, a portar el arma, por lo que corresponde que los perjuicios que de ello se deriven sean soportados por la colectividad en general y no solo por los damnificados.

Así la Corte parece ponderar el sacrificio especial como requisito a contemplar en la procedencia del reclamo efectuado, y reconocer como de aplicación al caso la teoría del riesgo creado, al admitir que “si la protección pública genera riesgo, lo más justo es que los riesgos sean soportados por quienes se benefician con ella”.

h) RIÑAS Y ARMAS DE FUEGO POLICIALES. EL CASO “SCAMARCIA” (12 DE SEPTIEMBRE DE 1995)⁵⁷⁷. - En el ya citado caso “Scamarcia, Mabel y otro c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios” se demandó a la Provincia

⁵⁷⁶ Fallos, 317:1006.

⁵⁷⁷ Fallos, 318:1715.2

de Buenos Aires y a los propietarios del local bailable en el que se encontraba el hijo menor de la actora en compañía de otros compañeros de estudio, juntamente con unas seiscientas personas entre menores, adolescentes y adultos, sin que ninguna restricción sobre el acceso impidiera su concurrencia. En esas circunstancias se produjo una riña entre un agente de la policía de la provincia de Buenos Aires, que se encontraba alcoholizado, y un grupo de personas presentes allí. Como consecuencia de la disputa aquel extrajo una pistola y disparó desde la planta baja del local hacia el primer piso donde se encontraban numerosas personas, entre ellas, el hijo de la recurrente, quien resultó herido en la cara anterior del muslo izquierdo, que debió ser operado en dos oportunidades.

La provincia de Buenos Aires, al contestar la demanda, invocó como eximente de responsabilidad la negligencia de los padres del menor, por considerar que no habían ejercido las obligaciones de vigilancia y seguridad que impone la patria potestad, y en todo caso eran los propietarios del salón de baile quienes debían ser responsabilizados por permitir el ingreso de menores. Por último agrega que el agente policial se hallaba franco de servicio y fuera de la jurisdicción provincial, circunstancias que no lo obligaban a portar el arma suministrada por la repartición.

Por su parte, los propietarios del local bailable negaron haber participado en la producción del accidente, y que si los jóvenes concurren habitualmente al lugar es porque sus padres lo consideran seguro y atribuyen al episodio el carácter de un caso fortuito.

La Corte Suprema, en primer lugar, y sobre la base de la causa penal agregada por cuerda, reconoce que el agente policial se encontraba alcoholizado en el momento de los hechos, habiendo sido condenado en sede penal por considerarse su conducta como irreflexiva e irresponsable, en especial teniendo en cuenta su condición de policía, siendo responsable por los perjuicios sufridos por la víctima, en función del art. 1109, Cód. Civil.

En segundo término analiza la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires, de la que el agente policial era dependiente, y reitera la postura manifestada en sus antecedentes, en cuanto a la responsabilidad de la entidad pública por las consecuencias de la mala elección de agentes o de elementos de los que se ha valido para cumplir las funciones de seguridad cuando aquellos resultan ser de una peligrosidad manifiesta.

Seguidamente, el decisorio analiza las normas relativas a la portación de armas, de las que surge con claridad la obligación de portar el arma reglamentaria aun cuando el agente se encuentre franco de servicio, consecuencia natural de utilizar en cualquier lugar y momento el procedimiento policial para prevenir el delito, y esto es así aun cuando se encuentre fuera de su jurisdicción, pues de lo contrario el deber de seguridad para el Estado no podría ejercerse en plenitud si los agentes vieran restringida su aptitud para prevenir el delito al ámbito jurisdiccional en que se desempeñan.

En consecuencia, y siguiendo los principios sentados en “Furnier”, si la protección pública genera riesgos, lo más justo es que esos riesgos sean soportados por quienes se benefician con ella. Por lo tanto, el cumplimiento irregular del ejercicio del poder de policía de seguridad determina la responsabilidad extracontractual de la provincia.

En cuanto al negligente cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, la Corte Suprema señaló que, si bien su recto ejercicio supone atender a la guarda y vigilancia del menor, no parece que en las constancias del caso hubiere mediado, por parte de los padres, una conducta que evidenciara la injustificada omisión de esas obligaciones, que desplazara o atenuara la que se atribuyó a los codemandados agente policial y provincia de Buenos Aires.

Por último, la Corte analiza la responsabilidad de los propietarios del local bailable. Al respecto, entiende que no existe relación causal entre el daño causado a la víctima y su obrar y el de sus dependientes, puesto que de las constancias obrantes en la causa penal surgía que el incidente había sido protagonizado entre el agente policial y un grupo de jóvenes que se hallaban en ella, siendo que el agente de policía, en forma imprevista, extrajo un arma e hizo disparos cuando la pelea ya había cesado y el personal de vigilancia del local controlaba la situación. Si bien los explotadores del salón no habían observado la diligencia necesaria para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la autoridad municipal, esa omisión en modo alguno podía constituirse en factor concurrente en la producción del daño padecido pues no guardaba relación alguna con el hecho que lo originaba. En consecuencia, en la cadena causal no existe responsabilidad por parte de los explotadores de la discoteca.

En disidencia parcial, los doctores Nazareno, Levene y Boggiano también encuentran responsables, además del agente policial y de la provincia de Buenos Aires, a los propietarios del local de baile, teniendo en cuenta que el contrato innominado que vinculó a aquellos con el menor no se limitó a un mero intercambio entre el pago de una suma de dinero y la conformidad dada para que el actor ingrese al inmueble, utilice sus instalaciones y participe del hecho festivo que se estaba llevando a cabo, pues el principio de buena fe impone tácitamente al organizador el insoslayable deber de preservar a los asistentes de todo daño que pudieran sufrir, en sus personas o en sus bienes, como consecuencia de la ejecución del mencionado negocio jurídico. A ello debe sumarse que la participación del agente policial no resultó, para los propietarios del establecimiento, un acontecimiento imprevisible, irresistible y extraño, con entidad suficiente para eximir la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad, ya que se había permitido el ingreso de una persona que portaba un arma, cuando debió ser advertido para restringir el acceso, o en todo caso para ejercer sobre dicha persona una acentuada tarea de vigilancia, inadvirtiéndose también que dicho asistente se encontraba alcoholizado, incrementando así los peligros derivados de su presencia en el lugar. Por lo tanto atribuye un 80 % de la responsabilidad al agente policial y a la provincia demandada, y un 20 % a cargo de los propietarios del salón de baile.

i) ACTUACIÓN POLICIAL EN MANIFESTACIONES DE PROTESTA. EL CASO “TOSCANO” (7 DE FEBRERO DE 1995)⁵⁷⁹. - El caso “Toscano, Gustavo c/ Provincia de Buenos Aires” reitera los principios sentados con anterioridad en “Susan” y agrega como complemento el requisito relativo a la falta de culpa por parte de la víctima.

Del relato de los testigos de la causa surge que se produjo una manifestación frente a la comisaría de Tres Arroyos, ante lo cual resultaron heridas diversas personas que no estaban participando de ella, como consecuencia del accionar policial, que implicó el arrojamiento de gases lacrimógenos y disparos de armas de fuego. En el caso, la demandada no desconoció que el actor hubiera sido alcanzado por un arma de fuego, sino tan solo sostuvo que este no provenía de las fuerzas policiales. De la causa tampoco se había comprobado que los grupos civiles hubiesen efectuado disparos de armas de fuego, sino que, por el contrario, surgía el imprudente obrar de la policía para repeler a los manifestantes.

Es decir que se comprobó suficientemente que la lesión sufrida por Toscano se debió a la actividad policial, que no pareció ajustada a las circunstancias ni ejercida con el aplomo que exige la necesaria preparación técnica y psíquica que deben ostentar los integrantes de esa fuerza de seguridad.

No existiendo culpa en el accionar de la víctima, la Corte en su mayoría resuelve hacer lugar a la demanda, y reitera que “si en el ejercicio del poder de policía de seguridad se crea un riesgo cierto por las exigencias que impone, y ese riesgo se manifiesta en un daño, es justo que sea toda la comunidad en cuyo beneficio se halla organizado el servicio, la que contribuya a su reparación, y no el sujeto sobre el que recae el perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar”.

Por su parte, el Dr. Fayt emitió su propio voto, encuadrando la conducta estatal al menos ante una conducta culpable del personal policial, mientras que el voto mayoritario consideró que la acción policial tuvo como propósito mantener el orden y fue provocada por un estado de necesidad y, por ende, asumía la condición de lícita.

j) LA RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN POLICIAL. EL CASO “REBESCO” (21 DE MARZO DE 1995)⁵⁸⁰. - En “Rebesco, Luis Mario c/Policía Federal Argentina (Estado nacional - Ministerio del Interior) s/daños y perjuicios”, se demandaba por los daños y perjuicios sufridos por el recurrente, cuando en ocasión de viajar en el interior de un colectivo de la línea 181 perteneciente a la empresa “El Libertador S.A.”, en circunstancias en que al circular el mencionado vehículo por la calle José Ingenieros de la localidad del mismo nombre se produjo un intenso tiroteo entre efectivos de la Policía Federal y un grupo de individuos que se desplaza-

⁵⁷⁹ Fallos, 318:38.

⁵⁸⁰ Fallos, 318:385.

ba a bordo de un automóvil. Como consecuencia del enfrentamiento, el actor recibió una herida de bala en el rostro que atribuyó a los disparos efectuados por el personal policial, ya que el colectivo se encontraba sobre la línea de fuego. Los delincuentes estaban ubicados entre los agentes policiales que reprimían y el vehículo.

La Policía Federal Argentina, al contestar su demanda, solicitó la citación de la provincia de Buenos Aires como tercero, basándose para ello en la participación de la policía de la provincia en el tiroteo.

De las constancias de la causa, surgió que el disparo de arma de fuego que había herido al actor había emanado de los agentes pertenecientes a la Policía Federal Argentina, existiendo relación causal entre el accionar legítimo de aquella y el hecho generador de los daños.

Finalmente, la Corte reitera su doctrina relativa a que se compromete la responsabilidad estatal por el ejercicio de funciones atinentes al poder de policía, en la medida que se prive a un particular de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales.

En cuanto al caso concreto, entiende que la comunidad debe afrontar los daños provocados por el accionar policial, aun cuando sean legítimos, porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo, siendo que la no admisión de la reparación significaría un gravamen desproporcionado que excede la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad, principio que se sustenta en garantías constitucionales (arts. 16 y 17, Const. nac.), en cuanto las cargas de la participación necesaria para el logro de una utilidad colectiva deben distribuirse entre los miembros del cuerpo social y no deben recaer sobre uno solo de ellos, sin resultar necesario indagar en la existencia de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad.

Por ello, y aplicando analógicamente el caso “Velazco Angulo”, la Corte Suprema hace lugar a la demanda, de acuerdo con lo prescripto en el art. 1112 del Código Civil.

En disidencia parcial, el juez Levene pretende dejar en claro que en materia de responsabilidad estatal por el obrar policial lícito existe una diferencia esencial entre los casos en que se provocan daños a la propiedad y los casos en que se encuentre en juego la vida o la integridad física de los miembros de la comunidad, pues ningún deber es más primario para el Estado que el de cuidar de la vida y la seguridad de los gobernados, y si para llenar esas funciones se valió de agentes o elementos que resultan peligrosos, debe asumir las consecuencias de su mala elección. Por lo tanto, y recurriendo a elementales razones de equidad y justicia, considera inaplicable la doctrina sentada en su disidencia de “Lozano Gómez”, pues ni la vida humana ni la integridad física pueden ser afectadas en virtud del deber de solidaridad, ni tampoco tal afectación resulta ser consecuencia de la vida en sociedad.

CAPÍTULO XIII

DAÑOS SUFRIDOS POR INTEGRANTES DE LAS FUERZAS ARMADAS

53. INTRODUCCIÓN

El tratamiento separado de este supuesto de responsabilidad estatal obedece a las particularidades que presenta. Estas impiden, sin lugar a dudas, que se aplique de manera directa la legislación proveniente del derecho privado, como podría postularse respecto de otros casos de responsabilidad estatal. Precisamente, la particularidad a la que nos referimos y que provoca un régimen especial de responsabilidad del Estado ha sido desde antiguo definida por la Corte bajo el concepto de “estado militar”.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que al hablarse del “estado militar” nos estamos refiriendo al conjunto de obligaciones y derechos que las leyes y reglamentos específicos establecen para cada individuo sometido al régimen militar con relación a su grado, situación y destino. Entre las prerrogativas enunciadas por la propia ley se encuentran, además del goce de los emolumentos que las leyes, reglamentos y decretos en vigor determinan para cada grado, situación y destino, el haber de retiro y la pensión para los deudos, según lo determinado en la ley respectiva.

Así las cosas y dadas las particularidades propias que dicha situación presenta en la relación establecida entre el individuo sometido a dicho régimen, por la función que el mismo cumple, las soluciones aportadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no han sido uniformes a lo largo del tiempo, como seguidamente se verá, pues los supuestos de responsabilidad estatal por los daños padecidos por el personal sometido a dicho régimen han sufrido variaciones sustantivas en orden al cambio que la jurisprudencia ha experimentado con relación a la finalidad asignada a los haberes o pensiones previstas en las disposiciones específicas contenidas en dichos regímenes. Es así como ciertos acontecimientos genéricamente involucrados en los denominados “actos de servicio” se encuentran regulados por las disposiciones específicamente aplicables, y en general se ha admitido el crite-

rio de que los reproches o vacíos de que pueda ser objeto dicha normativa específica no pueden –en principio– ser salvados trasladando la solución del caso desde el campo del derecho civil, porque las relaciones de los hombres de las fuerzas armadas entre sí y con la Nación se gobiernan por los reglamentos y ordenanzas que al efecto se dicten por el Congreso y en la medida y extensión que esta lo establezca. En lo que permitan, vedan o concedan, tales leyes son irrenunciables, no pudiendo el agente o sus deudos pretender un derecho más extenso que el acordado por la mencionada normativa. Sin embargo, este criterio no ha sido uniforme y en tales variaciones ha tenido gravitante influencia –como ha quedado dicho– el cambio experimentado en la caracterización que la Corte Suprema ha efectuado con relación a la naturaleza jurídica de las soluciones legalmente previstas.

54. LAS SOLUCIONES APORTADAS POR LA JURISPRUDENCIA. SELECCIÓN DE CASOS

a) EL ESTADO MILITAR. EL CASO “GREGORIO DUCASE” (11 DE AGOSTO DE 1939)⁵⁸¹. - Sobre la base de estos argumentos, la Corte Suprema, en la causa “Gregorio E. Ducase y otra c/Nación Argentina” pudo rechazar la demanda en la que deudos del enganchado pretendían obtener una pensión más allá de lo normado en la ley de aplicación 9675, que prevé una pensión para la esposa, hijos o madre viuda de un militar que hubiese fallecido en acto de servicio. En el particular, el fallecido era soltero y sus padres, ambos con vida, reclamaron el beneficio, exorbitando las previsiones de la normativa indicada. La limitación del derecho al resarcimiento se funda, como adelantáramos, en las particularidades que se desprenden del estado militar.

b) LA AUSENCIA DE ESTADO MILITAR Y LA INDEMNIZACIÓN CIVIL. EL CASO “JUAN GELMAN” (26 DE ABRIL DE 1946)⁵⁸². - En el caso anterior, el estado militar impidió el progreso de una indemnización ajena a las disposiciones de la legislación militar. En la causa “Juan Gelman c/Gobierno de la Nación s/indemnización de daños y perjuicios” la inexistencia de estado militar permitió al actor obtener el resarcimiento que reclamaba por vía del derecho civil.

El Sr. Gelman demandó al Gobierno Nacional por los perjuicios sufridos en un accidente ecuestre producido en cumplimiento de órdenes de un superior y en su condición de cadete. Ante la denegación del resarcimiento que prevén las leyes militares, el actor accionó con sustento en el derecho civil.

Si bien la Corte reiteró aquí que quienes integran las fuerzas armadas de la Nación no pueden reclamar indemnización de daños sufridos en actos de servicio por la vía del derecho civil, pues sus relaciones con la Nación se gobiernan por reglamentos

⁵⁸¹ Fallos, 184:378.

⁵⁸² Fallos, 204:428.

y ordenanzas que al efecto se dicten por el Congreso, también tuvo en cuenta que en el particular la denegación del resarcimiento de naturaleza militar se había fundado en la inexistencia de estado militar en el actor, que no había sido dado de “alta efectiva” como integrante de las fuerzas armadas y, en consecuencia, nada impedía que reclamara una indemnización fundada en las disposiciones del derecho civil.

c) EL PRIMER CAMBIO DE CRITERIO. DAÑOS EN EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. EL CASO “GUNTHER” (5 DE AGOSTO DE 1986)⁵⁸³. - A partir de este pronunciamiento se verifica un cambio sustantivo en la doctrina de la Corte Suprema aplicable al supuesto aquí tratado, razón por la cual el nudo central de la cuestión en análisis impone la necesidad de establecer la naturaleza jurídica del haber de retiro o pensión reglado en las normas aplicables a las fuerzas armadas y de seguridad y a partir de ello determinar si tales institutos desplazan o excluyen las reparaciones fundadas en el derecho civil. En otras palabras, según se otorgue al haber de retiro o pensión naturaleza asistencial alimentaria o resarcitoria, se determinará consecuentemente la posibilidad de acumular al haber o pensión un resarcimiento fundado en normas del derecho común.

En el caso “Gunther, Fernando Raúl c/Estado Nacional (Ejército Argentino) s/sumario” la Corte Suprema se expedirá sobre las cuestiones reseñadas supra. Los hechos ventilados en la causa eran los siguientes: mientras el actor cumplía el servicio militar, al cual había sido nuevamente convocado a raíz del conflicto bélico de las islas Malvinas, sufrió un accidente que le ocasionó graves lesiones físicas y como consecuencia, un no menor grado de incapacidad laborativa. El infortunio aconteció con motivo de haber subido hasta una elevada antena a efectos de intentar el mejoramiento de la imagen televisiva cuando un grupo de soldados y suboficiales de guardia miraban un espectáculo deportivo, cayéndose al piso desde bastante altura al querer descender. Como consecuencia de la caída, sufrió el seccionamiento de la médula espinal, a raíz de lo cual quedó prácticamente paralizado en la mitad inferior de su cuerpo, tras padecer una serie de complicaciones y deficiencias en la atención médica que recibió durante la primera etapa de su curación en el Hospital Militar de Campo de Mayo.

La sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal admitió en forma parcial la demanda por los daños y perjuicios causados al actor con motivo de los hechos ya expuestos.

Llegado el caso a la Corte Suprema, el Alto Tribunal comienza por reconocer que –con otra composición– su jurisprudencia se ha manifestado en sentido contrario a la admisibilidad de reclamos como el examinado, cuando se ha otorgado al soldado, o en su caso, a sus derechohabientes el haber mensual previsto por las normas impug-

⁵⁸³ Fallos, 308:1118.

nadas, tal doctrina se ha apoyado en la necesidad de evitar la acumulación de beneficios que respondan a la misma finalidad resarcitoria del daño producido. Es decir, según esta doctrina, el haber de retiro que percibe la víctima o sus deudos tiene naturaleza resarcitoria.

Sin embargo, agrega que un posterior análisis de los preceptos involucrados la ha llevado a otorgar carácter previsional a los institutos en cuestión. A partir de ello recurre a la doctrina judicial según la cual los vocablos “retiro” y “pensión” no se asocian con la idea de resarcimiento, reparación o indemnización, sino que poseen una notoria resonancia previsional. En consecuencia, aun cuando el conscripto se encuentra en una relación de derecho público administrativo con el Estado, tal circunstancia no invalida el funcionamiento de las reglas propias de la responsabilidad extracontractual cuando la ley específica no contiene una disposición prohibitiva o limitativa que impida su aplicación. Debe señalarse que el criterio expuesto fue reiterado por la Corte Suprema en numerosas decisiones posteriores⁵⁸⁴.

Por todo ello hace lugar al recurso extraordinario interpuesto por la parte actora, postulando que los arts. 77 y 78 de la ley 19.101 no resultan limitativos del derecho resarcitorio de quienes sufren durante la prestación del servicio militar una disminución o incapacidad para el trabajo de la vida civil.

El fallo solo registra la disidencia del juez Carlos Fayt, quien considera que la responsabilidad del Estado en la materia se encuentra reglada de manera especial por la ley 19.101. Señala que sostener la insuficiencia de las reparaciones allí previstas y aplicar disposiciones extraídas del derecho común implica desconocer el plexo normativo aplicable, en el que ocupa un lugar capital el art. 21 de la Constitución nacional, que impone a los ciudadanos la obligación de armarse en defensa de la Patria. Esta obligación haría inadecuado pensar en que quepa aplicar al sub lite normas del derecho común, que están destinadas a proteger los derechos de los habitantes en situaciones radicalmente diferentes. Tal aplicación desnaturaliza el carácter del servicio militar, que encierra siempre un alea bélica, y que por imperio de la Constitución nacional se impone a los ciudadanos como una obligación. Admitir lo contrario impondría al Estado una responsabilidad desproporcionada, atento a la magnitud de la citada alea.

⁵⁸⁴ Pueden citarse así, las decisiones tomadas en las siguientes causas: “Cantero, Carlos Salvador” del 8/9/96; “Muñoz, José Alberto”, del 8/9/96; “González de Horisberg”, del 22/10/96; “Justo, Daniel Tomás”, del 22/10/96; “Galván, Rosa”, del 22/10/96; “Arredes, Raúl René”, del 29/10/96; “Bagliani, Juan Carlos”, del 29/10/96; “Palma, Carlos A.”, del 5/11/96; “Picard”, del 5/11/96; “Sotelo de Alderete”, del 5/11/96; “Casco de Bravi”, del 12/11/96; “Marty, Daniel”, del 10/12/96; “Molina, Rafael”, del 10/12/96; “Nieves de Gutiérrez”, del 10/12/96; “Pagano, Graciela”, del 10/12/96; “Trigo, Héctor”, del 10/12/96; “Cipriano, Raúl E.” del 27/12/96; “Dure, Isidro”, del 27/12/96; “Alsina, Gustavo Adolfo”, del 25/10/97, entre otras.

d) EL SEGUNDO CAMBIO DE CRITERIO. DAÑOS EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO. EL CASO “VALENZUELA” (25 DE AGOSTO DE 1992)⁵⁸⁵. - En 1992 la Corte Suprema, con una nueva integración, se aparta de la doctrina sentada en la causa “Gunther”, al sentenciar la causa “Valenzuela Rubén c/la Nación (Estado Mayor del Ejército) s/daños y perjuicios”, y en particular, por no tratarse de un conscripto, sino de un voluntario del Ejército.

El sargento ayudante Rubén Valenzuela demandó al Ejército Argentino a fin de obtener resarcimiento por la incapacidad derivada de un accidente que fue calificado por la autoridad administrativa militar como “acto de servicio”. La sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la decisión de la instancia anterior e hizo lugar a la demanda.

La Corte Suprema, por su parte, en un sintético pronunciamiento revoca la decisión de la instancia inferior y ordena el dictado de una nueva sentencia. Para así decidir consideró que quien se incorpora a las Fuerzas Armadas, recalcando que en el particular la incorporación había sido voluntaria, queda sometido específicamente a las reglamentaciones y ordenanzas que rigen la actividad militar, las cuales desenvuelven sus principios propios en la órbita del derecho público, constitucional y administrativo. En ese sentido, las relaciones de los hombres que integran las filas militares entre sí, y con la Nación, se gobiernan por los respectivos reglamentos que al efecto se dicten por el Congreso y en la medida y extensión que este lo establezca.

El ministro Moliné O'Connor sostiene que la cuestión en análisis debe resolverse por aplicación de las normas reglamentarias pertinentes a las que el actor adhirió sin reservas, las cuales resarcen el daño acaecido en actos de servicio mediante un régimen específico que excluye el común que consagra el derecho civil. A partir de ello concluye que los integrantes de las fuerzas armadas no pueden reclamar indemnizaciones de daños sufridos en actos de servicio por la vía del derecho civil.

Los jueces Belluscio y Boggiano votan en disidencia, con remisión al caso “Gunther”. Es decir, buscan un criterio uniforme aplicable tanto a conscriptos como a quienes se incorporan voluntariamente a las fuerzas de seguridad.

e) UNA VARIANTE AL CRITERIO DE “GUNTHER”. EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y EL GRADO DE INCAPACIDAD. EL CASO “BERTINOTTI” (6 DE OCTUBRE DE 1992)⁵⁸⁶. - El fallo recaído en la causa “Bertinotti, Carlos Alberto c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) s/daños y perjuicios” representa un retorno al despliegue de fundamentos desarrollados en el citado precedente “Gunther” y ello es así, pues con sustento en ellos la Corte Suprema rechazó la demanda impetrada, re-

⁵⁸⁵ Fallos, 315:1731.

⁵⁸⁶ Fallos, 315:2207.

tornando al criterio sentado en los criterios sostenidos con anterioridad a dicho pronunciamiento, pero con un nuevo aditamento.

El actor promovió demanda en la que reclamó el pago de los daños y perjuicios provocados por la amputación de la segunda falange del dedo pulgar derecho, que dijo haber sufrido a raíz de una lesión experimentada mientras se hallaba realizando la instrucción militar en su condición de conscripto. La pretensión fundada en normas de derecho común fue acogida favorablemente por las instancias inferiores.

En su pronunciamiento, la Corte Suprema señala que la norma aplicable al caso (ley 19.101, texto según ley 22.511) regula específicamente para los conscriptos una “indemnización” cuando como consecuencia de actos de servicio presenten una disminución menor al sesenta por ciento para el trabajo en la vida civil. Es evidente –agrega el tribunal– que busca establecer un resarcimiento y no un haber de carácter previsional, pues la palabra “indemnización” figura no menos de cuatro veces en su texto, lo que se compadece con lo expresado en la nota de elevación del proyecto de la ley 22.511, según la cual se persigue “la sustitución del retiro por una adecuada indemnización al personal de la reserva incorporada y de alumnos que sufran una disminución de aptitudes para la vida civil como consecuencia de actos de servicio”⁵⁸⁷.

La norma en cuestión fija un régimen indemnizatorio que obsta la aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad genérica, y en consecuencia hace inaplicable la solución del caso “Gunther” al sub lite. Es decir que, aplicando la metodología desarrollada en el precedente citado, concluye que la ley militar consagra una indemnización para el caso en análisis que impide acumular otra reparación con fundamento en el derecho civil, cuando la incapacidad para el trabajo en la vida civil sea inferior al 66 %. De lo contrario, admite la acumulación del haber de retiro fijado legalmente a la indemnización de derecho ordinario. Recordemos que en “Gunther”, al considerar que la norma de aplicación consagraba una prestación alimentaria y asistencial, aceptó la posibilidad de reclamar además de tal beneficio una reparación civil de los daños sufridos.

f) UNA NUEVA SOLUCIÓN PARA LOS VOLUNTARIOS. EL CASO “MENGUAL” (19 DE OCTUBRE DE 1995)⁵⁸⁸. - En la causa “Mengual, Juan y otra c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa - EMGE) s/cobro de australes” la Corte Suprema advierte la necesidad de clarificar su doctrina en torno a la articulación entre las normas especiales que regulan la responsabilidad del Estado por daños su-

⁵⁸⁷ Este criterio fue reiteradamente aplicado por la Corte Suprema en autos “Balcazar, Luis A.”, del 5/4/94 (Fallos, 317:281); “Perrotta, Pablo S.”, del 22/12/94 (Fallos, 317:1909); “Fiakosky, Julio C.”, 24/8/95 (Fallos, 318:1621); “Picard, Omar C.”, del 5/11/96 (Fallos, 319:2624); “Rafaele”, del 12/11/96 (Fallos, 319:2689) y “Caete, Francisco R.”, del 13/5/97 (Fallos, 320:950).

⁵⁸⁸ Fallos, 318:1959.

fridos por integrantes de las fuerzas de seguridad y las pretensiones indemnizatorias fundadas en normas del derecho civil.

Reseñando las distintas posturas que hasta aquí mantuvo la Corte Suprema con distintas composiciones, encontramos que en un primer momento afirmó que los integrantes de las Fuerzas Armadas no pueden reclamar la indemnización de daños sufridos en acto de servicio por la vía del derecho civil. Posteriormente, vimos cómo en el caso “Gunther” modificó su tradicional criterio y resolvió que la existencia de un retiro alimentario y asistencial como el previsto por la ley 19.101 no era óbice para que un concripto obtuviera la reparación fundada en normas de derecho civil.

Finalmente, en la causa “Valenzuela” limitó la postura de “Gunther”, esgrimiendo que quienes se incorporan a las Fuerzas Armadas voluntariamente y sin reservas no pueden reclamar la indemnización de daños sufridos en actos de servicio por la vía del derecho civil.

Ahora bien, en este caso, los padres del menor Juan Roberto Mengual reclamaban los perjuicios sufridos por su hijo mientras cumplía funciones en el Ejército Argentino. Encontrándose como voluntario de segunda en el Regimiento 8 de Caballería de Tanques “Cazadores General Necochea” y ubicado en la parte superior de un tanque por órdenes de un suboficial, recibió varios impactos de bala de ametralladora procedentes del citado tanque. Las lesiones le provocaron a Mengual una incapacidad parcial permanente del 80 %. La demanda se fundó en normas de derecho común.

Analizando nuevamente las disposiciones de la ley 19.101, modificada por su similar 22.511, el Alto Tribunal afirmó que dicha normativa establece que para los supuestos de inutilización por actos de servicio, el personal del cuadro permanente del Ejército tiene derecho a un haber de retiro mensual. Parece razonable concluir, según el Tribunal, que no existe óbice alguno para otorgar una indemnización basada en normas de derecho común a un integrante de las fuerzas armadas o de seguridad – ya sea que su incorporación haya sido voluntaria o consecuencia de las disposiciones sobre el servicio militar obligatorio– cuando las normas específicas que rigen a las citadas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional. Reitera entonces las distinciones existentes entre haber o pensión y reparación o indemnización ya postuladas en “Gunther”.

En suma, afirmó la Corte que no contemplando el precepto aplicable el pago de indemnización alguna, la percepción del beneficio previsional no deviene incompatible con el reconocimiento simultáneo de la reparación fundada en las normas de derecho común.

Los ministros Nazareno, Petracchi y Bossert adhieren al voto mayoritario, pero aclaran que la doctrina postulada se refiere a los daños sufridos por agentes de las fuerzas a raíz de hechos de naturaleza accidental y no cuando son el resultado de una acción bélica, es decir una consecuencia del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad, características del servicio público de defensa.

La disidencia corresponde a los jueces Moliné O'Connor y Fayt, que remiten a los fundamentos expuestos en el precedente "Valenzuela".

g) LA INDEMNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN AUSENCIA DE PREVISIONES ESPECÍFICAS. EL CASO "LAPEGNA" (20 DE AGOSTO DE 1996)⁵⁸⁹. - En la causa "Lapegna, Mario Daniel c/Ministerio de Defensa de la Nación -Prefectura Naval Argentina y otro s/accidente, ley 9688", la demanda se fundó en la Ley de Accidentes de Trabajo: en ella el actor, en su carácter de marino, reclamaba los daños sufridos en virtud de un accidente calificado por la autoridad administrativa como acto de servicio.

La Corte, por aplicación de la doctrina sentada en el caso "Mengual", afirma que no existe óbice para otorgar una indemnización basada en normas de derecho común a un integrante de las fuerzas armadas o de seguridad, cuando las normas específicas que rigen las citadas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional.

En el particular, la ley 12.992 y sus modificatorias, aplicables al personal de la Prefectura Naval Argentina, no prevén un régimen autónomo de resarcimiento o indemnización para los supuestos de lesiones sufridas por los integrantes de la fuerza que se hayan originado en casos como el de autos; por el contrario, prevé exclusivamente haberes de retiro. Ellos, conforme la mencionada doctrina recaída en la causa "Mengual", resultan compatibles con la percepción de una indemnización fundada en normas de derecho privado, como la que se reclamaba en el caso.

El pronunciamiento registra la disidencia del juez Vázquez. En lo que aquí interesa, este pronunciamiento se inclina por la solución brindada en la causa "Valenzuela". Funda su discrepancia central con el criterio desarrollado por la mayoría del Tribunal en el caso "Mengual", en la naturaleza polivalente que ostentan los beneficios otorgados por las normas que reglamentan la actuación de las fuerzas armadas y de seguridad frente a daños sufridos en actos de servicio, es decir, la naturaleza tanto previsional como resarcitoria que ostentan los haberes o pensiones en cuestión, circunstancia que impediría su acumulación con una reparación fundada en el derecho privado. Luego se extiende en una casuística relativa a supuestos especiales en los que correspondería apartarse del principio sentado acumulando el haber militar y la reparación de orden civil. También señala los casos en que no procede la reparación del derecho común, haciendo hincapié en la invariable improcedencia ante daños sufridos en ocasión de guerra.

h) NUEVAMENTE LOS CONSCRIPTOS Y LA INCAPACIDAD LABORAL. EL CASO "PICARD" (5 DE NOVIEMBRE DE 1996)⁵⁹⁰. - En la causa "Picard, Omar

⁵⁸⁹ Fallos, 319:1505.

⁵⁹⁰ Fallos, 319:2620.

Ceferino c/Estado Nacional s/indemnización de daños y perjuicios” el actor reclamaba los daños y perjuicios derivados de las lesiones que sufriera en ocasión de prestar el servicio militar obligatorio en el Liceo Militar General Belgrano, dependiente del Ejército Argentino, lesiones que, según la autoridad militar, le provocaron una incapacidad estimada en el 25 % de la total obrera y que fueron calificadas como producidas en el cumplimiento de los actos del servicio. Con remisión al precedente “Bertinotti”, la Corte revoca la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar a la demanda –fundada en normas del derecho común– y condena al Estado nacional al pago de una indemnización de diez mil pesos con más los intereses, ya que, como señalamos, la incapacidad del actor era del 25 %.

Recordemos también que en el pronunciamiento recaído en la causa “Bertinotti”, la Corte Suprema sostuvo que la norma legal aplicable al caso, la ley 19.101 (texto según la ley 22.511), regula específicamente para los conscriptos una “indemnización” cuando como consecuencia de actos de servicio presenten una disminución menor al 60 % para el trabajo en la vida civil. Es evidente –agrega el tribunal– que busca establecer un resarcimiento y no un haber de carácter previsional, pues la palabra “indemnización” figura no menos de cuatro veces en su texto, lo que se compeadece con lo expresado en la nota de elevación del proyecto de la ley 22.511, según la cual se persigue la sustitución del retiro por una adecuada indemnización al personal de la reserva incorporada y de alumnos que sufran una disminución de aptitudes para la vida civil como consecuencia de actos de servicio. La norma en cuestión fija un régimen indemnizatorio que obsta la aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad genérica.

En su disidencia parcial, el ministro Vázquez distingue entre aquellos soldados bajo bandera que a raíz de lesiones sufridas durante la prestación del servicio se acogen o están potencialmente en condiciones de acogerse a los beneficios otorgados por la ley militar respectiva, de aquellos otros que no reciben ningún amparo fundado en el régimen militar específico. En el primer caso, entiende que el beneficio contemplado legalmente como reparación específica se aplica en forma exclusiva y excluyente de cualquier otra compensación, por cuanto los ciudadanos convocados para cumplir la carga pública del servicio militar obligatorio, quedan regidos –desde su presentación, momento en que adquieren estado militar– por las normas que regulan las relaciones entre el personal militar y el Estado. En el segundo caso, la posibilidad de obtener una indemnización del derecho común queda indudablemente abierta.

A continuación, la disidencia abunda en diversas situaciones específicas que merecen, a su entender, consideraciones especiales, como aquellas vinculadas a siniestros que no sean consecuencia directa del riesgo propio de la actividad militar, en cuyo caso admite que la responsabilidad de la Nación sea juzgada según los principios del derecho común, o los casos en que el daño personal sufrido por el ciudadano bajo bandera sea sufrido en una acción bélica, caso en el cual resulta de aplicación el principio según el cual “el ejercicio por parte del gobierno de sus poderes de guerra no puede ser fuente de indemnización de derecho común”.

Por último, critica la postura mayoritaria de la Corte Suprema, destacando la desigualdad que la misma genera al efectuar una distinción entre quienes ingresan a las filas del ejército en cumplimiento de una carga pública, de aquellos que lo hacen por propia y voluntaria decisión, por cuanto ambos sujetos están sometidos a idénticas contingencias incapacitantes, colocando en peor posición a los primeros.

i) LA GENDARMERÍA NACIONAL Y LOS DAÑOS EN LOS ACTOS DE SERVICIO. EL CASO “GÓMEZ” (18 DE FEBRERO DE 1997)⁵⁹¹. - En los autos “Gómez, Felipe Ramón c/Estado Nacional –Ministerio de Defensa– Gendarmería Nacional s/daños y perjuicios”, del 18 de febrero de 1997, la Corte Suprema rechaza la pretensión del actor, consistente en la indemnización de los daños y perjuicios sufridos mientras se desempeñaba como gendarme, fundándose en la Ley de Accidentes de Trabajo, confirmando lo resuelto en primera y en segunda instancia.

Para ello entendió que existiendo un régimen indemnizatorio específico, como lo era la ley 19.349 (que establece que el personal superior y subalterno en actividad que pase a retiro por inutilización no producida por acto de servicio y no tenga computados quince años de servicio simple, tendrá derecho a percibir por única vez una indemnización de la forma y condiciones que determine la reglamentación), el actor se encontraba impedido de reclamar el resarcimiento de la Ley de Accidentes de Trabajo, ya que ello importaba acumular dos beneficios que respondían a la misma finalidad.

Ahora bien, en nuestra opinión de una interpretación integral entre la postura aplicada por la Corte Suprema en el precedente “Gómez” (aquí examinado) y la doctrina sentada en la causa “Bertinotti”, podemos afirmar que no hay una oposición o incompatibilidad entre las mismas, puesto que en “Gómez” la Corte aclaró expresamente que la ley 19.349 contemplaba efectivamente una indemnización, mientras que en “Bertinotti” interpretó que la ley 19.101 (texto según ley 22.511) revestía carácter indemnizatorio en la medida del porcentaje de incapacidad sufrida por el damnificado para el trabajo en la vida civil.

j) DAÑOS ORIGINADOS EN ACCIONES BÉLICAS. EL CASO “AZZETTI” (10 DE DICIEMBRE DE 1998)⁵⁹². - En la causa “Azzetti, Eduardo Narciso c/la Nación - Estado Mayor General del Ejército s/accidente en el ámbito militar y f. de seguridad”, se reclamaban los daños y perjuicios causados al actor –sargento ayudante retirado del Ejército Argentino– como consecuencia de su participación en el conflicto armado del Atlántico Sur, con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil.

⁵⁹¹ Este fallo no fue publicado, pero puede consultarse en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carpeta 6, de fechas 11 y 18 de febrero de 1997, p. 312.

⁵⁹² Fallos, 321:3363.

La pretensión fue rechazada en primera instancia, decisión que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, por aplicación del tradicional criterio de que “el personal que voluntariamente se somete a los reglamentos que rigen la actividad militar solo tiene derecho, en caso de accidente en actos de servicio, al haber de retiro que aquellos establecen, con total exclusión de las reparaciones que puedan peticionarse por vía civil o laboral”, agregando, que tal criterio coincidía con lo decidido por la opinión mayoritaria de la Corte Suprema expuesta en la causa “Mengual”.

La Corte Suprema⁵⁹³, en su voto mayoritario, decidió confirmar la sentencia apelada. Para ello consideró necesario diferenciar la naturaleza del hecho dañoso. Así, entendió que en los casos “Gunther”⁵⁹⁴; “Luján”⁵⁹⁵; “Román”⁵⁹⁶; “Valenzuela”⁵⁹⁷ y “Mengual”⁵⁹⁸, entre otros, los oficiales o suboficiales de carrera habían sufrido daños personales en actos de servicio cumplidos en tiempo de paz, o aun de guerra, pero en “circunstancias ajenas al combate”, como consecuencia de un “hecho accidental” que podía ser imputado al Estado nacional, y en consecuencia –a falta de régimen indemnizatorio federal de carácter específico– no existía óbice al resarcimiento de los daños por las normas del derecho común. Por el contrario, consideró la Corte que, en el caso concreto, el “hecho dañoso” estaba constituido por una “acción bélica o hecho de guerra” y, por lo tanto, los daños sufridos constituían “una consecuencia del cumplimiento de misiones específicas y legítimas de las fuerzas armadas, características del servicio público de defensa, que no origina responsabilidad del Estado nacional por su actuación ilegítima ni legítima, más allá de la expresamente legislada en normas específicas”.

Asimismo, y en cuanto a la responsabilidad estatal por su actividad lícita, agregó que “los daños sufridos por el hecho de guerra que recaen sobre un sector de la colectividad –el militar de carrera– y no en una persona o un grupo limitado, no

⁵⁹³ Este fallo registra cinco votos diferentes. Por un lado, el mayoritario, y por el otro el de los doctores Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Petracchi y Vázquez. El primero se remite a la doctrina sentada en el caso “Mengual”, por considerar que los daños constituyeron una consecuencia del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas, características del servicio de defensa; en tanto que el segundo de los ministros nombrados se remite a los fundamentos sustentados en su voto del caso “Valenzuela”. El juez Fayt se remite también a “Valenzuela”, pero en su voto mayoritario. Por último, Petracchi reitera el criterio sustentado en el voto de los jueces Nazareno, Petracchi y Bossert en el ya citado caso “Mengual”, en tanto que Vázquez se remite a su disidencia en los autos “Lapegna”, al considerar que el acto bélico constituye un caso fortuito o de fuerza mayor, que excluye la responsabilidad estatal.

⁵⁹⁴ Fallos, 308:1118.

⁵⁹⁵ Fallos, 308:1109.

⁵⁹⁶ Fallos, 312:989.

⁵⁹⁷ Fallos, 315:1731.

⁵⁹⁸ Fallos, 318:1959.

configuran un supuesto de sacrificio especial ni su reparación se podría sustentar en el equilibrio en el reparto de las cargas públicas”⁵⁹⁹.

Por último, consideró que los daños derivados de combatir en la acción bélica del Atlántico Sur sufridos por el demandante Azzetti no superaban el parámetro general al que habían estado sometidos todos aquellos que directa o indirectamente intervinieron en ese enfrentamiento armado.

No obstante, recordó que el Poder Legislativo puede otorgar una compensación, con fundamento en la solidaridad, cuando la cantidad de sujetos eventualmente dañados por el hecho de guerra sea extensa, como había acontecido en nuestro país con las leyes 14.414, 22.674 y 24.652, entre otras.

55. CONCLUSIÓN

Podemos afirmar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación diferencia su doctrina aplicable a los daños sufridos por quienes forman parte de sus fuerzas militares, entre aquellos que se hayan incorporado al ejército por propia decisión y voluntad, de aquellos otros que se hayan incorporado en cumplimiento de una carga pública.

En el primer caso, si el personal del cuadro permanente del ejército en actos de servicio se incapacita en cualquier grado, bastará, según la Corte, analizar si las normas específicas que rigen las citadas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional, en cuyo caso nada obstará a la acumulación de una indemnización de derecho común, conforme la doctrina de “Mengual”.

En el segundo caso, y de acuerdo con los principios sentados en “Bertinotti”, los soldados conscriptos incapacitados en el cumplimiento de actos de servicio en más del 66 % se encontrarán habilitados para reclamar contra el Estado por vía del derecho común, independientemente de la obtención del beneficio que acuerda específicamente la ley militar. Ello es así por cuanto la ley 19.101 y su modificatoria 22.511 aluden, por un lado, en el art. 76, inc. 3º, ap. c, a una “indemnización” a favor de los conscriptos que al ser dados de baja presenten una disminución de su capacidad menor al 66 %, y por otro, en el art. 78, inc. 3º, a un “haber mensual” como beneficio propio de los conscriptos que, como consecuencia de actos del servicio, resulten con una minusvalía para el trabajo en la vida civil mayor al 66 %.

⁵⁹⁹ Resulta interesante transcribir parte del considerando noveno del voto mayoritario, donde la Corte justifica la inexistencia de un sacrificio especial: “En efecto, en tiempo de paz la comunidad aporta su sacrificio para mantener un cuerpo armado profesionalmente para cumplir sus fines específicos, que comprenden la defensa en caso de guerra. Cuando esta circunstancia se configura -y el poder de guerra es tradicionalmente considerado un acto gubernamental ajeno a la revisión jurisdiccional-, la comuni-

Por último, el Alto Tribunal destaca que, cuando los daños sufridos por los integrantes de las fuerzas armadas se produzcan como consecuencia de una “acción bélica o hecho de guerra”, constituyen “una consecuencia del cumplimiento de misiones específicas y legítimas de las fuerzas armadas, características del servicio público de defensa, que no origina responsabilidad del Estado Nacional por su actuación ilegítima ni legítima, más allá de la expresamente legislada en normas específicas”.

BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURY, Pedro, Ejecución de sentencias contra el Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

ALTAMIRA GIGENA, Julio I., Responsabilidad del Estado, Astrea, Buenos Aires, 1973.

BARRA, Rodolfo C., Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado, ED, t. 117, p. 125.

-, Principios de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 1980.

-, Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos, ED, t. 122, p. 859.

-, Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, ED, t. 142, p. 930.

BARRAZA, Javier I., Análisis de los requisitos que deben concurrir a fin de que resulte procedente la responsabilidad extracontractual del Estado, "Rev. de Derecho Administrativo", n° 9 (enero-diciembre de 1997), p. 83.

BIANCHI, Alberto B., Dinámica del Estado de Derecho, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

-, Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la responsabilidad del Estado por acto legislativo, "Rev. del Régimen de la Administración Pública", n° 247, abril de 1999, ps. 9 y siguientes.

-, La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores (Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control); Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo (SJDA), LL, diario del 14/8/2000, ps. 1 y siguientes.

-, Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado, LL, t. 1996, p. 922.

-, Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Ábaco, Buenos Aires, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J., ¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de la libertad? (disquisiciones acerca de la responsabilidad estatal), "Rev. de Derecho de Daños", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, n° 9, ps. 227 a 240.

-, Juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia, LL, t. 1997-C, p. 683.

BIELSA, Rafael, Estudios de derecho público, Depalma, Buenos Aires, 1962, t. IV.

-, Responsabilidad del Estado como poder administrador, JA, t. 43, ps. 416 a 420.

-, Sobre lo contencioso administrativo, 3ª ed., Castellví, Santa Fe, 1964.

-, Tratado de derecho administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1955.

BLASCO ESTEVE, Avelino, La responsabilidad de la administración por actos administrativos, Civitas, Madrid, 1985.

BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil, 8ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, "Obligaciones".

BOSCH, Jorge T., La responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, LL, t. 57, p. 894.

BULLRICH, Rodolfo, Responsabilidad del Estado, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920.

CANOSA, Armando N., Desviación de poder y responsabilidad, ED, t. 140, p. 767.

-, Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

-, Los recursos administrativos, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

-, Nuevamente el artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado, ED, t. 157, p. 84.

-, y MIHURA ESTRADA, Gabriel, La emergencia y una nueva degradación a la tutela judicial efectiva, ED, diario del 4/12/00.

CARRANZA LETRUBESSE, Gustavo, Responsabilidad del Estado por su actividad lícita, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 85.

CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, 5ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I.

-, La intervención administrativa, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

-, La responsabilidad extracontractual del Estado, ED, t. 114, p. 215.

-, Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, LL, t. 2000-D.

CASTILLO BLANCO, Federico A., La protección de confianza en el derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

COBREROS MENDAZONA, Eduardo, La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia, "Cuadernos Civitas", 1998.

COLAUTTI, Carlos E., Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

COMADIRA, Julio R., Derecho administrativo. Otros estudios, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

-, La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados (A propósito de un fallo sobre Ferrocarriles Argentinos), ED, t. 145, p. 380.

COVIELLO, Pedro J. J., El caso "Columbia": nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos, "Rev. de Derecho Administrativo", Depalma, año 4, nos. 9 a 11, 1992.

-, La confianza legítima, ED, t. 177, p. 894.

CREO BAY, Horacio D., El recurso de alzada como medio de control administrativo sobre las entidades descentralizadas, "Rev. del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", t. 49, n° 1, mayo de 1989, p. 67.

CUETO RÚA, Julio C., Seguridad jurídica, LL, t. 1994-A, p. 774.

D'ALBORA, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, 2ª y 4ª eds., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996 y 1999, respectivamente.

DE ESTRADA, Juan R., Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales, ED, t. 102, p. 839.

DELPIAZZO, Carlos E., Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 30/3/00.

DROMI, José R., Derecho subjetivo y responsabilidad pública, Grouz, Madrid, 1986.

ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de derecho administrativo, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, vol. I/1.

ESCOLA, Héctor, Tratado general de procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1981.

FASSI, Santiago C., y GEBHARDT, Marcelo, Concursos y quiebras, Astrea, Buenos Aires, 1996.

FERNÁNDEZ, Tomás R., "La responsabilidad de la Administración: fundamento y tendencias actuales", en AA. VV., El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

FIORINI, Bartolomé A., Derecho administrativo, La Ley, Buenos Aires, 1968, y Depalma, Buenos Aires, 1976.

GAMBIER, Beltrán, Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia, LL, t. 1990-E, p. 617.

-, y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?, JA, t. 1996-IV, p. 793.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido, "Rev. de la Administración Pública" (España), n° 145, enero-abril 1998, p. 117.

-, La lucha contra las inmunidades del poder, Civitas, Madrid, 1983.

-, Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, Civitas, Madrid 1984.

-, y FERNÁNDEZ, Tomás R., Curso de derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1991.

GARCÍA MACHO, Ricardo, "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en Homenaje al profesor Luis Villar Palasí, Madrid, 1989.

GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. II, cap. IV.

GHERSI, Carlos A., Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales, JA, t. 1994-I, p. 296.

GOLDENBERG, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, 2ª ed. ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2000.

GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., Responsabilidad del Estado por daños con armas disparadas en cumplimiento regular de la función policial, "Rev. de Derecho Administrativo", nos.12 y 13, enero-agosto de 1993, ps. 133 y siguientes.

GORDILLO, Agustín A., Tratado de derecho administrativo, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. I; 1ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1980; 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. II.

GRAU, Armando E., Habilitación de la instancia contencioso administrativa, Platense, La Plata, 1971.

-, "Reclamación administrativa previa", en Acto y procedimiento administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 187.

GUASTAVINO, Elías P., Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado, ED, t. 118, ps. 190 y siguientes.

HALPERIN, David, La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas, "Rev. de Derecho Administrativo", n° 6, enero-abril 1991, ps. 55 y siguientes.

HOYOS DUQUE, Ricardo, La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, Temis, Bogotá, 1984.

HUTCHINSON, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Astrea, Buenos Aires, 1985.

IZQUIERDO, Florentino V., La responsabilidad del Estado por errores judiciales, La Ley, Buenos Aires, 1986.

LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., “La regla del `neminem laedere’ en el derecho constitucional”, en la obra La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 89 y siguientes.

LINARES, Juan F., Derecho administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1986.

-, Poder discrecional administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

LLAMBÍAS, Jorge J., Código Civil anotado, Abeledo-Perrot, 1992, t. II-B.

-, Tratado de derecho civil, “Parte general”, 11ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1984; “Obligaciones”, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. III; mismo editor y lugar, 2ª ed., t. IV-A, 1982; 2ª ed., t. IV-B, 1992.

MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, Depalma, Buenos Aires, 1984.

MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, LL, t. 1983-B, ps. 910 y siguientes.

-, Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

-, Tratado de derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

MÉNDEZ, Aparicio, La teoría del órgano, edición definitiva, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971.

MERTEHIKIAN, Eduardo, “La competencia administrativa”, en AA. VV., Jornadas sobre procedimiento administrativo, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

-, La “protección de la salud” como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido (comentario al fallo “Viceconte, M. c/Ministerio de Salud y Acción Social”). LL, t. 1998-F, p. 303.

-, Ley de Administración Financiera y Control de Gestión, estudio preliminar y comentarios a la ley 24.156, 7ª ed., Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999.

MILLER, Jonathan M.; GELLI, María A., y CAYUSO, Susana, Constitución y poder político, Astrea, Buenos Aires, 1987, t. I.

MONTEJANO (h.), Bernardino, Curso de derecho natural, 6ª ed. ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

MONTI DE HITZFELDER, Laura M., La responsabilidad del Estado por su actividad normativa a la luz de la jurisprudencia, "Rev. de Derecho Administrativo", nos. 19 a 25, mayo a diciembre de 1995, ps. 479 y siguientes.

O'DONELL, Daniel, Protección internacional de los derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima, 1988.

PALAZZO, José L., Responsabilidad extracontractual del Estado, Depalma, Buenos Aires, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano, Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Tecnos, Madrid, 1993.

PERRINO, Pablo E., La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita (responsabilidad por falta de servicio), ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 28/12/99.

PIEPER, Josef, Las virtudes fundamentales del hombre, Rialp, Madrid, 1974.

REIRIZ, María G., Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969.

-, "Responsabilidad del Estado" en AA. VV., El derecho administrativo argentino, hoy, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

REYES MONTERREAL, José M., La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia, Colex, Madrid, 1987.

SALOMONI, Jorge L., Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual), ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/3/00, ps. 7 y siguientes.

TAWIL, Guido S., Administración y justicia, Depalma, Buenos Aires, 1993.

-, La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, Depalma, Buenos Aires, 1993.

URRUTIGOITY, Javier, "Derecho subjetivo e interés legítimo en la contratación administrativa", en Contratos administrativos, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, ps. 415 y siguientes.

VÁZQUEZ, Adolfo R., Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios, Ábaco, Buenos Aires, 1990.

VILLAR BORDA, Luis, Democracia municipal, Madrid, 1984.

WALINE, Marcel, Manuel élémentaire de droit administratif, Recueil, Paris, 1946.

ZANNONI, Eduardo A., "Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil", en AA. VV., La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 103 y siguientes.

INDICE DE FALLOS CITADOS

Los números en negra hacen referencia a las páginas; los que están entre paréntesis, se refieren a los números de nota

A) Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acuña Hnos. y Cía. S.R.L., *Fallos*, 252:39 (1962): **283 (12)**

Agencia Marítima Rioplat S.A., *Fallos*, 315:2865 (1992): **104 (7)**

Aguará Ganadera e Industrial S.A., *Fallos*, 308:337 (1986): **195 (50)**

Aguilar, Manuel, *Fallos*, 2:434 (1866): **161 (136)**

Alcántara Díaz Colodrero, Pedro, *Fallos*, 319:1477 (1996): **190 (43)**

Alfaya, Pedro, *Fallos*, 193:221 (1942): **155 (119)**

Alfredo Marieta Maumetal S.A.I.C., *Fallos*, 318:74 (1995): **124 (57)**

Asociación Mutual Latinoamericana, *Fallos*, 319:2824 (1996): **327 (43)**

Astilleros Príncipe y Menghi S.A., *Fallos*, 319:167 (1996): **127 (65)**

Automotores Faillace Triangeli y Cía. S.C.A., *Fallos*, 287:108 (1973): **71 (26), 89 (29)**

Azzetti, Eduardo Narciso, *Fallos*, 321:3363 (1998): **372 (12)**

Balbuena, Blanca Gladis, *Fallos*, 317:728 (1994): **347 (11)**

Balda, Miguel A., *Fallos*, 318:1990 (1995): **323 (37)**

Banco de la Nación Argentina, *Fallos*, 273:269 (1969): **126 (62)**

Bates, Stockes y Cia., *Fallos*, 1:259 (1864): **78 (8)**

Bertinotti Carlos Alberto, *Fallos*, 315:2207 (1992): **365 (6)**

Boccara, Armando, *Fallos*, 277:225 (1970): **138 (89), 233 (23)**

Brumeco S.A., *Fallos*, 313:907 (1990): **127 (63), 157 (123)**

Buenos Aires Eximport S.A., *Fallos*, 316:397 (1993): **288 (20)**

Cachau, Oscar José, *Fallos*, 316:1335 (1993): **151 (111)**

Cantón, Mario Elbio, *Fallos*, 301:403 (1979); **144 (103), 284 (14)**

Carlos Reisz y Cía. S.R.L., *Fallos*, 248:79 (1960): **53 (35)**

Cima, Corina Gabardini de y otro, *Fallos*, 297:161 (1977): **284 (13)**

Cipollini, Juan Silvano, *Fallos*, 300:143 (1978): **194 (49)**

Cirlafín S.A., CS, 15/08/1995, ED 166, pág. 267: **55 (39), 291 (27)**

Colavita, Salvador y otro, *Fallos*, 323:318 (2000): **167 (1), 252 (14), 270 (40)**

Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, *Fallos*, 315:1026 (1992): **286 (17)**

Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, *Fallos*, 319:2658 (1996): **55 (38)**

Compañía Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda., *Fallos*, 123:407 (1916): **82 (18)**

Compañía Azucarera Concepción S.A., *Fallos*, 322:496 (1999): **173 (13)**

Consejo de Presidencia de la Delegación de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, *Fallos*, 315:1361 (1992): **249 (8)**

Corio, Luis, *Fallos*, 99:83 (1904): **79 (14)**

Corporación Inversora los Pinos S.A., *Fallos*, 293:617 (1975): **139 (92)**

Cueva, Cayetano, *Fallos*, 111:333 (1909): **80 (15)**

De Gandía, Beatriz Isabel, *Fallos*, 318:845 (1995): **155 (121), 269 (39), 322 (36)**

Di Cola, Silvia, *Fallos*, 311:1478 (1988): **178 (21), 181 (25)**

Ducase, Gregorio E. y otra, *Fallos*, 184:378 (1939): **360 (1)**

Dughera, Eduardo, *Fallos*, 112:78 (1909): **81 (16)**

Echegaray, María e Hijos menores, *Fallos*, 190:457 (1941): **341 (2)**

Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I., *Fallos*, 306:1409 (1984):
130 (74), 139 (91), 145 (104), 152 (112)

Egües, Alberto J., *Fallos*, 319:2527 (1996): **305 (19), 306 (21), 325 (38)**

Escalada, Carlos María, *Fallos*, 29:249 (1886): **79 (10)**

España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A., *Fallos*, 316:2136 (1993):
104 (8)

Establecimientos Americanos Gratry S.A., *Fallos*, 180:107 (1938): **32 (15), 52 (32),
281 (7)**

Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina), *Fallos*, 317:146 (1994): **96 (40), 106
(12), 109 (19)**

Estado Nacional Argentino, *Fallos*, 254:375 (1962): **109 (18)**

Etcheverry, Luisa María y otros, *Fallos*, 308:2494 (1986): **310 (25)**

Ferrocarril Oeste de Buenos Aires, *Fallos*, 182:5 (1938): **68 (18), 71 (25), 86 (24),
342 (4)**

Franck, Roberto Angel, *Fallos*, 275:357 (1969): **255 (24)**

Furnier, Patricia María, *Fallos*, 317:1006 (1992): **351 (15)**

Gagliardo, José Pedro, *Fallos*, 239:385 (1957): **163 (141)**

Galian Edgar, *Fallos*, 300:1292 (1978): **214 (8)**

Gallegos Botto María Teresa Busso de y otros, *Fallos*, 290:71 (1974): **71 (28), 89 (31), 91 (32)**

Garda Ortiz, Enrique, *Fallos*, 308:2095 (1986): **308 (24)**

Gelman, Juan, *Fallos*, 204:428 (1946): **361 (2)**

Germade viuda de Rebollo, Estela Noemí, *Fallos*, 320:867 (1997): **163 (142)**

Godoy, Miguel Angel, *Fallos*, 317:1225 (1994): **123 (52)**

Gómez, Gerardo, *Fallos*, 273:111 (1969): **232 (20)**

Gómez, José Cándido, *Fallos*, 2:36 (1865): **78 (7), 211 (4)**

Gorordo Hallaría de Kralj, Haydeé María, *Fallos*, 322: 73 (1999): **214 (9)**

Gunther, Fernando Raúl, *Fallos*, 308:1118 (1986): **134 (80), 361 (3), 372 (14)**

Gypobras S.A., *Fallos*, 318:441 (1995): **189 (42)**

Hotelera Río de la Plata S.A.C.I., *Fallos*, 307:821 (1985): **170 (7), 308 (23)**

Industria Maderera Lanín S.R.L., *Fallos*, 298:223 (1977): **250 (11)**

Irala Arias, Abelardo Asunción y otros, *Fallos*, 249:592 (1961): **282 (11)**

Irizar, José M., 12/09/1996, LL, 1997-C-684: **251 (12)**

Irurzun, Ricardo Ernesto, *Fallos*, 317:365 (1994): **315 (31)**

Iwaczycszyn, Teodoro, *Fallos*, 196:211 (1943): **343 (5)**

- José Balbiani S.A. Hacienda y Criadero, *Fallos*, 211:727 (1948): **163 (140)**
- Juncalán Forestal Agropecuaria S.A., *Fallos*, 312:2266 (1989): **149 (108)**
- Kasdorf S.A., *Fallos*, 313:284 (1990): **156 (122)**
- La Buenos Aires Cía. de Seguros S.A., *Fallos*, 311:750 (1988): **236 (28)**
- La Pampa, Provincia de, *Fallos*, 252:375 (1962): **231 (17)**
- Laboratorios Ricar S.A., *Fallos*, 318:2311 (1995): **54 (37)**
- Lanati, Marta Noemí y otros, *Fallos*, 314:661 (1991): **268 (38)**
- Lapegna, Mario Daniel, *Fallos*, 319:1505 (1996): **368 (9), 372 (13)**
- Laplacette, Juan, *Fallos*, 195:66 (1943): **136 (87), 192 (48)**
- Ledesma S.A. Agrícola Industrial, *Fallos*, 312:2022 (1989): **161 (137), 286 (16)**
- Lezica Alvear, Diego y señora, *Fallos*, 130:105 (1919): **83 (19)**
- Liberti, Atilio César (suc.), *Fallos*, 235: 579 (1956): **202 (57)**
- López, Juan de la Cruz y otros, *Fallos*, 321:1717 (1998): **329 (45)**
- Lozano Gómez, Juan Carlos, *Fallos*, 315:968 (1992): **348 (13)**
- Luján, Honorio Juan, *Fallos*, 308:1109 (1986): **372 (15)**
- Mackentor S.A., *Fallos*, 312:1017 (1989): **189 (39)**
- Marienhoff, Miguel S. y otro, *Fallos*, 275:254 (1971): **205 (62)**
- Marra de Melincoff, Alicia L., *Fallos*, 306:820 (1984): **250 (9)**
- Martínez Suarez de Tinayre, Rosa María Juana y otro, *Fallos*, 308:821 (1986): **235 (27)**
- Massa, María Mercedes, *Fallos*, 316:2442 (1993): **127 (64)**
- Mengual, Juan y otra, *Fallos*, 318:1959 (1995): **366 (8), 372 (13), 373 (18)**

Metalmecánica S.A.C.I., *Fallos*, 296:672 (1976): **174 (14)**

Mevopal S.A., *Fallos*, 307:2216 (1985): **189 (38)**

Molteni, Carlos L., *Fallos*, 312:1063 (1989): **180 (24), 184 (32)**

Morales, María Beatriz, *Fallos*, 315:1902 (1992): **350 (14)**

Motor Once S.A., *Fallos*, 312:649 (1989): **130 (73), 147 (107)**

Odol S.A.I.C., *Fallos*, 304:651 (1982): **256 (25)**

OKS Hermanos y Cia. S.A. y Financiera, O-86.XX (21/10/1986), ED 122, pág. 694 y 705: **189 (40)**

Olivares, Jorge Abelardo, *Fallos*, 311:1490 (1988): **178 (22), 180 (23), 181 (26)**

Olivera Cruz, Eduardo y otra, CS, 20/10/1948, LL Tomo 52, pág. 645: **155 (119)**

Panizo, Manuel Nicolás, *Fallos*, 300:639 (1978): **346 (10)**

Pertuso, Catalina Nilda, *Fallos*, 302: 721 (1980): **202 (58)**

Picard, Omar Ceferino, *Fallos*, 319:2620 (1996): **369 (10)**

Pose, José Daniel, *Fallos*, 315:2834 (1992): **93 (37)**

Prada, Iván Roberto, *Fallos*, 316:1465 (1993): **150 (109)**

Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires (c/ Gerónimo Pérez), *Fallos*, 17:470 (1876): **135 (84)**

Provincia de Salta, *Fallos*, 311:1795 (1988): **205 (63)**

Rabanillo, Fernando y otra, *Fallos*, 203:30 (1943): **108 (17)**

Rebesco, Luis Mario, *Fallos*, 318:385 (1995): **54 (36), 356 (18)**

Revestek S.A., *Fallos*, 318:1531 (1995): **55 (39), 118 (35), 290 (24)**

Robles S.A., Vicente, CS, 30/03/1993, LL, 1993-E-402: **250 (11)**

- Rodríguez, Enrique, *Fallos*, 194:170 (1942): **107 (15)**
- Román S.A.C., *Fallos*, 317:1233 (1994): **316 (32), 336 (53)**
- Román, Hugo Jorge, *Fallos*, 312:989 (1989): **372 (16)**
- Rosa, Carlos Alberto, *Fallos*, 322:2683 (1999): **299 (6), 330 (47)**
- Ruiz, Mirta Edith y otros, *Fallos*, 312:2138 (1989): **266 (34), 271 (42), 272 (44)**
- Sánchez Puppulo, Eduardo Luis y otros, *Fallos*, 288:362 (1974): **71 (27), 89 (30)**
- Sandoval, Héctor, *Fallos*, 320:1344 (1997): **173 (12), 204 (60)**
- Santa Coloma, Luis Federico y otros, *Fallos*, 308:1160 (1986): **27 (2)**
- Santos, Ramiro, *Fallos*, 312:1340 (1989): **203 (59)**
- Sarro, Antonio y otros, *Fallos*, 313:1636 (1990): **266 (35), 271 (43)**
- Scamarcia, Mabel y otro, *Fallos*, 318:1715 (1995): **96 (41), 106 (12), 110 (20), 352 (16)**
- Serra, Fernando Horacio y otro, *Fallos*, 316:2454 (1993): **189 (41)**
- Seste Vicente y Seguich Antonio, *Fallos*, 1:317 (1864): **76 (3), 211 (4)**
- Spurr Carlos, *Fallos*, 182:146 (1938): **52 (33), 282 (9)**
- Susan, José C., *Fallos*, 205:635 (1946): **345 (9)**
- Sykes Violeta y otros, CS, 19/11/1987, LL 1988-C-331: **259 (28)**
- Tejedurías Magallanes S.A., *Fallos*, 312:1659 (1989): **33 (17), 95 (39), 104 (6)**
- Teresa Tomassoni, *Fallos*, 113:104 (1910): **81 (17)**
- Tomás Devoto y Cía., *Fallos*, 169:111 (1933): **30 (7), 84 (21)**
- Torres, Guillermo y otra, *Fallos*, 307:2399 (1985): **155 (120)**
- Toscano, Gustavo Cayetano, *Fallos*, 318:38 (1995): **355 (17)**
- Tosich, Milán A., *Fallos*, 183:247 (1939): **155 (118)**

Vadell, Jorge Fernando, *Fallos*, 306:2030 (1984): **33 (16), 70 (23), 88 (28), 91 (35), 104 (5)**

Valenzuela, Rubén, *Fallos*, 315:1731 (1992): **364 (5), 372 (13 y 17)**

Velazco Angulo, Isaac, *Fallos*, 310:1826 (1987): **347 (12)**

Videla Cuello, Marcelo, *Fallos*, 312:316 (1989): **314 (29)**

Vignoni, Antonio Sirio, *Fallos*, 311:1007 (1988): **311 (26), 326 (41)**

Wiater, Carlos, *Fallos*, 320:2289 (1997): **172 (10)**

Winkler, Juan Leon, *Fallos*, 305:1045 (1983): **285 (15)**

Zuberbuhler, Josefina María Rodríguez Larreta Anchorena de y otros, *Fallos*, 226:727 (1953): **201 (56)**

B) Suprema Corte de Buenos Aires

García, Ezequiel P., 11/08/1992, ED 152, pág. 369: **128 (66)**

León, Gerardo A., 13/05/1997, LL, 1997-E-502: **168 (3)**

C) Corte Suprema de Mendoza

Torres, Francisco, 04/04/1989, LL, 1989-C-514: **264 (32)**

D) Cámara Nacional Federal en lo Contenciosoadministrativo

Asmuss, Francisco R., Sala III, 16/11/1989, LL, 1991-D-364: **61 (5)**

Avanzada, S.A., Sala III, 16/08/1990, LL, 1990-E-468: **215 (11)**

Ferrocon S.R.L. , Sala V, 06/12/1998, LL, 2000-B-659: **160 (130)**

Hughes Toll Company S.A., Sala III, 17/09/1984, LL, 1984-D-360: **250 (10)**

Ibáñez, Diego, en pleno, 21/04/1992, LL, 1992-E-113: **182 (30), 191 (47)**

Menéndez S.A.I.C., 30/05/1990, LL, 1990-D-413: **259 (28)**

Petracca e Hijos S.A., en pleno, 24/04/1986, ED 118, pág. 391: **188 (36)**

Romero, Gerardo, en pleno, 15/04/1999, ED 182, pág. 623: **215 (10)**

Sade S.A., Sala III, 16/03/1986, ED 122, pág. 863: **188 (37)**

Transportes Río de la Plata S.A., Sala II, 01/06/2000, LL, 2000-D-534 :**226 (5)**

Viceconte, Mariela C., Sala IV; 02/06/1998, LL 1998-F-102 : **67 (17), 68 (19), 119 (41), 248 (4)**

E) Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal

Gutheim, Federico y otro, Sala II, 31/08/1990, ED 140, pág. 768: **113 (23), 182 (29)**

Paz de Guillén, Clelia E. y otros, Sala II, 26/8/1988, LL, 1989-A-342: **234 (25)**

Zucco, Carlos, Sala III, 24/08/2000, LL, 2001-A-325: **259 (27)**

F) Cámara Nacional en lo Civil

López de Aguirre, Marcelina, Sala C, 14/05/1991, ED-145 pág. 382: **241 (43)**

Ricci, Carlos A., en pleno, 03/03/1988, RAP 118, pág. 120: **196 (51)**

G) Cámara Nacional en lo Comercial

Puigmarti y Cía. S.A., Sala C, 15/10/1999, LL, 2000-B-390: **206 (66)**

H) Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial

Subterráneos de Buenos Aires S.E., 21/06/1983, ED 105-574: **250 (9)**

I) Cámara Federal de Rosario

Lapagessi, Ignacio, (06/10/1983), LL, 1984-A-15: **250 (9)**