

RUBIO JULIO CESAR



**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR
ACTIVIDAD LEGISLATIVA LÍCITA**

¿En qué supuestos debe responder el Estado por el
daño causado a particulares a partir de la actividad
legislativa de sus órganos?

Proyecto final de graduación

Universidad Empresarial Siglo 21

Carrera de Abogacía

Año 2014

Resumen:

El presente trabajo tiene como tema de análisis los supuestos en los que el Estado debe responder por el daño causado a los particulares como consecuencia de la actividad legislativa de sus tres poderes. A través de esta investigación trataremos de demostrar por qué el Estado está obligado a resarcir a los particulares mas allá de que su actuación legislativa sea lícita. Para lograr esto resulta necesario analizar la evolución que se debió recorrer para que hoy se pueda hablar de responsabilidad estatal, así como los requisitos que deben darse para que la misma proceda, y en especial al fundamento que sostiene a la misma.

A nuestro modo de entender creemos que lo que ocurre en estos casos es una colisión de dos derechos fundamentales, por un lado el derecho con el que cuenta el Estado a ejercer sus facultades para lograr sus fines, sin perjuicio que del ejercicio de dichas facultades se puedan afectar los derechos de los particulares, y por el otro el derecho que tiene cada ciudadano reconocido por la Constitución Nacional a que se le respete la propiedad e igualdad. Por este motivo la finalidad del presente trabajo sera tratar explicar cual de estos dos derechos debe prevalecer.

Abstract:

The following essay has as main subject of analysis the different cases in which the State is constrained to compensate to the citizens because of the damage that it has caused to them, as a consequence of the legislative performance of its three bodies. Along this investigation we will try to show the reasons why the State has to compensate for the damage it has caused, in spite of its lawful performance. In order to do this, it is necessary to analyze the evolution that we had to go through so as to be able to speak of what we know nowadays as *state's liability*, as well as the requirements that are needed so that it can proceed, and the basis that supports it.

From our point of view, we seriously believe that this scene shows the collision of two main rights. In the first hand, the right that the State has to act upon its legal concern so as to reach its main objectives, without having to be detrimental at the rights of the particulars. On the other hand, it is very important that each citizen has the right, previously recognized by the *Constitución Nacional* (Argentina), to be respected in equality and security. It is for this reason that through this work we will try to explain which of this two rights should remain.

❖ **Introducción:**7

Capítulo I

Responsabilidad del Estado

1. Introducción.....	11
2. Evolución de la Responsabilidad del Estado	11
2.1.Época Primitiva.....	12
2.2.Época Teológica.....	12
2.3.Época Estadista.....	13
2.4.Época de la Indecisión.....	13
2.5.Época Intermedia.....	14
3. Fundamento jurídico del deber de reparar el daño.....	14
3.1. Teorías del Derecho Privado.....	15
3.2. Teorías del Derecho Público.....	17
3.2.1. Teoría de la expropiación.....	18
3.2.2. Teoría de la igualdad ante las cargas públicas.....	19
3.2.3. Teoría del sacrificio especial.....	19
3.2.4. Teoría del riesgo social.....	19
3.2.5. Teoría basada en los principios constitucionales del Estado de Derecho.....	20
4. Nuestra Opinión.....	21

Capítulo II

Clasificación de la Responsabilidad del Estado

En el ordenamiento Argentino

1. Introducción.....	22
2. Nociones generales.....	22

3.	Presupuestos de procedencia de la Responsabilidad del Estado.....	23
3.1.	El daño.....	23
3.2.	La antijuricidad.....	25
3.3.	El factor de atribución.....	25
3.4.	El nexo de causalidad.....	27
4.	Clasificación de la Responsabilidad del Estado.....	28
4.1	Responsabilidad Contractual y régimen legal.....	29
4.2	Responsabilidad Extracontractual y régimen legal.....	31
4.2.1	Teoría de la ficción.....	31
4.2.2	Teorías negatorias.....	32
4.2.3	Teoría realista.....	32
4.3.	Evolución jurisprudencial de la Responsabilidad Extracontractual	32

Capítulo III

Responsabilidad Extracontractual del Estado por actos lícitos

1.	Introducción.....	38
2.	Nociones generales.....	38
3.	Presupuestos de procedencia.....	39
4.	Supuestos de responsabilidad por actos lícitos.....	42
5.	Extensión del resarcimiento.....	43
6.	Prescripción de la acción resarcitoria	47

Capítulo IV

Responsabilidad del Estado por la actividad legislativa de sus tres poderes

1.	Introducción.....	48
2.	Nociones generales.....	48
3.	Responsabilidad derivada de la actividad legislativa del Poder Legislativo.....	49

3.1. La regla general	49
3.2. Supuestos de responsabilidad del Estado por actividad legislativa.....	52
3.2.1. Responsabilidad por expropiación.....	53
3.2.2. Responsabilidad derivada de disposiciones monetarias o cambiarias.....	55
3.2.3. Responsabilidad derivada de leyes que consagran la prohibición de fabricar o comercializar determinados productos.....	57
4. Responsabilidad derivada de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo.....	58
4.1. Responsabilidad por las medidas adoptadas durante el Estado de Sitio.....	59
4.2. Responsabilidad derivada del dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia.....	62
5. Responsabilidad derivada de la actividad legislativa del Poder Judicial.....	65

Capítulo V

Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado

1. Introducción.....	66
2. Proyecto del ley que regula la responsabilidad del Estado.....	66
3. Análisis de los artículos de mayor incidencia.....	67
❖ Reflexiones finales.....	71
❖ Listado de bibliografía	74
❖ Doctrina.....	74
❖ Legislacion	75
❖ Jurisprudencia.....	76

❖ **Introducción**

En los tiempos que vivimos hoy parece absurda la idea de considerar al Estado irresponsable por los daños que pueda generar en virtud de sus prerrogativas de poder público. Sin embargo, a lo largo de la historia vemos que esto no siempre fue así.

En un primer momento se entendía que el Estado no era responsable por los daños que podía ocasionar en el desempeño de sus actividades, debido a que el rey tenía un poder absoluto sobre los ciudadanos y éstos debían soportar el daño sin tener posibilidad alguna de reclamarle algo al Estado. Posteriormente, con la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se sustituyó la voluntad soberana del rey por la del pueblo, ejercida a través de sus gobernantes, pero se seguía entendiendo que el pueblo tenía las mismas inmunidades y privilegios que el rey, por lo que se pensaba que era la misma situación pero dibujada bajo un régimen distinto.

En el siglo XIX la visión comenzó a cambiar; no se podía seguir manteniendo la idea de que el Estado era irresponsable por los daños que generara en el desempeño de sus actividades, lo que se trataba de una gran arbitrariedad. Resultaba necesario proteger a los intereses de los ciudadanos a través de un sistema jurídico-político, en el que se respetara la sujeción del poder a la norma y al control judicial, y cuyo fin primordial fuera respetar los derechos y garantías individuales de cada persona. Así surge el actual sistema denominado “Estado de Derecho”.

Creemos que el Estado cumple la función de garantizar la igualdad en la población, por eso mismo, pensamos que no puede ser el artífice de una desigualdad entre los distintos particulares. Por lo que para asegurar los derechos de las personas, se debe tomar al Estado en un plano de igualdad respecto de los particulares, debiendo hacerse cargo como cualquier otro individuo de los daños generados por su actuación, sin prerrogativas especiales. En este marco, el deber de toda persona de reparar el daño injustamente causado se funda en las garantías de propiedad, libertad, igualdad y razonabilidad consagradas por la Constitución Nacional en los artículos 14, 16, 17, 19 y 28. Desde este punto de vista,

toda persona que sufra un daño injustamente, sea causado por un particular o por la actividad del Estado, podrá ser beneficiario de una acción resarcitoria, la cual se encargará de volver las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al hecho dañoso, mediante el pago de una indemnización.

Cabe advertir que dicha situación confronta con el derecho del Estado a ejercer de manera regular las potestades que se le atribuyen para el cumplimiento de sus fines, los cuales siempre tienden a generar el bienestar general de toda la población, ya que existe la posibilidad de que como consecuencia del ejercicio de estas potestades se causen restricciones a los derechos de los particulares. Vemos entonces que se pueden dar contradicciones entre dos derechos constitucionales: por un lado el de los particulares, a que se les respete la propiedad e igualdad, y por el otro, el derecho del Estado a ejercer sus facultades para el logro de sus fines, sin perjuicio que las mismas puedan afectar derechos de los ciudadanos.

Esta cuestión motivó nuestro interés en la realización de este trabajo, con el objetivo de reflexionar acerca de cuál de estos dos derechos debería prevalecer. A simple vista y haciendo alusión a la jurisprudencia Argentina, podemos ver que la implicancia de estas garantías de los ciudadanos consagradas constitucionalmente es tan extrema, que incluso trae aparejada la posibilidad de que el Estado responda cuando mediante su actuación legítima ocasione un daño a un particular. Dándose de esta forma una excepción a la regla general de que el Estado no será responsable por las consecuencias de su actuación regular, enervándose uno de los presupuestos de la responsabilidad civil: la antijuridicidad.

Cabe aclarar que el tema que abordaremos en el presente trabajo se enmarca dentro del régimen de responsabilidad extracontractual, la cual se genera ante el incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En esta órbita veremos que se pueden derivar daños causados por la actividad legítima del Estado, es decir aquella realizada sin dolo o culpa, que busca un beneficio para toda la comunidad y como consecuencia de ella se ocasiona un daño a un particular, debiendo el mismo ser indemnizado.

Una vez analizadas las cuestiones mencionadas anteriormente, vamos a desarrollar distintos supuestos en los que, en concreto, el Estado está obligado a responder por su actuación legítima, derivada de la función legislativa de sus tres poderes. Dicho análisis se realizará tomando en cuenta una concepción orgánica y material de las funciones del Estado, que se caracteriza por hacer hincapié en el contenido material o sustancial de la función desempeñada, y no en el órgano del Estado que la ejerce.

Creemos que a lo largo del trabajo pueden surgir preguntas como ¿En qué caso está obligado a responder el Estado por los perjuicios que se causan como consecuencia de su actividad legislativa? ¿Cuál es el fundamento de esa responsabilidad? ¿Cómo se clasifica esa responsabilidad? ¿Hasta dónde está obligado el Estado a resarcir al particular? ¿Cuáles son los supuestos de responsabilidad del Estado por la actividad legislativa de sus poderes? ¿Es viable el nuevo proyecto de ley que regula la responsabilidad del Estado? para tratar de dar solución a todo este tipo de preguntas nos pareció conveniente desarrollar el TFG en cinco partes fundamentales.

La primera de ellas será abarcada por el Capítulo I, teniendo como principal objetivo analizar el concepto de Estado y su respectiva evolución a lo largo de la historia. Además, abordaremos las distintas posturas doctrinarias que tratan de fundamentar la responsabilidad del Estado.

La segunda parte estará comprendida por Capítulo II, en el cual analizaremos los presupuestos necesarios que deben darse para que se pueda hablar de responsabilidad civil, relacionándolos con la responsabilidad estatal. Posteriormente vamos a distinguir las dos órbitas en las que puede caer la responsabilidad estatal, dando una aproximación del concepto de responsabilidad contractual, y analizando su régimen legal y después nos centraremos en la responsabilidad extracontractual y las distintas teorías que podemos encontrar acerca de su reconocimiento, ya que es la que corresponde al tema de nuestro trabajo.

La tercera parte será abarcada por el Capítulo III, en donde nos referiremos especialmente a la responsabilidad extracontractual en sentido lato, que puede derivarse de la actividad lícita del Estado. Analizaremos su régimen legal, sus requisitos de procedencia,

la extensión del resarcimiento, la prescripción liberatoria, para posteriormente sentar algunos supuestos principales.

La cuarta parte del trabajo será abordada en el Capítulo IV, en el cual analizaremos la responsabilidad que puede llegar a surgir por la actividad legislativa de cada poder del Estado. Dentro de los casos referidos a la responsabilidad lícita proveniente del Poder Legislativo, haremos alusión a la expropiación de un bien perteneciente a un particular por motivo de utilidad pública, a la responsabilidad proveniente de medidas cambiarias o monetarias, y por último a la responsabilidad que surge de leyes que prohíben la comercialización o fabricación de determinados productos. En cuanto a la responsabilidad por actividad lícita legislativa del Poder Ejecutivo, analizaremos la que puede surgir por las medidas que se toman durante el estado de sitio, o la responsabilidad que surge del dictado de decretos de necesidad y urgencia. Posteriormente, abordaremos la misma temática pero refiriéndonos a la actividad lícita legislativa del Poder Judicial, que puede derivarse, por ejemplo, del dictado de una acordada de la Corte Suprema.

Finalmente en el capítulo V nos dedicaremos a analizar algunos de los artículos de mayor incidencia del nuevo proyecto de Ley 2013 que regula la responsabilidad del Estado en un régimen especial y ajeno al derecho civil.

1. Introducción

La responsabilidad del Estado sin duda es uno de los temas más significativo en los tiempos que vivimos, pero es importante saber que la misma no siempre fue reconocida, por esto mismo en el siguiente capítulo vamos a analizar cada una de las etapas que se debió recorrer para que hoy se pueda decir que el Estado puede llegar a ser responsable por el desempeño de su actuar.

Posteriormente y a raíz de su reconocimiento expondremos las diferentes doctrinas que intentar dar fundamento a la misma y daremos nuestra opinión de cual nos parece más acertada.

2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Es necesario recorrer un largo camino para poder llegar a lo que hoy en día denominamos “Teoría de la Responsabilidad del Estado”. El tema que vamos a abordar es un tema muy delicado ya que el Estado nace para cumplir con sus fines propuestos, fines que muchas veces chocan con los intereses de una persona o de un grupo de personas, los cuales deben ceder en beneficio de toda la colectividad. Y este es el caso en el que surge el siguiente interrogante: ¿es el Estado quien debe reparar el daño que sufre el administrado en beneficio de toda la comunidad, o es el mismo administrado quien debe cargar con ese perjuicio injustamente sufrido?

En tiempos anteriores, era inconcebible pensar que el Estado llegue a ser responsable por algún daño que pudiera causar. A partir del Siglo XVI el triunfo del absolutismo consolidó la irresponsabilidad estatal con el lema “The King can do no wrong”, el cual significa que el rey o monarca no podía causar perjuicios.

Nos parece conveniente comentar la evolución de dicha responsabilidad, como lo realizó Agustín Gordillo, a través de cinco etapas sociológicas que demuestran cómo el principio de legitimidad se va transformando a lo largo del tiempo (Citado por Reiriz, 1969).

2.1.Época Primitiva (desde los orígenes de la humanidad hasta Roma)

El daño injustamente causado debía ser soportado por el mismo perjudicado, sin la posibilidad de ejercer alguna acción indemnizatoria en contra del autor del acto o del soberano. Esto se daba porque el Estado no era concebido como una unidad jurídico-política, sino todo lo contrario, el soberano disponía libremente de los bienes de toda la población y no era responsable de sus actos sino ante la divinidad, de la cual se considera él mismo una emanación.

Es importante tener en cuenta que para solucionar las situaciones en las que existía una relación contractual entre el Estado y los particulares, el Derecho Romano va a crear la noción de fisco. Este aparecía como una persona moral junto al emperador, a la cual pertenecían los bienes que el Estado utilizaba para el cumplimiento de sus fines, y a la cual le correspondían ciertos privilegios de derecho civil y de procedimiento.

2.2. Época Teológica (se da en Europa a partir de la Edad Media).

Se decía que había que buscar los orígenes del Estado en las ciudades-repúblicas posteriores al Renacimiento porque a partir del mismo, las poliarquías, que en esa época tenían un carácter impreciso en lo territorial, se convierten en unidades de poder continuas y recientemente organizadas, con un solo ejército permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios, acompañadas de un orden jurídico unitario, que imponía a los súbditos el deber de obediencia debida con carácter general.

Si bien el Estado se concibe como unidad, encontramos una diferencia sustancial con la época primitiva, ya que la irresponsabilidad del Estado caracterizada en la época teológica no deriva del hecho de no habérsela planteado, sino de haberla resuelto en forma negativa. Por lo tanto se mantiene el dogma de la infalibilidad del monarca y se funda en el concepto de origen divino del poder por el ejercido. Es decir que si bien existe la posibilidad de que los funcionarios puedan cometer actos dañosos, estos serán imputables a ellos mismos, porque no puede concebirse que sea el Rey quien les ha dado el mandato para cometerlos.

2.3.Época Estatista

A lo largo del siglo XVIII los filósofos y juristas del Iluminismo se encargaron de resquebrajar la doctrina anteriormente comentada, influidos por la Revolución Francesa y la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”¹, a partir de la cual se remplaza el principio de soberanía de origen divino por el de soberanía popular, la cual vendría a ser el resultado de un contrato social, como lo explica Rousseau:

Estando formado el cuerpo soberano por los particulares, no tiene ni puede tener interés contrario al de ellos; por consecuencia, la soberanía no tiene necesidad de dar ninguna garantía a los súbditos, porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros (Citado por Reiriz, 1969, p. 9).

Por lo tanto, el pueblo como nuevo soberano, tenía las mismas inmunidades y privilegios que el antiguo rey, dándose de esta manera la acentuación del despotismo y la irresponsabilidad del Estado pero maquillada bajo un régimen menos autoritario.

2.4. Época de la Indecisión

En esta época se mantiene el principio de irresponsabilidad del Estado, pero se consagra lentamente la responsabilidad de los funcionarios, la cual se encuentra supeditada a dos requisitos de contenido y de procedimiento.

Respecto del contenido, se decía que el funcionario no responde por los daños que pueda llegar a causar en el cumplimiento de las órdenes impartidas por sus superiores, solo se lo podía responsabilizar cuando el daño había sido causado con culpa grave o dolo por parte del mismo.

En cuanto al procedimiento se decía que el mismo era engorroso para que los administrados no tengan intención de demandar al funcionario que le había

¹ Artículo 3.- El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.

causado el perjuicio. Por lo tanto era necesaria la previa autorización del poder administrador para poder llevar al funcionario ante la justicia.

2.5. Época Intermedia

Ultima de las épocas de la larga y tediosa evolución, en la que de a poco comienza a admitirse la responsabilidad del Estado por los mismos actos que podían ser responsables los funcionarios y se le agrega la responsabilidad por sus actos propios, aún cuando éstos fuesen regulares y legales.

Es decir que si a una persona se le violaba algún derecho individual, debía haber una indemnización por parte del funcionario responsable, y si el mismo no la podía dar, debía ser el Estado el encargado de resarcir a la persona que injustamente había sufrido un perjuicio.

A lo largo de esta evolución, podemos ver que era inconcebible seguir manteniendo el lema “The King can do no wrong”. Era una necesidad básica que el Estado se haga responsable de los daños que podía causar, ya que éstos representaban una violación a los derechos y garantía de los administrados.

3. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER DE REPARAR EL DAÑO

El Estado es el encargado de ordenar jurídicamente la sociedad para poder cumplir con sus fines, organizando sus distintos ámbitos de actuación y expresando su voluntad a través de sus distintos poderes, los cuales actúan de manera regular, pero nada obsta que los mismos puedan llegar a causar daños provocados sin dolo, culpa o negligencia, debiendo los mismos ser indemnizados. Como nos comenta la Dra. Reiriz:

Repugnaría los 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. (Reiriz, 1969, p. 18).

Una vez reconocida la responsabilidad estatal, surgió el inconveniente acerca de si la misma debía ser regulada por el derecho civil o por los nuevos conceptos del derecho público que comenzaban a elaborarse.

Desde un primer momento se sostenía que cuando el daño provenía de la actuación estatal en el ámbito del Derecho Civil o Mercantil, la responsabilidad proveniente de esos daños se iba a regir por las reglas del Derecho Privado, las cuales se hallan reguladas por el Código Civil. En este caso se trataba de una responsabilidad directa, basada en la idea de culpa, siendo aplicable el artículo 512² y 1109³ de dicho cuerpo normativo, además del nuevo artículo 43⁴ que trataremos en el capítulo II. En cambio, cuando el daño provenía de la actuación estatal en el ámbito de la función administrativa, la responsabilidad iba a ser regida por los principios del Derecho Público. (Cassagne, 1998)

3.1. Teorías del Derecho Privado

Una vez reconocida dicha responsabilidad, entre los civilistas predominó la orientación de que en el caso que una persona resultaba dañada por el Estado, la misma debía buscar su resarcimiento acudiendo a las disposiciones del Código Civil e invocar lo referido a delitos y cuasidelitos, enriquecimiento sin causa, o abuso de derecho, para poder de esta forma fundamentar dicha responsabilidad.

² Art. 512 C. C. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

³ Art. 1.109 C. C. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro.

⁴ Art. 43 C. C. 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"

Estos principios civiles que nombramos anteriormente eran de gran ayuda para fundar la responsabilidad de los funcionarios por los actos ilícitos que cometían en el pleno ejercicio de sus funciones, la cual surgía de forma expresa del artículo 1112⁵ del Código Civil argentino, o de forma tácita aplicando las disposiciones referidas a la responsabilidad por dolo o culpa. Por otro lado, se buscaba fundamentar la responsabilidad del Estado a causa del daño ocasionado por sus funcionarios o empleados, basándose en la responsabilidad indirecta del principal por el hecho del dependiente, aplicando el artículo 1113⁶ del Código Civil argentino. Es necesario tener en cuenta que en el derecho privado, la responsabilidad se puede dividir en directa o indirecta, siendo aplicada la primera al hecho propio y la segunda por el hecho del dependiente.

Esta idea de responsabilidad indirecta comienza a desmoronarse con el dictado del famoso caso Blanco en 1873, en el cual el Consejo de Estado Francés “establece que la responsabilidad del Estado no surge del texto positivo de la legislación civil, sino de un principio superior de justicia. Dicha responsabilidad nace como consecuencia del mal funcionamiento de un servicio público.” (Palazzo, 1995, p.11)

A partir de este fallo comienza una época publicista donde la responsabilidad del Estado se basaba en la teoría de la “falta de servicio” y la teoría de la “falta personal”, dejando a un costado la noción de culpa contenida en el Código Civil. Cuando hablamos de “falta de servicio”, hacemos referencia a la alteración de la igualdad, al soportar el particular un sacrificio especial que traduce la realización irregular de la función administrativa, debida por igual a todos los habitantes en forma regular y permanente. Es decir la mala prestación de un servicio público que se traduce en la producción de un daño a una persona, a raíz de que el agente del Estado no obró con la diligencia que debía.

⁵ Art. 1.112 C. C. 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.

⁶ Art. 1.113 C. C. 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. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable

Es importante tener en cuenta que la idea de “faute de service” es totalmente ajena al derecho civil y por lo tanto ajena a la noción de culpa. En el derecho administrativo lo que interesa es el desequilibrio que produce el daño y el servicio público, entendido éste como toda la actividad material o jurídica emanada de los poderes públicos que constituye la función administrativa.

La teoría de la “faute personnelle” nace con la idea de responsabilizar a los agente públicos, cuando los mismos actúen con culpa o dolo y de esta forma se delimitaría la responsabilidad del Estado. La falta personal es aquella que excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio. Si bien dijimos que con esta idea de falta personal el Estado delimitaba su responsabilidad, nada obsta que se puedan acumular las dos responsabilidades, pero es necesario que la falta personal se encuentra relacionada con el servicio que presta el Estado.

Podemos ver que esta nueva concepción publicista o administrativista, hace que se vea acotada la aplicación del Código Civil a la mayoría de los casos, pero me parece importante tener en cuenta una idea que proporciona Merienhoff.

Él señala que hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al derecho civil y válido directamente para el derecho administrativo. (Citado por Reiriz, 1969, p.25).

De esta forma resultaría conveniente aplicar las normas del Código Civil argentino al derecho administrativo, pero siempre teniendo en cuenta que las misma deberían ser adaptadas para poder integrarlas con sus principios y normas.

3.2. Teorías del Derecho Público

Otra parte de la doctrina consideraba que para fundamentar la responsabilidad del Estado era necesario recurrir a los nuevos principios del derecho administrativo. Sosteniendo la idea de que esas situaciones jurídicas no eran las de simples particulares y

por lo tanto no podían ser regidas por las normas del Código Civil. Era necesario buscar una diferente gama de teorías que puedan dar fundamento a la responsabilidad estatal.

3.2.1. Teoría de la Expropiación

Esta teoría entiende que la responsabilidad del Estado se debería guiar a través de los principios del régimen expropiatorio⁷. El fundamento estaría dado por el derecho de propiedad, consagrado en el art. 17⁸ de la C.N. el cual impone que ningún ciudadano puede ser privado de su propiedad sin el pago previo de una indemnización, la cual deberá tener una justa relación con el derecho conculcado. Nos parece importante tener en cuenta que la expropiación es un procedimiento regulado por la Constitución Nacional, por lo cual la misma no generaría responsabilidad, siempre y cuando el bien expropiado sea declarado de utilidad pública y se pague una indemnización. Es importante no confundir este procedimiento con la indemnización, ya que el fin inmediato de ésta es reparar el daño ocasionado por el Estado o por sus funcionarios.

Como bien señala Reiriz, la existencia entre un paralelismo entre expropiación y responsabilidad no debe conducir a la identidad de ambas nociones, pues la primera no hay un supuesto de responsabilidad, sino pura y simple ejercicio –por el Estado- de un derecho propio reconocido en la Constitución Nacional; en cambio, cuando la administración causa un perjuicio por un acto culpable de un funcionario, hay responsabilidad y no expropiación, ya que no ha habido una previa calificación legislativa de la utilidad pública de tal acto culposo.(Citado por Pizarro, 2012, p. 229)

⁷ LEY N°21.499 Nacional de Expropiaciones

⁸ Art. 17 C. N. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

3.2.2. *Teoría de la Igualdad ante las cargas públicas*

Se entiende que el Estado debería responder por los daños que el derecho considere injusto que pesen sobre un sujeto particular y no sobre la comunidad en su conjunto. Esta teoría cree que el fundamento está dado por el art.16⁹ de la C. N, el cual sostiene la igualdad y proporcionalidad ante las cargas públicas y ante la ley. No se concibe la idea de que algunos ciudadanos sufran más que otros, las cargas deben ser impuestas en el interés de toda la comunidad. Por lo tanto en el caso que un ciudadano sufra un daño y que no tenga el deber de soportarlo, se deberá resarcir mediante una indemnización por el sacrificio especial que hace este ciudadano en beneficio de toda la comunidad.

3.2.3. *Teoría del Sacrificio Especial*

Esta teoría encuentra demasiada relación con la comentada anteriormente, ya que el fundamento también radica en el art. 16 de la C.N. La misma fue elaborada por Mayer y él entendía que siempre que el Estado realice un acto legal y del mismo se obtenga una ventaja en detrimento de algún administrado, debía existir una indemnización. Para que opere la responsabilidad del Estado era necesario: que la administración haya obrado legítimamente y como consecuencia de ese actuar se cause un daño; que el daño que soporta el particular sea injusto y desigual; y que ese daño provoque un sacrificio especial que no debería soportar dicho particular, afectando de esta forma la equidad.

3.2.4. *Teoría del Riesgo social*

El argumento central de esta teoría es sacar la idea de culpa para responsabilizar al Estado, sustentándose en los riesgos sociales que se

⁹ Art. 16 C. N. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas

pueden llegar a generar con su actuación y siempre ajenos a toda idea de culpabilidad e ilegalidad. Lo que se busca es crear un seguro contra el riesgo social proveniente del funcionamiento de los servicios públicos.

La dificultad de esto, es que no siempre se hace alusión al mismo principio, es decir en los casos que el perjuicio es soportado por un individuo en beneficio del interés colectivo, la reparación se realizara con los fondos de las cajas colectivas.

Cuando la falta es cometida por algún funcionario del Estado, surge el inconveniente de saber con qué fondos se deberá pagar la indemnización. Y se entiende que si el daño se comete a raíz de una falta personal del funcionario, la reparación será con su propio patrimonio. Pero en el caso que el daño sea cometido por el funcionario cuando el mismo actuaba con la finalidad de proveer el servicio, la indemnización ser pagada con fondos de la caja pública.

3.2.5. Teoría basada en los principios constitucionales del Estado de derecho

Esta teoría entiende que el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en los principios fundamentales del Estado de Derecho, el cual se desprende del Preámbulo de la Constitución Nacional y de ciertos principios jurídicos fundamentales del sistema. Dentro de estos principios jurídicos podemos encontrar el alterum non ladere, el derecho a la vida y la dignidad humana, el derecho de propiedad, etcétera. Dichos principios favorecen a que se reconozca un sistema jurídico-político, el denominado “Estado de Derecho” y que se caracteriza por una seguridad jurídica que respeta los derechos y garantías de los ciudadanos.

4. Nuestra Opinión

Creemos, como nos advierte el Dr. Pizarro, que la última teoría es la orientación mayoritaria en nuestro país y que “dichos principios en los tiempos que vivimos hoy, no solo son posibles de fundamentar la responsabilidad del Estado, sino que también la de los particulares. Esto es así gracias a que la C.S.J.N. con un gran fundamento, consolidó la existencia de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente causado, sin importar si dicho daño provenía de un sujeto particular o del Estado”. (Pizarro, 2012)

Es el Estado quien debe responder por el daño injustamente causado a sus administrados, sin la posibilidad de que el mismo invoque principios de Derecho Público, los cuales le den la posibilidad de eximirse o de aminorar su responsabilidad.

Consideramos que lo ideal, sería abordar la responsabilidad del Estado mediante una tarea interdisciplinaria que contenga las normas de Derecho Público y Privado, la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y los pactos internacionales.

Capítulo II

La Responsabilidad del Estado en el ordenamiento argentino y su clasificación

1. Introducción

La responsabilidad civil en general es la obligación que tiene una persona o en este caso el Estado en reparar el perjuicio que injustamente sufre una persona como consecuencia de ese actuar. Esa reparación puede ser tanto en especie como en dinero, pero es necesario tener en cuenta que para que esa reparación se procedente, se deben dar ciertos presupuestos que hacen a la esencia de la responsabilidad civil en general. Por este motivo en el siguiente capítulo vamos a tratar de explicar cuáles son esos presupuestos y a que se refiere cada uno en particular.

Posteriormente analizaremos los dos regímenes de responsabilidad que el Código Civil Argentino consagró desde su redacción originaria, con el objetivo de demostrar que solo una de ellas regulaba la teoría de la responsabilidad del Estado. Nos referimos a la responsabilidad contractual, la cual comenzaremos por describir y analizaremos su régimen legal, para después centrarnos en la órbita de responsabilidad (extracontractual) que no fue reconocida desde un primer momento, y comentaremos el camino que debió recorrerse para que la misma sea receptada en la actualidad, sin olvidar que dicho reconocimiento fue gracias a tres leading cases jurisprudenciales.

2. Nociones generales

Como comentamos en el capítulo anterior, fue necesario recorrer un largo camino para que la responsabilidad del Estado sea reconocida plenamente. Resulta necesario tener en cuenta que el Estado es una persona jurídica de carácter público, en la cual podemos distinguir entre el Estado nacional y Estados provinciales, de acuerdo al sistema federal adoptado por nuestra Constitución Nacional.

Bustamante Alsina comenta que:

Se hace imprescindible tratar fuera del marco de la responsabilidad civil en general aquellas hipótesis que se particularizan por la naturaleza del sujeto, como en el caso de las personas jurídicas o por la índole de las funciones y actividades que cumplen los agentes, ya sea por la investidura del cargo o por la especialidad y exclusividad del ejercicio de una profesión, arte u oficio. (1997, p. 477).

Sin embargo, más allá que la responsabilidad del Estado sea tratada fuera del marco de la responsabilidad civil en general, los elementos o presupuestos que deben darse son similares en ambos casos y los trataremos a continuación.

3. Presupuestos de procedencia de la Responsabilidad del Estado

La regla general es que para que una persona o el Estado sean responsable, es necesario que se den ciertos requisitos: daño resarcible, antijuricidad, factor de atribución y relación de causalidad. No obstante, excepcionalmente existe la posibilidad de que el elemento antijuricidad pueda estar ajeno, como es el caso de la Responsabilidad del Estado por actividad legítima, la cual será tratada en el capítulo siguiente.

Por esto mismo es importante aclarar que si bien los presupuestos que nombraremos a continuación tienen relación inmediata con la responsabilidad estatal, nos pareció conveniente dar una aproximación de los mismos y posteriormente tratar en el capítulo III los presupuestos necesarios que se necesitan para responsabilizar al Estado por su actuación lícita.

3.1 El Daño

El daño es el presupuesto más importante de la responsabilidad civil, y si bien es el último presupuesto que aparece para que se pueda configurar una reparación, consideramos que es lo primero que se debe fijar para hablar de responsabilidad. Se entiende al daño como el “menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económico que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”. (Bustamante Alsina, 1997 p.169)

De lo expresado anteriormente, se desprende que el daño puede ser patrimonial o moral, según los intereses que se afecten. En cuanto al daño patrimonial podemos decir que se encuentra regulado por el artículo 1068¹⁰ del Código Civil y está conformado por dos elementos: el daño emergente- que se entiende como el perjuicio efectivamente sufrido, y el lucro cesante que consiste en las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del hecho dañoso. Respecto al daño moral podemos decir que se encuentra regulado en el artículo 1069¹¹ del Código Civil y se sostiene que el mismo “es toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra” (Bueres, 1997 p. 242)

Es importante tener en cuenta que no cualquier daño podrá ser indemnizado, sino que será necesario que el mismo cuente con ciertos requisitos, sin los cuales sería improcedente la reparación, dentro de los mismos encontramos:

- a) *El daño debe ser cierto*: el hecho dañoso debe concretarse de forma fehaciente ya sea actual o futuro, siendo imposible hablar de daños hipotéticos. Cabe aclarar que el perjuicio no dejaría de ser cierto si el daño no es actual o líquido.
- b) *Subsistente*: el hecho dañoso debe prolongarse en el tiempo para que de esta forma sea procedente su reparación.
- c) *Personal*: de este requisito se desprende que solo puede reclamar una indemnización la persona que sufre el daño de manera propia, ya sea perjudicado directo o indirecto. El perjudicado directo es aquel que se le produce el hecho dañoso en su persona o en sus bienes de manera directa. El

¹⁰ Art. 1068 C.C. Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

¹¹ Art. 1.069 C.C. 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".

Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable

perjudicado indirecto, es aquel que como consecuencia de un hecho dañoso producido a otra persona, sufre un detrimento en sus bienes o en su persona. (Bustamante Alsina, 1997)

- d) *Lesión a un interés no ilegítimo*: es decir que la lesión puede recaer tanto en un simple interés, en un interés legítimo, o en un derecho subjetivo.

3.2 La antijuricidad

Podemos decir que este es otro presupuesto necesario de la responsabilidad civil y que el mismo ha ido evolucionando a lo largo de la historia. En un primer momento se entendía que un acto era injusto cuando violenta una norma jurídica prohibitiva o imperativa, es decir que para que una conducta sea contraria, la misma debe encontrarse tipificada en el ordenamiento jurídico. (*Antijuricidad formal*).

Posteriormente en una época diferente se considera a la antijuricidad como la conducta contraria no solo al ordenamiento jurídico formal, sino también a otras fuentes del derecho como la costumbre, la moral y los principios generales del derecho. (*Antijuricidad material*). (Bueres, 1997)

En la actualidad se entiende que una conducta es antijurídica cuando la misma es contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. En referencia a la responsabilidad del Estado, creemos que como regla general es necesaria la antijuricidad en la conducta estatal para que pueda operar la responsabilidad, ya sea que la misma provenga de una conducta positiva o negativa. Excepcionalmente se da la posibilidad de la ausencia de este presupuesto en los casos en que el Estado está obligado a responder por los daños que ocasiona a consecuencia de su actividad legítima o lícita, basándose en el principio de igualdad ante las cargas públicas con fundamento en el factor de atribución objetivo-sacrificio especial. Posteriormente abordaremos este tema en el capítulo III.

3.3 El Factor de Atribución

El factor de atribución “es un elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del

incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona”. (Pizarro, 2004, p. 575)

En el capítulo I según la posición mayoritaria, comentamos que el fundamento de la responsabilidad del Estado estaba dado por los principios fundamentales del Estado de Derecho, emergentes de la Constitución Nacional. De igual modo se sostiene que la obligación de resarcir puede derivar de algún factor de atribución, dependiendo del ámbito o la actividad donde se desenvuelva el Estado.

Los factores objetivos de atribución hacen abstracción de cualquier idea de culpabilidad y se sustentan en parámetros propios. Dentro de éstos, y en lo que concierne a la responsabilidad del Estado se destacan principalmente: la falta de servicio, el riesgo creado y el sacrificio especial.

La falta de servicio

Esta idea fue receptada por la C.S.J.N. en el fallo “Vadell” que comentaremos al hablar de la responsabilidad extracontractual. La falta de servicio hace referencia a que la administración cuando debió hacer algo lo hizo de manera irregular, tardía o directamente no lo hizo. Cabe tener en cuenta que la idea de culpabilidad es ajena y por lo tanto el juicio de valoración no sería sobre la conducta del agente, sino sobre la prestación del servicio.

Según una parte de la doctrina apoyada por Cassagne, considera que el fundamento de la falta de servicio se encuentra en el artículo 1112 del Código Civil, el cual contempla la responsabilidad de los funcionarios. Dichos autores sostienen que el artículo 1112 se encarga de establecer la conexión del factor de atribución con la responsabilidad del Estado. Sosteniendo además, que ese artículo es una norma de derecho público, introducida en el Código Civil, siendo aplicable en algún caso mediante la analogía. (Citado por Pizarro, 2012).

Nosotros creemos que esto no es así y sostenemos que el artículo 1112 del Código Civil se refiere a la responsabilidad de los funcionarios frente al Estado y a los particulares, y es inconcebible pensar en la idea de que dicho artículo contempla una conexión del factor de atribución con la responsabilidad del Estado. Además resulta absurdo que el Código Civil sea aplicable por analogía, cuando después de

la reforma introducida por la ley 17. 711 quedó claro que el Estado es una persona jurídica de carácter público y el mismo puede ser demandado por la causación de un daño proveniente de una conducta lícita o ilícita derivada de un incumplimiento obligacional o del deber genérico de no dañar a otro.

El Riesgo Creado

Si bien no es tan usual, nada obsta a que en algunos casos la responsabilidad del Estado quede atrapada por el factor de atribución riesgo creado, con fundamento en el artículo 1113 del Código Civil.

El Sacrificio Especial

Es el factor objetivo generalmente utilizado en los casos en que el Estado causa un daño por su actividad legítima. El fundamento de este factor objetivo se encuentra en el artículo 16 de la C.N. que consagra el principio de igualdad y proporcionalidad ante las cargas públicas. Es necesario que se den ciertos requisitos para que la responsabilidad del Estado opere; el Estado debe haber obrado legítimamente, y a raíz de ese obrar causar un daño, el cual es soportado por una persona de manera injusta y desigual en beneficio de toda la comunidad.

3.4. El nexo de Causalidad

“La necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido, se denomina relación de causalidad”. (Pizarro, 2004, p.94)

Lo que busca este elemento de la responsabilidad, es saber si un resultado dañoso es posible de asignar a una persona determinada. Siempre teniendo en cuenta que lo que se busca no es reprochar si la conducta del agente es punible o no punible, sino indagar si dicha conducta puede ser atribuida a esa persona.

Este presupuesto tiene dos funciones sumamente importantes; la primera, como dijimos antes, es buscar la autoría de un resultado dañoso, y la segunda, es la adecuación causal para saber hasta donde será obligado a resarcir el sindicado como responsable.

En el Código Civil encontramos la teoría de la causalidad adecuada, la cual sostiene que se debe realizar un juicio de probabilidad o previsibilidad para saber si a través de la

conducta de una determinada persona era posible desencadenar un determinado daño. Ese juicio de probabilidad o previsibilidad debe hacerse tomando en cuenta lo que hubiera hecho el hombre medio según el curso normal y ordinario de las cosas.

Para que exista responsabilidad, es necesario que el daño sea imputable al Estado, o que el mismo haya sido causado por un órgano del Estado. Las personas físicas actúan representando al Estado, según la teoría del órgano, es decir como si actuara el Estado mismo y por lo tanto va a ser éste quien responda por ellas, siempre y cuando se encuentren en el ejercicio o en ocasión de su función. En cambio, los actos que el agente realice y que no tengan relación con el servicio, no son imputables a la administración, teniendo que responder el propio funcionario.

4. Clasificación de la Responsabilidad del Estado

El Código Civil Argentino en su redacción originaria consagró dos regímenes de responsabilidad. Por un lado el proveniente del incumplimiento obligacional, mal llamado por la doctrina mayoritaria responsabilidad contractual y aplicado sin ningún cuestionamiento para responsabilizar al Estado, y por otro, el derivado de la violación al deber genérico de no dañar a otro, denominado responsabilidad extracontractual o aquiliana, la cual fue negada desde un primer comienzo y gracias a importantes aportes jurisprudenciales fue reconocida a lo largo de la historia.

Una parte importante de la doctrina sobre todo administrativista, considerar que esta distinción de responsabilidad,

Se trata de una clasificación que corresponde sobre todo a fines didácticos, pues si la restitución es siempre un acto de la justicia conmutativa (que obliga a reparar en proporción de la cosa, restableciendo la igualdad alterada por la producción del daño) la reparación debida guarda conformidad con un principio de justicia legal o general, por cuyo merito el deber del administrado a soportar cargas públicas (en sentido lato, este concepto comprende todo acto o hecho estatal que produce un perjuicio) exige que todo sacrificio se imponga en forma igualitaria, porque sería injusto que un particular debiera soportar, de un modo desigual, la actividad administrativa dañosa. Pero la

restitución siempre será un acto de la justicia conmutativa porque ella, en sí misma, no es justicia legal o general sino que es de justicia particular, donde se restituye algo a un individuo en proporción a la cosa y no a la posición o participación que ese individuo tenga como parte en la comunidad. (Cassagne, 1998, p.486)

Nosotros creemos que esta clasificación no tiene fines didácticos como proporciona Cassagne, sino fines prácticos que se hayan referidos a dos diferencias básicas que tiene estos dos regímenes de responsabilidad.

La primera diferencia la encontramos en la extensión del resarcimiento el cual se basa en un régimen de consecuencias establecido en el artículo 901¹² del Código Civil. Dicho artículo establece que en el régimen de responsabilidad contractual se debe responder por las consecuencias inmediatas y en caso que el auto obre con dolo obligacional también se responde por las consecuencias mediatas. En la responsabilidad extracontractual, se deberá responder por las consecuencias inmediatas, mediatas y solo causales en el caso que el autor del hecho lo haya tenido en miras la situación antes de realizar el hecho.

La segunda diferencia está relacionada con la prescripción liberatoria, siendo de 10 años en la responsabilidad por incumplimiento obligacional y de 2 años en la responsabilidad extracontractual.

4.1. Responsabilidad Contractual y régimen legal

Al hablar de responsabilidad contractual, podemos mencionar que existe una discrepancia en la doctrina respecto a cual es la fuente que daría nacimiento a este tipo de responsabilidad. Una parte de la doctrina entiende que la misma se configuraría solo en los casos en que se de un incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato, es decir que todo lo que no provenga de un contrato no caería dentro de esta órbita. Otros, en posición que compartimos, entienden que la misma puede provenir no solo del

¹² Art. 901 C. C. Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

incumplimiento de un contrato válido, sino de cualquier obligación preexistente, ya sea que su fuente sea un contrato u otra distinta, y que por este motivo debería llamarse responsabilidad por incumplimiento obligacional y no contractual.

Como dice Bustamante Alsina:

Lo que ubica a la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual, o fuera de él en el ámbito extracontractual, delictual o aquiliano, no es la fuente de la obligación violada, sino el carácter de ella. Si el deber preexistente es específico y determinado en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera sea la fuente, la responsabilidad entra en el ámbito contractual. Si el deber es genérico de no dañar e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber, la violación queda en el ámbito extracontractual o delictual, que es la regla en materia de responsabilidad civil. (Pizarro, 2009, p. 469).

En lo que hace a la responsabilidad contractual proveniente de la actuación estatal, podemos mencionar que la misma siempre fue reconocida por el Código Civil desde su redacción originaria, en su artículo 42. “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”. Es decir como si fueran personas físicas y por lo tanto el dolo o la culpa de sus órganos en el cumplimiento de los contratos se proyecta sobre la persona jurídica.

Este tipo de responsabilidad está relacionada con los contratos y actos administrativos ente el Estado y los particulares, los cuales pueden generar la obligación de resarcir a causa de un determinado daño. El Estado, tiene la obligación de indemnizar al sujeto con el cual estableció un vínculo contractual, debido a que no cumplió con la prestación por la cual se había obligado. Esta obligación de indemnizar, nunca fue digna de discusión, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia y es por eso mismo que Rafael Bielsa sostiene que “La responsabilidad contractual de la Nación no se ha discutido nunca. Respecto de ella la Nación ha sido siempre demandable” (Citado por Colautti, 1995, p.44)

4.2. Responsabilidad Extracontractual y regimen legal

La responsabilidad extracontractual es la que deriva del deber genérico de no dañar a otro y que encuentra su fundamento mediato en el artículo 14 y 17 de la Constitución Nacional que consagran la inviolabilidad de la propiedad y el artículo 19 de la misma que contempla el principio “alterum non laedere”.

Este tipo de responsabilidad fue negada desde la redacción del Código Civil, ya que su artículo 43 rezaba “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”. Es decir que en ningún caso se podía responsabilizar al Estado por el daño que pueda llegar a causarle a un particular como consecuencia de su actuar.

Existen diferentes doctrinas que han indagado sobre este tipo de responsabilidad y que interpretan en forma diversa a este artículo. Dentro de las más importantes encontramos:

4.2.1. Teoría de la ficción

Según ésta las personas jurídicas consagradas en el artículo 33¹³ del código civil, no responden por los actos ilícitos cometidos por sus órganos o agentes ya que estos, son contratados para ejercer actos lícitos. Por lo tanto si son contratados para realizar actos lícitos, existe la posibilidad que los mismos sean demandados por una responsabilidad de tipo contractual.

¹³ Art. 33 C.C. Las Personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.

Tienen carácter público:

1°. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios.

2°. Las entidades autárquicas.

3°. La Iglesia Católica.

Tienen carácter privado:

1°. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.

2°. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

4.2.2. Teorías negatorias

Estos se encargaban de negar la responsabilidad de la persona jurídica, pero sostenían que existía responsabilidad de los miembros de la misma por la culpa de sus representantes, la cual le llaman asociación personificada.

4.2.3. Teoría realista

Estas consagran la responsabilidad civil de las personas jurídicas pero sostiene que es necesario que se den diferentes requisitos: el primero es la culpa del órgano excepto que el fundamento de responsabilidad sea objetivo, el segundo que el órgano obre en calidad de tal, y el tercero que en caso de existir un dependiente, el mismo obre en ejercicio de su función. (Bustamante Alsina, 1997).

Creemos que la teoría realista es la que más se adecua a la realidad de la persona jurídica y la que se encuentra hoy consagrada en el nuevo artículo 43¹⁴ del Código Civil reformado por la ley 17.711.

Nos parece importante desarrollar la evolución jurisprudencial de esta responsabilidad, reflejada en tres etapas bien diferenciada por la Corte Suprema de Justicia.

4.3. Evolución jurisprudencial de la Responsabilidad Extracontractual

Primera etapa:

La misma transcurre desde la redacción del Código Civil hasta el año 1933 en el que la Corte dicta la causa “Tomas Devoto y cía.”¹⁵. En este periodo no era reconocida esta responsabilidad debido al principio general consagrado en el artículo 43 del Código Civil.

¹⁴ Art. 43 C.C. 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".

¹⁵ C.S.J.N. Tomás Devoto y Cía. c/ Estado Nacional - Fallos 169:111. (1933). Recuperado el 10/09/2013 de <http://www.laleyonline.com.ar/>

Sin embargo con el paso del tiempo se comenzó a reconocer este tipo de responsabilidad respecto de los “actos de gestión” (es decir aquellos en que las partes se encuentran en un plano de igualdad de derechos), respondiendo el Estado no como depositario de la soberanía sino como intendente de los servicios públicos, pero no lo era respecto de los “actos de imperio” (aquellos en lo que las partes se encuentran en una situación desigual o en una subordinación de poder y que corresponden a la esfera del derecho público).

Segunda etapa:

Comienza en el año 1933 con el fallo dictado en la causa “Tomas devoto y cía.” La cual sienta el primer reconocimiento de responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de que otra parte de la doctrina entiende que la misma comenzaría en el año 1938 con la causa “ferrocarril oeste c. Provincia de Buenos Aires”¹⁶ hasta el año 1984.

El problema consistía en que empleados de la oficina de telégrafos Nacional se encontraban en un campo que alquilaba la empresa, para arreglar unas líneas telegráficas. Se produce un incendio que se origina en el campamento a causa de chispas desprendidas de un brasero deficiente que se usaba para cocinar, en un terreno seco y sin las precauciones necesarias para el caso. En dicha oportunidad el tribunal sostuvo que:

“Que el incendio como acto probado por la Ley impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad, a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que sirve o que tiene a su cuidado. Lo que hacía aplicable los Art. 1109 y 1113 del código civil”. (Considerando n° 3).

“Queda demostrada la existencia de perjuicios reales de daño emergente y posible lucro cesante, por la prueba pericial, de testigos e instrumental que ha invocado a la cámara, pero no habiendo sido demostrados en su extensión precisas, es procedente la vía del juramento estimatorio para su fijación (art.220 C. Procedimientos)” (Considerando n° 4)

¹⁶ C.S.J.N. Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires – Fallos 182:5 .(1938) Recuperado el 10/09/2013 de <http://www.laleyonline.com.ar/>

Podríamos observar que para reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado la Corte elaboró una construcción pretoriana para poder saltar la valla del artículo 43 del Código Civil, teniendo como base una responsabilidad indirecta, es decir aquella en la que incurre el funcionario público por actuar con impericia, negligencia, culpa o dolo y por la que el Estado debe responder ya que los mismos se encuentran bajo su responsabilidad por ser sus dependientes, aplicando los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

Esta decisión de la Corte fue criticada por Bielsa, aduciendo que le parecía un error fundar la responsabilidad en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, siendo estas inaplicables al derecho administrativo, máxime cuando podía haber acudido al precepto contenido en el artículo 1112 del Código Civil que regula la responsabilidad del Estado por la llamada “falta de servicio” con fundamento en el derecho administrativo y entendiendo que no es justo que los administradores soporten los daños causados por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, siendo posible alterar el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (Citado por Cassagne, 1998).

Otra parte de la doctrina como comentamos anteriormente, entiende que la segunda etapa comenzaría a partir del año 1938 cuando la Corte Suprema se pronuncia sobre el fallo “ferrocarril oeste c. Provincia de Buenos Aires. En el comentado fallo la empresa ferrocarriles argentinos accionó contra la Provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios ocasionados por el Registro de la Propiedad de la Plata al expedir un certificado en el que constaba que el terreno que la empresa adquirió estaba libre de gravamen. El máximo tribunal condeno a indemnizar a la Provincia de Buenos Aires por la defectuosa expedición de un informe registral de dominio falso, apoyándose en:

“... Que todo lo sucedido tiene su origen en un certificado falso expedido por el Registro de la Propiedad, el 23 de abril de 1914, núm. 24.827, según el cual la propiedad era de Pardal en esa fecha, cuando en realidad, en 1910, había pasado ya al dominio de Casir”. (Considerando n°2)

“Que, en principio, 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 (doctrina de los arts. 625 y 630 del

cód. civil). Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida. Que, haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata, siendo así de aplicación al caso los arts. 1112 y 1113 del cód. Civil” (Considerando n°5)

La Corte fundamentó su decisión teniendo en cuenta la defectuosa prestación del servicio público, dando por primera vez la noción de “falta de servicio” la cual fue reconocida años mas tardes y estableciendo que en materia de responsabilidad del Estado, la misma se rige por el Derecho Público y que a la aplicación del Código Civil supletoria o subsidiariamente por razones de justicia y equidad.

Tercera etapa:

El tercer periodo comienza en el año 1984 con la causa “Vadell, Jorge F c. Provincia de Buenos Aires”¹⁷ hasta los días de hoy. En el mencionado fallo resulta que se demanda a la provincia de Buenos Aires por un error del registro de la propiedad en la expedición de un informe registral. La Corte demuestra la responsabilidad de la provincia, toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. Tribunal sostuvo:

”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.

¹⁷ C.S.J.N. “Vadell, Jorge F. c/ Prov. de Buenos Aires” (1984).Recuperado el 10/09/2013 de <http://www.laleyonline.com.ar/>

Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad “por 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” (Considerando n°5)

Gracias a este pronunciamiento de la Corte, podemos ver que la responsabilidad del Estado en su órbita extracontractual ya sea por su actividad ilegítima, comisiva u omisiva, es concebida, de tal modo, como directa y objetiva, con basamento en la noción de falta de servicio, la cual se desprende subsidiariamente de la aplicación del artículo 1112 del Código Civil.

Queda claro entonces que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva. Directa porque se basa en la teoría del órgano y entiende que el funcionario público es una parte integrante de todo el aparato estatal y que cualquiera sea la órbita en donde se desempeñe, se tendrá en cuenta que el que actúa es el Estado mismo. A su vez decimos que la misma es objetiva por que se encuentra ausente toda idea de culpabilidad, es decir ya no es necesario hacerle un reproche subjetivo al agente demostrando que el mismo obró con culpa, negligencia, impericia o dolo, sino que es necesario demostrar el defectuoso o mal funcionamiento del servicio para que se configure la responsabilidad del Estado, fundándose en un factor objetivo de atribución.

Una vez reconocida la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario tener en cuenta que la misma puede ser subdividida en dos grandes especies. Por un lado tenemos la responsabilidad del Estado proveniente de su actividad ilegítima, la cual tiene como requisito indispensable el presupuesto de antijuricidad, el cual contempla una conducta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado, sin perjuicio que también deban darse los demás presupuestos. Este tipo de responsabilidad está basada en la idea de falta de servicio o servicio defectuoso consagrada en los fallos comentados anteriormente.

Este tipo de responsabilidad puede presentarse mediante actos o hechos de la administración, como también por omisión de la misma. Debido a esto cada caso tiene un

tratamiento especial dependiendo la función (legislativa, ejecutiva o judicial) desempeñada por cada órgano del Estado.

Por el otro lado tenemos la responsabilidad del Estado proveniente de su actuación legítima, la cual se podría decir que no es tan rigurosa con el presupuesto de antijuricidad, ya que el Estado está desempeñando su función de forma legítima con las atribuciones que se le conceden y como consecuencia de ese actuar, el mismo causa un perjuicio que debe ser soportado por un particular, en beneficio de toda la comunidad. El fundamento de este tipo de responsabilidad se encuentra en la teoría del sacrificio especial, que sostiene la igualdad y proporcionalidad ante las cargas públicas, con sustento en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Este tipo de responsabilidad es la nos interesa a nosotros y es la que desarrollaremos a lo largo de los próximos dos capítulos.

Capítulo III

Responsabilidad Extracontractual del Estado por actos lícitos

1. Introducción

En el siguiente capítulo nos referiremos a la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos, es decir que si bien el Estado actúa regularmente y dentro del plano de sus facultades, el mismo puede ser responsable de las consecuencias de ese actuar, sin olvidar que será necesario que se den una serie de requisitos o presupuestos, a los cuales haremos alusión.

Además describiremos algunos de los supuestos en los que el Estado puede ser responsable por actos lícitos y posteriormente nos centraremos en la extensión del resarcimiento ya que todavía se dice que no se ha encontrado un criterio uniforme para proceder a la reparación.

Finalmente dedicaremos unas palabras a la prescripción de la acción, es decir al tiempo que tendrá el particular dañado para poder ejercer ese derecho a indemnización.

2. Nociones generales

Creemos que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad lícita o legítima fue de gran importancia para reparar situaciones que se encontraban desamparadas debido a la vieja fórmula del Código Civil que sostenía que el ejercicio regular de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal, no podían constituir como ilícito ningún acto, por lo cual resultaba improcedente reclamarle algo al Estado.

Este tipo de responsabilidad extracontractual por actividad lícitos generalmente se da en el ámbito público cuando el Estado en el desenvolvimiento de su actuar lícito genera conductas dañosas que deben ser soportadas por la minoría, en beneficio de la mayoría, sin

perjuicio que también pueda darse en el ámbito del derecho privado como es el caso de los daños producidos por la búsqueda de tesoros en terrenos ajenos.

Lo importante como dice Mairal es no olvidar “que la responsabilidad por acto lícito no procede como regla, por cuanto, como la ha dicho repetidamente la Corte Suprema, el ejercicio de los poderes propios del Estado no pueden fundar un derecho de indemnización para los particulares sin frenar toda la actividad pública.”(Citado por Pizarro, 2012, p.281).

El fundamento de dicha responsabilidad esta dado por “la teoría del sacrificio especial” que se da cuando a un ciudadano se lo imponer cargas desiguales y desproporcionadas en relación con toda la población, debiendo las mismas ser indemnizadas con el fin de preservar la garantía de igualdad y proporcionalidad ante las cargas públicas, consagradas en el art 16 de la Constitución Nacional.

3. Presupuestos de procedencia

Los requisitos necesarios para la configuración de este tipo de responsabilidad fueron receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”¹⁸ en la que se entendió que se debían dar requisitos imprescindible como, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y, obviamente, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada. Posteriormente el dictado del fallo en la causa “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”¹⁹ sumo dos requisitos mas, relativos a la necesidad de que se configure un sacrificio especial en algún afectado y la ausencia de un deber jurídico que imponga al damnificado soportar el daño. Es decir que los presupuestos serian los siguientes:

¹⁸ C.S.J.N. “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”. Recuperado el 26/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>

¹⁹ C.S.J.N. “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”. Recuperado el 26/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>

A. Existencia de un daño actual y cierto

Es necesario que exista una lesión a una situación jurídicamente protegida la cual debe reunir distintos caracteres. El daño puede ser actual o futuro, pero es necesario que sea cierto lo cual dejaría afuera los daños hipotéticos, además debe estar individualizado en una persona determinada y se da la posibilidad que la lesión provenga por la afectación de un derecho subjetivo o un interés legítimo. (Cassagne, 1998)

B. Relación de causalidad entre el accionar estatal y el perjuicio

Cuando nos referimos a esto en el capítulo II dijimos que es necesario que encontremos una relación de causalidad adecuada entre la conducta de una determinada persona y el resultado dañoso producido. No debemos olvidar que se realizaba un juicio de previsibilidad o probabilidad, el cual debía ser según el hombre medio teniendo en cuenta el curso normal y ordinario de las cosas para saber si la conducta de una persona podía tener relación con un resultado dañoso, sin atribuirle ningún reproche subjetivo.

C. Imputabilidad material de los daños al Estado

Este presupuesto se refiere a una imputabilidad objetiva que prescinde del requisito de voluntariedad consagrado en el artículo 900 del Código Civil²⁰. Dicho artículo entiende que para que un acto pueda producir una obligación debe ser realizado con intención, discernimiento y libertad. Pero esto no es así en el ámbito de la administración, la cual deberá responder por los hechos ejecutados por un funcionario demente, cuando por su actuación se deriva una falta de servicio o también cuando sea imposible individualizar al responsable, siempre que sea posible atribuirle materialmente un determinado acto o hecho derivado de un órgano del Estado en ejercicio o en ocasión de su función. (Cassagne, 1998).

El Estado es responsable de la conducta de sus funcionarios debió a la teoría del órgano, la cual considera que el Estado al ser una persona jurídica, actúa a través de

²⁰ Art. 900 C.C. Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.

personas físicas, los cuales expresan la voluntad del Estado como si actuara el mismo de forma directa.

D. Sacrificio especial por parte del damnificado:

Según Bianchi el sacrificio especial o singular se da “cuando una norma de alcance general (ley o reglamento) impone a una persona o grupo de personas, una carga específica o mayor que al resto de los alcanzados por aquella, generándole así un perjuicio diferenciado”. (Citado por Pizarro, 2012, p.283)

La teoría del sacrificio especial sabemos que está amparada por el artículo 16 de la Constitución Nacional que consagra la igualdad y proporcionalidad ante las cargas públicas. Pero más allá de esto, se entiende que la población debe soportar algunos daños causados por el Estado proveniente de su actividad legítima porque eso mismo hace a la propia existencia del Estado. Sin perjuicio que la persona damnificada tenga derecho a una indemnización.

Se exige además que el daño sea especial, es decir sufrido por una persona o un grupo de personas determinable, basado en parámetros cualitativos y no cuantitativos. Ahora bien, cuando es muy grande el número de personas afectadas por un sacrificio especial, la figura pierde su verdadero sentido, desde el instante que la carga es soportada por la mayoría de población y por lo tanto resultaría absurdo que un grupo mínimo de personas termine resarcido a la mayoría de la población. (Pizarro, 2012)

E. Ausencia del deber jurídico de soportar el daño

Si entendemos que el daño es todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, no resultaría raro pensar que el mismo no debería ser soportado cuando es causado por el Estado en el desenvolvimiento de su actividad lícita. Pero tampoco resultaría raro sostener que el Estado no sea responsable por ese tipo de daños, debido a que está realizando las tareas que le corresponden por las atribuciones que tiene.

El problema de estos se da porque confundimos lo que es la conducta que origina el daño, con el daño mismo. Esto se puede ver en el caso de la expropiación cuando el expropiado se puede resistir al despojo de su propiedad, pero no a la ley expropiatoria

valida, que obliga a entregar la propiedad con motivo de utilidad pública siempre que el Estado entregue una indemnización razonable.

Sostenemos que al llamar de esta forma a este presupuesto estamos cometiendo una equivocación que nos lleva a una confusión engorrosa, por lo cual resultaría más fácil llamarlo “obligación de soportar el daño”, siempre y cuando el mismo sea resarcido. (Comadira, 2012)

4. Supuestos de Responsabilidad por Actos Lícitos

Los daños causados por la actuación lícita del Estado pueden provenir por hechos y actos legítimos, como también por leyes o reglamentos, los cuales muchas veces pueden tener basamento en la ley formal. A continuación tomaremos una clasificación que nos parece muy útil, realizada por Cassagne.

❖ Por hechos y actos legítimos:

- I. La ocupación temporaria de bienes pertenecientes a particulares.
- II. La expropiación de bienes privados por causa de utilidad pública o bien común.
- III. La requisición de bienes en tiempo de guerra.
- IV. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando ella fuere procedente y siempre que se observen las garantías constitucionales.
- V. La realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles linderos de particulares, ya sea que provengan o no de obra autorizada por la ley. (Cassagne, 1998, p.513)

❖ Por leyes o reglamentos:

- I. Leyes que consagran el monopolio estatal de actividades, lesionando el derecho de los particulares que tenían a cargo dichas actividades y debieron cesar en la fabricación o comercialización de los respectivos bienes.

- II. Leyes que consagran la prohibición de fabricar o comercializar determinados productos en beneficio de otros intereses particulares o de un interés general.
- III. Reglamentos que estatuyen la prohibición de importar determinadas mercaderías con el objeto de desnivelar la balanza de pagos y de proteger la industria nacional. (Cassagne, 1998, p.514)

Lo claro es que en todos estos casos que nombramos anteriormente el Estado ejerce regularmente su competencia de forma lícita y a consecuencia de ello causa perjuicios, los cuales deber ser soportados por los administrados en aras del bien común. Si bien esos perjuicios deben ser soportados, no quiere decir que el Estado no tenga la obligación de indemnizar a dichos administrados por el sacrificio que realizan, el cual en cierto modo beneficia a la sociedad y perjudica a ellos mismos.

Es importante no olvidar que el fundamento de este tipo de responsabilidad está dado por la teoría del sacrificio especial la cual tiene fundamento constitucional y contempla la igualdad y proporcionalidad ante las cargas públicas.

5. Extensión del Resarcimiento

Sabemos que el Estado en su desenvolvimiento como poder público realiza actos lícitos o legítimos para cumplir con sus determinados fines, los cuales pueden generar determinados daños a los administrados. Una vez producido dichos daños, surge la pregunta ¿Si la indemnización que se debe como consecuencia de ese actuar contempla el valor del derecho afectado (daño emergente), o si también es posible sumarle el lucro cesante?

Me parece conveniente dejar claro estos dos conceptos antes de centrarnos en dicha pregunta, tan controvertida en los tiempos de hoy. Cuando nos referimos al daño emergente hacemos alusión “a la pérdida o disminución de los valores existentes en el patrimonio de una persona, a raíz del hecho ilícito aquiliano o del incumplimiento obligacional” (Pizarro, 2004, p.660). En cuanto al lucro cesante se dice que “son las

ganancias frustradas, dejadas de percibir por el damnificado, a raíz del ilícito o del incumplimiento de la obligación” (Pizarro, 2004, p.660).

Respecto a la pregunta en cuestión me parece conveniente dar un panorama actual de cómo se encuentra esta situación, para después centrarnos en cuatro corrientes diferentes que se sostienen según la mirada de cada autor y que hacen más engorrosa la decisión respecto a la procedencia o improcedencia del lucro cesante. Por un lado se encuentran los administrativistas quienes niegan la procedencia del lucro cesante, debido a que la regla general en el derecho público para regular las indemnizaciones por la actividad lícita del Estado, está dada por el artículo 10 de la ley de expropiaciones²¹. En contraposición a estos tenemos a los civilistas que sostiene que la reparación debe ser integral porque la misma es un derecho constitucional que se encuentra resguardado por el artículo 19²² y 28²³ de la Constitución Nacional y por el artículo 21, inc. 2° del Pacto de San José de Costa Rica²⁴.

❖ *Posición clásica que sostiene la aplicación de la ley de expropiación y la exclusión del lucro cesante*

Sostienen que en los casos de responsabilidad por actos lícitos, solo será indemnizable el daño emergente con exclusión del lucro cesante. En primer lugar porque no se encuentra una norma rectora que regule la cuestión, y es la ley de expropiación la que guarda mayor similitud en relación a los presupuestos y al sacrificio que experimenta el administrado, por lo cual debería aplicarse analógicamente, siempre y cuando no exista una

²¹ Art. 10 Ley 21.499. La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización, el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses

²² Art. 19 C.N. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

²³ Art. 28 C.N. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

²⁴ Art. 21 inc. 2° Pacto San José de Costa Rica. Ninguna persona PUEDE SER Privada bienes de Sus, EXCEPTO MEDIANTE EL Pago de Indemnización justa, Por Razones de Utilidad Pública o de Interés y sociales en los Casos y según rubro las Formas establecidas Por La ley.

norma legal expresa que imponga al caso una solución diferente. En segundo lugar porque si en la ley expropiatoria que es la máxima afectación al derecho de propiedad de una persona, no se reconoce el lucro cesante, mucho menos podría pensarse que será reconocido en esta situación. (Pizarro, 2012)

Quienes propician dicha posición niegan el principio de reparación plena o integral sosteniendo que no existe una regla constitucional que lo eleve a la categoría de principio general. (Comadira, 2012)

❖ *Posición que distingue entre el origen administrativo o civil del derecho lesionado*

Esta posición es sostenida por Merienhoff y en un primer momento se puede decir que es más flexible que la anterior, ya que por lo menos contempla la posibilidad de la reparación integral, cuando el derecho conculcado sea de naturaleza común. El sostiene que:

La amplitud de la reparación depende del origen y naturaleza del derecho lesionado por la conducta del Estado: si tal derecho es de naturaleza "administrativa", la indemnización sólo debe el daño emergente, y si es de naturaleza y origen "común" (civil o comercial), el resarcimiento debe ser integral, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante. (Citado por Palazzo, 1995, p. 66)

Además se considera que la distinción entre la naturaleza administrativa o civil del derecho, no solo sirve para solucionar la discusión acerca de la extensión del resarcimiento, sino que también resulta útil para diferentes cuestiones relacionadas con dichas ramas.

❖ *Posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se dice que no ha seguido un criterio uniforme ya que en algunos casos "Motor once S.A V.

Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”²⁵ negó la procedencia del lucro cesante, mientras que en otros casos “Eduardo Sánchez Granel V. Dirección Nacional de Vialidad”²⁶ lo acepto basándose en el principio de reparación plena e integral.

Si bien la corte todavía no tiene un criterio único referente a la extensión del resarcimiento, me parece conveniente traducir una opinión muy acertada:

El criterio para medir la extensión de la indemnización por el accionar legítimo del Estado responde al mandato constitucional y legal de reparar la disminución patrimonial que sufre el valor objetivo del bien o derecho por razones de utilidad pública (art. 10 de la L.N.E.), que, en cada caso, puede estar representado tanto por el daño emergente como por el lucro cesante incorporado al patrimonio, convirtiéndose en un valor objetivo indemnizable, ya sea de acuerdo a la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos a una valoración ponderada o prudencial, o mediante la utilización de ratios de proporcionalidad. (Cassagne, 1998, p.561)

❖ *Posición que toma como regla el principio de reparación plena o integral*

Los que propician esta idea la cual estamos de acuerdo, entienden que al referirnos a la extensión del resarcimiento existe un principio rector que sostiene que la reparación del daño injustamente sufrido debe ser plena o integral, la cual comprendería tanto el daño emergente, como el lucro cesante y el daño moral. Además entienden que la extensión del resarcimiento se rige por las normas del Código Civil ya sea que el daño provenga de un incumplimiento obligacional o aquiliano.

Consideran que limitar la reparación al daño emergente sería una absoluta arbitrariedad porque estaríamos limitando el derecho a la reparación integral y la garantía de propiedad, los cuales se encuentran consagrados constitucionalmente. (Pizarro, 2012)

²⁵ C.S.J.N.- “Motor once S.A. V. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”. Recuperado el 27/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>

²⁶ C.S.J.N.- “Eduardo Sánchez Granel V. Dirección Nacional de Vialidad” .Recuperado el 27/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>

6. Prescripción de la Acción Resarcitoria

Como bien sabemos este tipo de responsabilidad es la que se da por el incumplimiento al deber genérico de no dañar a otro y la misma se puede dar tanto en el derecho civil, como en el derecho administrativo.

Se sostiene que la acción por la cual se demanda al Estado en busca del resarcimiento económico, a raíz de un daño injustamente sufrido, se encuentra regulada en el artículo 4037²⁷ del Código Civil. Dicha acción comienza a contarse desde el momento en que a la personas se le causa el daño y prescribe a los dos años. *Posición que compartimos.*

Gran parte de la doctrina entienden que esto es una verdadera equivocación debido a que la responsabilidad extracontractual del Código Civil se rige en base a una ilicitud subjetiva, mientras que el derecho administrativo se rige por una ilicitud objetiva, siendo esta ultima la que resulta procedente para imputarle al Estado los daños causados por sus actos legítimos. Por lo cual debería regir el plazo de prescripción decenal, el cual posee una mayor generalidad y permitiría una plena realización de la justicia, ya que no sería tan acotado el tiempo que tiene el perjudicado para ejercer la acción resarcitoria. Esta acción decenal se encuentra consagrada en el artículo 4023²⁸ del Código Civil. (Cassagne, 1998)

²⁷ Art. 4.037 C.C. Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual.

²⁸ Art. 4.023 C.C. Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial.

Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátese de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor.

Capítulo IV

Responsabilidad del Estado por la actividad legislativa de sus tres poderes

1. Introducción

En los capítulos anteriores tratamos de ir demostrando que si bien el Estado actúa de manera lícita para cumplir con sus fines, nada obsta que el mismo pueda ser responsable por los daños que pueda llegar a causar. En el siguiente capítulo trataremos los casos en los que el Estado es responsable por los daños que se causan como consecuencia de la actividad lícita legislativa del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Es importante aclarar que para poder hablar de la función legislativa en sentido amplio tomaremos una concepción orgánica o material con el fin de caracterizarla no en relación al órgano del cual se origina sino en relación al contenido de la función desempeñada.

2. Nociones generales

A lo largo de los capítulos anteriores dijimos que cuando se habla de responsabilidad del Estado, se hace alusión a que el mismo reconoce un sistema jurídico-político “El Estado de Derecho” que tiene como fin primordial, la sumisión del poder a la norma y al control jurisdiccional, para que de esta forma se respeten los derechos y garantías de los ciudadanos. Si bien la existencia del Estado de Derecho demuestra sumisión a la norma, es necesario que esas normas tengan un contenido determinado para que los diferentes poderes del Estado, desempeñen su tarea de acuerdo al derecho, sin alejarse de los principios fundamentales que consagra la Constitución.

El Estado a través de sus diferentes poderes puede actuar por razones de bien público o de bienestar general teniendo en cuenta los principios que garantiza la Constitución y ejerciendo las facultades que se le atribuyen, pero existe la posibilidad que como consecuencia de ese actuar, se cause un determinado daño a los derechos de los administrados, los cuales también se encuentran amparados por la Constitución. Por lo tanto

creemos que lo que ocurre en estos casos, es la colisión de dos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Por un lado el derecho con el que cuenta el Estado a desenvolverse para el cumplimiento de sus fines y el de la población y por el otro, los derechos con los que cuenta el ciudadano para defenderse de cualquier ataque a su propiedad, igualdad, etc. Este tipo de situaciones se da porque resulta impensable que el beneficio para alguna parte de la población, sea neutro para el resto, es decir automáticamente el beneficio de unos se traduce en pérdida para otros, debiendo el Estado resarcir a los particulares por los daños ocasionados como consecuencia de su actuar.

La mayoría de estas situaciones se dan por el dictado de medidas legislativas provenientes del Poder Legislativo y Poder Ejecutivo que tienen como fin único proveer mejores situaciones a la población. Sin embargo resulta conveniente tener en cuenta que la regla general es que no todo perjuicio causado al administrado puede generar responsabilidad.

La responsabilidad por acto legislativo es una subespecie dentro del ámbito de responsabilidad por actos lícitos, que tiene su fundamento en la teoría del sacrificio especial que contempla la igualdad y proporcionalidad ante las cargas públicas, consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

3. Responsabilidad derivada de la actividad legislativa del Poder Legislativo

La actividad del Poder Legislativo esta orientada a la elaboración de normas que tienen como fin mejor la vida de la población y del propio país. Este tipo de normas generalmente se relaciona con la justicia distributiva la cual establece que para dar beneficio a determinadas personas, necesariamente se priva a otros, con la finalidad de dar beneficio de toda la población.

3.1. La Regla general

La regla general es que si el acto legislativo es regular y por su aplicación existe la posibilidad que se pueden ocasionar daños a los particulares, el Estado no responde por los mismos. Se sostiene que no existe “en principio y en el estado actual de la jurisprudencia, responsabilidad del Estado por leyes legítimas, aunque ocasionen daños; pero no creemos

que pueda categóricamente decirse que “en nuestro derecho, el Estado no responde civilmente por los actos legislativos” (Gordillo, 2013, p. 542)

A raíz de esto surge la pregunta ¿ existe la posibilidad que el particular damnificado demande al Estado para la reperacion del perjuicio? Linares de Quintana entiende que pueden darse tres situaciones diferentes: (Citado por Reiriz, 1969)

A. Que la misma ley reconozca el derecho a indemnización:

En estos casos los jueces tienen la obligación de proceder al fenómeno resarcitorio ya que es la misma ley lo ha contemplado. Una ejemplo claro de esto es la ley 24.043²⁹ que se dicto en el año 1991 que otorgaba beneficios a las personas que hubieran sido puestas a disposición del P.E.N. durante la vigencia del estado de sitio, o siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares.

B. Que la ley guarde silencio al respecto:

Me parece conveniente en este caso hacer alusión a la construcción lógica que propicia Bielsa:

El Estado debería obrar siempre de acuerdo con el derecho fundado, pero es evidente que puede apartarse de las reglas del derecho y violar la ley; cuando así lo hace comete una *arbitrariedad* [...] La arbitrariedad consiste, entonces, en la violación a la ley por parte de quien manda y en consecuencia el legislador *no puede obrar arbitrariamente* [...].

En efecto él puede derogar o abolir la ley y sancionar otra. Pero a diferencia del juez y del administrador, el legislador no esta ubicado por debajo de la ley”

²⁹ Ley 24.093. Indemnizaciones como consecuencia del Estado de sitio

De ello concluye: “ El poder Legislativo es sus funciones como Estado solo puede cometer arbitrariedades *cuando actúa en forma clandestina contraria a la Constitución*”.(Citado por Colautti, 1995, p.147)

Creemos que la opinión de Bielsa no es acertada porque si entendemos que el legislador esta por encima de la ley, no debemos olvidar que a su vez se encuentra por debajo de la Constitución. Por lo tanto el acto arbitrario que causa un daño al derecho de los administrados , impone la obligación de indemnización, sin perjuicio de que la ley termine siendo un acto legítimo.

Mas haya de nuestro pensamiento respecto a esta situación, existe una diferente gamas de argumentos que desarrollaremos a continuación y que sostienen que el Estado es irresponsable cuando desempeña la actividad legislativa.

- ❖ La ley es un acto de soberanía y por lo tanto se debe imponer a todos sin que exista ninguna compensación.
- ❖ La ley es una norma general y por lo tanto se aplica generícamente a toda la población, beneficiando o perjudicando a todos por igual. Es inconcebible pensar que la misma puede atacar situaciones jurídicas de personas determinadas.
- ❖ La nueva ley no viola ningún derecho preexistente, debido a que tales derechos dejaron de existir o de ser como eran antes, debido al nacimiento de la nueva ley.
- ❖ Que se reconozca el derecho a indemnización equivale a frenar la evolución legislativa, ya que serian excesivas las indemnizaciones que deberían abonarse.
- ❖ Los jueces no tienen la facultad para sustituir las decisiones del legislador, cuando la misma ley no autoriza a conceder indemnización. En el caso de que la ley nada diga, el juez debe entenderlo como una negativa a que proceda el resarcimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico se opone a todas estas opiniones debido a que la disposiciones constitucionales y procesales señalan a los jueces la obligación de aplicar la

Constitución Nacional. Por lo tanto, el caso del silencio a indemnización, no se lo debe interpretar como una negativa, sino mas bien como un derecho implícito en la misma ley, que obliga al magistrado a resarcir al damnificado.

C. Que la ley expresamente niegue toda indemnización:

Se da cuando una ley niega todo derecho a indemnización, sin importar si la misma causa consecuencias dañosa a los administrados. En estos casos el órgano judicial se cuestiona si debe seguir las palabras de la ley o si existe la posibilidad que se aparte de la misma y establezca la indemnización al administrado perjudicado. La mayoría entiende que es impensable que el legislador se exima de responsabilidad cuando se derivan consecuencias de su actuar legislativo y que los mismos tribunales deberían ser los encargados de acordar el resarcimiento cuando la misma ley la prohíba

3.2. Supuestos de responsabilidad del Estado por actividad legislativa

En párrafos anteriores dijimos que la regla general es que si el acto legislativo es regular y por su aplicación existe la posibilidad que se pueden ocasionar daños a los particulares, el Estado no responde por los mismos. Sostener esto resultaría una gran equivocación, como sostiene Linares Quintana:

No resulta ni justo, ni lógico, ni admisible que las consecuencias dañosas de la actividad legislativa del Estado- que se dirige al bienestar de la colectividad- sean soportadas por unos pocos sino que por el contrario deben ser repartidas entre toda la colectividad que se beneficia con la sanción de la ley. (Citado por Colautti, 1995, p.150)

Consideramos que en los días que vivimos hoy, son mas las situaciones que el Estado causa daños proveniente de su actividad legislativa y creemos que no reconocer esto resultaría un gran perjuicio para los administrados. Por esto mismo se entiende que se ha producido una transformación en el punto en cuestión, ya que la responsabilidad es la regla y la irresponsabilidad la excepción.

A continuación trataremos explicar algunas de las situaciones en la que el Estado esta obligado a resarcir al administrado por el perjuicio causado como consecuencia de la medida legislativa tomada.

3.2.1. Responsabilidad por expropiación

La expropiación “es el medio en virtud del cual el Estado logra que un bien se transfiera de un patrimonio a otro por razones de utilidad publica, previa indemnización” (Altamira Gigena, 2011, p. 426). Se entiende que el Estado con la finalidad de la satisfacción del interés público puede entrometerse en el derecho de propiedad privada de una persona y transferir la propiedad al domino público.

Este acto se encuentra supeditado a dos requisitos improrrogables que de no aparecer generarían la responsabilidad del Estado. El primero de ellos esta dado por la declaración de utilidad publica declarada por ley, es decir que solo el legislador puede realizar este tipo de actos. El mismo se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional y en el artículo 1 de la ley 24.499³⁰. En cuanto al segundo requisito se hace referencia a la existencia de una indemnización en dinero previa al traspaso del bien al Estado, la cual deberá ser justa e integral.

La Constitución Nacional y la ley 24.499 conceden al Estado la posibilidad de adquirir un bien que no le pertenece por motivo de utilidad publica y una previa indemnización, pero creemos que son muchos los casos que esa indemnización no es justa, razonable y muchos menos integral. El fin de la indemnización es tratar de poner al afectado en la misma situación que se encontraba antes de la expropiación. Como dijimos en el capítulo anterior, la misma solo comprende el daño emergente (artículo y 10 de la ley

³⁰ Artículo 1. Ley 24.499 - La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual.

24,499³¹) cosa que consideramos una total equivocación, debido a que afecta el principio de reparación plena consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Creemos que lo sucede en este caso es una colisión de dos derechos reconocidos por la Constitución. Por un lado el derecho de propiedad que se le reconoce al ciudadano sosteniendo que la misma es inviolable, y por el otro el derecho que tiene el Estado a realizar esta expropiación con la finalidad de satisfacer el interés general de toda la sociedad. Es decir que si bien el Estado tiene la posibilidad de ejercer tal derecho, resulta necesario que el mismo se obligue a entregar una indemnización plena e integral a cambio del derecho que debe perder el particular.

Otro caso de responsabilidad referido a la violación de la propiedad privada se da en el caso que un ciudadano determinado;

Se encuentre afectado porque el Estado quiere expropiar un bien de su propiedad y tendrá que demostrar que ese bien no es necesario, que no es razonable su utilización y tampoco es conveniente material ni físicamente para la construcción o ejecución de la obra que se proyecte. Por lo tanto, existe arbitrariedad, lo que acarrea responsabilidad estatal por los daños y perjuicios que tal decisión ocasione.(Altamira Gigena, 2011,p. 430)

En lo que respecta al fundamento de la responsabilidad, se sostiene que si el daño proviene como consecuencia de no haber indemnizado correctamente al particular; o de la mala o insostenible calificación de declaración del bien como utilidad pública, en ambos casos el fundamento de la misma esta dado por la teoría del sacrificio especial que sostiene la igualdad y proporcionalidad ante las cargas publicas. Y es gracias a esto que se debe proteger al ciudadano que sacrifica sus intereses personales, en beneficio de toda la población.

³¹ Art. 10 Ley 24.499 – La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización, el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses.

3.2.2. Responsabilidad derivada de disposiciones monetarias o cambiarias

Este tipo de responsabilidad ha ido cambiando a lo largo del tiempo para tratar de beneficiarse al particular perjudicado por las medidas tomadas por el Poder legislativo en ejercicio de sus facultades. También como en el caso de la expropiación creemos que se da el enfrentamiento entre dos derechos constitucionales. Por un lado los derechos patrimoniales e individuales de cada ciudadano y por el otro; la finalidad económica y financiera que se le otorga al Poder Legislativo con miras a satisfacer el interés de toda la comunidad.(Colautti, 1995)

Si bien la actividad es lícita, nada obsta que la misma sea la causa generadora de daños a los ciudadanos, motivo por el cual el Estado deberá indemnizar de manera justa e integral a la persona que sufre el menoscabo. Pero esto no fue siempre así, en un primer momento era inconcebible pensar que existía la posibilidad de responsabilizar al Estado por este tipo de medidas y se vio plasmado en el fallo “Establecimientos Americanos Greatry s.a V. Gobierno Nacional³²” en el cual el actor demandó al Estado el daño sufrido a raíz de el aumento del 10% de los derechos de aduana. La Corte se pronunció entendiendo que :

“El ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos o modificar los existentes-en el caso no se ha discutido la validez de la forma en que se ha puesto en práctica-, puede ciertamente producir perjuicio en el patrimonio de 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 propiedad privada- que no puede interpretarse con semejante extensión”.(Considerando n° 3)

Además se entendió que en dicho caso, no se encontraba la situación de especialidad necesaria, causadora del daño para poder requerir el resarcimiento, por lo que se entendió que no se podía responsabilizar al Estado debido a que el mismo se encontraba en ejercicio de sus potestades legislativa.

³² C.S.J.N. ““Establecimientos Americanos Greatry s.a V. Gobierno Nacional”. S/D

Sin embargo entendemos que esta es una situación insostenible y que, si bien el Estado puede exigirles contribuciones a los particulares con la finalidad de cumplir sus objetivos, esto se transforma en una limitación cuando se perjudica a un individuo de manera injusta y desproporcional en beneficio de toda la comunidad, sobrepasando el margen de tolerancia que es propio de la vida en comunidad. Por este motivo surge en el Estado la obligación de indemnizar para restablecer la situación de desequilibrio que experimentan unos en relación con otros.

Esto se vio plasmado en el fallo “Cantón, Mario E. c. Gobierno Nacional ” en donde el actor demandó al Estado pidiendo la inconstitucionalidad de un decreto que prohibía la importación de determinados productos. Si bien la Corte entendió que la medida tomada había sido lícita debido a que la misma era una política económica que defendía la industria nacional:

“Que el agravio de la parte exige plantear la cuestión en el marco de las facultades del Gobierno nacional para dictar las normas que rigen la política económica del Estado, punto con relación al cual no parece dudosa su facultad para arbitrar las medidas conducentes a obtener el equilibrio de la balanza de pagos y la defensa de la industria nacional, sin que competa a la justicia la posibilidad de revisar el acierto o error, la conveniencia o inconveniencia de las medidas adoptadas” (Considerando n° 4)

Posteriormente en el considerando n° 6 entendió que se bien la conducta legislativa había sido lícita, nada obstaba a la reparación del particular que se había visto dañado como consecuencia de la nueva legislación:

“Que ello es así, también, pues la facultad del Estado de 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 anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17)”. (Considerando n° 6)

Fue un fallo de mucha importancia ya que si bien, se confirma la sentencia apelada en cuanto no acepta la invalidez del dec. 2118/71, se la revoca en cuanto al reclamo subsidiario de daños y perjuicios, aceptando la responsabilidad del Estado por vulnerar el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente.

Igualmente creemos que muchas veces estas situaciones se dejan libradas al criterio judicial, y que si bien la Corte Suprema de Justicia ha admitido este tipo de responsabilidad con el paso del tiempo, también se nota que cada vez son mas los requisitos de procedencia que la misma exige para que sea procedente la acción resarcitoria en contra del Estado.

3.2.3. Responsabilidad derivada de leyes que consagran la prohibición de fabricar o comercializar determinados productos

Respecto a este punto podemos hacer alusión a la sentencia del Consejo de Estado francés en el caso “Société LaFleurette de 1938”. En dicho fallo esta sociedad se encargaba de producir un producto denominado “gradine”, el cual era realizado por derivados de la leche. El 29 de junio de 1934 se dicta una ley con que prohíbe la fabricación y venta de todos los productos que bajo la denominación de crema o cualquier otro fueran sucedáneos de la leche. Motivo por el cual la sociedad promueve una acción de daños y perjuicios porque dicha ley no había previsto una clausula indemnizatoria. El Consejo de Estado resolvió:

“Que la prohibición impuesta a favor de la industria lechera ha colocado a la sociedad reclamante en la obligación de cesar en la fabricación del producto que venía explotando bajo el nombre de “gradine” ... sin que se haya alegado que constituyese un peligro para la salud pública; que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del asunto permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, impuesta en interés general, debe ser soportada por la colectividad; que de ello se sigue que la sociedad La Fleurette tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido...” .

Debido a esto, el Consejo obligo al Estado a resarcir a dicha sociedad fundando su idea en que: a) la actividad prohibida por la ley no tenía carácter nocivo; b) que el perjuicio fue sufrido específicamente por la empresa; c) el legislador tomo en consideración la protección de otros intereses productivos o industriales y d) se le impuso a una empresa una carga que no le corresponde en condiciones normales.

Si bien como en la mayoría de las situaciones que venimos planteando, el Estado actúa de manera legítima y en este caso fue para favorecer el mercado de productos lácteos. Siempre que se restrinja los derechos de los ciudadanos que la Constitución les reconoce, necesariamente debe ceder el principio de soberanía, ante el principio de igualdad ante las cargas públicas.

4. Responsabilidad derivada de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo

La responsabilidad que se le puede atribuir al Estado por la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, puede derivar de las medidas adoptadas durante el estado de sitio o por los daños causados debido a las restricciones establecidas mediante decretos de necesidad y urgencia.

Es necesario tener presente que antes de la reforma introducida a la Constitución en el año 1994, la única emergencia que se reconocía era la emergencia institucional, es decir el estado de sitio conagrado en el artículo 23³³ de la C.N.

La reforma introducida estableció en el artículo 99 inc 3^o³⁴ que el Poder Ejecutivo no podrá tomar medidas de carácter legislativo, a no ser que circunstancias excepcionales

³³ Art. 23. C.N.- En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

³⁴ Art. 99.C.N- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

Inc. 3°. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

impidieren ejercer los tramites ordinarios previstos por la Constitución. Dentro de esas circunstancias excepcionales es donde se lo habilita para dictar decretos de necesidad y urgencia. (Colautti)

4.1. Responsabilidad por las medidas adoptadas durante el Estado de sitio

Al artículo 23 de la Constitución Nacional establece que se podrá dictar el estado de sitio en los casos de conmoción interior o exterior que ponga en peligro el ejercicio de la Constitución. Además el artículo 99 inc 16^o³⁵ de la C.N. establece una regulación más ordenada, prescribiendo que en caso de conmoción exterior el Poder Ejecutivo es el encargado de la declaración, y en caso de conmoción interior, solo podrá dictarlo si el Congreso se encontrare de receso, ya que es una atribución que le corresponde a dicho cuerpo.

Para que el ataque exterior y la conmoción interna permitan declarar el estado de sitio, es menester que: a) cada una de ellas ponga en peligro el ejercicio de la Constitución

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

³⁵ Art. 99.C.N- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

Inc. 16°. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el Artículo 23.

y de las autoridades creadas por ella, y b) produzca perturbación del orden.(Bidart Campos, 1997, p. 355)

Es posibles que con el interés se salvaguardar la Carta Magna, se tomen diferentes medidas que restringen los derechos de los ciudadanos. Es en estos casos donde surge la pregunta ¿ si es posible responsabilizar al Estado por los daños causados mediante la declaración del estado de sitio?

A continuación vamos a nombrar algunas de las posibles restricciones que se pueden dar durante la declaración del estado de sitio, las cuales pueden ser susceptibles de responsabilizar al Estado por los daños causados.

1. Restricciones a la libertad ambulatoria:

A primera viste se entiende que debido a la finalidad del artículo 23 de la C.N. no produciría inconveniente la restricciones de personas a la libertad ambulatoria. Ahora bien, esta restricción a la libertad de la persona no podra ser mas allá de lo establecido por la ley determinada, ya que en el caso contrario seria ilegítimo.

Una herramienta muy utilizada en los tiempos de hoy para tratar de corregir estas injusticias es el procedimiento de Hábeas corpus “que tiene como finalidad tutelar la libertad física, corporal o de locomoción”(Manili, 2005, p. 190).

Si entendemos que el estado de sitio es una institución que tiene por finalidad la defensa de la Constitución, seria absurdo negar que el Estado no es responsable, cuando a raíz de dicha declaración, se trasgreden prescripciones constitucionales. (Colautti, 1996)

2. Secuestro de publicaciones y clausuras de imprenta:

Otro tipo de medidas legislativas tomadas por el Poder Ejecutivo que no solo causan perjuicios económicos, sino que también atentan contra los derechos reconocidos constitucionalmente como el derecho de ejercer toda industria lícita, el derecho de

propiedad o de libertad de imprenta, son aquellas que se refiere el secuestro de publicaciones y cierre de imprentas durante el estado de sitio.

Se entiende que este supuesto determinado tiene un antes y un después a partir del fallo “Crónica” donde se establece que este tipo de decisiones pueden ser revisadas en sede judicial, dando la posibilidad de generarle al Estado la obligación de resarcir en el caso que se cause un daño.(Colautti, 1996)

Respecto al secuestro de publicaciones procedería la indemnización, siempre que la medida tomada sea declarada inconstitucional o ilegítima por haber querido tomar una propiedad (publicación periodística) la cual no le pertenece.

3. Los bienes de los partidos políticos:

Creemos que este tipo de restricción hoy en día ya no se encuentra, pero nos parece apropiado detallarla minimamente. Este tipo de restricciones se dieron con la finalidad de confiscar los bienes de los partidos políticos a raíz del dictado del Acta de Revolución promulgada en el año 1966 que sostenía en su artículo 5³⁶ la disolución de los partidos políticos y una vez estos disueltos, la transferencia de sus bienes al patrimonio nacional regulado por la ley 16.910.³⁷

Como consecuencia de ello, los daños que se le causaban a los partidos políticos por la transferencia de dichos bienes al Estado Nacional, debían ser soportados por ellos mismos.

Entendemos que no solo son estos los casos que el Poder Ejecutivo puede causar daños provocados por las restricciones tomadas durante el estado de sitio, sino que pueden existir muchos mas, como es la restricción al derecho de huelga, al derecho de reunión, al derecho de asociación, etc.

Todos estos daños deberán ser resarcidos por el Estado a raíz de las medidas tomadas, para tratar de cumplir con la finalidad de preservar el tan preciado “Estado de Derecho”

³⁶ Art. 5. Acta de la revolución Argentina 1966. Disolver todos los partidos políticos del país.

³⁷ Ley 16.910 Poder Ejecutivo Nacional- Bienes de los partidos políticos

4.2. Responsabilidad derivada del dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia

La Constitución Nacional le otorga al Poder Ejecutivo la potestad reglamentaria de dictar reglamentos autónomos, reglamentos de ejecución y reglamentos o decretos de necesidad y urgencia. Nos parece conveniente dar una aproximación de cada uno, para después referirnos a este último.

❖ *Decretos o reglamentos autónomos:*

Los dicta en ejercicio del artículo 99 inc. 1³⁸ de la Constitución Nacional, que sostiene que el presidente es el jefe supremo de la nación y responsable político de la misma, por lo cual puede dictar este tipo de decretos con miras a la satisfacción del interés general. Los mismos no se encuentran subordinados a la ley, sino más bien a la Constitución y por lo tanto la única forma de impugnarlo es aduciendo su inconstitucionalidad.

❖ *Decretos o reglamentos de ejecución:*

Son los que se dictan para complementar una determinada ley con la finalidad de asegurar el cumplimiento. Los mismos se encuentran subordinados a la ley, motivo por el cual no puede contradecirla ni derogarla. encuentran su fundamento en el artículo 99 inc. 2 de la Constitución Nacional. (Altamira Gigena, 2011)

❖ *Decretos o reglamentos de necesidad y urgencia:*

El Poder Ejecutivo con autorización de la Constitución Nacional puede dictar decretos de necesidad y urgencia sobre temas que competen al Congreso, sin previa autorización o delegación de este, debido a “circunstancias excepcionales” que hicieren imposible seguir con los trámites previstos por la Constitución.

³⁸ Art. 99.C.N- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:
Inc. 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

Si bien el P.E. puede dictar este tipo de decretos, es necesario que los mismos se sometan a la comisión bicameral del Congreso, ya que de no cumplirse este requisito el mismo sería pronunciado de manera irregular. Una vez, de haber cumplido la exigencia requerida, se entiende que el mismo tiene vigencia indefinida hasta que otra norma lo derogue expresamente.

Resulta imprescindible para dictar este tipo de reglamentos que tengamos en cuenta, dos temas muy importantes:

El primero que exista una situación de emergencia, o sea una situación de real necesidad que se ha presentado en forma súbdita, imprevisible, o que prevista no se podía evitar. El segundo se vincula con las medidas que puede el Estado tomar con motivo de esa emergencia, ya que estas decisiones pueden afectar derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional. (Altamira Gigena, 2011, p. 112)

Si bien este tipo de medidas pueden generar consecuencias dañosas en los derechos de los particulares, la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional³⁹” entendió que las mismas, son tomadas en una situación de emergencia:

“El concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin.”
(Considerando n° 43)

Y por lo tanto el Estado con el fin de proveer bienestar a la población puede dictar decretos de necesidad y urgencia :

“Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede "sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones

³⁹ C.S.J.N. “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional” – Fallos 173:65 (1990). Recuperado el 07/04/2014 de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fallo-peralta.html>

emanadas de derechos adquiridos". No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad.” (Considerando n° 37)

Por eso mismo es necesario que se den una serie de requisitos que de ser cumplidos no generarían responsabilidad al Estado. Los mismos fueron tomados de la jurisprudencia de Estados Unidos y receptados en el fallo “Oscar Agustín Avico c/ Saúl C. de la Pesa”⁴⁰.

- I. Que existía en una emergencia de gran relevancia, que ocasione la necesidad de proteger los intereses vitales de la comunidad por parte del Estado.
- II. Que la ley sea dirigida a un fin legítimo, es decir, no fue para mera ventaja particular de los individuos, sino para la protección de un interés fundamental de la sociedad.
- III. Que las restricciones sean en vista de la naturaleza en cuestión y acordando el alivio, proporcionado y justificado por la emergencia, a fin de no contravenir la cláusula constitucional.
- IV. La ley es de vigencia temporal y debe estar limitada a la exigencia que la requirió.

Creemos que con el paso del tiempo la emergencia estatal en lugar de ser una situación excepcional, se ha transformado en algo cotidiano. Y por tal motivo, resultaría una total arbitrariedad dejar que los poderes del Estado dicten este tipo de medidas y a consecuencia de ellas se vulneren los derechos de propiedad reconocidos constitucionalmente. Por tal motivo, el Estado debe establecer un resarcimiento económico a los particulares damnificados como consecuencia de la medida tomada.

Es dable recordar que para que proceda ese resarcimiento, el perjuicio debe haber sido real, efectivo y debe haber necesariamente perjudicado el patrimonio de un ciudadano. (Colautti, 1995)

⁴⁰ C.S.J.N. “Oscar Agustín Avico c/ Saúl C. de la Pesa – Fallos 172:29. (1934). Recuperado el 05/04/2014 de http://www.csjn.gov.ar/data/em_econom.pdf

5. Responsabilidad derivada de la actividad legislativa del Poder Judicial

Para poder hablar de la responsabilidad del Poder Judicial por acto legislativo es necesario tomar una concepción orgánica o material con el fin de caracterizarla no en relación al órgano del cual se origina sino en relación al contenido de la función desempeñada.

Si bien no deben quedar dudas acerca de que la función primordial del Poder Judicial es la administración de justicia, el mismo puede ejercer funciones administrativas - entre las que podemos nombrar a la remoción de funcionarios o el dictado de su reglamento interno- y funciones legislativas, expidiéndose a través de acordadas por ejemplo que establezcan las reglas que rigen las cédulas de notificación. Esto conlleva entonces a que pueda imputarse de responsabilidad al Estado en virtud del desempeño de cualquiera de las funciones anteriormente mencionadas por parte del Poder Judicial. Tal como aclara Tawil:

Aunque en general no ha sido reconocida, nada obsta a la posible configuración, además, de la responsabilidad del Estado por actividad legislativa- en una concepción objetiva o material de las funciones estatales- de los órganos jurisdiccionales, la que podría llegar a configurarse, por ejemplo, en el caso en que una acordada de la Corte Suprema de Justicia causara daño a un particular. (Tawil, 1993, p. 30)

Cabe recordar que será necesario para poder responsabilizar al Estado a raíz de la conducta legislativa que causa el daño, los presupuestos necesarios que nombramos anteriormente en el capítulo III.

Consideramos como en la mayoría de los casos anteriores, que el fundamento de la responsabilidad del Estado, va a estar basado en la teoría del sacrificio especial que consagra la igualdad y proporcionalidad antes las cargas públicas, la cual se haya receptada en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Capítulo V

Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado

1. Introducción

En el siguiente capítulo haremos referencia al nuevo proyecto que trata de regular la responsabilidad del Estado de forma autónoma y ajena al derecho civil. Trataremos de analizar los artículos de mayor indecencia para nuestro tema y daremos nuestra opinión acerca del dicho proyecto.

2. Proyecto del ley que regula la Responsabilidad del Estado

Para finalizar este análisis no podemos olvidarnos de dedicar unas palabras al proyecto de ley que regulara la responsabilidad del Estado, sin antes mencionar que la misma ya había sido tratada e incorporada en el proyecto de reforma del Código Civil de 2012 estableciendo en uno de sus artículos que “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. Artículo que no prospero debido al nuevo proyecto de ley emitido por el Poder Ejecutivo para ser aprobado por el Congreso.

El Poder Ejecutivo en su comunicado enviado al Congreso entendía que este proyecto es necesario para consolidar los principios cardinales que dan fundamento al Estado de derecho y que el tema de la responsabilidad estatal, presenta diferencias importantes con el régimen de responsabilidad consagrada en el Código Civil. Una de ellas es que en el régimen de responsabilidad civil pone la mirada en la persona que sufre el daño, mientras que en el derecho público se tiene en cuenta los intereses de la víctima en armonía con los intereses de toda la sociedad.

Por eso mismo se considera que la finalidad de este proyecto es brindar mayor seguridad jurídica a las relaciones del Estado con los particulares. Siendo aplicable las normas y principios de derecho público y estableciendo que las disposiciones del Código

Civil, no serán aplicables de manera directa ni subsidiaria al tema referido, sin perjuicio que en algún caso determinado sea necesario acudir a el por analogía.

3. Análisis de los Artículos de mayor incidencia

A continuación trataremos de analizar algunos de los artículos de este nuevo proyecto, referidos al tema de nuestro trabajo:

Artículo 1°: Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

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

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

En relación a este artículo nos parece de gran innovación dejar claro que la misma se puede dar por acción como por omisión. Además se establece gracias al *leading case* “Vadell” que comentamos anteriormente que la misma es directa- se entiende que la persona que está actuando lo hace en nombre del Estado y por lo tanto es como si actuara el Estado mismo- y objetiva, es decir que se prescinde de cualquier idea de dolo o culpa.

Posteriormente establece como dijimos en párrafos anteriores que el Código Civil no se aplica a las disposiciones referidas a la responsabilidad estatal, lo cual faculta a las provincias a dictar su propia reglamentación para el tema referido en caso de no querer ratificar este proyecto.

Por último se establece que la sanción pecuniaria disuasiva o mejor dicho daños punitivos, no son aplicables, al Estado, funcionarios y agentes.

Artículo 4°: Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Como venimos repitiendo a lo largo de este trabajo, el Estado para cumplir con sus fines puede realizar conductas que generen daños a los particulares y como dice la doctrina, “es el precio que se debe pagar por vivir en sociedad”. Pero cuando ese daño recae en una sola persona y como consecuencia de ello se beneficia toda la población, se produce un sacrificio especial, motivo por el cual es el Estado quien tiene la obligación de indemnizar al particular por haber violado la igualdad ante las cargas públicas.

Por eso consideramos que este artículo es de gran innovación para defender la propiedad privada y el derecho de igualdad consagrados en la Constitución Nacional.

Artículo 5°: La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

En el artículo 4 dijimos que era de gran innovación dejar claro que existe la responsabilidad del Estado por actividad legítima, pero en este artículo se entiende que la misma es excepcional. Es decir que la regla es que el Estado no responde por los daños causados por su actividad legítima a no ser que se den los requisitos anteriormente nombrados y que un ciudadano soporte un sacrificio especial en beneficio de toda la población.

Respecto a la extensión del resarcimiento, el artículo contempla que solo se indemnizara el daño emergente y que excluye de forma clara el lucro cesante. Cosa que consideramos una total equivocación porque estaría afectando la garantía de reparación plena consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional y receptada en gran cantidad de fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cuanto al último punto que consagra la irresponsabilidad por los daños provenientes de la actividad judicial legítima, consideramos que tal decisión es arbitraria porque si tomamos la concepción material u orgánica, sabemos que es posible atribuirle responsabilidad Estado teniendo en cuenta el contenido de la función desempeñada y dejando de lado la calidad del órgano.

Por lo tanto el Estado debe ser responsable si perjudica los derechos de los administrados, sin importar que estos daños provengan del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o del Poder Judicial.

Artículo 7°: El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de DOS (2) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

En cuanto a este artículo no queda muchos mas que decir, ya que se respeta el plazo de prescripción que comentamos anteriormente, pero si resulta de gran importancia que el

plazo comienza a correr desde el momento que se verifique el daño o desde que la acción que busca el resarcimiento este expedita.

Como conclusión consideramos que si bien el proyecto de ley presenta varias innovaciones, a la vez presenta grandes deficiencias que a nuestro modo de entender deberían ser tratadas con gran inmediatez.

Apoyamos la opinión del Dr. Pizarro cuando sostiene que lo ideal, sería abordar la responsabilidad del Estado mediante una tarea interdisciplinaria que contenga las normas de Derecho Público y Privado, la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y los pactos internacionales.(Pizarro, 2012)

Reflexiones finales

A nuestro modo de entender, de acuerdo a los tiempos que se viven hoy, donde el Estado desempeña un papel fundamental en la vida de los ciudadanos, sería irrisorio pensar que el mismo no pueda ser responsable por los daños ocasionados en el desempeño de su actividad.

Como mencionamos al iniciar nuestro trabajo, observamos que en el tratamiento de esta temática puede existir la colisión entre dos derechos reconocidos constitucionalmente: por un lado el derecho del Estado a ejercer sus facultades con la finalidad de proveer mejores condiciones a la población, incluso con la posibilidad de que de ese ejercicio puedan generarse daños a los administrados, y por el otro, el derecho con el que cuenta cada habitante de nuestro país a que se le respete el derecho de propiedad privada y el derecho de igualdad.

Sabemos que el Estado puede ejercer sus facultades a través de sus tres poderes de gobierno para cumplir con los fines que persigue, y de esta forma proveer beneficios para toda la sociedad. Pero consideramos que, si como consecuencia de ello se restringen derechos de un ciudadano o un grupo de ciudadanos en particular, resultando unos pocos perjudicados en beneficio de la mayoría, el Estado se verá obligado a resarcir al particular dañado como consecuencia de las decisiones tomadas, ya que no corresponde que éste tenga que soportarlo. En la mayoría de estos casos, el fundamento de la obligación de responder del Estado va a estar dado por la “teoría del sacrificio especial”, que se encuentra respaldada en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el que sostiene la igualdad y la proporcionalidad ante las cargas públicas.

Por esto mismo creemos que de esta colisión de derechos, el que debería prevalecer, según nuestra opinión, es el derecho de cada ciudadano a que se respete su propiedad e igualdad, reconocido en la Carta Magna en los artículos 16 y 19. Ahora bien, como dijimos anteriormente, esto no significa que el Estado está vedado de ejercer ciertos actos, sino que dichos actos van a estar limitados por los derechos y garantías reconocidos al ciudadano, generando una obligación indemnizatoria a favor de los perjudicados.

Por otro lado, respecto del nuevo proyecto de ley, creemos que si bien a primera vista puede parecer acertado, presenta algunas deficiencias; primero, en cuanto al tema de excluir la utilización del régimen de la legislación civil, cosa que consideramos equivocada; segundo, respecto a la extensión del resarcimiento, ya que contempla la exclusión del lucro cesante, lo que como dijimos con anterioridad consideramos una total arbitrariedad; y tercero, al excluir la posibilidad de atribuirle responsabilidad al Poder Judicial por los daños que se puedan derivar de su actuar.

Finalmente, cabe destacar que si bien se puede decir que la responsabilidad del Estado por actividad lícita legislativa se encuentra reconocida jurisprudencialmente, la misma se ha visto limitada en su extensión; en la realidad en la que vivimos todavía podemos encontrar situaciones en las que, si bien el Estado se ve obligado a resarcir los perjuicios que causa por el ejercicio de su actividad, muchas veces ese resarcimiento no es pleno e integral. No podemos entender cómo, a lo largo de la evolución de la jurisprudencia Argentina, se ha tomado la decisión de no incluir en la mayoría de los casos al lucro cesante dentro del monto indemnizatorio debido al particular que sufre el daño por motivo de la actuación lícita del Estado. Consideramos esto una total arbitrariedad, debido a que la Constitución Nacional consagra el “principio alterum non laedere”, que sostiene el derecho a una reparación plena e integral, ya sea que se lo vea incluido entre los derechos no enumerados que surgen del artículo 33, o como un derecho autónomo receptado expresamente en el artículo 19.

En conclusión, entendemos que nadie le puede imponer a los habitantes cargas que superen las requeridas por la solidaridad social, y que en caso de ser el Estado quien imponga estas cargas, deberá afrontar la obligación de resarcir al particular, sin la posibilidad de restringir el contenido de esa indemnización, ya que de ser así atentaría contra la Constitución Nacional y ofendería el principio de justicia e igualdad.

Sabemos que la historia acerca del reconocimiento de la responsabilidad del Estado ha sido larga, y que no ha sido fácil llegar a los postulados que desarrollamos a lo largo de todo el trabajo. A su vez, creemos que su evolución va a continuar creciendo en los próximos años, y en cuanto a ello sostenemos que un tema de semejante importancia debería ser abordado con un criterio uniforme, siendo necesaria una normativa al respecto,

que no deje lugar a silencios que puedan llevar a arbitrariedades. Por ello, consideramos que, como opina del Dr. Pizarro, lo ideal sería abordar la temática de la responsabilidad del Estado mediante una tarea interdisciplinaria que contenga las normas de Derecho Público y Privado, la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y los pactos internacionales.

❖ **Listado de bibliografía**

Doctrina:

- Altamira Gigena, julio, I (1973) *Responsabilidad del Estado* (1°Edicion) Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.
- Altamira Gigena, julio, I (2011) *Lecciones de Derecho Administrativo* (2°Edicion) Buenos Aires, Argentina: Ed. Advocatus
- Bidart Campos, Germán (1997) *Manual de la Constitución Reformada* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar
- Bueres, Alberto, J (1997) *Responsabilidad Civil* (2° Reimpresión) Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi
- Bustamante Alsina, Jorge (1997) *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (9° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot.
- Cassagne, Juan. C (1998). *Derecho administrativo- Tomo I* (6° Edición.)Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot.
- Colautti, Carlos, E (1995) *Responsabilidad del Estado* (1° Edición) Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni editores.
- Comadira, Julio R (2012) *Curso de Derecho Administrativo- Tomo II* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot
- Gordillo, Agustín (2013) *Teoría General del Derecho Administrativo- Tomo VIII* (1°Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Fundación de Derecho Administrativo
- Manili, Pablo L (2005) *Derecho procesal Constitucional* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad
- Palazzo, José. L (1995). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Depalma

- Pizarro, R / Vallespinos, C (2004) *Instituciones del Derecho Privado, Obligaciones- Tomo II* (1° Reimpresión) Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi
- Pizarro, R / Vallespinos, C (2004) *Instituciones del Derecho Privado, Obligaciones- Tomo IV* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi
- Pizarro, R / Vallespinos, C (2012) *Instituciones del Derecho Privado, Obligaciones- Tomo V* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi
- Pizarro, R. 2011. “El fundamento de la responsabilidad”. Publicado el 27/06/11 La Ley-C, 1279. <http://www.laleyonline.com.ar>
- Sagües Néstor, P (2007) *Manual de Derecho Constitucional* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea
- Tawil, Guido (1993) *La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia* (2° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Depalma
- Universidad Nacional de la Plata (1943) *Jurisprudencia sobre la responsabilidad Extracontractual en el Derecho público y Privado Tomo I* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Denbig
- Reiriz, María G (1969) *Responsabilidad del Estado* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Eudeba editorial universitaria de Buenos Aires
- Zavala de González. M (1999) *Resarcimiento de Daños* (1° Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi

Legislación:

- Código Civil Argentino
- Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012
- Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado 2013

- Constitución Nacional
- Ley 24.499 Nacional de procedimiento expropiatorio
- Ley 24.093. Indemnizaciones como consecuencia del Estado de sitio
- Ley 16.910 Poder Ejecutivo Nacional. Bienes de los partidos políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"
- Acta de la revolución Argentina 1966. Disolver todos los partidos políticos del país

Jurisprudencia:

- C.S.J.N. Tomás Devoto y Cía. c/ Estado Nacional - Fallos 169:111. (1933). Recuperado el 10/09/2013 de <http://www.laleyonline.com.ar/>.
- C.S.J.N. Vadell, Jorge F. c/ Prov. de Buenos Aires (1984). Recuperado el 10/09/2013 de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- C.S.J.N. Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires – Fallos 182:5. (1938) Recuperado el 10/09/2013 de <http://www.laleyonline.com.ar/>
- C.S.J.N. “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”. Recuperado el 26/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>
- C.S.J.N. “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”. Recuperado el 26/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>
- C.S.J.N. “Motor once S.A. V. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”. Recuperado el 27/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>

- C.S.J.N. “Eduardo Sánchez Granel V. Dirección Nacional de Vialidad”
.Recuperado el 27/03/2014 de / <http://www.planetaius.com.ar/>
- C.S.J.N. “Cantón, Mario E. c. Gobierno Nacional”. Recuperado el
27/03/2014 de <http://www.planetaius.com.ar/>
- C.S.J.N. “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional” – Fallos 173:65 (1990).
Recuperado el 07/04/2014 de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fallo-peralta.html>
- C.S.J.N. “Oscar Agustín Avico c/ Saúl C. de la Pesa – Fallos 172:29 (1934).
Recuperado el 05/04/2014 de http://www.csjn.gov.ar/data/em_econom.pdf

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Empresarial Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista (<i>apellido/s y nombre/s completos</i>)	Rubio Julio Cesar
DNI (<i>del autor-tesista</i>)	34.658.076
Título y subtítulo (<i>completos de la Tesis</i>)	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGISLATIVA LÍCITA
Correo electrónico (<i>del autor-tesista</i>)	Julitorubio_@hotmail.com
Unidad Académica (<i>donde se presentó la obra</i>)	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Córdoba, 27 de mayo de 2014

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i>	Si
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	x

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba 27 de mayo de 2014

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado