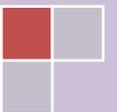


2014

“Responsabilidad Extracontractual del Estado en el ámbito de su actuación ilegítima”





Universidad Siglo 21

ABOGACÍA

“TRABAJO FINAL DE GRADUACION”

Autora: Benedetti, Laura Andrea

D.N.I.: 26.980.238

Legajo: VABG 4078

Año: 2.014

*“La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a
cada uno su derecho”*

Justiniano

RESUMEN

En el presente trabajo se realizará un análisis exhaustivo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado limitado a su actuar ilícito, tendiente a descubrir los fundamentos para poder responsabilizar al Estado, como también analizar cuáles son los presupuestos y el encuadre legal, para que dicha responsabilidad proceda. Se analizarán las distintas etapas por la que atravesó nuestra jurisprudencia respecto al instituto en análisis, siendo de vital importancia ya que es lo que se aplica actualmente. El proceso jurisprudencial culminó con el reconocimiento de la responsabilidad estatal objetiva y directa. Los presupuestos necesarios para que pueda configurarse dicha responsabilidad son: la existencia de un daño, relación de causalidad, factor de atribución y actividad estatal.

Debido al vacío legal que existe en el país sobre el tema, es que también se considera interesante exponer lo regulado por el Derecho Comparado y por el Anteproyecto del Código Civil.

ABSTRACT

In this paper a comprehensive analysis of Torts State limited its wrongful act, aimed at discovering the foundations to hold the State, as well as budgets and analyze what are the legal frame for which liability is appropriate conduct. The different stages through which pierced our jurisprudence regarding the analysis institute, being of vital importance as it is currently applied will be discussed. The jurisprudential process culminated in the recognition of objective and direct state responsibility. The budget

required for such liability can be configured are: the existence of an injury causation factor allocation and state activity.

Due to the legal vacuum in the country on the subject, it is interesting that it is also considered to exhibit the regulations of Comparative Law and the Draft Civil Code.

Índice

Introducción

Capítulo 1: Responsabilidad Extracontractual del Estado

- 1. Concepto.....pág.12
- 2. Evolución.....pág.16

Capítulo 2: Daños ocasionados por la actividad ilícita del Estado

- 1. Etapas en la Jurisprudencia Argentina.....pág.22
 - 1.1. Desde 1.864 hasta 1.933: la irresponsabilidad del Estado.....pág.23
 - 1.2. A partir del año 1.933: el reconocimiento de la responsabilidad del Estado.....pág.26
- 2. Fundamentación jurídica de la responsabilidad del Estado.....pág.32

Capítulo 3: Presupuestos y caracteres

- 1. Presupuestos:
 - 1.1.Lesión resarcible.....pág.39
 - 1.2.Imputación del daño al Estado.....pág.41
 - 1.3.Causas de imputación y factor de atribución
 - 1.3.1. Falta de servicio.....pág.42
 - 1.3.2. Teoría del riesgo.....pág.43
 - 1.3.3. Falta personal.....pág.44
 - 1.4.Relación de causalidad.....pág.44
 - 1.4.1. Eximentes
 - 1.4.1.1.La culpa de la víctima.....pág.46

1.4.1.2.La culpa de un tercero por quien no se debe responder....	pág.47
1.4.1.3.Caso fortuito o fuerza mayor.....	pág.47
2. Análisis del Anteproyecto y Proyecto de ley del Código Civil.....	pág.51
Capítulo 4: Derecho comparado: caracteres de cada sistema	
1. Francia.....	pág.59
2. España.....	pág.61
Conclusiones.....	pág.66
Anexo.....	pág.71
Bibliografía.....	pág.81

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad investigar la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito de su actividad ilegítima, analizando la evolución de la misma en nuestra jurisprudencia, para poder así, fundamentarla debido al vacío legal actual.

El Estado es un sujeto con personalidad política y jurídica. Hay que diferenciar los dos planos en los que actúa: su actuación política cuyo control se encuentra en manos de los organismos políticos, y la actuación respecto de terceros que podría llamarse administrativa, regida por el derecho común. Las posibilidades de que el Estado cause daños son innumerables. Por ello es importante que sea regulada en un cuerpo legal.

El reconocimiento de la responsabilidad estatal no ha sido fácil. En los orígenes se sostenía que el soberano no se equivoca y, en consecuencia, mal podía haber responsabilidad allí donde existía soberanía. Con el advenimiento del Estado de Derecho surge una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite, frente a él, un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, lo que incluye la responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables. (Altamira, 1973).

En el Derecho Argentino no existe, ni en el orden nacional ni en los ordenamientos jurídicos provinciales, un régimen normativo positivo que regule de modo sistemático la responsabilidad extracontractual del Estado. El sistema ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia sobre la base de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, de la aplicación de los preceptos contenidos en el Código Civil relativos a la responsabilidad de las personas jurídicas, y de los principios generales del Derecho.

En el presente trabajo de investigación se tratará todo lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuar ilícito. Debido a la inexistencia de legislación la doctrina y jurisprudencia han ido elaborando, en base a distintos casos que se les han planteado, las condiciones y fundamento de dicha responsabilidad.

De esta forma, se intentará a lo largo del presente trabajo, encontrar los fundamentos para poder hacer responsable al Estado, como también analizar cuáles son los presupuestos y el encuadre legal, para que dicha responsabilidad proceda. Se estudiarán principalmente los cambios que se fueron suscitando dentro de nuestra jurisprudencia, ya que en una primera etapa al Estado se lo consideraba irresponsable. El caso Devoto (1.933) marcó un antes y un después en nuestro sistema. A partir de dicho caso se responsabilizó al Estado, basándose en los artículos 1.109 y 1.113 del Código Civil.

Con la causa Vadell (1.984), se genera un vuelco de la jurisprudencia argentina. Se comienza a juzgar el tema de la responsabilidad según el artículo 1.112 del Código Civil. El supremo Tribunal sentó la doctrina de la responsabilidad directa y objetiva del Estado, fundada en la falta de servicio. Se prescinde de la culpa como causa de imputación, ya no resulta necesario acreditar la culpa del funcionario público, ni tampoco individualizar al autor del daño, sino que basta con demostrar el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio.

Por todo ello se considera importante plantear la posibilidad de que dicha responsabilidad se regule, se plasme en un cuerpo normativo, tomando siempre como base lo establecido por nuestros tribunales.

El trabajo final de graduación se divide en distintos capítulos: en el primero se explicarán los conceptos generales de la responsabilidad del Estado y su evolución

dando una primera aproximación al tema. En el segundo capítulo, se van a observar las distintas etapas que atravesó la responsabilidad del Estado, siempre dentro de su obrar ilícito. Aquí cobran relevancia los diversos períodos jurisprudenciales por lo que transitó el instituto en análisis, de manera que se estudiarán los mismos. También se van a exponer las corrientes doctrinarias que han surgido pretendiendo cimentar dicha responsabilidad. En el capítulo tercero, se van a estudiar los presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, exponiendo en cada uno de ellos, las diversas opiniones doctrinarias y las previsiones establecidas por el anteproyecto del Código Civil del año 2012.

En el cuarto capítulo se va a examinar el derecho comparado, solo limitándose a dos países que se consideran importantes a los fines de evaluar cómo es receptada la responsabilidad del estado en las diversas leyes y de qué manera. Para finalizar se van a explicar las conclusiones, es decir, las opiniones personales acerca del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado, analizando cuáles son los presupuestos de procedencia y la legislación que se necesitaría para solucionar este vacío legal.

El objetivo general consiste en realizar un análisis sobre la procedencia y el encuadre jurídico de la responsabilidad de la Administración por su obrar ilícito. Como objetivos específicos, pueden mencionarse los siguientes: efectuar una breve descripción del concepto de Responsabilidad Civil, determinar los requisitos que deben darse para poder responsabilizar al Estado, analizando los mismos dentro de su actividad ilícita, precisar los fundamentos de la misma, establecer la evolución y cambios de dicha responsabilidad en la jurisprudencia, como también los fallos más trascendentes, analizar el anteproyecto de reforma del Código Civil con respecto al tema y establecer la conveniencia de regular legalmente la responsabilidad del Estado.

CAPITULO 1

Responsabilidad del Estado

En este capítulo se van a desarrollar los conceptos esenciales sobre los que versará el presente trabajo, es decir, las diversas maneras en que puede actuar el Estado, distinguiendo sus actos legítimos e ilegítimos, y el alcance de la responsabilidad en cada caso. Se mencionará de manera general cómo fue evolucionando la responsabilidad del Estado en los distintos sistemas, ya que en un principio debido a la existencia del monarca y a la inmunidad que derivaba de tal situación, era imposible considerar que el rey pudiera ocasionar daños a los individuos. Se produjo un cambio de tal situación con la codificación europea, ya que a partir de ahí se tornó posible aplicar los códigos civiles a los perjuicios que ocasionara el Estado.

1. Concepto

El Estado en el cumplimiento de sus funciones puede ocasionar perjuicios a terceros; ante esta situación, surge la necesidad de establecer si debe ser responsabilizado por sus actuar y de qué manera. Además es necesario establecer los requisitos y presupuestos para que el Estado responda, como así también determinar el camino jurídico que debe seguir el administrado para hacer efectiva dicha responsabilidad.

La responsabilidad del Estado se estructura a partir de la distinción entre responsabilidad por actuación lícita y por comportamiento ilícito. Ambos tipos de responsabilidad exhiben diferencias de régimen jurídico, particularmente con relación a los presupuestos para que surja la obligación de indemnizar por parte del Estado (Amenábar, 2008). El presente trabajo se va a limitar a tratar el actuar ilícito del Estado.

Sabido es que el Estado realiza diversas funciones, y que ellas pueden entrar en conflicto con los intereses de los particulares. Por ello es que se encuentra el Estado de derecho para garantizar y hacer que se respeten los derechos de las personas. “*El*

Estado de derecho implica la vigencia de los derechos fundamentales y supone la autolimitación de los propios poderes por parte del Estado, lo que permite una ampliación de los derechos de los administrados”(Garrido Cordobera, 2013,s.d.).

Ahora bien, al hablar de Estado, se hace referencia tanto a la Nación, como a las provincias y municipios. El Estado realiza diversas funciones y ellas son: las legislativas, administrativas y judiciales. Por lo que, la responsabilidad puede ser del Estado o de los agentes de que aquél se sirve. De esta manera la responsabilidad puede ser política, penal, civil y administrativa. Lógicamente la única responsabilidad en la que puede incurrir el Estado como persona jurídica es la civil, los demás tipos de responsabilidades son propias de los funcionarios.

Dentro de las actividades que el Estado despliega pueden mencionarse actos positivos, hechos y omisiones. Y esas conductas a su vez pueden ser legítimas o ilegítimas. El primer caso se da, cuando del ejercicio regular de una función del Estado, no obstante la absoluta juridicidad del acto en sí mismo puede derivar un perjuicio para quien no se encuentra en la obligación jurídica de soportarlo. A modo de ejemplo, la realización de una obra pública que implique disminución del valor de inmuebles linderos particulares.

La actividad es ilícita cuando es antijurídica, es decir, contraria al derecho objetivo. (Garcia Martinez, 1986).

Por lo que se concluye que en todos los casos sea cual sea la actividad, el Estado será responsable si ocasionó daño, si existe una relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio, si está presente el factor de atribución y si el acto es imputable a él.

El concepto de responsabilidad supone obligación de reparar, es decir, restituir un desequilibrio producido por un sujeto, en relaciones de igualdad, por un daño ocasionado a otro (RAE, 2001).

En el ámbito del derecho público la responsabilidad se basa en un principio de justicia distributiva, el cual trata de evitar la producción de cualquier daño injustificado y no repartido equitativamente entre la población.

En sentido amplio, puede decirse que habrá responsabilidad del Estado cuando alguno de sus órganos en ejercicio de sus funciones ocasione algún perjuicio, daño o detrimento susceptible de apreciación pecuniaria (Abalos, 1996). El daño implica un disvalor, ocasiona una minoración en la integridad física o psíquica de las personas o bien, en el patrimonio de las mismas. El deber de reparar surge del principio universal *naeminem laedere*, que significa no dañarás. Dicho principio tiene jerarquía constitucional.

Como se expresó anteriormente, el Estado realiza diversas actividades y las mismas pueden generar responsabilidades distintas. Ello determina diferencias en cuanto al régimen jurídico a aplicar, las causas de imputación y la extensión de la indemnización, dependiendo si se trata de actos legítimos o ilegítimos.

La responsabilidad por su actuación lícita se manifiesta cuando el Estado ha actuado dentro del ejercicio de una facultad legal, violando el derecho a la igualdad y proporcionalidad de las cargas públicas (art. 16 y 17 C.N.A). Se fundamenta lo expresado en la imposibilidad de que un particular deba tolerar un sacrificio especial que exceda lo normalmente soportable, ya que ello supone una situación de desigualdad que debe restablecerse con una indemnización. Como expresa Cassagne, *“la obligación de resarcir los perjuicios no nace del daño, sino de la alteración del*

principio de igualdad, aun cuando se requiera la configuración del daño que es presupuesto de la responsabilidad, mas no su fundamento” (Cassagne, 2001,pág 4).

Para que surja responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, debe configurarse una violación a las normas jurídicas. Comprende los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios.

El mal desempeño o cumplimiento irregular o defectuoso de los agentes del Estado hace que éste se encuentre involucrado como persona jurídica y deba responder como tal.

La doctrina y jurisprudencia, teniendo en consideración la Constitución y el Código Civil, han elaborado los fundamentos y presupuestos para que pueda responsabilizarse al Estado, ya que no existen normas destinadas a regular íntegramente el instituto. Sólo se han dictado normas aisladas tendientes a regular supuestos muy puntuales.

Por lo que expresan, que si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, el tema de la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público no puede ser regulado por el derecho privado, sino por normas y principios propios del derecho público. Este derecho es de carácter local, según lo disponen los artículos 75 y 121 de la Constitución Nacional, por lo que tanto la Nación como las provincias deberán establecer el régimen jurídico al cual se someterá el Estado cuando ocasione perjuicios a particulares. Tampoco nuestra Constitución Nacional contiene normas relativas a la responsabilidad del Estado, no obstante ello, existen normas que garantizan los derechos de los individuos. Así se encuentra la garantía de igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 16 de la C.N. que consiste en que no existan discriminaciones ni privilegios que excluyan a algunos de lo que se les concede a otros, la inviolabilidad de la defensa en juicio establecida

en el artículo 18, y de la propiedad dispuesta en el artículo 17 de la carta magna, el principio de demandabilidad del Estado en el artículo 116. Todas ellas limitan la arbitrariedad cuando el Estado ejerce su poder, hacen a la esencia del Estado de Derecho y por ende a la responsabilidad del Estado.

A pesar de ello, no existen en nuestro ordenamiento público federal y provincial, normas que establezcan los presupuestos, el modo y alcance del resarcimiento, los distintos plazos de prescripción, etc. Sólo se han dictado algunas disposiciones que regulan determinados supuestos, como por ejemplo el error judicial. Pero ellas están incorporadas de manera errónea en el Código Civil, ya que son de derecho público y no de derecho privado. Ello no implica que debido a la ausencia de normas expresas de derecho público, puedan aplicarse analógicamente las normas de derecho privado, es decir el Código Civil.

La responsabilidad extracontractual del Estado en Argentina comenzó a consolidarse a partir del año 1.930, producto de una importante labor jurisprudencial. La evolución ha sido lenta. Primeramente regía el principio de la inmunidad soberana del Estado, después se admitió la responsabilidad de los funcionarios públicos y por último se reconoció la responsabilidad directa del Estado.

2. Evolución

Antiguamente en los pueblos primitivos el instituto de la responsabilidad no era conocido. Cuando se causaba un daño el mismo se pagaba con la venganza. Existía el principio de retribución según el mal se pagaba con el mal.

Luego vino la etapa de la composición voluntaria, aquí se aceptaba una suma de dinero por el daño sufrido, y así se evitaba la venganza. Con los años se convirtió en

obligatorio. De allí se pasó a la composición legal, donde se fijaban penas pecuniarias, de antemano se sabía lo que iba a pagar si cometía un delito. La acción represiva quedó a cargo del Estado, pudiendo castigar a quienes cometían daños que atentarán contra la sociedad. A partir de allí comenzó a diferenciarse la acción civil de la criminal.

En los dos grandes sistemas, como son el anglosajón y el continental europeo, la responsabilidad del Estado comenzó a reconocerse a partir del siglo XX.

Es necesario mencionar la influencia que tuvo el Derecho romano en nuestras instituciones de Derecho Público y Privado, ya que sentó las bases para que nuestros juristas elaboraran el Derecho Constitucional, Administrativo, Internacional Público, Civil, Procesal Civil, Comercial etc. (Castan Perez Gomez, 1997).

En el Derecho Romano, el Estado era soberano y omnipotente. Por ello, los juristas no imaginaban que los daños y perjuicios ocasionados por el Estado pudieran dar lugar a una acción de resarcimiento a favor del particular perjudicado (Altamira Gigena, 1942).

El instituto de la responsabilidad ha tenido una evolución demasiado lenta. Durante el siglo XVI y XVII, con el absolutismo monárquico, se justificó la infalibilidad del rey por encima del derecho.

Como consecuencia del principio de inmunidad soberana, se consideraba que el príncipe no podía cometer ningún daño ni actuar de manera ilegal.

La autoridad del rey se asentaba en la soberanía. En virtud de ello es que el monarca ejercía sobre sus súbditos un poder ilimitado, ya que en sus manos se encontraba concentrado todo el poder público.

El principio mencionado anteriormente siguió vigente durante el movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII. Justamente uno de los objetivos de la declaración de los derechos del hombre y ciudadano del año 1.789, era limitar este tema de la soberanía.

Recién con la revolución francesa se sustituye la soberanía del rey por la soberanía del pueblo. Al Estado también se le adjudicó soberanía, aunque ella fue el fundamento de su irresponsabilidad (Amenábar, 2008).

Frente a la Codificación europea de la responsabilidad extracontractual establecida en los Códigos Civiles, se sugirió la viabilidad de aplicar esas normas a los daños producidos por el Estado.

Estos principios servían para sostener la responsabilidad de los funcionarios por los actos ilícitos que cometían en el ejercicio de sus funciones.

De esta manera, se transfirió la función judicial a tribunales especiales, pero el Estado logró sustraerse al control de los tribunales. A partir de ello, nace la teoría del fisco. Postulaba que el patrimonio del Estado pertenecía al fisco. El Derecho patrimonial era considerado, según esta teoría, como una parte del Derecho Privado. Por ello quedaba equiparado a un particular y se le aplicaban las normas del Derecho Civil (Bianchi, 1996).

Esta posibilidad de demandar al Estado equiparándolo a un particular, surgió a partir de la distinción entre los llamados actos de imperio y de gestión. El Estado posee una doble personalidad, distinguiéndose la misma, según actúe como persona jurídica de Derecho Privado o como persona jurídica de Derecho Público.

Cuando el Estado actúa dentro de la órbita del Derecho privado, se dice que realiza actos de gestión. En cambio, cuando lo hace en el campo del Derecho Público, son actos de imperio. Se refieren a las cuestiones políticas.

A partir de esa distinción es que se fundó la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado. Es decir, que cuando el funcionario actuaba dentro de su gestión y ocasionaba un daño existía responsabilidad ya que era justo que se equiparara a un particular y quedara sometido al Derecho Civil, respondiendo con su patrimonio.

Si era un acto de autoridad, no era responsable. Ello en virtud de que sus decisiones se basaban en la soberanía que se imponía a los ciudadanos sin que ellos puedan realizar ningún tipo de reclamo, aún ante la existencia de un daño.

A partir del surgimiento de algunos factores como, la aceptación de la teoría jurídica de la personalidad del Estado, que hace posible su imputación; la admisión de la falta del funcionario, como falta de servicio; la sustitución de la responsabilidad subsidiario por la responsabilidad directa del Estado y el paso de la responsabilidad subjetiva hacia la objetiva, se logra la actual teoría de la responsabilidad de la Administración.

Luego se admitió la posibilidad de demandar al Fisco, cuando el Estado actuaba en relaciones jurídicas de índole civil (Cassagne, 1986).

Aparecieron así en la órbita del Derecho Público distintas teorías que fundamentaron la responsabilidad extracontractual del Estado, las cuales se analizarán en el capítulo siguiente.

Como se viene observando, se considera que la responsabilidad del Estado ha evolucionado de manera positiva, ya que lo importante es resarcir a la víctima que ha sufrido el perjuicio sin importar si lo ha realizado el Estado o un particular. Justificar

que las conductas del Estado son impunes debido al poder que posee o por la inexistencia de normas escritas y concretas aplicables sería una aberración y un atentado hacia los derechos consagrados en la Carta Magna.

Aunque todavía queda un largo camino por recorrer respecto al tema, se considera que muchos problemas se solucionarían si existieran normas expresas que prevean cuándo y ante qué situaciones el Estado debe resarcir los daños que cause.

CAPÍTULO 2

Daños ocasionados por la actividad ilícita del Estado

El presente capítulo va a tratar las diversas etapas que atravesó la jurisprudencia argentina dentro del obrar ilícito del Estado, ante la ausencia de régimen normativo expreso. Por ello se van a analizar los casos relevantes presentados ante nuestra Corte Suprema de Justicia y las diversas normas a las que recurrieron los jueces para poder justificar la responsabilidad del Estado. Es muy importante la labor que ha realizado la jurisprudencia, porque logró hacer responsable al Estado de sus actos sin poseer legislación al respecto. Existen dos momentos bien marcados, que se mencionarán a continuación.

Se expondrán las diversas teorías respecto los fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado, analizando las razones que justifican una regulación distinta para los casos en que los daños sean causados por actos u omisiones de los poderes públicos.

1. Etapas en la jurisprudencia argentina

Como se ha mencionado anteriormente, en nuestro ordenamiento no existe un régimen normativo relativo a la responsabilidad del Estado. Ella, no fue siempre reconocida por nuestra jurisprudencia. En una primera etapa existía el principio de la inmunidad soberana. Después se admitió la responsabilidad de los funcionarios públicos. Y por último se reconoció la responsabilidad directa del Estado. Durante el desarrollo del trabajo se mencionarán los fallos jurisprudenciales que muestran la evolución.

La Ley 224 del año 1.859, fue la primera que contempló la responsabilidad del Estado. En su artículo 1 establecía: *“La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de*

las autoridades legítimas del país.” No hacía referencia a qué tipo de actos abarcaba por los que se consideró que contemplaba actos ilícitos y también lícitos.

La Corte a partir del año 1.900 prescindió del ordenamiento nacional vigente aplicando la Constitución para aquellas cuestiones de derecho público (Salomoni, 2000).

A partir de la sanción del Código Civil (1871) quedó consagrada la responsabilidad de los funcionarios públicos. El artículo 1.112 establece: *“Los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título.”* Dicho título se refiere a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.

Si bien existía esta disposición, el Estado no podía ser demandado sin previa venia legislativa. Así lo contemplaba la Ley 3.952 de demandas contra la Nación. Luego fue modificada y suprimió la venia legislativa. Se exigía solo cuando el Estado era demandado porque actuaba en el campo del derecho público, es decir, cuando el perjuicio derivaba de un acto de autoridad (Ulsenghi, 2001).

Existen dos etapas diferenciadas en nuestra jurisprudencia. Se analizarán a continuación.

1.1. Desde 1.864 hasta 1.933: la irresponsabilidad del Estado.

En este primer período no se admitía la responsabilidad extracontractual del Estado en el plano del derecho público. Para fundamentarlo la doctrina se basó en la teoría de la doble personalidad. Se sostuvo que el Estado como poder público era irresponsable porque actuaba en virtud de su soberanía; y que cuando obraba en el ámbito del

derecho privado, era responsable sólo contractualmente. Se aceptaba la responsabilidad del mismo cuando su obrar derivaba de una ley.

En esta etapa, se realizó una interpretación textual del artículo 43 del Código Civil antes de la reforma de la Ley 17.711. Él, prohibía ejercer acciones criminales o civiles por indemnización de daños contra las personas jurídicas, aunque las mismas hubiesen cometido delitos. Es decir que cuando el agente cometía un ilícito la responsabilidad del Estado no se aplicaba.

En este período existe un caso llamado “Bates Stokes y Cia”¹ de fecha 3 de setiembre del año 1.864. Los hechos eran los siguientes, la empresa mencionada anteriormente, tenía mercaderías depositadas en la Aduana de Buenos Aires que se deterioraron por el agua en virtud de un temporal. La Administración pagó esas mercaderías, pero los demandantes solicitaron el pago de la desvalorización monetaria, el valor de cambio de la moneda con que se les había pagado, los intereses por mora y pago de costos. La Corte rechazó dicho reclamo fundando su decisión en que lo que habían percibido impedía que reclamaran otros rubros, pero no hizo referencia a la imposibilidad de demandar al Estado.

Otro antecedente que se puede observar en esta etapa, es la causa “Seste, Vicente y Seguich, Antonio c/ gobierno Nacional”². En la misma se dispuso que no era posible demandar al Estado, surgiendo el principio de irresponsabilidad del mismo. En virtud del principio de soberanía la Administración no puede ser llevada a la justicia sin su consentimiento, ya que se presume la buena fe en su actuación.

¹ CSJN, “Bates Stokes y Cía. c/Gobierno Nacional”, Fallos 1:259(1864).

² CSJN, “Seste y Seguich c/Gobierno Nacional”, Fallos 1:317(1864).

Con la sanción de la Ley 3.952 de demandas contra la Nación (1900)³, se originó un cambio en el tema, ya que la misma distinguía entre actos de imperio y de gestión.

En los primeros, se expresa el Estado poder y están eximidos de revisión judicial, en su mayoría. En los segundos, se muestra el Estado persona, y quedan comprendidos dentro del Derecho común (Cassagne,1998).

La Ley en su artículo 1 establecía que los Tribunales de la Nación conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización legislativa previa, debiendo estar precedida la pretensión judicial de un reclamo administrativo previo, denegado expresa o tácitamente por el Poder Ejecutivo.

La doctrina y jurisprudencia siempre reconocieron la responsabilidad del Estado por sus actos de gestión de su patrimonio privado, pero la responsabilidad extracontractual por sus actos ilícitos al ocasionar perjuicios a particulares tanto en su persona como en su patrimonio, fue reconocida recién con la causa Devoto⁴ en el año 1933.

Según lo expresado anteriormente, la irresponsabilidad existía respecto los actos de autoridad, pero no en los actos de gestión que realizaba el Estado en el área del Derecho Privado.

La Ley 3.952 estuvo vigente hasta la sanción de la Ley 11.634, la cual la modificó. Establece que los Tribunales Federales entienden en las acciones civiles contra la nación, si actúa en el ámbito del Derecho Privado y del Público.

1.2. A partir del año 1.933: el reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

³ Ley 3952, Demandas contra la Nación, Registro Nacional 1900.

⁴ CSJN, causa “S.A. Tomás Devoto c/Gobierno Nacional”, Fallos 169:111.

El caso Devoto (1933) marca el inicio del reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la órbita del Derecho Público.

Debe recordarse que el antiguo *artículo 43* del Código Civil, establecía: *“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”*.

Dicho artículo plantea la irresponsabilidad del Estado. Un sector de la doctrina consideraba que donde el artículo decía “aunque” debía entenderse “cuando”. Tal interpretación permite inferir que la irresponsabilidad de la Administración queda limitada a la comisión de delitos por parte de sus miembros integrantes del Derecho Criminal.

Luego la Corte en el año 1.916, interpretó gramaticalmente el art. 43 C.C., cuando reconoció la responsabilidad extracontractual del Estado fundándola en los artículos 1.109 y 1.113 del Código Civil, en tanto los perjuicios fueran ocasionados por el obrar de sus dependientes⁵.

Es decir, que existían distintas interpretaciones del mencionado artículo: la irresponsabilidad del Estado por delitos y cuasidelitos, luego la responsabilidad única del Estado por cuasidelitos y por último, la responsabilidad conjunta del Estado y agente por cuasidelito. Este criterio fue adoptado por la Ley 17.711 del año 1.968, que modificó sustancialmente nuestro C.C.

Como se expresó anteriormente el caso “SA Tomas Devoto y Cia. c/ Estado Nacional p/ d y p”, marcó el comienzo de la etapa en que el Estado fue responsable. Los hechos se desarrollaron de la siguiente manera: la SA alquilaba un campo en la provincia

⁵ CSJN, “Saénz Peña, Luis A.c/Gobierno Nacional”, Fallos 124:22.

de Entre Ríos, en donde se encontraban trabajando los empleados del Telégrafo Nacional. En virtud de ello, se produjo un incendio por chispas que lanzó un brasero usado por los empleados. Se ocasionaron graves daños por lo que la S.A. reclamó al Estado.

La Corte estableció en este caso la responsabilidad indirecta del Estado justificándola en la redacción de los artículos 1.109⁶ y 1.113 del Código Civil. Estaba vigente aún el art. 43 del C.C. Sostuvo que debía probarse la culpa de los agentes según lo dispone el artículo 1.109. Aplicó lo establecido por el artículo 1.113 primer párrafo para imputar responsabilidad indirecta del Estado. El mismo dispone: *“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”*. Estableció que en este caso el incendio pudo ser previsto y evitado ya que ocurrió por falta de atención de sus empleados. Dicha sentencia recibió fuertes críticas. Así, Bielsa sostuvo que lo que se discutía aquí correspondía al campo del Derecho Administrativo por lo que debió ser resuelto por una ley. Además, según el art. 43 del C.C aún cuando los representantes de las personas jurídicas hubiesen cometido delito no podrán demandarla por reparación de daños (Bielsa, 1933).

Según Cassagne, en lo que la Corte se equivocó fue en no fundamentar la responsabilidad del Estado en la idea de falta de servicio, que establece que los administrados no tienen que tolerar perjuicios derivados del defectuoso funcionamiento del servicio, ya que se vulneraría la garantía de igualdad de las cargas públicas, reconocida constitucionalmente. Debe recordarse que la Corte fundó el tema en la culpa del art. 1.109 del C.C. (Cassagne, 1998).

⁶ Art. 1109 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.”

Luego, con el caso Ferrocarril Oeste⁷ se reconoció la responsabilidad del Estado fundada en el art. 1.112 del C.C. En este caso el Registro de la Propiedad emitió certificado erróneo por el cual se concretó una compraventa que le ocasionó perjuicios al adquirente, por ello el propietario del inmueble inició una acción de reivindicación. Lo relevante aquí es que la Corte invocó el artículo 1.112 del C.C. para justificar la responsabilidad del Estado, que alude a la falta de servicio. Expresó que será responsable quien preste un servicio inadecuadamente, en virtud de lo establecido por los artículos 625 y 630 del C.C. Sigue fundando la responsabilidad en el artículo 1.113, es decir la responsabilidad indirecta del Estado, en la justicia y equidad (Cassagne, 1998).

Hasta el año 1.984 que surge el caso “Vadell”, la Corte siguió aplicando los artículos 1.112 y 1.113 del C.C para aceptar la responsabilidad extracontractual de la que se viene hablando⁸.

A partir de la causa mencionada se admite la responsabilidad del Estado fundada únicamente en el artículo 1.112 del C.C.

Se realizaron demandas contra Vadell quien a su vez acciona contra la Provincia de Buenos Aires y los funcionarios escribanos debido a los errores registrales que se produjeron. El Registro de la Propiedad, emitió certificados de dominio por los que se ocasionaron transmisiones de dominio sobre un mismo terreno. Debido al error cometido por dicho organismo, la operación de compraventa del inmueble se anuló.

La Corte responsabilizó a la provincia ya que el Registro procedió de manera irregular y errónea. Como lo estableció en el caso Ferrocarril, manifestó que quien cumple una función debe realizarla de la manera adecuada según la función siendo absolutamente

⁷ CSJN, “Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires”, fallos 182:5(1938).

⁸ CSJN, Vadell Jorge c/Provincia de Buenos Aires, La Ley 1985-B-3(1984)

responsable por su errónea prestación. Lo expresado ocurrió en el caso que se está analizando. Consideró que no era necesario fundarlo en la responsabilidad indirecta del artículo 1.113 ya que el Estado debe responder por el actuar de sus funcionarios como si esa conducta hubiese sido propia de él.

En cuanto el tema de los funcionarios intervinientes, se consideró que no deben responder debido a que no existe una relación de empleo público, no manifiestan ellos la voluntad del Estado porque no están subordinados a dicho órgano.

En sus considerandos estableció la responsabilidad directa y objetiva del Estado. La primera alude a que los funcionarios obrando en el ejercicio de sus funciones son órganos del Estado. Y la segunda, se apoya en el artículo 1.112 y alude a la falta de servicio (considerando 5). Estableció la inaplicabilidad del artículo 1.113, primera parte del C.C. que habla de la responsabilidad indirecta del principal por el hecho del dependiente, a la responsabilidad del Estado dentro de la órbita del Derecho Público (considerando 6).

La Corte a partir de aquí funda la responsabilidad extracontractual del Estado por actuación ilícita en el artículo 1.112, el que admite la idea objetiva de falta de servicio por los perjuicios causados por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Por lo que se hace innecesario acreditar la culpa e individualizar al funcionario que ocasionó el daño, siendo suficiente determinar el irregular funcionamiento de la actividad para que el Estado deba responder.

Como se ha expresado, la causa Vadell fue la que determinó la responsabilidad objetiva y directa del Estado por su actividad ilícita, según las disposiciones del artículo 1.112 del C.C.

Tanto la jurisprudencia nacional como provincial han seguido el criterio mayoritario expuesto por la Corte Suprema. Se expondrán algunos fallos a continuación.

En la causa *Zacarías*⁹ se demandó al Club Atlético Central Córdoba, a la Asociación de Fútbol Argentino y a la Provincia de Córdoba debido a que se produjo una explosión de una bomba de estruendo que había colocado gente del club local.

En este caso se eximió a la Policía Provincial de responsabilidad ya que no se encuentra configurada la falta de servicio. Sostuvo que la falta de servicio consiste en la anormal prestación de las obligaciones para que el servicio se preste con regularidad, ello debe apreciarse en el caso concreto evaluando la naturaleza de la actividad, la previsibilidad del daño, etc. En este caso en particular, se tomaron las medidas necesarias ya que el lugar se encontraba custodiado y había mucha gente, además la bomba fue instalada en el interior y un sujeto que se encontraba con un cigarrillo fue el encendió el explosivo.

Otra de las causas es "*G.C.M. c/Provincia de Santa Fe*"¹⁰. Los hechos ocurrieron de la siguiente manera, un hombre fue asesinado a puñaladas por otros internos en la cárcel de la ciudad de Coronda. Su esposa y sus hijos demandan al Estado de la provincia fundando la responsabilidad en la falta de servicio por no cumplir la obligación de seguridad de cuidar la vida de los presos. En este caso la Corte consideró responsable a la Provincia, las cárceles deben ser un lugar de readaptación y de reinserción de los condenados a la sociedad, deben velar por su seguridad según lo expresa el artículo 18 de la C.N. Al no cuidar la conducta de sus agentes el Estado provincial es responsable, ya que omitió los deberes que tiene a su cargo y cumplió el servicio de manera irregular.

⁹ CSJN, "*Zacarías, Claudio H. c/Provincia de Córdoba y otros.*" La Ley 1998-C-322.

¹⁰ CSJN, "*G.C.M. c/Provincia de Santa Fe*". La Ley 2003-D-521.

En el caso “R.G.P.”,¹¹ una persona de 22 años de edad muere ahogada en un balneario público de Villa Carlos Paz por ello los padres demandan a la Provincia y a la Municipalidad. Alegaron que en el lugar no había guardavidas, el hecho ocurrió en fecha noviembre de 1995 y recién las autoridades localizaron a sus familiares en setiembre de 1.996, en virtud de una denuncia por desaparición de personas realizada por la madre.

El municipio y la Provincia alegaron que en la época en que la persona ingreso al balneario no era necesaria la presencia de guardavidas, ya que según la ordenanza la fecha en la que debía estar él mismo era en Julio y de Diciembre a Marzo. Los hechos ocurrieron fuera de dichos meses. Esbozó que la conducta de la víctima era riesgosa porque siempre estaba expuesto a situaciones de peligro.

La Corte resolvió que hubo responsabilidad por falta de servicio debido a la negligencia en que se incurrió por no cumplir con la obligación de seguridad. Responsabilizó al municipio porque, aun ante la existencia de dicha ordenanza igualmente despliega jurisdicción delegada sobre la zona y, a la provincia como propietaria del río. Además consideró la falta de diligencia de la policía respecto a la demora para comunicar a la madre de la muerte del hijo cuando contaban con posibilidades de identificar a la víctima y a la familia (Amenábar, 2008)

Si bien la jurisprudencia mayoritaria aplica el artículo 1.112 del Código Civil para hacer responsable extracontractualmente al Estado por su actividad ilícita, algunos tribunales lo hacen según lo disponen los artículos 1.112 y 1.113 primer párrafo del mencionado cuerpo legal.

¹¹ CSJN, “R.G.P. c/Provincia de Córdoba”, La ley del 21-12-2005, p.12

2. Fundamentación jurídica de la responsabilidad del Estado

Encontramos diversos fundamentos elaborados por la doctrina y jurisprudencia relativos a la responsabilidad extracontractual del Estado; ellos son los siguientes:

1. Teoría de la Expropiación

Esta teoría, establece que el fundamento se encuentra en la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad. Es decir, así como el Estado debe indemnizar ante un caso de expropiación de la misma forma debe hacerlo cuando se produzca cualquier afección a la propiedad o persona.

Sostiene Consolo, que ante la lesión de cualquier derecho existe la obligación de reparar. Ello no puede ser distinto para la Administración, no se justifica dicho privilegio. Cuando se indemniza por expropiación por razones de utilidad pública se está reconociendo un principio, lo que implica que el derecho del ciudadano debe ceder cuando exista una finalidad pública. Por lo que, si no existiera la indemnización se violaría aquel derecho. En materia de responsabilidad no puede aplicarse el Derecho Común (Gordillo, 1966).

Corresponde hacer una salvedad, ya que se dice que entre los institutos responsabilidad y expropiación, existe un paralelismo. La última de ellas no es un supuesto de responsabilidad sino que a través de la misma el Estado ejecuta un derecho propio establecido en la Constitución. Distinto es cuando el Estado ocasiona un daño ya que aquí no está previsto en la legislación, por lo que hay responsabilidad.

Esta teoría garantiza la protección de la propiedad privada por lo que resulta aplicable a casos de resarcimiento de daños causados por actos de la administración, judiciales y legislativos.

Bielsa critica dicha teoría, establece que cuando se expropia un bien el mismo se incorpora al patrimonio del Estado en cambio si se causa un daño ello no ocurre (Bielsa, Derecho Administrativo, 1967).

2. Teoría del Sacrificio Especial

Esta teoría fue ideada por Mayer, y sostiene básicamente, que existe obligación de indemnizar un daño cuando el actuar del Estado haya perjudicado a un individuo de forma desigual y desproporcionada en relación a las demás personas. La indemnización en este caso recae sobre un hecho contrario a la equidad, es decir, sobre un hecho injusto (Diez, 1981).

3. Teoría de la igualdad de las cargas públicas

Fue concebida por Teissier, quien se opone a fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho privado. El fundamento de dicha responsabilidad reside en el principio de igualdad ante las cargas públicas. El vivir en sociedad impone a los individuos la obligación de soportar ciertas cargas sin derecho a indemnización, cuando los perjuicios devenguen del funcionamiento y ejercicio legal del poder público.

Es decir, que la posibilidad de indemnización surge cuando el Estado ocasiona daños derivados de su conducta ilícita, defectuosa, etc. (Diez, 1981).

4. Teoría del enriquecimiento sin causa

Es formulada por Hauriou, establece que la indemnización se justifica por el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa. El legislador debe establecer las normas que regulen la responsabilidad del Estado. Ante la inexistencia de las mismas opta por

evaluar lo dispuesto en la jurisprudencia distinguiendo así, daños con culpa, sin culpa del Estado, sin culpa que no lo benefician y que sí lo benefician.

Considera que el principio de igualdad de las cargas públicas le sirve al legislador pero no debe ser aplicado por un juez para fundamentar la indemnización por parte del Estado. Por ello establece que es éste el principio que el juez puede aplicar para responsabilizar al Estado. Requiere dos condiciones: que la Administración se enriquezca con el daño ocasionado y que sea sin causa (Diez, 1981).

5. Teoría objetiva del riesgo

Fue elaborada por Duguit. Niega la personalidad del Estado por ello sostiene que no puede ser responsable. Se aparta de la idea de culpa e ilegalidad y crea un sistema jurídico que se basa en un seguro contra el riesgo social derivado del funcionamiento de los servicios públicos. Debido a que el Estado no posee personalidad considera que el daño es ocasionado por el funcionario y será él quien deberá responder con su patrimonio cuando actúe fuera de sus funciones. Si en cambio hay una falta de servicio, la indemnización le corresponderá pagarla a la Caja colectiva.

Los fundamentos expresados pueden ser considerados causas, pero no fundamentos de la responsabilidad del Estado (Duguit , 1975).

6. Teoría de la vigencia del Estado de Derecho

Según Marienhoff, el fundamento de la responsabilidad del Estado radica en los principios que se encuentran consagrados constitucionalmente, entre ellos: no dañar a otro, respeto por el derecho a la vida, a los derechos adquiridos, las garantías de la libertad, etc. Es decir, que si por alguna razón el Estado vulnera estos derechos, deberá restituirlos por medio de una indemnización independientemente de que no

exista una ley en particular que establezca el resarcimiento de los mismos. Son principios vigentes en todos los ordenamientos jurídicos (Marienhooff, 1975).

7. Teoría de la falta de servicio

Fue elaborada por la doctrina francesa. La falta de servicio consiste en un funcionamiento defectuoso de la Administración, originándose el daño y la consecuente responsabilidad por el mal funcionamiento del servicio.

La falta de servicio se aleja de la idea de culpa o consideración subjetiva sobre el actuar del agente. Es una falta objetiva, por lo que no requiere individualización del funcionario (Diez, 1981).

Dentro de los fundamentos de la responsabilidad a la que se hace alusión, no puede dejarse de mencionar lo dispuesto por la doctrina argentina. Existen diversas opiniones atinentes al fundamento de la responsabilidad estatal.

Bielsa se ha inclinado por la teoría expuesta anteriormente, que habla de la falta de servicio. Funda la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Público, ya que considera que no pueden aplicarse las normas del Derecho Civil.

Criticó lo expresado por la Corte en el caso Devoto, ya que el Código Civil acogió la teoría de la ficción en lo relativo a las personas jurídicas. Es decir, que cuando los representantes de las personas jurídicas actúan dentro de los límites de su representación dichos actos se consideran inherentes a la persona jurídica, por lo que ella responderá. Pero, cuando obran fuera de lo que se les ha asignado, no se reputa realizado por la persona jurídica sino extraño a ella. En dicho caso, si sería responsabilidad del representante, basándose en lo que establecían los artículos 36 y

43¹² del Código Civil antes de la reforma de la Ley 17711. La comisión de cualquier hecho ilícito es ajena al mandato, por lo que la responsabilidad no sería del Estado sino de la persona que la cometió (Bielsa,1967)

Cassagne, establece que el fundamento radica en el fin mismo del Estado que es el bien común y en el restablecimiento del desequilibrio ocasionado, por alterarse el principio de igualdad ante la actuación ilícita de la administración. Por lo que el fundamento se encuentra en el Derecho Natural, independientemente que esté inserto o no en un ordenamiento escrito. Por ello, todo daño ocasionado por el Estado de manera ilícita debe ser reparado para lograr la restitución del desequilibrio causado. Cuando la lesión provenga de una actividad ilegítima la indemnización debe ser integral, ya que no deviene en razones de utilidad pública donde sí existe un valor objetivo (Cassagne, 1982).

Según lo desarrollado en el presente capítulo, la jurisprudencia en los últimos tiempos y en la mayoría de los fallos ha justificado la responsabilidad del Estado en la noción de falta de servicio aplicando el artículo 1.112 del Código Civil. Se considera que dicha responsabilidad es directa porque el funcionario es un órgano del Estado por medio del cual éste actúa, y será responsable. Por lo que los individuos deberán ser indemnizados por la administración, sin necesidad de demostrar quién fue el autor del daño ni su culpabilidad.

Es el sistema que mejor se adapta, ya que siempre intervienen distintos agentes en el desenvolvimiento de la actividad del Estado, tornando poco probable la individualización del autor del daño.

¹² Art. 36 C.C.: Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. Y el Art. 43 establecía: No se pueden 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.

Como se ha expuesto, existen diversas teorías. Algunas fundadas en la idea de culpa y otras en lo objetivo. Actualmente la doctrina preponderante es la que propicia la tesis de la obligación legal de garantía.

Ante el crecimiento de los derechos subjetivos el sistema de responsabilidad se ha visto afectado, generándole al Estado altos costos que no está en condiciones de afrontar.

Al margen de lo anteriormente expuesto, se cree que las garantías de los derechos individuales merecen una reparación integral, siendo conveniente que el sistema de seguridad social se haga responsable de dichos riesgos. Al contemplar todos los casos en una norma legal, dicho inconveniente quedaría resuelto y, ya no dependería del juez de turno.

Capítulo 3

Presupuestos y Caracteres

de la Responsabilidad

Extracontractual del Estado

por su actividad ilícita

En este capítulo se analizarán los diversos requisitos que ha elaborado la jurisprudencia para que proceda la responsabilidad del Estado y que luego han sido profundizados por la doctrina.

Deben encontrarse presente todos los requisitos para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado, el presente trabajo se limitará a examinar los mismos dentro de la actividad ilícita que la administración desarrolla. Ellos son: en primer lugar, la existencia de un daño; en segundo lugar, la relación de causalidad de manera directa e inmediata entre daño y el acto emanado del Estado; otro de los presupuestos es que sea posible imputar los perjuicios a la persona jurídica a la que corresponde el órgano que lo causó; y por último el factor de atribución. Se analizarán a continuación.

Se analizará brevemente el articulado del proyecto y anteproyecto, respecto el instituto en análisis.

1. Presupuestos

1.1 Daño resarcible

En primer lugar debe existir un daño. El daño indemnizable consiste en una lesión antijurídica a intereses jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales. (Zannoni, 1987). La lesión consiste en un perjuicio material cierto, medible económicamente, y relacionado con la actuación del Estado.

El daño para ser resarcible debe reunir determinados requisitos, ellos son:

- *Daño cierto*: debe ser cierto en relación a su existencia, es decir, que pueda objetivamente ser comprobado. Da lugar a resarcimiento el daño actual y futuro, siempre que exista la certidumbre de su presencia. También se

indemniza la *pérdida de chance* cuando sea un daño cierto. Consiste en la no obtención de un beneficio o en la frustración del mismo. Lo que se frustra no es en sí el beneficio sino lo que hubiese acontecido en caso de que el evento dañoso no se hubiese producido, por ello se dice que es algo aleatorio. Para que la chance sea indemnizable es necesario que se cumplan una serie de requisitos, debe ser real y seria. La indemnización de ella debe ser integral y quedará librada a la prudencia del juez quien deberá examinar los hechos del caso concreto para fijarla de manera cuantitativa y cualitativa. Corresponderá que evalúe cual hubiese sido la situación de la víctima en caso de que el daño no hubiese ocurrido y considerar el subsistencia y grado del alea (Pizarro y Vallespinos, 1999).

- *Daño actual y futuro*: actual implica que sea existente al momento de dictarse la sentencia, y futuro es aquel que aún ante la existencia de causa generadora, no ha ocurrido.
- *Daño subsistente*: no debe haber sido recompuesto por el que lo ocasionó. La persona que lo ha sufrido así como un tercero pueden remediarlo, pero después guardan la opción de reclamo contra el que lo generó.
- *Daño propio*: debe ser personal del individuo que sufrió el perjuicio patrimonial o moral, ya sea directa o indirectamente. Es directo cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito y es indirecto cuando el perjuicio propio invocado por el demandante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero (Pizarro y Vallespinos, 1999).
- *Daño medible económicamente*: debe ser evaluable en dinero.

En cuanto a la indemnización debe ser plena, es decir que abarque el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral, y comprende las consecuencias inmediatas y mediatas del acto.

El daño patrimonial puede manifestarse como daño emergente y lucro cesante. El *daño emergente* consiste en la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes en el patrimonio, a raíz del hecho ilícito y el *lucro cesante* implica ganancias frustradas, dejadas de percibir por el damnificado, a raíz del ilícito (Pizarro y Vallespinos, 1999).

El daño moral se encuentra legislado en el artículo 1068 del Código Civil, que establece “*cuando se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o facultades*”. También el art. 1078 del mismo código dispone que “*la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima*”. Según Pizarro y Vallespinos (1999), implica una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial.

1.2. Imputación al Estado

Según la Teoría del Órgano, la conducta de los empleados o funcionarios del Estado actuando en el ejercicio de sus funciones son imputables a él directamente así no

pueda individualizarse quien fue el autor del hecho. Como se mencionó anteriormente la Corte de la Nación en la causa Vadell, consideró que la responsabilidad de la Administración es directa y personal, es decir, que cuando los funcionarios o empleados han actuado dentro de sus funciones esa conducta debe ser juzgada como propia del Estado.

Además la responsabilidad es objetiva, y se aplica al funcionamiento anormal, normal o defectuoso de los servicios públicos.

La asignación de responsabilidad al Estado se encuentra en la titularidad de la organización, por lo que los daños pueden ser impersonales o anónimos. Por ello, quedan incluidos en el concepto de funcionario a empleados, contratados, y cualquier persona que ocasionalmente cumpla funciones en el Estado.

Por lo que, si se comprueba que la conducta de la persona que cometió el daño se encuentra dentro de la organización administrativa mas la concurrencia de los demás presupuestos necesarios para que nazca la responsabilidad del Estado, dicha actividad debe imputarse como responsabilidad del Estado.

1.3. Factor de Atribución

Consiste en el motivo que se tiene en cuenta para que nazca la obligación de indemnizar el daño, es decir el por qué se debe resarcir el daño ocasionado por el agente. Existen diversos factores de atribución, que se enunciarán a continuación (Amenábar, 2008):

1.3.1. Falta de Servicio

Se produce cuando el servicio del Estado funciona de manera anormal, defectuosa o incorrecta; o por una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio

regular. Esta actuación anormal comprende conductas positivas, materiales y también omisiones. Las últimas deben ser antijurídicas, es decir que se abstengan de realizar lo que indica la norma.

En el artículo 1.112 del Código Civil se encuentra regulada la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita. Dicho art. establece la responsabilidad directa y objetiva de los empleados públicos dentro del ejercicio de sus funciones.

La falta de servicio alude a una noción amplia que no se limita al concepto de servicio público, sino que abarca todo comportamiento emanado del Estado en ejercicio de la función administrativa.

Aquí se prescinde del factor de atribución subjetivo de la persona que ocasionó el daño, por lo que es innecesario individualizar al funcionario y probar su culpabilidad.

La persona que ha sufrido el daño deberá probar cual ha sido la conducta irregular, determinando las particularidades de tiempo y lugar en el caso concreto, para que se configure la falta de servicio demostrando que el mismo funcionó de una manera anormal.

1.3.2. Teoría del riesgo

Se encuentra en el art. 1.113 2º párrafo del C.C., plantea que la persona que introduce objetos peligrosos en la sociedad debe responder por ello, dejando de lado si actuó con dolo o culpa. Se considera cosa riesgosa cualquier objeto que en virtud de su naturaleza o por el modo de uso, ocasione algún riesgo en la sociedad.

Según esta teoría el Estado cuando ha introducido un riesgo debe responder si a consecuencia de ello se causó un daño.

La jurisprudencia recurre en varias oportunidades a esta teoría por ejemplo ante la caída de árboles, o en virtud de perjuicios ocasionados por rutas o calles en estados inadecuados, por ausencia de señales de tránsito, etc.

1.3.3 Falta personal

Se refiere al actuar de los funcionarios públicos fuera de sus funciones cuando no han realizado lo que está dentro del servicio que deben prestar. Encuentra su fundamento en el artículo 1.109 del C.C. que regula la responsabilidad por culpa.

1.4. Relación de causalidad

Alude al nexo causal que debe existir entre la conducta y el perjuicio causado, es necesario que haya una conexión entre causa y efecto. A través de la causa puede determinarse el autor y hasta donde debe indemnizarse.

Se presentan algunos inconvenientes en virtud de que un efecto generalmente es consecuencia de varias causas y las mismas pueden ser independientes entre sí o no. Por ello se han elaborado diferentes teorías. Así se observa la de la “*Equivalencia de las Condiciones*” elaborada por Stuart Mill, establece que cada condición es idónea para causar el resultado por lo que extiende demasiado la responsabilidad.

Contraria a esta teoría se ubica la de la “*Causalidad adecuada*” elaborada por Von Kries y acogida por el Código Civil. Establece que hay que elaborar un juicio de probabilidad y determinar si la conducta de la persona era capaz de causar ese resultado. Considera que causa es la condición que según el curso normal y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, las demás son sólo condiciones o antecedentes concurrentes (Amenábar, 2008)

El Código Civil establece la teoría mencionada anteriormente en el artículo 906. Debe realizarse un juicio de probabilidad según el curso normal y ordinario de las cosas, así se diferencia entre la causa adecuada de las otras condiciones. La causa adecuada es aquella idónea para producir un resultado y las demás condiciones son las que ayudan a la producción de dicho resultado, pero que por sí solas son insignificantes para ocasionarlo. Dicha relación causal deberá ser probada.

El Código distingue las consecuencias en mediatas e inmediatas, causales y remotas. Las “*inmediatas*” son aquellas que suceden según el curso normal y ordinario de las cosas, se encuentran consagradas en el artículo 901 del C.C. Las “*mediatas*” surgen de la ilación de un determinado hecho con un suceso diferente. Aquí la conexión no es directa. La previsibilidad se debe considerar en abstracto. Se encuentran en el artículo 901 y 904 del C.C.

Las consecuencias “*casuales*” son imprevisibles, aquellas mediatas que no se logran prever porque acontecen de manera inesperada interrumpiendo el proceso causal. Las establece el artículo 905 del C.C.

Las “*remotas*” se encuentran apartadas del hecho por lo que no son imputables a su autor. El artículo 906 las consagra. (Pizarro y Vallespinos, 1999).

En cuanto al resultado dañoso, él puede devenir de actividades o inactividades del Estado como también de la intervención de un tercero, de la víctima o de la fuerza mayor. Si se produce tal situación el Estado debe responder de manera proporcional por la participación que tuvo en el acontecimiento. Ahora si por el contrario el encadenamiento causal es interrumpido quedará liberado de responder.

Por ello, debe determinarse si todos los factores que han concurrido a causar el perjuicio, pueden ser supuestos como causa de ese hecho y precisar quién será el que debe resarcirlo.

1.4.1. Eximentes

Como eximentes se encuentran: la culpa de la víctima, la culpa de un tercero por quien no debe responderse y por último, el caso fortuito.

1.4.1.1. La culpa de la víctima

El artículo 1.111 y 1.113, segundo párrafo del Código Civil expresan que la “*culpa de la víctima*” liberará de responsabilidad a la persona que ocasionó el hecho dañoso, en relación a la participación que la víctima tuvo en dicho hecho.

Si la culpa de la víctima es la única causa del perjuicio, el dueño se encuentra eximido de responsabilidad, pero si se demuestra que ello es parcial la liberación del dueño será también parcial. En cuanto a la carga de la prueba corresponde al demandado. Y para que quede eximido no debe ser imputable a éste último.

Existen diferentes fallos relativos a la culpa de la víctima. En la causa “Bullorini, Jorge A. y otro c/ Provincia de Buenos Aires”¹³, se enjuició a Dirección de Vialidad en virtud de los perjuicios padecidos por una persona que conducía un vehículo que volcó por un levante existente en el asfalto como consecuencia de las obras que se habían hecho para la reparación de una alcantarilla. La Corte dispuso que no existían pruebas que acreditaran que el actor se había desplazado a alta velocidad o de forma imprudente, y que el demandado no contrarrestó la prueba que existía en su contra.

¹³ CSJN, Bullorini, Jorge A. y otro c/ Provincia de Buenos Aires, La Ley 1994- C-178 y ss.

En el caso “El Cóndor E. T. S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires”,¹⁴ un conductor de colectivo chocó contra un puente alto dañando el techo, sin que exista en el mismo señalización. Se dictaminó que el acto de la víctima no era apto para liberar de responsabilidad al demandado si ese hecho no fue imprevisible e inevitable. La municipalidad es responsable debido a que no indicó con carteles la altura máxima admitida para el paso de vehículos.

1.4.1.2. La culpa de un tercero por quien no se debe responder

La relación de causalidad se interrumpe por el hecho de un tercero por quien no debe responderse. En el artículo 1.113, segundo párrafo del Código Civil admite expresamente dicha situación. Al momento de pronunciarse la Corte en el caso “Vadell” cuando examinó el obrar del escribano que actuó para establecer si había sido causa de los perjuicios la confección fallida de las escrituras de dominio, afirmó que la acción del escribano no podía quedar comprendida dentro del concepto de funcionarios públicos, por lo que los daños emanados de aquel no eran atribuibles al Estado. La conducta del escribano había concurrido a causar el perjuicio sólo en un porcentaje, siendo responsable por ello. El porcentaje restante fue consecuencia del irregular funcionamiento del Registro de la Propiedad.

1.4.1.3. Caso fortuito y Fuerza mayor

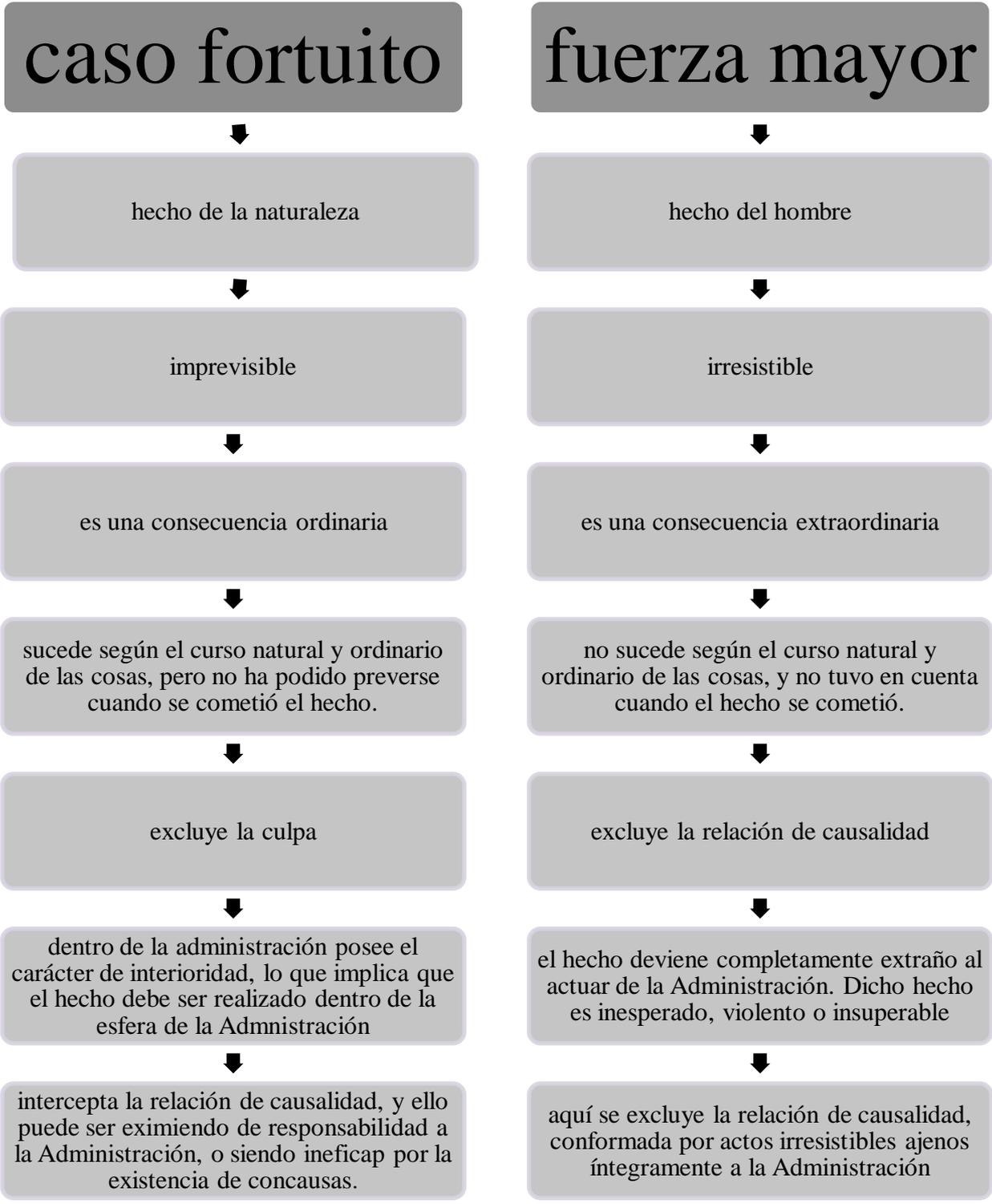
Producen la ruptura de la relación de causalidad entre la conducta dañosa y el perjuicio antijurídico, la fuerza mayor y el caso fortuito. Este último se encuentra definido en el artículo 514 del Código Civil, cuando reza “*es aquel que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse*”. Si bien no conceptualiza a la fuerza mayor, en la nota del mencionado artículo expresa “*los casos de fuerza mayor son*

¹⁴ CNCiv., sala H “El Cóndor E.T. S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires, La Ley 1998- F- 492.

*hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o la fuerza del príncipe*¹⁵.

Existen opiniones que distinguen entre caso fortuito y fuerza mayor (Amenábar, 2008).

¹⁵ Comentario al artículo 514 del Código Civil.



Fuente: (Amenábar, 2008)

En virtud de lo anteriormente expuesto, puede caracterizarse a la responsabilidad extracontractual del Estado cuando actúa de manera ilegítima como:

Directa; en virtud de la Teoría del Órgano, lo realizado por sus agentes o funcionarios se considera realizado por el Estado, es decir, se imputa esa conducta directamente a él, sin interesar el lugar jerárquico que ocupen.

Es *objetiva*, porque se tiene en cuenta la falta de servicio es decir, el mal funcionamiento o irregular prestación del mismo. No se hacen consideraciones subjetivas de la conducta, la culpa y dolo no son necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado, como tampoco hay que determinar quién fue el autor.

El *resarcimiento* debe ser *pleno*, abarca daños de carácter patrimonial y extra patrimonial, presentes y futuros abarca el daño emergente y lucro cesante.

El instituto de la responsabilidad estatal es local y nacional. Las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación según el artículo 121 de la Constitución Nacional, por lo que pueden dictar sus instituciones y regirse por ellas.

Por ello la Nación y Provincia pueden legislar sobre derecho administrativo. A la responsabilidad del Estado se le aplican las mismas disposiciones del Código Civil por las que se rigen los ciudadanos, de manera tal que la Nación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional es la única con competencia para regular sobre dicha materia, quedando excluidas de ella las provincias.

De todas formas, la Corte de la Nación sostiene que la responsabilidad del Estado debe regirse por el Derecho Administrativo.

2. Análisis del anteproyecto y proyecto del Código Civil.

Se realizará un breve análisis de la redacción originaria del Anteproyecto respecto al tema de la responsabilidad del Estado, elaborado por la Comisión compuesta por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Se precisarán cuáles fueron las modificaciones que realizó la Comisión Bicameral.

El Proyecto de Reforma del Código Civil, en el Título V, Sección 9 establece los supuestos especiales de responsabilidad. Contempla en el artículo 1.763: *“Responsabilidad de la persona jurídica. La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones”*.

El artículo 1.764 dispone: *“Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*. Luego el 1.765 expresa: *“La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”*.

Y el 1.766 contempla la *“Responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”*.

Así se encuentran los artículos después de las modificaciones realizadas por el Poder Ejecutivo.

Anteriormente en el Anteproyecto, el artículo 1.764 se encontraba redactado de la siguiente manera: *“El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el*

ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño". El artículo 1.766 contemplaba la responsabilidad del Estado por actividad lícita. El artículo 1.765, hablaba de la responsabilidad del funcionario público o empleado público y decía que *"son responsables por los daños causados a los particulares que impliquen el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario y del Estado son concurrentes"*.

Si se observa la redacción de los artículos anteriores a la reforma, se advierte que eran congruentes con lo que la jurisprudencia venía aplicando. Con los cambios realizados por el Poder Ejecutivo ello se deja de lado, debido a que dispone que las normas del Código Civil no se aplicarán a la responsabilidad del Estado.

Aida kemelmajer de Carlucci, expresa que dichas modificaciones se apartan de la Teoría única del responder, por ello considera que los particulares no deben responder de una manera y el Estado de otra ante la existencia de un daño, ya que debe mirarse a la víctima. Por lo que, el proyecto se aparta de dicha postura y no se acomoda a la jurisprudencia de la Corte. A modo de ejemplo si un automotor del Estado causa un accidente de tránsito, según el proyecto se va a regir por lo dispuesto en sus normas y no por los principios generales de la responsabilidad civil. Se pregunta si es correcto que ello sea así (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

Cuando el Proyecto prevé la inaplicabilidad del Código Civil, tanto subsidiaria como directamente, Cassagne sostiene que ante dicha previsión, podrá ser aplicado el Código por vía de la analogía. Porque en la analogía la norma se trae amoldada y no

de manera directa. Entonces ante la existencia de vacío legal, analógicamente podrá recurrirse al C.C. (Cassagne, 2009).

La regla establecida por la jurisprudencia de la Corte¹⁶ es la siguiente: *“el que contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para lograr el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que se causen por su incumplimiento o ejecución irregular”*. Define a la falta de servicio *“como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular que entrañe una apreciación en concreto”*. Siempre debe tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios que dispone el servicio, el lazo que une el servicio con la víctima, y el grado de previsibilidad del daño. Aquí no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino de la anormal prestación del servicio. Debe ser mirado todo como un sistema.

A modo de ejemplo, en el servicio de salud debe observarse el sistema completo, para evaluar si se cumplió bien o mal. Hubo un caso en el que no se atendió un parto porque la enfermera se llevó la llave de la sala a la casa (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

En cuanto a los eximentes, el anteproyecto establece que serán por daños o perjuicios que deriven de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente y cuando los mismos sean consecuencia del hecho de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

Los requisitos que establece el anteproyecto son: la existencia de un daño cierto, imputabilidad material de la actividad y relación de causalidad. Dispone que la omisión solo generará responsabilidad, cuando se verifique la inobservancia de un

¹⁶ C.S.J.N “Ferrocarril Oeste c/ Pcia. de Buenos Aires. Fallos:182:5,(1.938).

deber normativo de actuación expreso y determinado. Ello no coincide con lo aplicado por la jurisprudencia de la Corte en materia de omisiones.

La autora citada, no está en desacuerdo que se juzgue de manera diferente la acción de la omisión, ya que si bien se admite con frecuencia la responsabilidad derivada de las acciones no siempre pasa con las omisiones. En las omisiones no siempre se responde cuando sea de un modo general e indeterminado. La Corte ha dictaminado que la determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. No hay un rechazo cuando las omisiones son previstas en forma indeterminada. Aquí el poder de policía debe observar el caso concreto y actuar de acuerdo a ello.

Hubo un caso relativo a la falta de control de un establecimiento de salud en la Provincia de Córdoba, en que se contaminó de HIV a los pacientes. Aquí el Tribunal absuelve a la Provincia. Luego, la Corte revoca la decisión estableciendo que sí era responsable porque estaba en juego la salud (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

Otro caso relevante fue el del niño encontrado en las lagunas de Chapadmalal¹⁷. Se demandó al Estado Nacional pero no a la Provincia de Buenos Aires, que era dueña del terreno. La Corte hace aquí un estudio sobre la naturaleza jurídica de las lagunas, para hacer lugar a la acción de los padres contra el Estado Nacional por omisión de informar poniendo control debido a la permanencia de niños. El deber de seguridad tiene fundamento constitucional según lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a

¹⁷ C.S.J.N. "H.G.B. c/Estado Nacional,18/12/1.991.

desempeñar conductas encaminadas al cuidado de los mas valioso que existe, es decir la vida, la salud. Por lo que se concluye que en las omisiones hay que tener en cuenta los bienes que están comprometidos.

Por ejemplo en los establecimientos carcelarios, la Corte ha tenido en cuenta lo resuelto por la Corte Interamericana. Establece que se le imputa al Estado la omisión del deber de seguridad inclusive en los suicidios.

Por todo lo expuesto, es que puede concluirse que según la doctrina civilista respecto a este punto la ley que se está analizando se contradice con lo expresado por la Corte.

En cuanto a la prescripción, dispone que va a ser de tres años, computables a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daño esté expedita.

El tema de la responsabilidad de los funcionarios es semejante al actual artículo 1.112 del Código Civil. Instituye que la inactividad o actividad de los funcionarios lo harán responsable de los daños que causen. Tiene una prescripción de tres años. Contempla la acción de regreso con una prescripción igual, es decir, tres años. Este artículo pone fin a lo discutido por los administrativistas cuando sostenían que no había acción directa contra el funcionario público y que las acciones siempre eran contra el Estado.

En posición contraria a lo expresado por civilistas se encuentran los administrativistas, que consideran que no interesa si el daño deriva del Estado o de un particular, ni tampoco indagar sobre la reprochabilidad de la conducta.

Cassagne, sostiene que cuando la causa que originó la responsabilidad es por la acción del Estado ejerciendo sus funciones administrativas, el resarcimiento se resuelve según lo prescrito por el Derecho Público ya que el fundamento de dicha

responsabilidad es reponer el equilibrio para de esta manera lograr la igualdad de los ciudadanos por los perjuicios ocasionados por el Estado (Cassagne, 1986).

Por ello considera que el Derecho Administrativo y por ende la responsabilidad del Estado, poseen naturaleza local. Cada materia debe contener su propia regulación, el Código Civil debe apartarse de la regulación del tema de la responsabilidad.

Otro tema conflictivo, que también suele separar a civilistas de administrativistas, es el de las facultades Nación- Provincia para la regulación. Si el congreso lo aprueba no lo hace con arreglo a las facultades que la Constitución le confiere a la Nación en el artículo 75 inciso 12, que es la de dictar los códigos de fondo; sino que lo va a hacer como legislador federal. En virtud de ello, si el proyecto de ley se aprueba no se va a aplicar a las provincias y municipios, sino que sólo va a regir la responsabilidad patrimonial del Estado Nacional. Es importante mencionar, que la Corte en numerosos casos en que se ha pronunciado sobre leyes que regulaban supuestos específicos de daños que provocaba el Estado Nacional ha calificado a todas esas normas de naturaleza federal y no de derecho común. Entonces si las leyes que regulan supuestos especiales de responsabilidad son de naturaleza federal, también tendrá que serlo la que regula genérica y orgánicamente la responsabilidad.

Por ello, el anteproyecto reconociendo que la regulación de la responsabilidad se encuentra atrapada en el cúmulo de las facultades normativas de la provincia y nación, invita a estos Estados a adherirse a ella.

Ante ello, surgen distintas soluciones; o acepta y se adhiere sin más, o guarda silencio, o, no acepta y dicta su propia norma. La adhesión no sería lo aconsejable, debido a que la jurisprudencia de la Corte en innumerables casos cuando una provincia ha adherido a una ley federal, ha entendido que si adhirió ya agotó la

facultad quedando así inmerso en un sistema, de manera tal que cuando quisiera cambiar dicha ley no podría. Lo conveniente sería la última opción, debido a que la provincia no quedaría atrapada en este mecanismo de adhesión tan peligroso como surge de la jurisprudencia de la Corte nacional.

A pesar de las diferencias entre civilistas y administrativistas, lo importante es establecer un régimen normativo que contemple los casos de responsabilidad del Estado para que no queden librados al azar estos hechos (Perrino, 2001).

Puede concluirse que la responsabilidad del Estado deberá tener un régimen jurídico integrado por: normas y principios comunes a todos los supuestos de responsabilidad – esto es el derecho privado-, por normas específicas de esta última rama del derecho que se aplican analógicamente siempre que sean compatibles con los principios del derecho público y por otros, que son específicos del derecho Administrativo.

CAPÍTULO 4

DERECHO COMPARADO

Se realizará un breve análisis del sistema francés y español, ya que brindan un aporte interesante al tema en estudio. El primero de ellos, es de base jurisprudencial como el nuestro. Si bien no dispone de legislación que abarque el tema en estudio, se considera que fue evolucionando de manera positiva debido a que actualmente le garantiza a la víctima una situación benéfica ante los daños que la Administración le ocasione. Al segundo, se considera relevante analizarlo ya que contiene un sistema legal de Derecho Administrativo que regula el tema de la responsabilidad de manera completa. Por lo que cualquier daño derivado de la actuación estatal se regirá por dicha normativa.

1. Francia

En el Derecho Francés la responsabilidad del Estado fue ideada por el Consejo de Estado y por el Tribunal de Conflicto.

A partir de la causa “Pelletier” surge la distinción entre falta de servicio y falta personal. La primera estaba exenta de juzgamiento por los tribunales judiciales, y la segunda al Derecho Administrativo. Así, cuando el funcionario actuaba fuera de sus funciones y dicha conducta fuera separable del servicio, se consideraba una falta personal.

Las acciones se encontraban bien delimitadas, por lo que cuando el perjuicio derivaba de la conducta personal del funcionario debía interponerse acción contra él; y contra la Administración cuando el comportamiento no podía determinarse con precisión.

Con el tiempo y los diversos casos que se fueron planteando, se hizo posible la acumulación de acciones, es decir el perjuicio podía ser ocasionado tanto por una falta de servicio como personal. Un sumario importante respecto a esto fue el caso

“Lemmonier”, el Consejo de Estado determinó que si bien el agente había cometido una falta personal por haberla realizado dentro de la prestación del servicio quedaba obligado el Estado. De este modo el perjudicado podía optar accionar contra la Administración o contra el funcionario ante los tribunales comunes.

Lo difícil aquí es dilucidar cuando existe falta personal extraña al servicio, ya que estos conceptos no se encuentran especificados en ninguna norma. Según la doctrina pueden distinguirse las faltas ocasionadas por el funcionario en su vida íntima de aquellas que comete dentro del ejercicio de sus funciones con el propósito de causar daño, pero que son ajenas al servicio mismo. Así por ejemplo cuando ejerciendo sus funciones obra acogiendo una decisión ilegal.

El sistema francés se basa en la idea de falta de servicio alejada de la culpa, de manera que es objetiva. Consiste en el funcionamiento irregular o anormal del servicio, y puede ser por acción, omisión, comisión por omisión, pudiendo ser legal o ilegal. La jurisprudencia sienta tres criterios para valorar la idea de falta de servicio: la naturaleza de la acción, la probabilidad del daño y la naturaleza de la acción.

A partir del siglo XX la idea de responsabilidad patrimonial del Estado en Francia ha quedado consolidada, en virtud de los cambios en las nociones de soberanía política. (Amenábar, 2008)

Duguit establece que Francia ha creado un nuevo Derecho como consecuencia de los dictámenes del Consejo de Estado, que deviene en un cambio del concepto mismo de Estado (Duguit L. , 1908).

Si bien la jurisprudencia francesa hoy en día ha convertido en regla responsabilizar a la Administración, ello no se ha plasmado en un cuerpo normativo que lo regule de manera expresa.

Se considera relevante incluir en el presente trabajo los conceptos mencionados anteriormente, ya que la jurisprudencia en Argentina adopta del sistema francés las nociones de falta de servicio y servicio público.

2. España

En España, la responsabilidad del Estado se encuentra consagrada expresamente en la Constitución, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. A continuación se desarrollarán los temas más importantes previstos por las mismas.

La particularidad que posee España es que no tiene en cuenta la culpa para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado. Por ello es objetivo y no subjetivo, bastando que el perjuicio derive del anormal o normal funcionamiento. Se intenta preservar el patrimonio de los ciudadanos cuando sea causado por la acción de la Administración.

Quedan incluidos los actos legítimos e ilegítimos. Por lo que los requisitos son la existencia de un daño, relación de causalidad entre el acto y el daño, que el mismo sea medible económicamente y que sea determinada la persona que lo sufrió.

Se tiene en cuenta el patrimonio lesionado del sujeto dejando de lado el reproche a la conducta del Estado. Según Leguina Villa el resarcimiento consiste en un derecho

constitucionalmente garantizado de no soportar los daños causados por los servicios públicos que no están establecidos en la ley (Leguina Villa, 1993).

Lo positivo de España es que no se detiene en la distinción entre actos lícitos e ilícitos, sino que tiene en cuenta y garantiza el patrimonio de los individuos.

A partir del siglo XIX se va admitiendo paulatinamente la responsabilidad del Estado, sólo para los casos previstos en las leyes.

El Código Civil dispone en el artículo 1902: *“El que por acción u omisión causare daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Y el 1903 párrafo quinto, derogado posteriormente en el año 1991: *“cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”*. La interpretación de la jurisprudencia respecto los dos artículos era la siguiente, el funcionario se hacía cargo de su actuación cuando lo hacía dentro de su competencia, y el Estado era responsable cuando obraba por intermedio de un agente especial. Ante esto se produjo una irresponsabilidad del Estado y por ello fue derogado dicho párrafo.

Se fue admitiendo la responsabilidad de la Administración en distintas leyes, así se encuentra la Constitución Española que en su artículo 41 dispone: *“si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determina la ley”*.

También se encuentra la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo Común del año 1992 y el Reglamento de Procedimiento Administrativo del año 1993, en los que se regula todo el tema de la responsabilidad del Estado y sus autoridades a partir del artículo 139 y siguientes. Se explicará a grandes rasgos dicha legislación.

Quedan comprendidos en el régimen todos los órganos del Estado y también la actividad desarrollada por el mismo como por los poderes públicos, tanto dentro del Derecho Privado como del Público. Por lo que se aplica a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial.

El concepto de servicio público fue creado por los franceses e introducido a dicho país. En el tema de responsabilidad es un concepto amplio y no limitado en sí mismo al servicio público, sino que comprende cualquier tipo de actividad. A modo de ejemplo, la falta de vigilancia en una cárcel, o el daño ocurrido en una manifestación, van a quedar incluidas, en el concepto de servicio público.

En cuanto a la indemnización puede ser económica o en especie, y será abonada en pagos periódicos o en un solo pago. Debe considerarse la fecha exacta en que el daño se ocasionó.

Tendrá legitimación para ser indemnizado el propio damnificado en sus derechos o bienes, ya sea indirecta o directamente.

La acción deberá ser intentada contra la Administración y no contra el agente o empleado. Sin embargo existe la acción de repetición obligatoria, para que luego el Estado reclame al funcionario los daños cuando fueron ocasionados con culpa, negligencia o dolo.

Existe un procedimiento específico para declarar la responsabilidad de la Administración, por medio del cual se emite un acto administrativo de donde surge la misma. Se trata de un procedimiento abreviado, previsto para aquellos casos en que resulte inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño. Se encuentra en el artículo 143 de la LRJPA (Amenábar, 2008).

Según lo dispuesto en el artículo 142 de la LRJPA, los procedimientos de responsabilidad se resolverán en el ámbito de la Administración del Estado por el respectivo ministro, o por el Consejo de Ministros según corresponda. Por medio de dicha resolución se agota la vía administrativa. La acción para reclamar la indemnización prescribe al año.

Aún cuando el Estado actúe dentro de la órbita del Derecho Privado se aplicará la normativa anteriormente descripta.

El proceso evolutivo experimentado por el derecho francés y español ha sido lento pero logró con el tiempo un gran desarrollo. Como se expresó anteriormente el sistema francés funda la responsabilidad en la noción de falta de servicio, es de naturaleza objetiva debido a que no considera el concepto de culpa. Este derecho ha logrado resultados prácticos interesantes gracias a la creación jurisprudencial, que trata de ampliar la garantía de protección a los individuos frente a los actos lesivos que comete el Estado.

En España al igual que en Argentina, la responsabilidad es directa. La diferencia que se vislumbra aquí es que en el primero de los países mencionados los perjudicados deben accionar contra el Estado, sin poder hacerlo contra el agente o funcionario. En cambio, en nuestro sistema puede accionar conjuntamente contra ambos, es decir funcionario o agente y Estado. El sistema español tiende a proteger y garantizar el

patrimonio de la víctima sin distinguir entre actos legítimos o ilegítimos, lo que no ocurre en nuestro sistema que sí distingue como se ha observado a lo largo del presente trabajo, entre dichos actos.

CONCLUSIONES

El camino transitado a lo largo de este trabajo final de graduación deja como conclusión una mirada amplia sobre el instituto de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita.

Debido a los conflictos existentes para admitirla la evolución ha sido muy lenta y ha generado diversos inconvenientes políticos y jurídicos. Uno de los obstáculos para reconocerla fue el de la inmunidad soberana, no sólo en nuestro país sino también en el Derecho Español, Inglés, Francés, entre otros.

En nuestro país la responsabilidad extracontractual del Estado proviene de la construcción jurisprudencial, la cual se ha elaborado teniendo en cuenta también el ordenamiento constitucional, Civil, Administrativo y los principios generales del Derecho.

Primeramente se fundamentaba en el principio de la inmunidad soberana, luego en la responsabilidad de los funcionarios públicos establecida en el artículo 1.112 del Código Civil, para culminar con el reconocimiento de la responsabilidad directa de la Administración.

Resulta interesante abordar los diversos momentos que atravesó la jurisprudencia Argentina a través de los años. Primeramente reconoció la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus dependientes de manera indirecta, fundándola en el artículo 1.113 primera parte del Código Civil y subjetiva ya que se hacía alusión a la necesidad de la existencia de la culpa, establecida en el artículo 1.109 del citado cuerpo.

Luego, a partir de la causa Ferrocarril Oeste se fundamenta en la falta de servicio, utilizando para ello el artículo 1.112 del Código Civil, pero se siguen aplicando las dos normas de manera contigua.

Recién con la causa Vadell nace la responsabilidad del Estado directa y objetiva, fundada en la noción de falta de servicio, aplicando el 1.112 del C.C.

En cuanto a la responsabilidad directa, se encuentra bien fundamentada por el artículo 1.112 donde dispone la responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, el artículo 32 y 33 inciso 1 del C.C. atribuyen la responsabilidad de dicho órgano como persona jurídica de Derecho Público y el artículo 43 de donde surge responsabilidad por los daños ocasionados a terceros.

El Estado deberá responder inclusive cuando no pueda individualizarse al autor siempre que pueda imputarse el acto a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones. Es interesante que así sea ya que cuando actúa el Estado intervienen diversos agentes y al no ser necesaria la individualización el daño no quedará impune.

El carácter objetivo implica que no será necesario acreditar la culpa o el dolo del agente, y se funda en la falta de servicio.

Por otro lado, para que proceda la responsabilidad deberán configurarse los distintos presupuestos. Ellos son: existencia de un daño actual y cierto, imputabilidad de los daños al Estado, la relación de causalidad entre el daño y la actuación, y el factor de atribución.

Uno de los problemas que se suscita en la doctrina es el de determinar si debe aplicarse las normas del Derecho Civil o del Derecho Administrativo. Surgen así las distintas concepciones *ius privatistas* e *ius publicistas*. Los primeros sostienen que

cuando el Estado actúa dentro del campo del Derecho Público debe regirse por el Derecho Administrativo, sin dejar de aplicar subsidiariamente el Código Civil. Por el contrario, los segundos sostienen que el Derecho de Daños se basa en la teoría única del responder, y deben aplicarse a todo sujeto las normas del Código Civil.

Si bien la responsabilidad del Estado se basa en las normas civiles porque ante la inexistencia de ordenamiento específico se ha desarrollado ahí, no debemos desconocer las diferencias existentes entre el régimen aplicable. El Estado tiene un interés público, es decir intereses que son para beneficiar a la sociedad toda. Los particulares por el contrario, persiguen un interés personal.

Como la responsabilidad de la Administración presenta notas distintas respecto los particulares las normas civiles deben aplicarse teniendo en cuenta dichas particularidades.

Por otro lado y una vez indagado el sistema actual de la República Argentina, este trabajo bucea por algunos de los sistemas de otros países como Francia, España entre otros, cada cual con sus diferentes leyes e historia relevante que han influido en nuestro sistema. Del sistema francés surgen diversos principios como la “falta de servicio” y la concepción de “servicio público” incluidos ambos en nuestro país. España no puede dejar de mencionarse al poseer un cuerpo normativo muy interesante, ya que regula todo el tema de la responsabilidad del Estado de manera similar al nuestro, aunque con la gran diferencia que se encuentra legislado.

Continuando con el recorrido de esos senderos y primordialmente analizando la posibilidad de introducir la regulación de la Responsabilidad del Estado planteada en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, redactado y presentado ante el Poder Ejecutivo de la Nación por los magistrados más

prestigiosos y respetables de la República Argentina. Aquí se plantea la aplicación del Código Civil para cuando el Estado ocasione daños, siendo congruente lo expresado con la doctrina de la Corte.

El Proyecto contrariamente a lo expresado, plantea la inaplicabilidad del Código Civil para los perjuicios que el Estado pueda causar, quedando reglado el tema en un cuerpo normativo, debiendo las provincias luego regularlo.

A lo largo del presente trabajo se puede concluir en que se han encontrado diversos fundamentos para poder responsabilizar al Estado tal como lo ha hecho nuestra Corte Suprema, debiendo aplicarse los *principios de Derecho Privado*. Debido a la inexistencia de normas de derecho público se pueden aplicar las normas del Derecho Común. Por ello, como la responsabilidad del Estado exhibe características específicas, ante la resolución de controversias sobre el tema que se está tratando, podrán aplicarse las normas civiles contemplando las particularidades propias de la responsabilidad de la administración. El Estado debe tener un régimen diferente al de los sujetos privados; lo cual no implica que no existan aspectos comunes, en cuanto a formulación de los requisitos, alcance de la indemnización, pero también hay diferencias importantes. Se considera que ello ha sido receptado por la Corte en la causa “Barreto¹⁸ contra Provincia de Buenos Aires” del año 2006, al señalar que no había naturaleza civil en los pleitos de daños y perjuicios que planteaba un vecino de una provincia contra otra provincia; dijo que en estos asuntos aún cuando se recurra a la legislación civil para integrar la laguna normativa existente, no por ello habrá causa civil.

¹⁸ C.S.J.N. "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Pcia. de Buenos Aires, y otro P/ daños y perjuicios, 2006. B.2303 XL".

Tanto la Corte como el Anteproyecto, predicán la responsabilidad objetiva y directa, lo que se considera acertado al prescindirse de la subsistencia de culpa o dolo en el autor del daño.

En cuanto al Proyecto personalmente, se cree que contraviene lo que la Jurisprudencia hace más de veinte años ha venido sosteniendo en el tema. Se regula de manera básica quedando pendientes innumerables cuestiones relativas al régimen de la responsabilidad.

Por lo que se concluye que existe un derecho de daños, compuesto tanto por principios de derecho privado como de derecho público. Lo dicho no implica negar que la responsabilidad del Estado contenga determinadas reglas especiales. Se propone la *unidad en la teoría del responder*, tal como lo plantean los civilistas.

Se considera que fraccionar el tema de la responsabilidad de la Administración, no concuerda con la unidad del sistema jurídico y conlleva a resultados opuestos o contradictorios cuando se trata de actos u omisiones que pueden ser imputados tanto a particulares como al Estado. No se considera que el Estado deba recibir un tratamiento distinto al de los particulares cuando ocasiona perjuicios a los individuos, amparándose en su soberanía ya que el fin último del mismo debe ser el bien común y el respeto por los derechos y garantías consagrados en nuestra Constitución.

Hubiese sido un gran logro jurídico aprobar el anteproyecto sin las modificaciones realizadas posteriormente, para solucionar de una vez el tema de la responsabilidad del Estado.

ANEXOS

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS)

18/12/1984

VADELL, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires

PUBLICACION: LA LEY, 1985-B, 3 - DJ, 985, 36, 161 - ED, 114-217.

Buenos Aires, diciembre 18 de 1984

Resulta: I -- A fs. 40/45 la parte actora demanda a la Provincia de Buenos Aires para que se la condene a pagar las sumas que se vea obligada a resarcir en favor de Miguel García Gómez en un juicio que éste le sigue, originado en los hechos que pasa a relatar.

Dice que por escritura del 22 de junio de 1949 vendió al mencionado García Gómez el inmueble constituido por la mitad N.O. de la manzana F, ubicado en la Ciudad de Necochea, chacra N° 164, y que había adquirido a Elías Stly. Esas compraventas --sostiene-- fueron efectuadas sobre la base de antecedentes de dominio nulos que comprometen la responsabilidad de la provincia.

Tales antecedentes dominiales demuestran que mediante escritura del 27 de diciembre de 1906 Gervasio Abásolo compró la totalidad de la chacra 164 de la que comprendía numerosas manzanas, entre ellas, las identificadas con las letras "E" y "F". Posteriormente, Abásolo vendió la mitad S.O. de la manzana "F" a J. N. Méndez y Cía., la mitad restante N.E. a Juan Ayrolo y la mitad S. E. de la manzana "E" a José Koblitz. De tal suerte, sólo quedó en su patrimonio la mitad N.O. de esta última.

El 17 de junio de 1914, Abásolo transfirió a su hermano Emiliano el remanente de la totalidad de la chacra 164. Al confeccionar la escritura pertinente, el escribano José Exertier excluyó de la operación la mitad S.O. de la manzana "E" que atribuyó a Méndez sin advertir que lo adquirido por éste correspondía a la manzana "F" y no consideró las ventas a Koblitz y Ayrolo, las que quedaron comprendidas en la transmisión.

Fallecido Emiliano Abásolo se enajenó por sus sucesores y en subasta, lo que se denomina la mitad N.O. de la manzana "F" produciéndose nuevas irregularidades. En efecto, aquél no era propietario de esa fracción, totalmente vendida por su antecesor Gervasio, pese a lo cual el Registro de la Propiedad informó adjudicándole la plena titularidad del dominio.

No obstante estas circunstancias, el registro inmobiliario anotó el título de Emiliano Abásolo pese a mediar las defectuosas menciones consignadas por el escribano Exertier y expidió luego un certificado de dominio en el que informó que no tenía restricciones ni exclusiones para anotar luego su venta a Bilbao y Jaca. A partir de estos errores se produjeron transmisiones paralelas superpuestas sobre una misma fracción lo que determinó una serie de litigios entre los que menciona el seguido en su contra.

Por estos hechos responsabiliza a la demandada, ya sea por los errores registrales como por la conducta de los escribanos intervinientes, a los que califica de funcionarios públicos dependientes del estado provincial.

II -- A fs. 54/60 contesta la Provincia de Buenos Aires. Opone la excepción de falta de legitimación para obrar y pide subsidiariamente el rechazo de la demanda.

Tras reseñar los antecedentes registrales descarta su responsabilidad, la que, en todo caso, sostiene que se originaría en las menciones de las escrituras que crearon la superposición de inscripciones denunciadas. Tampoco la reconoce en lo atinente a la actuación de los escribanos, a quienes niega el carácter de funcionarios públicos recordando las diferentes doctrinas elaboradas acerca de la naturaleza de sus funciones. Pide, por último, la citación de los escribanos Exertier y Landó.

III -- A fs. 69 se desestima la excepción planteada y a fs. 96 se rechaza la citación de terceros.

IV-- A fs. 135/36 la actora hace saber que la sentencia dictada en el litigio seguido por García Gómez ha sido favorable al actor lo que deja expedita esta acción aun cuando no exista monto líquido del resarcimiento a que se lo condenó.

Considerando: 1° -- Que el presente juicio es de la competencia originaria de esta Corte Suprema (arts. 100 y 101, Constitución).

2° -- Que a los efectos de precisar los antecedentes dominiales que dan origen al pleito, es conveniente su relación circunstanciada, la que, por lo demás, resulta suficientemente esclarecida en el dictamen pericial del escribano Rubio. En el año 1906, Gervasio Abásolo adquirió la totalidad de la chacra 164, compuesta entre otras de las manzanas "E" y "F" sobre las que se suscitarán las sucesivas controversias, y años después, entre 1910 y 1911, vendió las fracciones S.O. y N.E. en que se dividía la "F" Méndez y Cía. y Ayrolo, y la S.E. --de las dos que conformaban la "E"-- a José

Koblitz. Sólo quedó en su patrimonio, entonces, la individualizada como N.O. de la manzana "E".

En 1914 Abásolo vendió a su hermano Emiliano lo que se indica como remanente de la chacra 164. Para realizar esta operación el escribano José Exertier requirió del registro inmobiliario de la provincia el certificado 3869 que, según lo afirma el perito, informó que la totalidad de la chacra pertenecía al vendedor lo que obviamente no correspondía a la realidad dominial toda vez que se habían producido las ventas ya reseñadas, todas ellas inscriptas en el registro (ver posiciones de fs. 153/55, respuestas 1ª a 3ª; fs. 236/37, escritura a fs. 43/46 de los autos: "Verga de Cherbet c. García Gómez", agregados por cuerda). Por su parte el escribano Exertier, cuyo conocimiento de esas transacciones se desprende de la escritura, excluyó de la venta la fracción S.O. de la manzana "E" --inexistente, por lo demás-- confundiéndola con la así denominada de la "F" que había comprado Méndez. De tal manera mediante inscripción N° 94.545, serie B, del 28 de diciembre de 1914, Emiliano Abásolo se convirtió en "dueño" de la parte S.O. de la manzana "F" ya vendida, sin observaciones de parte del registro.

3° -- Que en 1924, la sucesión de Emiliano Abásolo enajenó, en subasta, a la firma Bilbao y Jaca lo que en la escritura se identifica como sector N.O. de la manzana "F", lo que constituía una denominación incierta. Este nuevo error notarial, esta vez del escribano Landó, originó la superposición de dominio sobre el ángulo oeste de esa manzana (dividida como se sabe en fracciones S.O. y N.E.). Tal escrituración fue precedida de sucesivos pedidos de certificación de dominio que gravitaron decisivamente en la suerte de los bienes. En efecto, el 12 de julio de 1923 y mediante oficio que figura a fs. 207 de los autos sucesorios de Emiliano Abásolo, se indica que "en cuanto a lo deslindado por la inscripción 94.545 B 14" (corresponde a la venta

entre los Abásolo) "consta con deducción de la quinta 6 chacra 136 por haber sido enajenado".

4° -- Que esa respuesta evidencia que el registro, pese a contar con medios para informar sobre anteriores transferencias --así lo prueban la mención antedicha del estado de la chacra 136 y las constancias que reconoce en la absolución de posiciones--, ponían en cabeza de Emiliano Abásolo la titularidad de un bien que nunca le había pertenecido totalmente. Este se reitera, según el perito, en otras piezas provenientes de esa repartición que obran en el protocolo respectivo (certificado 39.676, del 31 de julio de 1924, y su ampliación bajo N° 48.632 del 22 de septiembre de ese año). Allí se comunica, por el primero, que la chacra 164 consta en su integridad a nombre de Emiliano y por el segundo, emitido meses después, que ese dominio no se había modificado en sus condiciones. De lo expuesto, surge la evidencia de que el registro ignoró la primitiva venta de Gervasio Abásolo a Méndez que involucró el terreno que suscita el litigio y las posteriores de Emiliano atribuyéndole a éste la plenitud de un dominio del que no fue titular. Cabe señalar también, que la venta de Bilbao y Jaca se anotó sin reservas pese a las incongruencias ya expuestas.

5° -- Que las consideraciones precedentes demuestran 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. En este sentido cabe recordar lo expresado en Fallos, t. 182; p. 5, (Rev. La Ley, t. 12, p. 123, con nota de Alberto G. Spota), donde el tribunal sostuvo que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en

condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución."

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".

6° -- Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver Fallos, t. 259, p. 261; t. 270, p. 404; t. 278, p. 224; t. 288, p. 362; t. 290, p. 71; t. 300, p. 867; --Rev. La Ley, t. 117, p. 842, fallo 11.664-S, t. 131, p. 518; t. 143, p. 576, fallo 26.678-S; Rep. La Ley, t. XXXV, p. 237, sum. 141; t. XLI, A-I, p. 926, sum. 306--). En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

7° -- Que no obstante, y a mérito de lo expuesto acerca de las actuaciones de los escribanos Exertier y Landó, debe establecerse si ambas fueron causa eficiente de los daños por las fallas en que incurrieron en la confección de las respectivas escrituras al denominar equivocadamente las fracciones vendidas. Así parece respecto de Exertier quien, conecedor de las ventas anteriores --ignoradas, como se dijo en los informes

del registro-- y del plano de subdivisión tal como se desprende de fs. 686/90 de los autos sucesorios de Emiliano Abásolo, debió excluir del denominado "remanente" la fracción S.O. de la manzana "F" que a raíz de su intervención fue vendida dos veces originándose la superposición del dominio, pero no en lo que atañe a Landó. En efecto, éste, que se guió por los antecedentes del registro y en particular por la situación registral respecto de aquella fracción, cometió el error de autorizar el acto referente a la parte S.O. (inexistente) de la manzana "F", error que, en la práctica y en lo que interesa, significó reducir la superposición ya existente aunque afectando la propiedad de un tercero, lo que, aunque eventualmente podría comprometer su responsabilidad, no tiene repercusión para la suerte de este litigio.

8° -- Que la cuestión suscitada conduce a la necesidad de indagar si la actividad del escribano de registro constituye una modalidad dentro de la categoría de los funcionarios públicos, con las consecuencias legales que de ello derivan y que son las que cabe considerar o, por el contrario, el ejercicio de una profesión, bien que dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado que se manifiesta a través del acto de la investidura, el control y las facultades disciplinarias, pero que no participa "stricto sensu" de aquel carácter.

9° -- Que dificultan la solución del tema algunas disposiciones del Código Civil, como los arts. 979 incs. 1° y 2°, 997 y 1004 que contienen menciones no suficientemente explícitas acerca de quienes denomina escribanos o funcionarios públicos, y también la referencia que hace el codificador en su nota al art. 1112, en la cual ubica a aquéllos en esa última clasificación. No debe perderse de vista, por otra parte, que el art. 10 de la ley 12.990 ha reconocido formalmente ese carácter siguiendo sus antecedentes, las leyes 1144 y 1893.

10 -- Que, no obstante, la sujeción literal a la norma no basta para explicar la condición en examen, por lo que resulta necesaria una exégesis sistemática del estatuto jurídico del notariado. En ese sentido, si bien no caben dudas de que como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigts., ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que les es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración.

11 -- Que en tales condiciones, se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos.

12 -- Que la referencia contenida en la nota al art. 1112 del Cód. Civil que incorpora entre los agentes públicos a "los escribanos, procuradores y todos los empleados en la administración del Estado" no altera lo expuesto toda vez que no cabe afirmar que contenga una inequívoca mención de los escribanos de registro. Contribuye a esta convicción la circunstancia de que al sancionarse el Código Civil, no existía la separación entre la fe pública notarial y la judicial, que sólo se opera con la vigencia de las leyes 1144 y 1893, que siguen la orientación innovadora de la ley orgánica del notariado español de 1862. De tal manera, la expresión --ubicada en su preciso contexto temporal-- no es suficientemente indicativa si se toma en cuenta que, aun en

aquellas normas, los escribanos de registro tenían su regulación junto a los escribanos secretarios --éstos sí incuestionablemente funcionarios estatales-- en el marco de las leyes destinadas a ordenar la organización de los tribunales bajo la genérica definición de escribanos públicos (ley 1893, título XII, caps. I, II y III).

13 -- Que por otra parte y aun de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo, entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley 12.990 (arts. 43 y siguientes).

14 -- Que, por último, cabe recordar que la Corte definió el particular status del escribano de registro señalando que "la reglamentación a que puede someterse el ejercicio de las profesiones liberales, ofrece aspecto esencial tratándose de los escribanos, porque la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos y contratos que celebren conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de 'funcionario' o de 'oficial público' que corresponde a los escribanos de Registro" (Fallos, t. 235, p. 445, Rev. La Ley, t. 85, p. 605). De estas conclusiones surge, reafirmada, la naturaleza atribuida a la actividad notarial sin que obste a ello la caracterización de su vínculo con el Estado dentro de un régimen de concesión toda vez que éste no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos que tampoco aparece nítidamente perfilado en el párrafo transcrito a través, tan sólo, de las expresiones encomilladas que contiene.

15 -- Que de acuerdo a lo expuesto corresponde ahora decidir sobre la participación que cupo a la provincia demandada en la producción de los daños, que esta Corte estima en un 70 % ya que la trascendencia de la conducta irregular del registro inmobiliario como causa de aquéllos debe entenderse superior a la del escribano Exertier. El reclamo del actor, que consiste en el reintegro de lo que se le condene a pagar en el juicio que le siguió García Gómez, no se traduce aún en suma líquida toda vez que no se ha cumplido con la etapa de ejecución de aquella sentencia y no media liquidación practicada. Deberá, entonces, diferirse la estimación económica del perjuicio para su oportunidad.

Por ello, y lo dispuesto en los arts. 1112 y concs. del Cód. Civil, se decide: Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Jorge F. Vadell contra la Provincia de Buenos Aires. Estése a lo establecido en el consid. 15-- sobre la fijación del resarcimiento. Las costas se imponen en un 70 % a cargo del estado provincial y un 30 % a la parte actora en atención al resultado del pleito (art. 71, Cód. Procesal). Genaro R. Carrió. -- José S. Caballero. -- Carlos S. Fayt. -- Augusto C. Belluscio. -- Enrique S. Petracchi.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Abalos, M. G. (1996). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.

Altamira Gigena, P. A. (1942). *Responsabilidad Extracottractual del Estado*. Córdoba: Assandri.

Amenábar, M. d. (2008). *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Bianchi, A. (1996). Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado. *La Ley*, A-925.

Bielsa, R. (1933). Responsabilidad del Estado como poder administrador. *Jurisprudencia Argentina*, LXIII-416.

Bielsa, R. (1967). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: El Ateneo.

Bielsa, R. (1967). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: El Ateneo.

Cassagne, J. C. (1982). En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado. *El Derecho*, t.99, p.987.

Cassagne, J. C. (1986). La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo. *El Derecho*, 100-990.

Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cassagne, J. C. (2001). *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires.

Cassagne, J. C. (2009). *Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación, en Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Castan Perez Gomez, S. (1997). De la romana institución de la publicatio a la actual noción de afectación. *REDA*, 96.

Diez, M. M. (1981). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.

Duguit, L. (1908). *La transformación del Estado*. Madrid: Librería española y extranjera.

Duguit, L. (1975). *La transformación del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta.

- Garcia Martinez, R. (1986). La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho. *La Ley*, B-106.
- Garrido Cordobera, L. (2013). *El Estado y su responsabilidad desde el Derecho de Daños*. Buenos Aires: IJ EDITORES.
- Gordillo, A. (1966). *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi.
- Jorge, M. I. (1992). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). La Responsabilidad del Estado en el Anteproyecto. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Leguina Villa, J. (1993). *La responsabilidad patrimonial de la Administración de sus autoridades y del personal a su servicio*. Madrid: Tecnos.
- Marienhooff, M. (1975). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mata, I. (2001). *Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía, en responsabilidad del Estado y funcionario público*. Buenos Aires: Editorial
- Mosset Iturraspe, J. y. (1992). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.
- Perrino, P. (2001). *Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, en Responsabilidad del Estado y funcionario público*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración.
- Pizarro, Ramon Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo. (1999). *Instituciones de Derecho Privado tomo II*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.
- Real Academia Española. (2001, 22a ed.). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa.
- Salomoni, J. L. (2000). Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina. Buenos Aires: *El Derecho*.
- Ulsenghi, A. J. (2001). *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración.
- Zannoni, E. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

Bates Stokes y Cia c/ Gobierno nacional, 1:259 (corte suprema 3 de Setiembre de 1864). Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires, 182:5 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 3 de Octubre de 1938).

SA Tomas Devoto y Cia. c/ Estado Nacional, 169:111 (Corte Suprema Justicia de la Nación 22 de Setiembre de 1933).

Seste, Vicente y Seguich, Antonio c/ Gobierno Nacional, 1:317 (26 de Setiembre de 1864).

Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires (Corte Suprema de Justicia de la Nación 18 de diciembre de 1984).

Legislación

Código Civil Argentino.

Código Civil Español.

Anteproyecto y Proyecto de Ley del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 11.634, Demandas contra la Nación. B.O. del 17-10-32. ADLA 1920-1940,268.

Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de Julio de 1957 (España).

Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial aprobado por Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo (España).

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad 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>	BENEDETTI, LAURA ANDREA
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	26980238
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILICITA”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Benedettia35@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>	

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 Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

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 Siglo 21.

Lugar y fecha: Rivadavia, Mendoza, 15 de Setiembre de 2.014.-

Firma

Aclaración

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

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.