

La responsabilidad estatal por daño

Por Julio Isidro Altamira Gigena
Miembro de Número
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba

El tema que voy a desarrollar lo considero apasionante, no sólo para los estudiosos del Derecho Público sino también para los del Derecho Privado.

Ya en los comienzos del siglo pasado, Bullrich publicaba su libro sobre :
“La Responsabilidad del Estado” y comenzaba diciendo: *“El estudio de la responsabilidad del Estado constituye uno de los puntos más difíciles e interesantes del derecho público contemporáneo, al par que de extraordinaria importancia –es la palabra- para el progreso y dinámica de la sociedad humana...”*¹

Este pensamiento tiene gran actualidad, al punto tal que quien lo lee podría pensar que es un libro de reciente publicación.

En estos setenta años mucho se ha escrito sobre el tema y, no obstante la gran cantidad de fallos dictados por los Tribunales Federales y Provinciales durante el tiempo transcurrido, todavía la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas acerca de las normas aplicables a fin de responsabilizar al Estado por los daños ocasionados. La discusión reside en si la solución debe basarse en principios generales del Derecho Privado, o por el contrario en normas y principios del Derecho Público.²

Es por ello que me alegré cuando la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba me designó para hablar en esta Jornada sobre “La responsabilidad estatal por daños”.

¹ Bullrich, Rodolfo: “La responsabilidad del Estado”, Bs.As. 1920, pág.5.

² Tawil, Guido Santiago: “La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia”, Bs.As. 1989, pág. 26 y ss.

Para comenzar a profundizar sobre el tema, partiré de un supuesto que es conocido por todos: que la responsabilidad del Estado puede ser contractual o extracontractual; y esta distinción depende si la responsabilidad nace con motivo del incumplimiento por parte del Estado de obligaciones contraídas; o de lo contrario, que esté obligado a responder por hechos de personas que estén bajo su dependencia, o de las cosas de que se sirve.-

Como bien enseña Marienhoff³ esos dos tipos de responsabilidades, a su vez, pueden regirse por el Derecho Público o por el Derecho Privado, lo que dependerá de la índole de la cuestión que la promueva.

Siguiendo esta línea de pensamiento Cassagne dice: “...Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil (v.gr. bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil. Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, siendo aplicables, entre otros, el artículo 43 y las disposiciones de los artículos 512 y 1109 del Código Civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.”

“En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la actuación administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del derecho público...”⁴

El mayor problema que se ha presentado es el de la responsabilidad extracontractual del Estado originada en la esfera del Derecho Público, ya que la que naciera en el campo del Derecho Privado no planteó mayores dificultades, porque fue admitida desde los primeros tiempos.

³ Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs.As. 1973, t.IV, pág. 690/691

⁴ Cassagne, Juan Carlos: “Derecho Administrativo”, Bs.As. 1996,t.I, pág.271.

Enseña Fleiner⁵ que “según el Derecho Público, el Estado es competente para privar de determinados derechos al particular y para adjudicárselo a sí mismo en cuanto el interés público lo requiera. Pero el Estado está obligado a indemnizarle plenamente en metálico. Como esta competencia nace de una relación de Derecho Público, es también de naturaleza jurídico público”.

En razón de que el tiempo que tengo otorgado es breve, y no quiero excederme de sus límites, no me voy a referir a la historia, ni a la evolución que tuvo la responsabilidad estatal en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación a través de los años para llegar a la situación actual.⁶ Si haré una rápida mención a las distintas teorías que se han dado como fundamento de la responsabilidad del Estado.

Comenzaré por la “**Doctrina de la ficción**”, ideada por Savigny⁷ que admite sólo la responsabilidad cuando deriva de hechos lícitos ejecutados dentro de los límites estatutarios, negando toda responsabilidad civil o criminal por acto ilícito, fundada en la comparación que hace de las personas jurídicas con los incapaces y sosteniendo que el acto ilícito que se les atribuye no les pertenece, sino que ha sido ejecutado por un representante fuera de los límites de su mandato; que así como no podría castigarse en un demente el delito cometido por su curador, así tampoco puede castigarse en la persona jurídica el delito cometido por su representante. Que las personas jurídicas no han sido constituidas para ejecutar actos ilícitos.

A esta reflexión Michoud le rebate diciendo que si bien ese no es el fin de las personas, pueden haber ejecutado el acto, no como fin sino como medio. A lo

⁵ Fleiner, Fritz: “Instituciones de Derecho Administrativo”, Barcelona 1933, pág. 236

⁶ Para tener un cabal conocimiento de estos temas recomiendo leer a Agustín Gordillo: “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ta. Ed., t.2, Capítulo XX.

⁷ Savigny: “Sistema di diritto romano”, t.2, pág. 85

que agrega Bullrich que las personas naturales tampoco han venido al mundo para delinquir, y que sin embargo, delinquen.⁸

b) Existe además la **“Teoría organicista”**, sostenida principalmente por Gierke, quién afirma que: “la corporación es una persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecución de fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y de acción. Este todo colectivo es un Organismo Social dotado, a semejanza del hombre, de una potestad propia de querer y por tanto capaz de ser sujeto de derecho, como el hombre, lleva una vida individual simultáneamente a la vida social. Este cuerpo social existe con independencia de toda intervención del Estado, por cuanto el reconocimiento no lo crea al sujeto jurídico, sino que constata su existencia, es decir que tiene un valor declarativo. La persona real colectiva es capaz de querer y de obrar. Es más el derecho atribuye personalidad a los entes colectivos porque los considera como portadores reales de una única voluntad. Porque en la voluntad, ya sea en los individuos, ya en los entes colectivos, está siempre el núcleo de la subjetividad jurídica, pero la persona colectiva quiere y obra por medio de sus órganos, como la persona física sólo puede manifestar su actividad por la cooperación de órganos corporales, así la persona colectiva expresa su voluntad y la realiza por medio de sus órganos. Así como la persona física se extingue por la destrucción del organismo natural, la persona colectiva se extingue por la destrucción del organismo social o por autoridad estatal.”⁹

Para esta doctrina lo que hace un órgano lo hace en nombre de toda persona jurídica y considera al agente público como un órgano del gran organismo que es la Administración Pública, por lo tanto, todo lo que hace el funcionario se

⁸ Bullrich, Rodolfo: ob.cit. pág. 68 y 69

supone hecho por la Administración y ésta es la responsable. El Estado quiere y obra por sus órganos. Cuando éstos quieren y obran es el Estado quién quiere y obra. Cuando el agente comete una falta es el Estado quién la comete; le es imputable y él es directa y personalmente responsable.

c) **“Teoría de la proporcionalidad de las cargas”** fue formulada por Teissier¹⁰ y decía: “Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del Poder Público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes.”

El Consejo de Estado Francés sostuvo que la igualdad o equivalencia de las cargas lleva a responsabilizar a la Administración tanto por sus actos como por los de sus agentes, distribuyendo en esa forma los daños que la ejecución de los servicios públicos ocasione, del mismo modo como se distribuyen las ventajas que ellos producen a la comunidad.

Esta teoría se encuentra defendida en Francia principalmente por Waline¹¹ y Rivero.¹²

⁹ Cita efectuada por Pedro Guillermo Altamira: “Responsabilidad extracontractual del Estado” Cba. 1942, pág. 30

¹⁰ Teissier, George: “La Responsabilité de la puissance publique” París 1906, pág. 147

¹¹ Waline, Marcel: “Manuel élémentaire de droit administratif”, París 1946, pág. 420

Pero para responsabilizar al Estado el Consejo de Estado francés hizo la distinción entre **falta del servicio público** y **falta personal del funcionario**.

Para indicar con exactitud cuándo la Administración debe responder por los hechos de sus agentes, es necesario precisar la noción de **falta de servicio**.

Existe **falta de servicio** si al cumplirse la función se ha causado un daño. El funcionario ha cumplido con su obligación, no hay extralimitación en sus facultades, no ha salido del ámbito de sus atribuciones y, sin embargo, se ha producido un perjuicio. Son aquellas negligencias, omisiones, errores, que, si bien reprobables, están íntimamente vinculados al servicio.

Hay **falta de servicio** cuando no se cumple, cuando se lo realiza en forma deficiente o tardíamente. Si el agente no es responsable porque ha puesto su empeño para que el servicio se cumpla en forma eficiente, entonces el Estado es directamente responsable.

Hay **falta personal** cuando el funcionario se extralimita en sus atribuciones para cometer la falta.

Hauriou¹³ define la falta personal como aquella en la cual se descubre una mala intención del agente y por la que se extralimitó en la función. Es decir, hay intención de dañar, sabe que ese acto no le corresponde y a pesar de ello lo realiza. En este supuesto la responsabilidad no es del Estado, sino del funcionario.

Esta teoría fue sustentada por los tribunales provinciales de la Ciudad de Córdoba en un caso que tuvo gran publicidad:¹⁴ Un diputado provincial pretendió vender la Cárcel de Mujeres de la Ciudad de Córdoba a inversores extranjeros, aduciendo que lo hacía por encargo de las autoridades provinciales y con el objeto que los compradores demolieran el edificio, construyeran uno nuevo para un hotel de lujo y una sala de juegos de azar.

¹² Rivero, Jean: "Droit administratif" París 1990, pág. 340

¹³ Hauriou, Maurice: "Précis Elémentaire de Droit Administratif", 4ta. Edic. pág.17.

Los extranjeros le entregaron una cierta suma de dinero a cuenta del precio, pero la venta no se pudo concretar porque el encargo no existía y además la Provincia no puede contratar directamente sino que debe seguir el procedimiento previo de la licitación pública.

Los perjudicados querellaron al diputado responsabilizándolo penal y civilmente y demandaron también a la Provincia de Córdoba en forma solidaria para obtener una indemnización por los daños sufridos.

Sostuvieron que el hecho ilícito había sido cometido en ejercicio, con motivo o en ocasión de las funciones de legislador, que varias reuniones se realizaron en el despacho que el diputado tenía en el Palacio Legislativo, que habían sido trasladados en un automóvil oficial conducido por un chofer de la Provincia, que las notas se habían escrito en papel con membrete de la Cámara de Diputados de la Provincia, o sea que el ilícito lo cometió valiéndose de su condición de legislador.

Además, señalaron que el denunciado hizo uso de las atribuciones que son exclusivas de los miembros del Poder Legislativo, y están contempladas en el art. 108 de la Constitución Provincial a los fines de requerir informes al Poder Ejecutivo a través del Fiscal de Estado, de quien obtuvo un Memorándum que resultó falsificado a los fines de concretar la estafa.

Dijeron que existe una relación de causalidad entre la función de legislador y el daño causado, aun cuando el mismo hubiese abusado de sus facultades o no cumpliendo con sus obligaciones, pues el hecho ilícito no se podría haber concretado de la manera que se hizo si no hubiese mediado la calidad de legislador y los elementos e influencias utilizadas a tales efectos.

Pidieron que se admitiera la responsabilidad objetiva del Estado como **garante** de los hechos de sus dependientes en protección de la víctima y a los

¹⁴ Medina Allende, Luis p.s.a. de defraudación calificada.

finés de asegurar el resarcimiento del daño causado. Además ello es así, aseveraron pues toda expansión jurídica o económica lleva aparejada un correlativo aumento de las posibilidades de daños entre los que se comprenden los que puedan causar los dependientes.

Afirmaron también, que el riesgo siempre concurre, pues el comitente no tiene seguridad alguna de que el agente cumple regular e inocuamente la función encomendada, según lo demuestran sobradamente los innumerables casos en que éste produce daños en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Finalmente señalaron que en doctrina se acepta un concepto amplio de relación de dependencia que se extiende inclusive a la de dependencia aparente y que la responsabilidad por los hechos ilícitos de los dependientes ha quedado inclusive más consolidada aún. Que la responsabilidad del Estado es directa por el acto de sus agentes y no porque éstos sean mandatarios ni representantes, ya que según la “teoría del órgano”, los agentes integran como “órganos individuales” la estructura misma del Estado, por lo que sus conductas, actuaciones o comportamientos valen como si fuesen del Estado mismo.

La sentencia de la Cámara Penal rechazó por improcedente la demanda solidaria deducida por el actor civil contra el Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, por entender que en el caso, si bien se configuran tres de los seis requisitos que deben darse a los fines de atribuir al Estado responsabilidad por el accionar ilícito de sus funcionarios –culpa, daño ilícito y hecho o acto administrativo, delito o cuasidelito- no sucede lo mismo con los restantes: a) los hechos constitutivos del ardid necesario para la estafa son manifiestamente extraños a la función de legislador y bajo ningún punto de vista puede considerarse la mera coincidencia temporal o espacial suficiente a los fines de tener dichos hechos como llevados a cabo en ejercicio o con motivo u ocasión de sus funciones; b) por idéntica razón, no hay relación de causalidad dado que sólo

a través del ejercicio de la función pública puede ser esta causa adecuada o instrumento idóneo del daño, puesto que en razón de ella es que son “previsibles” los hechos que guardan congruencia real o aparente con su contenido, pero no cualquier otro hecho meramente “posible”; c) las distintas conductas desplegadas por el imputado son “hechos propios y personales”, que denotan fuertes pasiones y avaricia de lucro, totalmente ajenos a la tarea legislativa, “por las que el Estado nada tiene que responder”.

Contra este fallo el damnificado interpuso recurso de casación y el juicio llegó al Tribunal Superior de Justicia. En la sentencia se dice que la cuestión a considerar es si el Estado es responsable por los hechos dolosos de sus dependientes cuando éstos han actuado usando el espacio, las relaciones y las naturales influencias que todo funcionario público tiene.

El Tribunal efectúa el siguiente razonamiento: El Estado provincial reviste el carácter de persona jurídica (art. 33 inc. 1 del Código Civil). De acuerdo al art. 43 del C.C. las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

En su calidad de legislador provincial que investía al momento de los hechos, el imputado no se encuentra comprendido en la primera parte del artículo.

Como diputado integró un cuerpo colegiado y la voluntad del Estado se explicita a través de las decisiones que se adopten por el Cuerpo, previa votación conforme las normas constitucionales o reglamentarias del caso. La responsabilidad en estos casos es directa (teoría del órgano) y se trata de actos cumplidos en nombre y por cuenta del Estado.

Su obrar como funcionario del Estado provincial fuera de su actividad legislativa, se enmarca en el concepto amplio de actuación “del dependiente” aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, debiendo analizarse la responsabilidad del Estado en las condiciones establecidas en el título “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

Se sostiene que el Estado responde por el hecho ilícito de las personas físicas que concurren a la realización de sus fines siempre que los hechos sean cometidos en “ejercicio o con ocasión” de las funciones (art. 43 del C.C.), supone profundizar el estudio para determinar cuales son tales actos vinculándolos necesariamente con la función que por ley le corresponde al funcionario.

Sin necesidad de mayor análisis se puede afirmar que la actividad desplegada por el imputado: esencialmente una serie de maniobras ardidosas tendientes a simular la realización de determinados contratos o negocios, no se corresponde con las atribuciones que le competen a un miembro del Poder Legislativo.

La función significa que el poder del principal se desarrolla en el ámbito de una tarea que en su propio interés delegó en el subordinado cuya actividad se cumple por cuenta ajena y no existe dependencia por defecto de función cuando el dependiente actúa en su interés personal, salvo que el acto pueda considerarse como ejercicio aparente de la función.

Se dice también que la expresión “ocasión” abarca sólo aquellos actos que no pudieron llevarse a cabo si no se detentaba la función. O sea que no existe responsabilidad del ente ideal si la “función” del representante o dependiente solo ha facilitado el delito, pero no resultaba indispensable para su comisión.

En el caso en estudio el ilícito y la utilización de los diferentes ardidés y conductas engañosas pudieron ser desplegadas por cualquier persona, no era necesario ni indispensable ser diputado.

No existe, en consecuencia, relación causal adecuada entre la función desempeñada por el imputado y el daño causado al recurrente. Su calidad de diputado y la posición social que ello importa, así como el uso de determinados elementos, constituyen condiciones del resultado pero carecen de la calidad de condiciones necesarias para producir el resultado.

Por estas razones eximió al Estado Provincial de responsabilidad.

Me he permitido narrar con algún detenimiento este caso, no solo por la trascendencia política y jurídica que tuvo, sino también porque es un claro ejemplo de lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés denominó **“falta personal”**.

En Alemania es decisivo el criterio de la carga desigual, del particular sacrificio y es regla general que al particular sacrificio por parte del ciudadano, corresponda un enriquecimiento o cualquier otro beneficio por parte del Estado. Este no podría negar una indemnización alegando que ese sacrificio especial del individuo no le ha reportado ninguna utilidad. Por eso, en Alemania no es el principio del enriquecimiento del Estado el que da lugar a indemnización, sino el de la carga desigual, el del sacrificio particular.¹⁵

El fundamento es el principio de la igualdad ante la ley, ya que cuando la Administración produce a los particulares una lesión, que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infringido mediante la correspondiente indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisibles que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que ésta restableciera la igualdad alterada.¹⁶

¹⁵ Fleiner, Fritz: ob.cit., pág. 238

¹⁶ Entrena Cuesta, Rafael: “Curso de Derecho Administrativo” Madrid 1965, pág. 677

Los defensores de esta tesis afirman que la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno solo y debe ser compensado por el Erario Público, todo lo que exceda de la contribución que él realiza a la comunidad en virtud de la Ley Tributaria.

En nuestro país este principio de igualdad ante la ley tiene su fundamento constitucional en el art. 16 al establecer: “que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

d) **“Teoría de la responsabilidad por riesgo”**. Esta teoría fue sustentada principalmente por Duguit:¹⁷ quién sostuvo que “la responsabilidad del Estado no se puede edificar más que sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que sufren un perjuicio originado por el funcionamiento de los servicios públicos que se realizan en provecho de todos”.

“Esta concepción se vincula por sí misma a una idea que ha penetrado profundamente en los pueblos modernos: la igualdad de todos ante las cargas públicas. La actividad del Estado se ejerce en interés de la colectividad entera... El Estado es, en cierto modo, asegurador de lo que se llama frecuentemente el riesgo social, es decir, el riesgo resultante de la actividad social, traduciéndose por la intervención del Estado.”

Para este autor, la responsabilidad de la Administración Pública existe por el hecho de haber ocasionado el funcionamiento del servicio público un perjuicio particular a un individuo o a un grupo de personas. La posibilidad de ocasionar semejante daño, constituye un riesgo. Hay entonces responsabilidad por riesgo.

Marienhoff¹⁸ critica esta teoría sosteniendo que los riesgos podrán ser la causa de los daños y perjuicios, pero no el fundamento de la responsabilidad

¹⁷ Duguit, Leon: “Las transformaciones del Derecho Público”, Madrid 1926, pág. 306

¹⁸ Marienhoff, Miguel S.: ob. cit. t. IV, pág. 696

estatal y esta teoría queda absorbida por las consecuencias del **Estado de Derecho**, cuyos principios fundamentan la responsabilidad del Estado en el Derecho Público, ya que esos principios o postulados forman un complejo y tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto de los administrados.

e) **“Teoría de la equidad”** fue defendida principalmente por Mayer¹⁹ y al Estado le corresponde indemnizar siempre que haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado.

Es necesario para que una persona sea acreedora a una indemnización por parte del Estado: 1.- que el daño sea causado por la Administración; poco importa que sean los hombres de la Administración o las cosas que le pertenezcan, que sea un acto de autoridad anulando un derecho o imponiendo una restricción, que sea el hecho de la destrucción de valores pecuniarios o que sea la influencia molesta de la existencia o de la supresión de una obra. Solo interesa el daño con prescindencia de la causa por la que se ocasionó.

2.-Es necesario que ese daño rompa la equidad castigando al individuo de una manera injusta y desigual. Por ello las leyes que establecen impuestos, servicios forzados o cargas públicas, al ser de carácter general no rompen la equidad ni el principio de igualdad.

3.- Finalmente es necesario un perjuicio material, correspondiente al pasaje de valores en el enriquecimiento sin causa, o según la expresión en uso: un sacrificio especial.

f) **“Teoría de la estricta justicia”**. Esta tesis ha sido formulada por Sarría²⁰ quién sostuvo que la responsabilidad del Estado surge por el hecho mismo de las personas o de las cosas que tiene a su servicio. No es menester recurrir a la Teoría de la falta para encontrar el fundamento jurídico de la

¹⁹ Mayer, Otto: “ Le Droit administratif aleman”, París 1906, t.IV, pág. 222

responsabilidad estatal, que lleva su aplicación aún a las cosas inanimadas y en los casos que aquel ejercita su derecho.

Cuando el Estado ha cometido un daño es de estricta justicia que lo repare. Si el Estado es o debe ser justicia, esta en su esencia, no puede quedar excluida cuando se trata de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, causado por los agentes de que se sirven o por las cosas que utiliza.

g) **“Teoría de la solidaridad humana”**. Esta tesis ha sido defendida por Altamira²¹ al sostener que los cimientos de la doctrina de la responsabilidad estatal deben buscarse en el principio de solidaridad humana que es precisamente el que informa e impone ayuda recíproca a todos los individuos que constituyen la colectividad. Sus fuentes no deben buscarse en la moral ni en la caridad, sino en un acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que por hechos que no le son imputables se encuentran de pronto y por un acontecimiento ajeno a su voluntad, en situación de inferioridad para cumplir con su fin individual y social y, siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza esa obra de solidaridad, ya que por su enorme magnitud escapa al poder del individuo, es quién debe afrontar este problema y resarcir.

He sostenido hace treinta años –y ahora lo reitero– que el fundamento de responsabilidad del Estado es el **bien común**²². Es decir el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o un grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la Administración. Por lo tanto, le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione.

²⁰ Sarría Félix: “Prólogo a la “Responsabilidad extracontractual del Estado” de Pedro Guillermo Altamira, Córdoba, 1941.-

²¹ Altamira, Pedro Guillermo, ob. cit. pág. 110.-

²² Altamira Gigena, Julio Isidro, “Responsabilidad del Estado”, Bs.As. 1973, pág. 88.-

El Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común. O como dice el Preámbulo “**promover el bienestar general**”. Por lo tanto hay que evitar cuidadosamente el chocar con un doble escollo; pues, si mira excesivamente al hombre y olvida a la sociedad, corre el grave riesgo de caer en el individualismo. Y si, por el contrario, se olvida del individuo y vuelca su mirada especialmente en la comunidad, se precipitará hacia el colectivismo. Por ello la posición de los gobernantes debe ser ecuánime, mirando a la sociedad sin olvidarse del individuo.

Es por todos conocido que en nuestro país los jueces han invocado las normas del Derecho Civil para admitir la responsabilidad del Estado y sólo en unos pocos casos para aceptar la “responsabilidad del Estado sin falta ” se utilizó la teoría de la “falta de servicio “.

Desde mi punto de vista no es necesario invocar las normas del Derecho Civil para declarar responsable al Estado, pues la plataforma jurídica la encontramos en la misma Constitución Nacional, comenzando por el Preámbulo.

No obstante ello, los Tribunales utilizan de plataforma jurídica del Código Civil para condenar al Estado, y así sucedió en un resonante caso de trascendental importancia ocurrido en la Ciudad de Córdoba en una Clínica, en la que se produjo un contagio masivo de virus HIV, en el que el Tribunal Superior de Justicia liberó de responsabilidad a la Provincia, que había sido codemandada por omisión en el ejercicio de la policía de la salubridad, aduciendo que el Estado Provincial no fue empleador de los médicos, ni propietario o guardián del Establecimiento Asistencial donde se había practicado la actividad calificada como riesgosa (hemodiálisis), ni del instrumental utilizado. Por ello consideró que no existían las condiciones que la legislación civil requiere para atribuir la correspondiente responsabilidad estatal. Condenó, por ello, a la Clínica y a los médicos actuantes.

Llegado el caso a la Corte, ésta revocó el fallo, y ordenó el reenvío al Tribunal Superior, para que dicte nueva sentencia, en virtud que existió una omisión inexcusable (art. 1074 del Código Civil) por parte de la Provincia en el ejercicio de la policía en materia de salubridad. (“Cesarin, José Angel y otros p/ssa de propagación culposa de enfermedad”).-

Este juicio se tramitó en Sede Penal y los herederos de las víctimas se constituyeron en querellantes, solicitando la correspondiente indemnización del Estado Provincial, de los propietarios de la Clínica y de los médicos actuantes en base a los principios y normas del Código Civil.-

Hubiese sido, a mi entender, muy interesante que el juicio se tramitara – en cuanto a la responsabilidad estatal- en el fuero contencioso administrativo, quien debería pronunciarse sobre la actuación del Estado Provincial en su deber de proteger el bienestar general y consecuentemente controlar la legítima actividad de la Clínica – en este caso- , y consecuentemente, sobre la indemnización peticionada.-

Esta concepción civilista adoptada en el caso citado para responsabilizar al Estado está fundada principalmente en la idea de sancionar un comportamiento culposos y, por lo tanto, ha enfocado el problema desde el autor del daño, y por ello debe responder e indemnizar.-

Estimo que existe una importante diferencia entre el enfoque privatista y el publicista, porque para éste último, el fundamento de la responsabilidad estatal debe enfocarse desde la víctima del daño, y no desde el autor.-

En consecuencia no es necesario analizar si ha existido falta, culpa o riesgo creado por el autor del daño, sino la situación de la víctima en el momento

de producirse, por lo que –como bien enseña Soto Kloss²³ es necesario conocer cuáles son sus derechos, sus créditos, sus facultades, sus deberes y obligaciones.

Todo daño es una lesión, un detrimento a su patrimonio que debe ser reparado por aquel que lo ha provocado. Probada la existencia del daño y quién lo ha producido, así como la relación causal que debe existir entre la acción u omisión estatal y el perjuicio sufrido corresponde al juez establecer el quantum de la indemnización con que ha de ser reparada la víctima, de acuerdo al perjuicio que ha sufrido, ya sea en su patrimonio o en su honor, pues a él le corresponde en caso concreto establecer qué es lo justo, cuál es el monto con que se debe indemnizar.

La jurisprudencia ha establecido –si bien con ciertos altibajos- si el daño debe ser reparado en forma total (daño emergente más lucro cesante) o solo parcial, (únicamente daño emergente), si la reparación del daño moral solo corresponde a las personas físicas o también a las personas jurídicas.

No debe olvidarse que el principio general es que nadie puede ser privado de lo suyo y que todo detrimento sufrido en forma antijurídica por la víctima en su situación o esfera jurídica ha de ser reparado mediante la correspondiente indemnización.

Esta tesis tiene fundamento constitucional en el artículo 16: **“todos sus habitantes son iguales ante la ley”** así como en el artículo 17: **“la propiedad es inviolable”**, y su fundamento legal en el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549,²⁴ así como en el artículo 83 del

²³ Soto Kloss, Eduardo: “Derecho Administrativo-Bases Fundamentales”, Santiago 1996, t.II , pág. 270 y ss.

²⁴ Art. 18: *“El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o*

Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos, aprobado por decreto Nro. 1759/72 (t.o.1991)²⁵, que obligan al Estado a indemnizar los daños y perjuicios que su proceder lícito hubiera ocasionado a los administrados en ejecución de sus funciones esenciales, ya se trate del Estado Legislador, del Estado Administrador o del Estado Juez.²⁶

Es entonces, una teoría esencialmente publicista y atiende a los principios del Derecho Público sin necesidad de acudir a concepciones civilistas a este campo de las relaciones entre el Estado y los administrados.

Sostengo que no es necesario analizar si el comportamiento del Estado – que ocasionó el daño- ha sido doloso o culposo, o se trata de una actuación lícita; sino a la víctima que ha sufrido el daño.

En otras palabras para responsabilizar al Estado, no es indispensable que éste haya actuado con culpa o negligencia **en el cumplimiento de sus funciones tendientes al bien común**. Es preciso reparar el daño que la víctima no debió sufrir, máxime cuando ella no vulneró las normas jurídicas establecidas.

El **fin del Estado es el bien común** y, por lo tanto, es distinto al fin que persiguen las personas jurídicas regidas por el Derecho Privado, y ello nos lleva a buscar la solución del problema de la responsabilidad estatal a través de un enfoque diferente al que hacen los estudiosos del Derecho Civil.²⁷

Lejos estoy de pensar que mi posición es original, pues no desconozco los importantes estudios realizados en nuestro país por distinguidos y brillantes

sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.” (lo destacado me pertenece)

²⁵ Art. 83: “Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y **con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados.**” (lo destacado me pertenece).

²⁶ Marienhoff, Miguel S.: “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa” (L.L.1983-B-Sec.Doct.págs. 910 y ss.

²⁷ Garrido Falla, Fernando: “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid 1988, t.II, pág.218.

estudiosos del Derecho Administrativo como Graciela Reiriz²⁸, Juan Carlos Cassagne²⁹, el extinto profesor Miguel S. Marienhoff³⁰, Julio R. Comadira³¹ entre otros, que desde hace varias décadas propugnan la tesis ius publicista.

Por todo lo dicho considero que el daño debe ser reparado en forma integral. Lo que significa que corresponderá al juez al momento de fijar el monto de la indemnización tener en cuenta el **daño emergente**: patrimonial y moral, sin hacer diferencia si la víctima es una persona de existencia ideal o de existencia visible, **más el lucro cesante**, ya que -como bien lo destaca Bianchi³²- “...El lucro cesante está incorporado al patrimonio del acreedor y goza de la protección que el artículo 17 brinda al derecho de propiedad con la misma fuerza que el daño emergente...” .

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria se han pronunciado sobre la improcedencia del lucro cesante en caso de responsabilidad del Estado por el obrar administrativo lícito, y para ello han aplicado los principios que rigen en materia de Expropiación.

Con todo el respeto que esa posición me merece, soy de opinión que no es aplicable en estos casos ya que **supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto desapropio**, como se sostuvo en el conocido caso Sánchez Granel.-

Por lo precedentemente expuesto no participo de la teoría que sostiene el carácter expansivo de la noción de expropiación a los fines de establecer la indemnización por responsabilidad estatal. Estimo que la idea del legislador en

²⁸ Reiriz, María Graciela: “Responsabilidad del Estado” Bs. As. 1969.

²⁹ Cassagne, Juan Carlos: ob. cit t.I, pág. 262 y ss.,

³⁰ Marienhoff, Miguel S.: ob. cit. t. IV, pág. 690 y ss.

³¹ Comadira, Julio R.: “Derecho Administrativo”, Bs. As. 1996, pág. 415 y ss.

³² Bianchi, Alberto B.: “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, Bs. As.1999, págs. 168 y ss. En este importante trabajo sostiene que el Juez en cada caso deberá fijar el porcentaje correspondiente al lucro cesante, opinión que comparto.

esta materia es clara y precisa: el derecho de propiedad no se extingue sino que se transfiere por ley y previa indemnización.

Por ello suscribo la tesis sostenida de Rodolfo Barra³³ y actualizada por Bianchi³⁴ a las que me remito por razones de brevedad.

Sólo así el juez cumple con su noble misión de **“dar a cada uno lo suyo”**, actuando con justicia y equidad.-

³³ Barra, Rodolfo: “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos” (E.D.t.122, pág.861y ss.).

³⁴ Bianchi, Alberto B.: ob.cit. págs. 170/71.