

ntos actores
madras: ma-
y alumnos,
el Superior
tan oportu-
e influencia

ional y de la
a, considera
onstitución

de influencia
ámbitos de
jurispruden-
cios y priva-

as "formas"
sino en fun-
os derechos

NOTA A FALLO



◆ DAÑOS Y PERJUICIOS

Responsabilidad del Estado — Extravío de pagarés presentados ante un ente estatal — Falta de servicio — Pérdida de la chance — Imposibilidad de ejercitar la vía ejecutiva

Véase en esta página, Nota a Fallo

Corresponde responsabilizar al Estado provincial por el extravío de los pagarés que habían sido presentados en la Dirección Provincial de Rentas a efectos de la liquidación del

impuesto de sellos, pues dicha falta de servicio imputable a la Administración privó al actor de la ventaja patrimonial derivada de procurar el cobro de la deuda por la vía ejecutiva, obligándolo a recurrir al trámite ordinario, el cual exige mayor tiempo y gastos para su realización.

CUANTIFICACION DEL DAÑO

El hecho dañoso:
Pérdida de pagarés por parte de un ente provincial

Daño patrimonial:
Chance \$ 8.000

La responsabilidad del Estado en el ordenamiento neuquino. Algunas precisiones

POR PABLO A. GUTIÉRREZ COLANTUONO

SUMARIO: I. Introducción.— II. El fallo "Bayrescard". Principales lineamientos.— III. Algunas cuestiones a tener en cuenta.— IV. Conclusiones

I. Introducción

El fallo del Tribunal Superior neuquino cuyo comentario generosamente se nos solicitara nos enfrenta una vez más a la siempre vigente temática de la responsabilidad del Estado, brindando la oportunidad para efectuar algunas referencias sobre la jurisprudencia reciente del cuerpo en ciertas áreas controvertidas de este tópico.

NOTAS

(1) "Bayrescard S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ acción procesal administrativa". Acuerdo TSJN Nro. 1253 del 07/07/06.

II. El fallo "Bayrescard" (1). Principales lineamientos

Frente a un reclamo de resarcimiento instado contra el Estado Provincial por parte de una empresa que había entregado pagarés a la Dirección Provincial de Rentas, posteriormente extraviados al encontrarse en poder de aquella, la Corte Neuquina brinda un análisis claro y concreto de los elementos en juego.

En primer lugar, y adoptando criterios jurisprudenciales de la Corte Federal, remarcó que los presupuestos para activar la responsabilidad del Estado en la faz extracontractual y por obrar ilícito son la existencia de una falta de servicio, la

445 — TS Neuquén, 2006/07/07 (*) - Bayrescard S.A. c. Provincia del Neuquén.

Neuquén, julio 7 de 2006.

El doctor Kohon dijo:

I.- A fs. 21/29 se presenta Bayrescard S.A., por apoderado e interpone demanda contra la Provincia del Neuquén por daños y perjuicios derivados de la pérdida por parte del Estado de determinados títulos de crédito.

Bajo el capítulo de los hechos relata que Bayrescard S.A. presentó en la Dirección Provincial de Rentas, para su sellado previo, treinta y un pagarés al portador y ejecutables a la vista.

Aduce que los pagarés fueron perdidos mientras se encontraban en poder de la Dirección General de Rentas. Expone que presentó una serie de reclamos en sede administrativa en los que fue rechazada la responsabilidad del Estado. Explica que el Estado Provincial pretende que inicie el mecanismo previsto por el art. 89 del dec. 5965/1963, meca-

(*) Citas legales del fallo núm. 445: ley 1305 (Adla. 1981-C, 4008).

relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio, la posibilidad de imputar el daño a la persona jurídica estatal a la que pertenece el órgano que la ocasionó y la prueba del daño (2).

El tribunal considera configurada en el caso una falta de servicio consistente en el deficiente resguardo de los títulos en poder de la Dirección General de Rentas, centrando el análisis en dos elementos con particulares aristas: el nexo de causalidad y la prueba del daño.

Es sobre estos factores que la sentencia realiza un cotejo riguroso entre el daño efectivamente acreditado —al cual califica como pérdida de la chance relativa a la posibilidad de ejercitar la vía

NOTAS

(2) Cabe aclarar, sin embargo, que el reciente fallo de la Corte Suprema "Friar S.A. v. Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y S.E.N.A.S.A." del 26/09/2006 daría cuenta de algunos cambios interpretativos en la materia, cuyo análisis excede este comentario.

(3) En tanto "para que el daño sea resarcible, ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es real y efec-

nismo que califica de tedioso, costoso e improcedente. Entiende que este mecanismo no le puede ser exigido por no haber perdido los pagarés y por encontrarse acreditado que la sustracción de los mismos se produjo en la Dirección Provincial de Rentas. Manifiesta que los hechos se encuentran reconocidos en los expedientes administrativos N° 2753-19548/03 de la Dirección de Rentas y el N° 3100-003300 de la Secretaría de Estado de la Gobernación. Que fue iniciado sumario administrativo en virtud del extravío de los documentos y se realizó la denuncia penal atinente. Expresa que el monto total de capital de los pagarés sustraídos asciende a la suma de pesos cincuenta mil setecientos cincuenta y seis con 96/100. Indica que hay responsabilidad del Estado Provincial por su incumplimiento objetivo de pérdida de los títulos de deuda. Le atribuye un factor de atribución suficiente y dañoso por el que reclama el valor de los pagarés con los intereses a la tasa activa. Invoca la teoría de los actos propios en cuanto el Estado provincial reconoce el extravío de la documentación pero no obstante se niega a reparar el perjuicio. Entiende que la cuestión es de puro derecho en tanto los hechos se encuentran reconocidos por la Provincia demandada. Para finalizar considera improcedente la aplicabilidad del decreto 5965/63, por cuanto no puede ser aplicable a la pérdida de documentación por parte de un tercero. Propone que el Estado

ejecutiva— y el nexo causal, todo lo cual lleva a desestimar la pretensión de la actora en punto a percibir el valor nominal de los cartulares, solución que cabe compartir en términos generales (3).

Es así que la resolución pone de resalto la especial relevancia que posee para este tipo de casos el cauce procesal elegido por el demandante, por cuanto el sometimiento al régimen de restricción probatoria que la opción por el procedimiento sumario supone (según el art. 45 de la ley 1305 —Adla, XLI-C, 4008—) puede derivar —precisamente— en la falta de acreditación de extremos que —como el daño y el nexo causal (4)— son esenciales para el acogimiento de reclamos como el resuelto por el tribunal.

tivo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma en el caso del daño actual" (CSJN, Fallos 314:1225).

(4) Corresponde precisar que la consideración del cuerpo en punto a que la relación de causalidad entre el accionar estatal y el daño debe ser "directa e inmediata" podría suponer un agravamiento de los recaudos normados por el art. 904 del Código Civil, el que —plasmando el criterio de causalidad "adecua-

pague y se subrogue en reparar las sumas de los p:

II.- Se decreta la adm de la R.I. N° 4684/05 (cl

III.- Efectuada la opción miento sumario (art. 45 réplica de la Provincia c lar una negativa gener les, solicita el rechazo (falta de prueba, atento l nante del procedimiento tera los argumentos v Ministerio de Hacienda vincia. Pone énfasis en c ditó el presunto daño st iones tendientes a obti dadas en mutuo, por lo

Concluye solicitando falta de prueba citando po sobre la materia.

IV.- A fs. 58/61 dicta quien propicia Hacer l responsable a la Provi la Administración no h:

III. Algunas cuest

El fallo comentado para efectuar un bre de la jurisprudencia que con frecuencia d los operadores jurfidi

1°) Competencia p responsabilidad del E

Uno de los puntos enfrenta la temática deslinde de compet

NOTAS

da" seguido por el Co las consecuencias me punto de vista, podrí consecuencia inmediata es la pérdida de la vía se otras consecuencias das de tal imposibilit con consiguientes dem que —de ser probada de reparación.

(5) La reforma de la 17/02/2006 (B.O. 03/0:

pague y se subroge en sus derechos para recuperar las sumas de los pagarés extraviados.

II.- Se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. N° 4684/05 (cfr. fs. 36/36 vta.).

III.- Efectuada la opción procesal por el procedimiento sumario (art. 45 ley 1305), luce a fs. 48/56 la réplica de la Provincia demandada. Luego de formular una negativa general de los argumentos actoraes, solicita el rechazo de la demanda fundado en la falta de prueba, atento la opción ejercida por la accionante del procedimiento sumario. Reproduce y reitera los argumentos vertidos en la res. 175/04 del Ministerio de Hacienda, Finanzas y Energía de la Provincia. Pone énfasis en cuanto la demandada no acreditó el presunto daño sufrido ni la realización de gestiones tendientes a obtener el reintegro de las sumas dadas en mutuo, por los medios legales a su alcance.

Concluye solicitando el rechazo de la demanda por falta de prueba citando jurisprudencia de este Cuerpo sobre la materia.

IV.- A fs. 58/61 dictamina el Fiscal ante el Cuerpo quien propicia Hacer lugar a la demanda. Considera responsable a la Provincia del Neuquén por cuanto la Administración no ha negado la recepción y poste-

rior extravío de los documentos entregados por Barescard en la Dirección de Rentas a fin de imponer los sellados.

V.- A fs. 62 se llama autos para sentencia, el cual encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VI.- La actora solicita se condene a la Provincia del Neuquén al pago de la suma de \$ 50.756,96, importe correspondiente a los 31 pagarés que presentara ante la Dirección Provincial de Rentas para su sellado y que fueran extraviados en dicho organismo. El caso a resolver se centra, entonces, en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado. En este ámbito, la procedencia de la condena se encuentra supeeditada a una serie de requisitos: a) la existencia de una falta de servicio; b) la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio; c) la posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó; d) la prueba del daño o perjuicio (Fallos, 315:2865; 320:266 y causas G-251 XXIII; "Gomez, Javier Horacio c. Quiroz, Alfredo Y Estado Nacional (Policía Federal) s/juicio de conocimiento", sent. del 30/6/98 y "G-615 XXII. "Jiménez Zapiola Viviendas S.A. c. Buenos Aires, Provincia de

III. Algunas cuestiones a tener en cuenta

El fallo comentado nos brinda la oportunidad para efectuar un breve relevamiento del estado de la jurisprudencia local en ciertas cuestiones que con frecuencia derivan en confusiones para los operadores jurídicos.

1°) Competencia procesal administrativa en la responsabilidad del Estado.

Uno de los puntos más sensibles a los que nos enfrenta la temática abordada es el relativo al deslinde de competencias entre la justicia ordi-

naria y el fuero contencioso administrativo, actualmente en cabeza del Tribunal Superior sin perjuicio de la reforma constitucional de Febrero de este año (5).

En efecto, discernir cual es el fuero competente frente a un caso de responsabilidad del Estado no solo atiende a saber cual será el tribunal que entienda en la causa, sino —en especial— a determinar cual es el régimen aplicable para el acceso a la instancia judicial, pues en el supuesto en que resulte competente el fuero contencioso administrativo ello trae aparejado la aplicación del régimen de agotamiento de la vía administrativa

NOTAS

da" seguido por el Codificador— extiende el nexo a las consecuencias mediatas previsibles. Desde ese punto de vista, podría considerarse que —si bien la consecuencia inmediata del extravío de los pagarés es la pérdida de la vía ejecutiva— pudieron acreditarse otras consecuencias mediatas —como las derivadas de tal imposibilidad de accionar ejecutivamente con consiguientes demoras y riesgos de insolvencia— que —de ser probadas— deberían haber sido objeto de reparación.

(5) La reforma de la Constitución de Neuquén del 17/02/2006 (B.O. 03/03/2006) atribuyó la competen-

cia contenciosa administrativa a tribunales inferiores que —conforme la disposición transitoria V— deberán crearse "con sujeción a los principios de especialización y descentralización territorial, en el plazo de un (1) año a partir de la creación del Consejo de la Magistratura. Hasta la creación de los mismos el Tribunal Superior de Justicia mantendrá su jurisdicción y competencia". Al día de hoy no se ha fijado un plazo expreso para la creación del Consejo de la Magistratura, circunstancia a partir de la cual se computa el término para poner en práctica el fuero contencioso neuquino.

s/ daños y Perjuicios, sent. del 13/8/98, entre otros"). Siguiendo el orden propuesto, corresponderá establecer si estos requisitos se encuentran reunidos en el caso.

VII.- La falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad estatal más importante se genera por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, ya sea por acción o por omisión y, tanto por actos, como por operaciones materiales de los agentes estatales. Traídos estos conceptos al caso analizado, es claro que, ante la presentación de los títulos para la liquidación del impuesto de sellos lo que no se encuentra controvertido-, la conducta debida por la Dirección Provincial era la devolución de los valores. En este caso, sin embargo, ocurrió lo contrario; surge de las actuaciones administrativas acompañadas, que los pagarés fueron extraviados en sede de la Dirección Provincial de Rentas. Por lo tanto, el extravío de los documentos

refleja el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública. La falta de servicio se encuentra así configurada.

VIII.- Sin embargo, la concurrencia de este requisito aunque es necesaria, no es suficiente. Se requiere además, que se acredite la existencia del daño alegado y su relación de causalidad con la falta incurrida por la Administración. Y en estos aspectos, corresponde realizar una serie de precisiones. Si, como se indicara, la falta de servicio se encuentra configurada por el extravío de los pagarés, la consecuencia de esta falta y aquí ya rozamos la cuestión causal- es la privación de la ventaja derivada de procurar el cobro de la deuda por la vía ejecutiva. Nótese que, si uno de los requisitos para la procedencia del daño, es la existencia de una adecuada causalidad con el evento dañoso, la alegada frustración del cobro de los créditos no tiene nexo causal adecuado con la pérdida de los pagarés, sino que la relación directa está dada con la pérdida

regulado en las leyes 1284 (Adfa, XII-B, 2604) y 1305, así como de los restantes extremos que hacen a la admisibilidad de la acción y que resultan controlables de oficio por el Tribunal Superior (6).

Cabe precisar, sin embargo, que los severos efectos que la reconducción al régimen *ius administrativo* de un litigio iniciado en la vía ordinaria comporta han sido morigerados por una constante jurisprudencia del Cuerpo en la que se ha destacado que la declaración de incompetencia del juez civil frente a litigios que llevan un marcado grado de avance debe ceder frente a principios como la preclusión procesal y la seguridad jurídica, pues en caso contrario se produciría un dispendio judicial irrazonable al tener que anular todo el trámite de

la causa en perjuicio de las partes y de la prestación del servicio de justicia. Sobre tal premisa es que el tribunal ha sentado la siguiente directiva: "en los supuestos en los cuales se hayan tramitado, ante los jueces de Primera Instancia en lo Civil o Laboral, causas de competencia de este Tribunal y el trámite estuviera avanzado (entendiéndose por esto, pasadas las oportunidades en las que el juez puede declarar su incompetencia, ya sea de oficio o a petición de parte por vía de excepción), su conocimiento corresponderá a los mismos" (7).

A fin de tener en cuenta algunas guías para dar respuesta al interrogante que surgirá en cada caso, es recomendable considerar las pautas que arrojan los últimos pronunciamientos del tribunal de Neuquén.

NOTAS

(6) Tal mecánica es habitual y puede observarse, por ejemplo, en la Resolución Interlocutoria -R.I. N° 5.331 de fecha 21/06/2006, "Loverde Jorge Alfredo y otro c/ Tribunal Superior de Justicia s/ Daños y Perjuicios", en el que una vez declarada la competencia contenciosa —ante una inhibitoria del juez ordinario— el tribunal pasa a analizar el segundo presupuesto de admisibilidad, que no es otro que el agotamiento de la vía administrativa. En la causa "Saavedra José Benjamín y otra c/ Provincia del Neuquén s/ Daños y Perjuicios" (R.I. N° 5.320 del 21/06/2006) se precisó —al declarar su competencia y la inadmisibilidad de la acción— que "Este Cuerpo se ha expedido reiteradamente al respecto, sosteniendo que su actuación en este tipo de procesos tiene una finalidad revisora del obrar de la Administración, la que surge a su vez, luego de cumplido el requisito del sometimiento previo a la autoridad administrativa de la cuestión traída a la justicia,

recaudo que no constituye una mera formalidad, sino que tiene por finalidad dar a la Administración Pública la oportunidad de revisar el caso y eventualmente corregir el error facilitando el control de legitimidad y evitando a la postre, el desgaste innecesario de la jurisdicción judicial". Sobre los presupuestos de admisibilidad ver GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo (Coord.) "El Control Judicial de la Actividad Administrativa en Neuquén", Publifadecs, General Roca, Río Negro, 2005.

(7) TSN Neuquén, R.I. N° 5.468 del 18/09/2006, "Saavedra Mario Cesar c/ Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén s/ Cumplimiento de contrato"; R.I. N° 5.325 del 21/06/2006, "Municipalidad de Neuquén c/ Zapata Froilan y Otros s/ Desalojo"; R.I. N° 5335 del 22/06/2006, "Roldan Miriam c/ Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios", entre otros.

de la vía debe rect en tanto : nial en q el aconte de no ha tenía los tre ellos, arriba así immediat el que es con el tft rumental

IX.- Ac de analiz presión " dos los c privado (neficio, c

a) Apl público

Un pr dilucidz contenc del caso normas nal Sup "La con cia en n prende hacer e. los perj activid una rel o deriv igual ca

De m nos frei men ap efectua de rech

NOTAS

(8) TS tez Jorge otro s/ I "Bodart Acción l 10/2005 de Neuc del 03/0 Héctor l 14/10/2 vincial c

oso o in-
ta de ser-

requisi-
requiere
no alega-
incurrida
responsa-
se indi-
trada por
esta falta
privación
de la deu-
de los re-
sistencia
daño, la
no tiene
pagarés,
pérdida

estación
que el
en los
lo, ante
o Labo-
nal y el
por esto,
puede
o a pe-
conoci-

para dar
la caso,
de arro-
nal de

ed, sino
blica la
de corre-
d y evi-
la juris-
misibi-
Coord.)
ativa en
y, 2005.

/2006,
al de la
amien-
nunci-
ros s/
an Mi-
años y

de la vía ejecutiva. Porque, además y en definitiva, debe recordarse que "indemnizar" es colocar a uno en tanto sea posible- en la misma situación patrimonial en que se encontraría, sino se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. Y, de no haberse extraviado los pagarés, el actor sólo tenía los derechos derivados de aquellos títulos, entre ellos, el ejercitar su cobro por la vía ejecutiva. Se arriba así a una primera conclusión: La consecuencia inmediata del extravío genera un daño (emergente), el que está dado a la "pérdida de chance" (no contar con el título que habilite la ejecución del importe instrumentado en el mismo).

IX.- Acotado así el marco de resolución, corresponde analizar el requisito atinente al daño. Con la expresión "pérdida de chance" se hace referencia a todos los casos en los cuales, el sujeto afectado se ve privado de obtener un provecho, una ganancia o beneficio, o de evitar una pérdida, lo que fue impedido

por el hecho antijurídico de un tercero. Lo que se indemniza entonces, en cuanto daño actual resarcible es la "pérdida misma de la oportunidad": lo reparable no es el beneficio esperado, sino la probabilidad perdida. Y por ello es, que la pérdida de chance se presenta como daño emergente y no como lucro cesante, porque lo que se indemniza es la actual posibilidad frustrada de obtener el beneficio y no el beneficio, en sí mismo esperado (Cfr. Mayo, Jorge A., "La pérdida de chance como daño resarcible". LA LEY 1989-B, 102). Estos conceptos determinan que, en el caso, al estar acreditado el hecho dañoso (el extravío de los pagarés) no se pueda discutir la relación de causalidad con el daño (privación de la vía ejecutiva). Pero, aunque el daño resarcible queda así perfectamente determinado (es evidente que se ha cercenado una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial), subsiste la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido. (cfr. Ca-zeaux, "Daño actual. Daño Futuro. Daño eventual o

a) Aplicación directa de normas de derecho público al caso.

Un primer elemento a tener en cuenta a fin de dilucidar si el pleito es de competencia del fuero contencioso administrativo es que la resolución del caso debe darse mediante la aplicación de normas de derecho público, ratificando el Tribunal Superior en una serie de fallos recientes que "La competencia del Tribunal Superior de Justicia en materia contencioso administrativa comprende aquellos supuestos en los que se pretende hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los perjuicios sufridos como consecuencia de la actividad de la Administración en el marco de una relación jurídica de carácter administrativo o derivados de la lesión a un derecho subjetivo de igual carácter" (8).

De modo que la primera pregunta a formularnos frente a la necesidad de determinar el régimen aplicable es si la resolución de la causa se efectuará aplicando necesariamente normas de derecho público.

NOTAS

(8) TSNeuquén, R.I N° 5.107 del 03/02/2006, "Benítez Jorge Gabriel Alejandro c/ Provincia del Neuquén y otros s/ Daños y Perjuicios"; R.I N° 5.105 del 03/02/2006 "Bodart Edgardo Hugo c/ Provincia Del Neuquén S/ Acción Procesal Administrativa"; R.I N° 4.986 del 23/10/2005 "Hourcade Oscar Mariano c/ Municipalidad de Neuquén y otros s/ Daños y Perjuicios"; R.I N° 5.104 del 03/02/2006, "Kruger Hugo Alberto c/ Ramos Omar Héctor y otros s/ Daños y Perjuicios"; R.I N° 4.937 del 14/10/2005 "Arraigada Amelia Cecilia c/ Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios".

Ello es así por cuanto la competencia procesal administrativa no se define —en nuestro sistema provincial (9)— por la sola presencia del Estado, resultando determinante además que "medie un cuestionamiento de normas de derecho público, particularmente aplicables al asunto de que se trate" (10), por lo que "las cuestiones sólo serán competencia de este Cuerpo cuando para su resolución deban necesariamente aplicarse normas de derecho público" (11).

Este criterio posee una especial complejidad en lo relativo a la responsabilidad del Estado, en tanto en general no se han desarrollado normas locales reguladoras de la misma, obligando a recurrir a la aplicación supletoria del Código Civil, con lo que el criterio para dilucidar la competencia requiere un detenido examen del alcance que se asigna a la norma aplicable al caso.

b) La falta de servicio y el Art. 1112 del Código Civil. Consecuencias.

De acuerdo al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Federal desde el precedente "Ferro-

(9) A diferencia, por ejemplo, de lo establecido en el Art. 2° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(10) TSNeuquén, R.I N° 5.468 del 18/09/2006, "Saavedra", cit., conf. R.I Nros. 1247/95, 1504/96, 1746/97 y 2717/00.

(11) Criterio ratificado en R.I N° 5.324 del 21/06/2006, "Mardones Roberto Luciano c/ Municipalidad de Plottier s/ Daños y Perjuicios".

hipotético. Pérdida de chance" en Temas de Responsabilidad civil, en honor al Doctor Augusto Mario Morello; p.23, núm. 10). Y, por ello, la discusión se traslada a otro ámbito, cual es, el alcance de la indemnización pretendida.

X.- En efecto, aún cuando lo indemnizable es la eliminación de la chance misma y no el objeto al que la chance tendía, lo cierto es que la fijación de la indemnización estará vinculada con la "intensidad o grado de la probabilidad" mutuada por el hecho dañoso. Y, así, para la determinación del daño la jurisprudencia utiliza, como parámetro, al pronóstico sobre la mayor o menor oportunidad de realización de la chance (cfr. Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños, 2ª, p. 387). Llegados a este punto, habrá de coincidir con la demandada; la actuación de la parte ha sido deficiente. Bayrescard S.A. optó por la vía sumaria, elección que importa desde el ini-

cio declinar su derecho a ofrecer prueba, limitándose a las constancias obrantes en las actuaciones administrativas agregadas a la causa judicial. Descartó, por lo tanto, el ofrecimiento y producción de los restantes medios probatorios a su alcance. Esta circunstancia es determinante para la fijación del daño que aquí se reclama, en tanto lo único probado es la pérdida de los pagarés.

La actora -en sede judicial- menciona que los pagarés habrían sido librados por terceros que habían asumido obligaciones de pago a la vista. Sin embargo, nada intenta acreditar en relación a su causa, ni siquiera que hubiere intentado recuperar las sumas por otra vía, ya sea extrajudicial o judicial. De sus presentaciones administrativas (fs. 43 del Expte. Adm. N° 2753-19548, año 2003) se infiere que los títulos de crédito extraviados habrían sido suscriptos en garantía de un mutuo. Sin embargo, no presentó los instru-

carril Oeste" (12) luego cristalizado en "Vadell" (13), la norma específica en que se ha fundado la noción de falta de servicio es el Art. 1112 del Código Civil, circunstancia que podría hacernos pensar en el desplazamiento de su aplicación al fuero ordinario en atención a su inserción en un régimen tradicionalmente ubicado dentro del derecho privado.

Es por ello que el Tribunal Superior se ha ocupado de puntualizar que dicha norma -pese a su inserción en tal cuerpo normativo- responde a una aplicación subsidiaria del derecho común derivada de la ausencia de normas propias del derecho público local en materia de responsabilidad, las cuales "pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo" (14).

Es decir que la aplicación supletoria del Código Civil de una norma de derecho público es lo que determina la competencia del fuero contencioso.

Y distinguiendo el caso del Art. 1112 del Código Civil respecto—por ejemplo—del Art. 1117 del mis-

mo, el Tribunal ha explicado (15) que "no en todos los casos en que se deba recurrir a las normas del derecho privado, estaremos ante el supuesto de exclusión examinado: cuando la aplicación es por analogía y ante la ausencia de disposiciones específicas que regulen la responsabilidad administrativa, la solución igualmente deberá ser acordada desde el campo del derecho público, mediante la realización de una tarea de adaptación de sus disposiciones a los principios del derecho público", con lo cual "El eje de discusión se traslada y se centra, entonces, en determinar cuándo una cuestión es resuelta exclusivamente por aplicación del derecho privado".

2º) Prescripción.

Si bien no pretendo extenderme en esta compleja cuestión, interesa destacar que existe una marcada división entre aquellos sectores que defienden la potestad provincial para regular la temática de la responsabilidad del Estado (16) frente al criterio de la Corte Suprema conforme el cual

NOTAS

(12) CSJN, 1938, Fallos: 182:5 (La Ley, 12-122).

(13) CSJN, 1984, Fallos: 306:2027 (La Ley, 1985-B, 3).

(14) TSNeuquén, R.I N° 5.454 del 18/09/2006, "Campos Juan Eduardo c/ Provincia del Neuquén s/ Daños y Perjuicios"; R.I N° 5.453 del 18/09/2006, "Mardones Claudia Delia y otros c/ Provincia del Neuquén s/ Daños y Perjuicios", con cita de Fallos 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231 y conforme lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 21/03/2006 in re "Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro", La Ley, Sup.Const 2006 (abril), 14. Por ejemplo, frente a un error en la emisión de un

certificado de deuda que derivó en perjuicios por su ejecución por apremio, se declaró la competencia en base al "carácter público de la relación jurídica de que se trata, en tanto se encuentra aquí en juego la potestad tributaria municipal y las normas que la regulan" (R.I N° 5.326 del 21/06/2006, "Facal Hugo Edgardo c/ Municipalidad de Neuquén y otros s/ Acción de nulidad").

(15) TSNeuquén, R.I N° 5335, "Roldán", cit.

(16) Ver, en ese sentido, PEREZ HUALDE, Alejandro - BUSTELO, Ernesto N. "Barreto, La responsabilidad del estado dentro de sus cauces constitucionales", La Ley, Sup. Adm 2006 (setiembre), 1.

mentos que acreditarían dicho contrato, ni probó que hubiere intimado a los deudores a su pago. Nada se ha acreditado tampoco en relación a la solvencia de esos deudores (a quienes tampoco individualiza). Esta ausencia de prueba torna más complejo aún el mecanismo de determinación del daño. En efecto, no puede dejar de considerarse que con la pérdida de los títulos originales presentados, se negó al actor la posibilidad de obtener una decisión favorable a su pretensión por la vía ejecutiva. Debe también reconocerse que el trámite de un proceso ejecutivo es más simple que el ordinario y que al estar privado de la vía ejecutiva, debe intentar una vía más compleja que, de acuerdo al normal desarrollo de los acontecimientos, exige mayor tiempo y gastos para su realización. Tenemos entonces, que en la prudente determinación judicial del daño se presentan enfrentadas dos cuestiones: Por un lado, la ausencia total de prueba

acerca de la probabilidad de éxito de la vía ejecutiva, pero, por el otro, la objetiva privación de su utilización. La ponderación de estas circunstancias, lleva a estimar el monto de la indemnización en la suma de pesos ocho mil (\$ 8000,00). Esta suma devengará intereses, los que se calcularán a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén, desde el 01/09/2003 y hasta el efectivo pago. Por las consideraciones expuestas, en estos términos, propicio hacer lugar parcialmente a la demanda imponiendo las costas en el orden causado (art. 71 del C.P.C. y C. y 78 de la ley 1305). Mi voto.

El doctor *Sommariva* dijo:

Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Kohon, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. Mi voto.

"la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto" (17). Sobre tal base, determinó en dicho pronunciamiento que la prescripción liberatoria se halla comprendida dentro de las facultades del Congreso Nacional *"para legislar de manera uniforme sobre los modos de extinción de las obligaciones"*, dejando sin efecto —por ello— la aplicación de las normas locales aplicables en la materia.

El alcance de tal doctrina jurisprudencial —más allá de su corrección— parecería poner seriamente en cuestión la validez de aquellas normas locales —en especial de la ley 1284— que han fijado plazos de prescripción para accionar contra el Estado, siendo necesario efectuar algunas puntualizaciones.

NOTAS

(17) CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sandoval, Héctor c/ Provincia del Neuquén" del 08/07/1997. Sobre dicha temática ver GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, "La responsabilidad del estado desde la perspectiva del derecho público provincial" en AA.VV, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado, RAP N° 326, Buenos Aires, 2005, p. 359.

(18) TSNeuquén, R.I N° 5.465 del 18/09/2006, "García Laura Edith c/ Municipalidad de Centenario s/ Acción Procesal Administrativa". Se inscribe en similar línea el Acuerdo N° 1279 del 27/09/2006, "Cruz Eduardo Horacio c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa".

(19) "Artículo 191. Plazos: El plazo de prescripción de la acción procesal administrativa, salvo los casos contemplados por leyes especiales, es de: a) Cinco (5) años para impugnar actos nulos, reglamentos,

Por una parte, el Tribunal local ha decidido defender la competencia provincial en la materia, aplicando en un reciente fallo (18) las disposiciones locales reguladoras de la prescripción en un caso en el que se reclamaba el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de un acto administrativo municipal en materia de empleo público y dirimiendo el litigio con directa aplicación del art. 191 inc. a) de la ley 1284 (19) al admitir la excepción de prescripción planteada por el Estado (20).

Para ello partió de explicar la directa vinculación entre la declaración de ilegitimidad del acto administrativo y la procedencia de la pretensión resarcitoria fundada en tal ilegitimidad (21), siendo un paso necesario para analizar la responsabilidad expedirse previamente sobre la validez del acto. A resultas de ello, como *"para la viabilidad de la pretensión resarcitoria (que en autos supone*

hechos u omisiones administrativas. b) Dos (2) años para impugnar actos anulados. Es imprescriptible la acción para impugnar actos inexistentes."

(20) Para lo cual delimitó previamente el grado de invalidez postulado por el actor respecto del acto administrativo cuya ilicitud daba base al reclamo.

(21) Siguiendo así la doctrina del Plenario Petracca (2° cuestión), CNFedContenciosoadministrativo, en pleno-, 24/04/1986, "Petracca e Hijos, S. A. y otros c/ Gobierno nacional -Ente Autárquico Mundial 78"; La Ley, 1986-D, 10 - DJ, 1986-2-633. En igual sentido, CSJN, 20/08/1996, "Aicántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina", La Ley, 1997-A, 71, con nota de María Claudia Caputi Estela B. Sacristán - DJ 1997-1-279 - Fallos 319:1476 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 659.

El doctor *Badano* dijo:

Por adherir al criterio del *Kohon*, es que voto del mismo modo. Mi voto.

El doctor *Cía* dijo:

Comparto la solución a la que arriba el doctor *Kohon*, como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. Mi voto.

El doctor *Fernández* dijo:

Por compartir los fundamentos y la solución que propone el doctor *Kohon*, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. Tal mi voto.

De lo que surge del presente acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal, por unanimidad, se resuelve: 1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por *Bayrescard S.A.* contra la provincia del Neuquén. En consecuencia, condenar a la demandada al pago de la suma de pesos ocho mil (\$ 8000) con más sus intereses los que se calcularán a la tasa promedio activa pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén desde el 01 de septiembre de 2003 y hasta el efectivo pago. 2) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 C.P.C. y C.); 3) Regular los honorarios de los doctores *H. D.* y *C. Z.* en el doble carácter de apoderado y patrocinante de la actora en la suma de pesos dos mil cuatrocientos (\$ 2400,00) en conjunto. — *Eduardo F. Cía.* — *Ricardo T. Kohon.* — *Roberto O. Fernández.* — *Eduardo J. Badano.*

una conducta ilegítima de la Administración) es condición la previa o concomitante declaración de nulidad del acto causante del daño; esa disposición ha quedado consentida en función que la actora no intentó los medios de impugnación dentro de los plazos de prescripción; habiendo operado la prescripción, la revisión de ese acto ya no es posible de efectuar en esta instancia, y por ende, la misma suerte corre la acción tendiente a la reparación de los daños derivados de ese acto".

La resolución dada al caso tiene aristas interesantes, sobre todo porque pone de resalto la incongruencia de la posición de la Corte Suprema al sostener que no resultan aplicables las normas locales en materia de prescripción.

En efecto, cabe solamente apuntar que para respaldar tal postura debería sostenerse que las normas provinciales que regulan el plazo de prescripción para impugnar los actos administrativos no resultan aplicables cuando dicha impugnación es presupuesto para definir la responsabilidad del Estado derivada de la invalidez de dichos actos, lo cual supondría o bien abandonar la postura de "Alcántara"—en tanto afirma que no procede el reclamo de daños derivado de un acto cuyo plazo de impugnación se ha extinguido—o bien declarar inconstitucionales los plazos de impugnación, lo cual importaría abandonar la constante jurisprudencia que ha reconocido la validez de los mismos.

Como puede notarse, si la Corte ha admitido la constitucionalidad de los plazos fijados por las provincias para la impugnación de actos administrativos, no resultaría adecuado con tal criterio escindir del análisis la íntima vinculación que—según su propia jurisprudencia—existe entre la declaración de ilegitimidad de una decisión estatal y el resarcimiento de los daños que la misma ha causado.

IV. Conclusiones

Con el presente comentario se ha intentado simplemente poner de resalto algunos puntos controvertidos a los que debe enfrentarse el operador jurídico al analizar un caso de responsabilidad del Estado en nuestra provincia.

Por eso, y frente a nuevas discusiones, es importante considerar que la responsabilidad del Estado—en tanto manifestación del Derecho Administrativo—se encuentra alcanzada por los efectos que sobre éste se irradian desde el nuevo sistema constitucional argentino.

La creciente tematización de la internacionalización de nuestro régimen jurídico y la consiguiente constitucionalización de cada rama del Derecho provocan una nueva mirada de este instituto, para lo cual es necesario previamente conocer el funcionamiento del mismo.

Desde tal vértice, la tutela judicial efectiva y la correcta gestión del Estado como garante de un interés público renovado a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos son los postulados que deben permitir solucionar problemas relativos a los recaudos de procedencia de la responsabilidad estatal, a la distribución de competencias judiciales y de atribuciones regulatorias en el marco del reparto territorial del poder propio del Estado Federal, cuyo alcance hoy no cabe disociar de la presencia de estándares mínimos que vienen impuestos desde el sistema de interconexión de los ordenamientos jurídicos.

Como vemos, el desafío consiste en revisar cada institución del Derecho en general, y el Administrativo en especial, con el fin de tornar eficaz un nuevo sistema jurídico de cuya vigencia ya nadie duda. ♦

◆ CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Propuesta de un postulante a ocupar un cargo de Juez — Acordada sin la debida fundamentación — Deber de integrarla fundamentamente

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: Un grupo de aspirantes a ocupar un cargo de Juez promovió una demanda contencioso administrativa contra la Provincia de Tierra del Fuego, con el fin de obtener la nulidad de la Acordada del Consejo de la Magistratura por la cual se propuso la designación de un postulante sin la debida motivación. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia declaró que la acordada impugnada debe ser integrada mediante otra que fundamente debidamente la decisión que corresponde adoptar en el respectivo concurso.

1. — Corresponde declarar que el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Tierra del Fue-

go debe integrar la acordada en la cual propuso la designación de uno de los postulantes a ocupar un cargo de Juez mediante otra que fundamente debidamente la decisión que corresponda adoptar en el respectivo concurso, ya que el acto impugnado soslaya la debida fundamentación exigida en toda actividad gubernamental, incumpliendo lo previsto en los arts. 26 inc. d), 89, 99 b) y e) de la ley de procedimiento administrativo y el art. 24 de la ley provincial 8 (Adla., LII-C, 3820). [1]

2. — Cabe declarar la nulidad de la Acordada del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Tierra del Fuego mediante la cual se propuso la designación de uno de los postulantes a ocupar un cargo de Juez sin la debida motivación, como así también la nulidad de su inmediato antecedente, sin cuestionar la vali-

Jurisprudencia Vinculada

[1-2] Ver también. Entre otros: Juzgado Nacional de la Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 6, "Gutiérrez, Jorge A.", 10/08/2004, LA LEY 03/09/2004, 6

La fundamentación de la decisión para la elección de jueces en los Consejos de la Magistratura

POR PABLO IRIBARREN

SUMARIO: I. El problema de la designación de los jueces.— II. La tradición constitucional argentina.— III. El fallo del Superior Tribunal de Tierra del Fuego.— IV. La necesidad de fundamentar la designación

I. El problema de la designación de los jueces

La designación de magistrados ha sido históricamente un verdadero dolor de cabeza para juristas y políticos. El sistema previsto por nuestra Constitución Nacional con anterioridad a la reforma del año 1994, no resultó idóneo para lograr que los mejores accedieran a un cargo tan relevante para una república, como es el de juez. Si bien es cierto que este sistema por sí, no resultaba malo, una política basada en el amiguismo, cambio de favores e intrigas, llevó durante muchos años a que la selección de magistrados se convirtiera en un campo de batallas en que cada político defendía a su soldado. A ello debe sumarse la inestabilidad política que sufrió este país, por lo menos desde la década del 30. Los sucesivos golpes de Estado no ayudaron a fortalecer el sistema y crearon una magistratura sujeta a los vaivenes

políticos y a los caprichos de los gobernantes de turno. Todas estas situaciones provocaron obviamente el paulatino descrédito de la justicia, al estar cuestionada su legitimidad, principalmente, por su falta de independencia ante los otros poderes del Estado.

Como producto del llamado "Pacto de Olivos", plasmado luego en la reforma constitucional del año 1994, se introdujo el Consejo de la Magistratura. Resulta propicio recordar las palabras de uno de los dirigentes que con mayor ahínco defendió su creación. Decía el Dr. Raúl Alfonsín: "La reforma debía procurar un Poder Judicial imparcial e independiente. Para ello, se hacía imprescindible cambiar el sistema de designación de jueces... Creíamos indispensable la creación de un Consejo de la Magistratura integrado por jueces, abogados, académicos y representantes de los principales bloques del Congreso, que intervinie-