San Martín de los Andes, 10 de Septiembre del año 2018.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: **"DUARTE ALEXANDER OLIVER C/ DIAZ JORGE OMAR Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** (Expte. **JJUCI2-52842/2018**), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Llegan los autos del epígrafe a resolución del tribunal a raíz de la apelación interpuesta por la parte actora contra la resolución obrante a fs. 116/117, mediante la cual el *a-quo* se declaró incompetente, ordenando la remisión del expediente al juzgado contencioso administrativo con sede en la ciudad de Zapala.

Para así decidir, el magistrado acompañó el dictamen del Agente Fiscal, quien propició la incompetencia en razón de la materia por considerar que el reclamo de reparación de daños ocasionados por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y por cumplimiento irregular de las mismas se rige por el Derecho Público Local (cfr. lo dispuesto en los artículos 1764 a 1766 del CCyC y artículo 2, inc. a, ap. 4 de la ley 1305).

II.- A fs. 122/123 se agregó el memorial presentado por el Dr. Matías Dupuy Acosta como gestor procesal.

En primer término aclara que su parte optó por promover un juicio de daños y perjuicios contra los Sres. Jorge Omar Díaz y Edgardo Rodrigo Infante dejando de lado en su pretensión al Estado Provincial; en otras palabras, que no

le atribuyó al mismo ninguna responsabilidad en los hechos que dan fundamento a su reclamo.

Indica que tanto al magistrado como al Fiscal parece haberle pasado desapercibido el hecho de que ninguno de los co-demandados pertenece a la Policía del Neuquén, ni tampoco lo eran al momento de la interposición de la demanda. Es más, agrega, no podrán ingresar a ninguna fuerza de seguridad o armada por un largo tiempo, pues la sentencia penal dictada en su contra (que se encuentra firme) los condenó a dos años y nueve meses de prisión condicional, con inhabilitación por el doble de tiempo para desempeñar cualquier empleo en fuerzas policiales, armadas y/o de seguridad.

De allí que, afirma, las normas citadas por el *a-quo* no son aplicables al caso, reiterando que los demandados no son funcionarios públicos, por lo que yerra el magistrado al señalar que “la reparación de un daño cuya autoría se le atribuye a los dependientes de la Policía de la Provincia del Neuquén (Estado Provincial) actuando en ocasión de sus funciones, debe resolverse aplicando las normas del derecho local, y no el derecho privado”.

Concluye que, de ser correcto lo resuelto por el *a-quo* nos encontraríamos con la insólita circunstancia de que un juicio de daños extracontractuales entre particulares debería tramitar por un fuero donde necesariamente una de las partes debe ser el Estado y, peor aun, resultaría que una acción por daños civiles entre ciudadanos comunes debería ser sometido a reglas donde la responsabilidad civil no se regiría por el Código Civil y Comercial sino por las normas y principios del derecho administrativo provincial.

Por todo ello requiere la revocación de la resolución cuestionada, dejando sin efecto la incompetencia declarada mediante la misma.

III.- Recibidos los autos en la Alzada se ordena conferir vista al Agente Fiscal quien mantiene la opinión plasmada en su dictamen de primera instancia.

IV.- Ingresando a la cuestión traída a resolución adelantamos nuestra total coincidencia con el apelante.

Creemos, sin embargo, que el yerro en la decisión cuestionada pudo originarse en la redacción de los hechos realizada en la demanda, cuyo punto de inicio puede prestarse a una interpretación confusa de la situación. Particularmente, cuando la parte comienza el acápite pertinente indica: *"que fundo mi acción en el hecho de haber sido víctima de los delitos de Privación Ilegítima de la Libertad con abuso funcional, en concurso real con el delito de Vejaciones…"* (Cfr. fs. 109).

Sin embargo, el titubeo se esfuma bastante rápido, pues en las líneas siguientes la demandante manifiesta que: a) los demandados fueron inhabilitados para desempeñar cualquier empleo en las fuerzas, y b) la condena penal se encuentra firme.

Es decir, si bien los accionados cometieron el hecho en el ejercicio y en ocasión de sus funciones, ya no revisten el carácter de funcionarios públicos.

Comentando el artículo 1766 del CCyC (norma en la que sustenta su decisión el *a-quo*), Ricardo Lorenzetti indica: Ahora bien, para que sea aplicable la ley ya citada [en referencia a la ley 26.944] es preciso que se encuentren acreditados los presupuestos requeridos para la aplicación del artículo 1112 del código derogado, es decir que se trate de un funcionario público, y que el daño sea ocasionado en el ejercicio irregular de sus funciones. Por el contrario, cuando el agente no haya actuado en dicho marco, o no se trate de un funcionario público, nos encontraremos ante un supuesto de responsabilidad civil personal, y serán aplicables las normas del derecho común que rigen la materia [Cfr., autor citado, en

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VII, pág. 625. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2015]. Si bien la reflexión es sobre la ley nacional N° 26.944, el razonamiento puede aplicarse analógicamente.

Más evidente es la equivocación en el dictamen del Fiscal (en el que la resolución se sustenta), pues indica que "estamos en presencia de un conflicto suscitado entre un particular y la Administración Pública (en este caso, el Estado Provincial a través de la Policía de la Provincia del Neuquén)…", lo que claramente no es así, ya que no se ha demandado a la Provincia. El error se reitera, una y otra vez, en el devenir del dictamen, en el que el representante del Ministerio Público sigue refiriéndose a la responsabilidad del Estado.

El Tribunal Superior de Justicia, mientras conservaba la competencia en el fuero contencioso-administrativo, señaló que en los casos en que el administrado ocupe el polo activo de la litis, "el derecho que se diga vulnerado debe ser un derecho administrativo, reconocido al demandante por alguna disposición preexistente, no siendo este juicio uno de aquellos en que pueden controvertirse y resolverse derechos o acciones civiles, comerciales o penales" [Cfr. R.I. N° 2516/00, en autos "Fatorello Alejandro c/ I.P.V.U. s/ Acción de nulidad].

También ha señalado nuestro máximo tribunal provincial que "la materia, objeto o contenido de los procesos administrativos la constituyen los diversos conflictos jurídico-administrativos que se plantean entre una entidad pública estatal o no estatal y un particular u otra entidad pública. En tal sentido, sostiene José Roberto Dromi que 'la llave maestra de todo Código Procesal administrativo radica en la determinación del objeto del proceso: la materia procesal administrativa, constituida por el conflicto jurídico que crea el ejercicio de la función administrativa al vulnerar derechos

subjetivos e infringir, de algún modo los límites de la legalidad' (aut. cit. "Derecho Administrativo", Edit. Astrea, T. 2, pág. 465)" [Cfr. R.I. N° 2761/01, "Gorordo Oscar Alfredo c/ Banco Provincia del Neuquén s/ Cobro de Haberes"].

Nada de ello se observa en autos. No se invoca la vulneración de un derecho subjetivo público, no se demanda a la Administración Pública ni a sus funcionarios y, finalmente, no se aplicaría normativa de Derecho Público para resolver el caso, como erróneamente afirma el magistrado.

Sobre el último extremo apuntado, cabe destacar que, al día de la fecha, no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 189, inciso 20, de la Constitución Provincial, por lo que, a diferencia del ámbito nacional, carecemos de una ley de responsabilidad del funcionario público y del Estado.

A nuestro entender, es claro que el apelante pretende el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por dos particulares. La circunstancia de que los ocasionaran mientras formaban parte de la Policía provincial es, en este caso, accidental, y su mención en el escrito de demanda obedece a una adecuada descripción de la plataforma fáctica. Pero, fundamentalmente, de poner sobre la mesa un elemento crucial, como es la prejudicialidad penal. En otras palabras, creemos que la parte no se explayó sobre las circunstancias en que se produjeron los daños cuya reparación pretende para demostrar el *ejercicio irregular de las obligaciones legales* de los funcionarios públicos, sino para hacer valer los efectos de la sentencia condenatoria penal (firme) en el fuero civil.

V.- Sin más en qué ahondar, habrá de revocarse la resolución cuestionada, sin costas de Alzada en virtud del estado del proceso (sin traslado de la demanda).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la

legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la resolución de fs. 116/117 y, en consecuencia, revocarla, ordenando la continuación de los autos en el tribunal de origen.

II.- Sin costas de Alzada, conforme lo considerado (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.).

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo W. Troncoso
Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara