


Título: **La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio**
Autor: Perrino, Pablo E.
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 185, 781
Fecha: 23-01-2000 Cita Digital: ED-DCCLXIV-171

Sumarios

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. — II. FUNDAMENTO JURÍDICO POSITIVO DE LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO. — III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL. — IV. LA RESPONSABILIDAD POR FALTA. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ARGENTINO. — V. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. — VI. RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA RESPONSABILIDAD. — VII. ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD ILÍCITA DEL ESTADO.

La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio

I

Introducción. La regulación de la responsabilidad estatal

Cuantitativamente la responsabilidad de la Administración Pública por falta de servicio, que es la que se genera con motivo de su funcionamiento anormal o irregular, es la más importante dentro del régimen de la responsabilidad estatal.

Como ha ocurrido en otros ordenamientos comparados —como el francés, el italiano y el alemán— el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro país es de factura esencialmente jurisprudencial.

Nuestro derecho carece de un tratamiento sistemático y unitario de la responsabilidad de los poderes públicos. No existe en el ordenamiento jurídico argentino —ni federal ni provincial—, al menos con carácter general, una regulación orgánica sobre esta temática. Solo en áreas específicas median disposiciones que disciplinan aspectos muy puntuales de aquella, como ocurre por ejemplo en los siguientes supuestos: a) responsabilidad derivada de incumplimientos contractuales, b) daños que padecen los miembros de las fuerzas de seguridad, c) daños causados en el marco de la relación de empleo público, d) perjuicios producidos por error judicial en materia penal, e) daños generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad, 6) perjuicios generados con motivo de la constitución de servidumbres administrativas; como así también el caso de los daños expropiatorios, cuyo fondo común con la responsabilidad estatal es evidente, pues mediante ambas figuras se trata de compensar los daños producidos a administrados por actuaciones administrativas.

Ante la falta de una legislación específica durante mucho tiempo se buscó sustentar el deber de reparar del Estado en las previsiones del derecho civil, en el cual se reglaba de manera completa el fenómeno resarcitorio y era el único instrumento normativo con el que contaban los jueces.

Sin embargo, tal solución —loable en su momento en tanto posibilitó responsabilizar al Estado por los perjuicios que ocasionaba— actualmente constituye una respuesta equivocada, porque salvo los daños provocados por comportamientos estatales en relaciones de derecho privado, la responsabilidad de los poderes públicos constituye un instituto de corte claramente iuspublicístico.

Para comprender cabalmente lo dicho creo necesario recordar que la Administración Pública no siempre actúa con sujeción a su derecho propio o común que es el derecho público, sino que también en numerosos supuestos ella se rige por disposiciones del derecho civil o comercial.

Es evidente, entonces, que la responsabilidad que puede originarse por el accionar estatal en el campo del derecho privado es extraño al derecho público pues está sujeta a las mismas prescripciones del Código Civil aplicables a las personas privadas.

En cambio cuando el Estado provoca daños por su actuación en el ámbito del derecho público, la cuestión se resuelve por normas y principios de ese mismo carácter.

Siendo ello así, fácil es concluir que respecto de este importante sector de la responsabilidad estatal no corresponde aplicar las disposiciones del Código Civil, pues el régimen jurídico de aquella es de derecho público.

Sobre el particular cabe recordar que ya en 1873 el Tribunal de Conflictos francés en el célebre caso 'Blanco' sostuvo: 'la responsabilidad que puede incumbir al estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplean el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados'.

Por ende, en tales situaciones no es correcta la aplicación directa de las normas del Código Civil al ámbito del derecho administrativo, el cual constituye una disciplina jurídica autónoma que se autointegra, en tanto se nutre de su propio sistema de normas y principios que difieren en muchos casos de los del derecho privado.

Que la responsabilidad patrimonial, como los contratos, las servidumbres, la propiedad, etc. hayan sido cronológicamente elaborados y utilizados primero en el seno del derecho privado; no significa —como lo ha señalado Fleiner— que sean de naturaleza esencialmente privada. Son, sencillamente, —como dice Sebastián Martín Retortillo— figuras jurídicas: y éstas tienen una sola e idéntica unidad lógica.

Dichos institutos no son figuras de regulación monopólica por el derecho privado o por el derecho público, sino que se perfilan como institutos comunes al derecho público y al derecho privado, de regulación ambivalente.

Con base en lo expuesto, es evidente que la ausencia de una legislación orgánica sobre la responsabilidad estatal originada en el campo del derecho público no permite la aplicación automática de las soluciones basadas en el derecho civil, cuyos principios al no contemplar la complejidad del obrar estatal y sus consecuencias, no llegan a satisfacer las exigencias del instituto de la responsabilidad del Estado. Ello sin perjuicio de aceptar la existencia de principios comunes entre la responsabilidad del derecho civil y del derecho administrativo.

El contrato, la responsabilidad, el derecho subjetivo no son más que figuras genéricas (supraconceptos) que pertenecen a la teoría general del derecho, la cual no es ni derecho civil, ni derecho administrativo, sino Ciencia del Derecho a secas.

Como consecuencia de lo dicho, ante la existencia de lagunas del derecho administrativo no corresponde la aplicación directa de la legislación civil sino solo mediante el recurso de la analogía porque, tal como lo explicamos, cuando la causa generadora de la responsabilidad es la actuación del Estado sujeta al derecho administrativo, la cuestión se rige por normas y principios de derecho público y no por el derecho privado.

Así lo ha sostenido un importante sector de nuestra doctrina y también en algunas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de: a) nulidades del acto administrativo b) contratos administrativos; c) en cuestiones tributarias y también con relación a la responsabilidad del Estado, aunque es preciso reconocer que en su tesis tradicional la aplicación de las disposiciones privatistas es por vía de subsidiariedad y no por analogía.

II

Fundamento jurídico positivo de la responsabilidad por falta de servicio

Según lo ha resuelto la Corte nacional en el leading case 'Vadell', la responsabilidad por falta se sustenta en nuestro derecho positivo en el art. 1112 del cód. civil en tanto establece la responsabilidad de los funcionarios públicos por el irregular cumplimiento de sus obligaciones.

En dicho precedente el alto tribunal modificó su anterior postura y sostuvo, con base en la teoría del órgano, que la responsabilidad estatal no es indirecta sino directa, pues los funcionarios no son sujetos dependientes de la Administración sino órganos, y aquella se asienta en la idea objetiva de la falta de servicio.

Por tal motivo, concluyó que cuando está comprometida la responsabilidad estatal en el ámbito del

derecho público su fundamento no está en el art. 1113 del cód. civil sino en el citado art. 1112, disposición que ha sido calificada —con acierto— por Reiriz como una norma incompleta o de reenvío porque para determinar si la conducta u omisión de un funcionario público puede ser considerada ilícita es necesario examinar las leyes que rigen el servicio o función pública en que se encuentra encuadrado tal agente.

Es justo señalar que la fundamentación de la responsabilidad directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes en el ejercicio de la función pública en el citado precepto del Código Civil había sido expuesta con anterioridad al mencionado precedente por Juan Francisco Linares, en un trabajo publicado en la revista *La Ley* titulado: En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público, publicado en el año 1974, y por Juan Carlos Cassagne, en dos trabajos publicados en la revista *El Derecho* titulados: En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado y La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo, publicados en los años 1982 y 1983, respectivamente, y, con posterioridad, en la primera edición del tomo I de su obra *Derecho Administrativo*.

A juicio de estos autores, y contrariamente a la opinión tradicional de la doctrina, Vélez Sarsfield en el art. 1112 no reguló la responsabilidad del funcionario, sino la del Estado. Prueba de ello es que en la fuente de este precepto, que es el comentario de Aubry & Rau, al art. 1384 del cód. civil francés, no existe una sola palabra sobre la responsabilidad del agente, sino exclusivamente sobre la del Estado.

La utilización del art. 1112 contenido en el ordenamiento civil para sustentar la obligación de reparar por el defectuoso funcionamiento de la Administración requiere algunas precisiones atinentes a su naturaleza jurídica.

En primer lugar como lo ha puntualizado Cassagne, no obstante su ubicación en el Código Civil, se trata de una disposición de derecho público en tanto prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública.

En segundo orden, si se admite que el art. 1112 del cód. civil constituye la norma específica que regula la responsabilidad extracontractual del Estado, también cabe concluir la naturaleza federal y no de derecho común de dicha disposición.

En este sentido, es interesante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado de carácter federal a diversas normas que establecen la responsabilidad patrimonial del Estado Nacional. Así, por ejemplo:

a) Ley 19.501, modificada por la ley 22.511, que establece el régimen resarcitorio para el personal de las Fuerzas Armadas;

b) Ley 16.973 que reconoce un subsidio extraordinario de carácter indemnizatorio para los parientes de integrantes de la Policía Federal fallecidos en cumplimiento del deber.

c) Ley 24.203 que establece una reparación económica a personas privadas de su libertad durante la vigencia del estado de sitio impuesto en el último período de ruptura del orden constitucional.

d) La ley 21.499 también cabe citarla, en tanto, como hemos señalado, la expropiación por causa de utilidad pública y la ocupación temporánea tiene un claro fondo común con el instituto de la responsabilidad.

De tal modo, no parece irrazonable afirmar que si las legislaciones que han previsto supuestos especiales del deber estatal de reparar tienen naturaleza federal, también debe tener dicho carácter la norma que determina el régimen genérico de la responsabilidad de los poderes públicos.

Conviene señalar que la cuestión planteada dista de ser intrascendente porque para acceder a la instancia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es menester que en el pleito se debata una cuestión federal (art. 14, ley 48).

La determinación de si una norma es de carácter federal o no es de suma importancia a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario, dado que el derecho no federal, por regla, no es la materia a discutir en esta vía. En cambio, la interpretación y aplicación del derecho federal produce —generalmente— el nacimiento de una cuestión federal, la cual constituye el núcleo esencial de la materia sobre la que versa el recurso extraordinario.

Desde esta perspectiva, es indudable que si el Congreso nacional decidiera legislar de forma orgánica esta materia la naturaleza de dicha normativa sería de indiscutible carácter federal. De ahí que consideramos

desacertado el proyecto de Código Civil del año 1998 en tanto en el se incluye la regulación de este instituto dentro de la sección decimoquinta dedicada a los supuestos especiales de responsabilidad (arts. 1674/1676).

III

Distribución de competencias entre la Nación y las Provincias en materia de responsabilidad estatal

Pero, si se considera que el art. 1112 del cód. civil es una norma federal, nos resta todavía por explicar cuál es el fundamento jurídico positivo de la responsabilidad por falta en las provincias y en los municipios.

La problemática planteada nos conduce, entonces, a preguntarnos si pueden los estados locales dictar leyes que regulen el fenómeno resarcitorio. Desde ya adelantamos una respuesta positiva a tal interrogante.

Al no ser la responsabilidad estatal de derecho público un instituto reglado por el Código Civil, sino por normas y principios de derecho administrativo —conforme lo hemos sostenido en un trabajo publicado con Beltrán Gambier en el año 1996 en la revista *Jurisprudencia Argentina*— las provincias cuentan con facultades suficientes para su legislación.

En efecto, como consecuencia del régimen federal adoptado por el constituyente (art. 1º, Const. Nac.), en cuyo mérito las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación (art. 121, Const. Nac.), el derecho administrativo en nuestro país es de naturaleza local.

Precisamente, uno de aquellos poderes reservados y no delegados por las provincias a la Nación es el relativo a la legislación en materia administrativa, pues según el art. 122 de la Constitución Nacional, las provincias, por no haber delegado el respectivo poder, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas.

En consecuencia las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión bajo examen.

En cambio, al encontrarse regida la responsabilidad de la Administración por actuación en el campo del derecho civil o mercantil por las mismas disposiciones del Código Civil aplicables a las personas privadas, únicamente el Congreso de la Nación es el órgano facultado para su regulación a tenor de lo establecido en el art. 75, inc. 12 del texto constitucional.

En este sentido, destacamos que son numerosas las disposiciones locales que regulan diversos aspectos de la responsabilidad estatal. Así, podemos señalar:

1) Constituciones provinciales

Son muchas las constituciones provinciales que contienen previsiones básicas sobre la cuestión bajo examen y también las que contemplan la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados por sentencias condenatorias erróneas.

Así, por ejemplo establecen de manera genérica el deber de reparar estatal las constituciones provinciales de Misiones (art. 80), Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5º), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 48), Chaco (art. 72), Río Negro (art. 55), Formosa (art. 25), Tierra del Fuego (art. 188).

A su vez, contienen previsiones sobre responsabilidad por error judicial las leyes fundamentales de (Córdoba (art. 42, párr. 2º), Chaco (art. 24), Chubut (art. 28), Formosa (art. 22), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 11), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro art. 19), Salta (art. 5), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art.9º, párr. 6º) y Tierra del Fuego (art.40).

2) Normas infraconstitucionales

A modo de ejemplo citamos algunas disposiciones dictadas en la provincia de Buenos Aires.

A. Leyes sobre contrataciones administrativas

La responsabilidad de la administración o del contratista derivada por el incumplimiento de obligaciones contractuales, en general, está expresamente establecida en diferentes normas locales.

- a) Ley 6021 (t.o. 1996), de obras públicas, arts. 62, 64, inc. b,);
- b) Ley 9254, Concesión de obras públicas provinciales, (art. 9º, incs. a y c) y ley 9645, Concesión de obras públicas municipales (art. 11, incs. a y b).
- c) Decreto 3300/72, Reglamento de contrataciones (art. 71).

B. Empleo público

- a) Ley 11.757, Estatuto del empleado municipal (arts. 9, inc. b.2, último párr.; y 24),
- b) Ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30);
- c) Decreto-ley 9550 (t.o. 1995), del personal de la policía bonaerense, (art. 116, inc. e).

C. Leyes sobre limitaciones administrativas a la propiedad

- a. La ley 5708 (t.o. 1986) de la Provincia de Buenos Aires que regula la ocupación temporánea y la expropiación por causa de utilidad pública (arts. 8/16).
- b. La ley 8398 de servidumbre administrativa de electroducto (arts. 11 y 12).

D) Normas legislativas sobre responsabilidad estatal por error judicial

El deber de reparar a cargo del Estado a aquellas personas condenadas por error a penas privativas de la libertad está reglado en la ley 8132 y en el art. 477 del cód. procesal penal.

Pues bien con base en lo expresado y de manera coherente con la tesis expuesta cabe concluir que, si el art. 1112 no es una norma de derecho común —dictada en el marco de la competencia que el art. 75, inc. 12 le otorgó al Congreso Nacional, sino de derecho público federal que regula la responsabilidad extracontractual por falta del Estado Nacional, su aplicación al ámbito provincial no puede ser directa, sino mediante la técnica de la analogía a fin de integrar las lagunas existentes sobre esta materia en los ordenamientos locales.

IV

La responsabilidad por falta. Características del régimen argentino

Nuestro régimen de responsabilidad por falta de la Administración modelado por la jurisprudencia de la Corte elaborada a partir del citado precedente 'Vadell', se caracteriza por los siguientes datos.

a) Responsabilidad directa

La responsabilidad extracontractual del Estado, sea ilícita o lícita, es siempre directa. La imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados a la Administración se explica a través de la teoría del órgano. Consecuentemente, cualquiera sea la posición jerárquica que tenga el agente en la estructura de la Administración se identifica con la propia autoridad administrativa. Él es una parte integrante del aparato administrativo, por lo que no constituye una persona diferenciada del Estado, sino que en su condición de órgano se confunde como parte integrante suya.

Por tal motivo, y conforme lo decidió el alto tribunal de la República en el citado caso 'Vadell' no es posible aplicar el art. 1113, del cód. civil en cuanto sienta el principio de la responsabilidad indirecta del empleador por el comportamiento de sus dependientes.

Ello es así, porque como lo señaló Bielsa: 'ni histórica ni dogmáticamente es fundada la asimilación del Estado al patrón o dominus que contempla el Código en el art. 1113' .

b) La responsabilidad por falta de servicio ¿subjctiva u objetiva?.

Según lo expresó la Corte en el ya tantas veces referido caso 'Vadell' la responsabilidad por falta se asienta en la idea objetiva de falta de servicio. ¿Cuál es el sentido que corresponde otorgarle a esta expresión?

A nuestro entender ello significa que no es preciso demostrar la culpa del funcionario para que sea viable el deber estatal de resarcir, sino la falta o culpa del 'sistema administrativo', la falta o culpa de la

'organización administrativa'.

Desde este punto de vista es evidente que se trata de una noción de culpa que se aleja del concepto tradicional civilista, lo cual es de entera lógica dada la inexistencia de voluntad estatal en sentido psicológico.

No es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para determinar si medió un comportamiento suyo culposo y, por ende, responsabilizar al Estado. El obrar de un agente estatal demente también haría responsable al Estado si se configura una falta de servicio.

Se trata, si se nos permite la expresión, de una 'culpa o falta objetivada'. De ahí que en Francia se diga que la falta puede ser anónima, impersonal, pues no es necesario individualizar a su autor.

Lo que ocurre es que la personalidad del funcionario desaparece tras el servicio al que se encuentra adscrito.

Pero lo expuesto no permite concluir que estrictamente la responsabilidad por falta es de carácter objetivo. Ello, claro está, en la medida en que por aquella se entienda —como lo hace el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 (art. 1606)— la que se produce cuando 'conforme a la ley o a la estipulación de partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla'.

Pues bien, conforme lo examinaremos más adelante esto es lo que ocurre en esta materia en la medida en que el comportamiento desplegado por la Administración constituye un elemento que siempre debe valorarse para determinar si media o no su deber de reparar.

De lo contrario, bastaría acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal para dar lugar al pago de una indemnización.

Por tal motivo, reiteramos que si bien no es preciso demostrar la culpa del funcionario en los términos del derecho civil ello no significa que con la mera acreditación del daño y el nexo de causalidad se es merecedor de una reparación económica, porque es preciso demostrar el anormal o irregular funcionamiento de la Administración, para cuya determinación deberá realizarse sobre la base de una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño'.

V

Requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal

En general la doctrina y la jurisprudencia de la Corte federal coinciden en señalar que los presupuestos para que se torne viable la responsabilidad estatal son cuatro.

a- daño o perjuicio.

b- relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio;

c- posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó.

d- la existencia de una falta de servicio.

1) Daño o perjuicio

a) Concepto de daño

El primero de los requisitos que debe verificarse para la viabilidad de la responsabilidad estatal es la existencia de un daño o perjuicio injusto.

Sin daño no se genera el deber de reparar. El daño constituye un elemento capital para la existencia de la responsabilidad.

En sentido jurídico el daño consiste en la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales.

El interés es el núcleo de la tutela.

Como ha señalado De Cupis: 'Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela, un determinado interés humano, este puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción'.

La tesis que define al daño a partir del interés ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas 'Revestek, S.A.' y 'Columbia' [ED, 183-716], en las cuales expresó que para que resulte aplicable la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuación lícita es menester que este haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida.

Por lo demás es evidente que para que sea viable el derecho a ser indemnizado es preciso que el perjuicio que la actuación estatal provoque sea antijurídico, porque el sujeto afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo.

b) Requisitos del daño resarcible

Pero para que prospere una pretensión indemnizatoria el daño por el que se demanda debe cumplir una serie de condiciones que lo hacen resarcible. El perjuicio, entonces, deberá ser cierto, evaluable económicamente y subsistente.

a- Daño cierto. En primer lugar el daño debe ser cierto en cuanto a su existencia. No hipotético, potencial o conjetural. El perjuicio indemnizable debe consistir en un detrimento real y no en meras especulaciones sobre daños o pérdidas contingentes o dudosas. Así lo ha expresado el máximo tribunal de la República en la causa 'Godoy': 'para que el daño sea resarcible, ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es real y efectivo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901, cód. civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro'.

La pérdida de la chance también es indemnizable en tanto constituye un daño cierto y no conjetural.

Es importante resaltar que no sólo los perjuicios actuales o presentes son resarcibles, porque el daño futuro en la medida en que medie certidumbre acerca de su existencia es asimismo resarcible. Ejemplo de lo dicho son los pronunciamientos del alto tribunal federal en los casos de responsabilidad de las provincias por la inundación de campos causados por las obras que realizara, en los cuales se admitió la indemnización del lucro cesante futuro por el lapso que demanda la recuperación del suelo. En tales casos, con sustento en la prueba pericial producida, la Corte entendió que tal rubro era resarcible porque existía un grado de certeza objetiva respecto de su acontecer.

b- Evaluable en dinero: lo que significa que el daño debe ser susceptible de ser compensado monetariamente.

c- Subsistente. El perjuicio no debe haber desaparecido al tiempo de ser resarcido porque el obligado lo ha reparado.

Sin embargo, conforme lo ha señalado Trigo Represas, también será procedente la indemnización, aun en ausencia del daño actual en razón de su desaparición sobreviniente, por otras circunstancias ajenas, de el o los bienes dañados, si permanece o se mantiene respecto del pasado un ataque cierto, no reparado, a los derechos e intereses del demandante; pues entonces, en ese momento pretérito ya quedó fijado y definitivamente incorporado a su patrimonio el derecho al resarcimiento, el que seguirá subsistiendo por lo tanto hasta su efectivo pago por el obligado.

2) Posibilidad de imputar jurídicamente los daños a órganos que integren la estructura de la Administración Pública

El autor material del hecho dañoso debe estar integrado a la estructura de la Administración, bien sea — como dice González Pérez— en su condición de autoridad, empleado en régimen administrativo o laboral, contrato o que realice una gestión de facto.

De lo expuesto se derivan las siguientes consecuencias.

1- Daños provocados por agentes estatales

Si el obrar lesivo proviene de una persona física determinada que desempeña como un servidor público, para imputar la responsabilidad al Estado, es preciso demostrar que aquel ha obrado en el ejercicio de las

funciones propias del ente público en el cual presta servicios y que ha actuado dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones. Se requiere pues que la actividad en cuestión presente un mínimo de reconocibilidad exterior de su orientación hacia un fin de la Administración.

Consecuentemente, no serán imputables a la Administración los perjuicios resultantes de las faltas personales de los empleados o funcionarios públicos. Frente a una falta personal responderá en forma exclusiva y directa frente al damnificado el empleado o funcionario público (art. 1109, cód. civil).

2- Daños derivados de los contratistas y concesionarios

Por no estar insertados en los cuadros de la Administración no puede atribuirse responsabilidad al Estado por los daños derivados de los contratistas de la Administración.

De ahí que, por regla no puede comprometer la responsabilidad de la Administración la actividad dañosa de los concesionarios de servicios y de obras públicas.

En principio, por los perjuicios que se deriven del ejercicio de la concesión responde en forma directa el concesionario.

Por lo demás, tampoco podrá responder la Administración en la medida en que en tales casos no ha tenido intervención alguna la autoridad estatal.

En nada altera lo expuesto el hecho de que la Administración sea la titular del servicio concedido (publicatio) y delegue parcialmente el ejercicio de funciones en el concesionario, pues ello basta para imputar al Estado las consecuencias que deriven de su actuación.

En tal sentido y de manera contundente se ha escrito: 'Ni la titularidad del servicio, ni el hecho de que el concesionario pueda ejercer algunas funciones públicas por delegación de la Administración, permiten convertir toda la actividad del concesionario en actividad delegada, ni transformar al concesionario en un órgano de la Administración'.

De otro lado debe tenerse en consideración que no toda la actividad que desarrolla el concesionario puede ser calificada de delegada. En efecto, en la actuación del concesionario deben distinguirse dos facetas: una, eventual, en la que puede llegar a ejercitar verdaderos poderes públicos atribuidos mediante la técnica de la delegación y otra en la que actúa como persona ordinaria de Derecho privado aunque realizando una actividad que solo desarrolla gracias a la concesión.

Téngase presente que el art. 21 de la ley 24.624 [EDLA, 1996-A-57], incorporado como art. 68 de la ley 11.672, ley complementaria permanente de la ley de presupuesto, eliminó incluso la responsabilidad subsidiaria del Estado Nacional por las deudas del denominado sector empresario estatal, en tanto estableció que las sentencias no alcanzadas por la ley 23.982 [EDLA, 1991-262] que se dicten contra las entidades empresarias del Estado, en ningún caso podrán ejecutarse contra el Tesoro Nacional, ya que la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales.

No parece razonable que si el Estado no responde por las deudas de entidades de esta naturaleza, si lo haga por las de las de empresas privadas, como son las que gestionan los servicios públicos.

De lo contrario la empresa tendría una relación más estrecha y directa que la que tienen las entidades descentralizadas respecto de las cuales su responsabilidad era subsidiaria.

Si se sostiene que la Administración es responsable por haber delegado una actividad en el concesionario habría que concluir que el Estado también sería responsable por ejemplo por los perjuicios resultantes del ejercicio de la profesión notarial dañosa, pues el notario es un profesional del derecho que ejercita una función pública que el Estado le ha encomendado. Y obviamente ello no es así.

En el caso famoso caso 'Vadell' la Corte nacional rechazó la pretensión de la actora de responsabilizar a la provincia de Buenos Aires por los daños ocasionados por el irregular ejercicio de la actividad profesional de un notario, pues este no expresa la voluntad estatal la cual solo es exteriorizada por medios de sus órganos.

Al no ser el concesionario un dependiente del Estado no es posible condenarlo en los términos del art. 1113, 1ª parte del cód. civil que contempla la responsabilidad indirecta o refleja del patrón por los hechos de sus dependientes.

Concorde con lo expuesto en fecha reciente la Suprema Corte bonaerense, al confirmar un fallo de la sala III de la Cámara 2ª de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, entendió que la provincia de Buenos Aires no es responsable por los daños producidos por el obrar culposo del titular de una agencia de lotería. Ello es así porque no existe una relación de dependencia entre el Estado y el agenciero no obstante el carácter administrativo del contrato de concesión que los vincula y lo autoriza para la comercialización de los juegos de azar.

Por lo demás, como se ha expresado la idea misma de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración (no en vano la concesión es una forma de gestión indirecta de servicios) la atención de algunas necesidades de interés general.

De ahí que deviene razonable concluir que la traslación de prestaciones a los concesionarios mediante la técnica concesional —y lo mismo vale para las restantes técnicas de habilitación utilizadas para privatizar la gestión de servicios públicos— ha importado que sean estos quienes deben hacerse cargo de las indemnizaciones que antes correspondía al Estado sufragar.

Es que estos actúan como sustitutos administrativos y es lógico entonces, que dicha sustitución comprenda también, con exclusividad, salvo excepciones muy puntuales, la obligación de pagar los detrimentos patrimoniales que deriven del ejercicio de la actividad a ellos encomendada.

En suma, el concesionario no es un órgano estatal y tampoco un dependiente del Estado, sino una persona jurídica distinta que actúa per se, a su cuenta y a riesgo, tal como lo disponen la generalidad de los marcos regulatorios.

Dentro de los riesgos que el empresario asume se encuentran los eventuales resarcimientos por los perjuicios que el cause por la ejecución del servicio.

En tal sentido Rafael Bielsa escribía: 'Como en la prestación del servicio el concesionario obra en su nombre y por cuenta propia, él está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que la gestión del servicio cause'.

En igual sentido, Marienhoff, luego de expresar que el concesionario actúa a su cuenta y riesgo, señalaba que ello 'significa que toda la responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio de la concesión, le corresponde al concesionario' y que solo la que pueda derivar del contenido de la concesión no le corresponde al concesionario sino a la concedente.

También Alejandro Pérez Hualde entiende que la actuación a su cuenta y riesgo del concesionario hace que todo su accionar deba ser atribuido a su propia responsabilidad sin obligar directamente al concedente como ocurriría en el caso del delegado. Agrega este autor que la actuación del concesionario bajo 'su propio riesgo' indica claramente que asume en forma directa y personal las consecuencias, favorables o no, de su negocio consistente en la explotación del servicio, por lo que concluye afirmando que en el orden contractual el Estado en ningún caso deberá responder por el accionar del concesionario.

En suma, salvo que el daño se provoque por causas atribuibles a la Administración o por una orden de aquella, por regla no es posible sostener la responsabilidad ni directa ni subsidiaria del Estado.

c- Daños producidos por profesionales que ejercitan funciones públicas

Tampoco son imputables a la Administración los daños producidos por los profesionales libres o privados que ejercitan una función de naturaleza pública, como es el caso de los escribanos.

En el tantas veces citado caso Vadell la Corte nacional rechazó la pretensión de la actora de responsabilizar a la provincia de Buenos Aires por los daños ocasionados por el irregular ejercicio de la actividad profesional de un notario, pues este no expresa la voluntad estatal la cual solo es exteriorizada por medios de sus órganos.

3) Existencia de una falta de servicio (factor de atribución)

El factor de atribución de la responsabilidad estatal más importante es la falta de servicio la cual se genera por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, ya sea por acción o por omisión. Y se puede generar tanto por actos como por operaciones materiales de los agentes estatales.

La expresión falta de servicio la hemos importado del derecho francés en el cual aquella constituye el centro del sistema de responsabilidad y se produce —según la explicación tradicional del Consejo de Estado

y de la doctrina— cuando el servicio no funciona, funciona mal o funciona atrasado o demasiado tarde.

La falta de servicio nos dice Vedel 'consiste en toda falta a las obligaciones del servicio'.

Una conceptualización análoga —falta como incumplimiento de obligaciones preexistentes— surge de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación la cual en numerosos precedentes en los que estaba en juego la responsabilidad estatal por su actuación ilícita expresó: 'quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por in cumplimiento o su ejecución irregular'.

Es importante puntualizar que la noción de falta de servicio es relativa en tanto para determinar si aquella se ha configurado no corresponde tener en consideración normas en abstracto sino que deben ponderarse en cada caso en particular las dificultades para el cumplimiento de la función encomendada, las circunstancias de tiempo y lugar, como así también los recursos materiales y de personal que disponía la Administración para el cumplimiento del servicio.

En tal sentido ha resuelto la Corte Federal para que la determinación del cumplimiento defectuoso o una anormalidad de las obligaciones del servicio regular, debe realizarse una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño'.

Por otro lado, creemos importante reiterar que para condenar al Estado por su obrar defectuoso no se requiere individualizar al sujeto infractor. La falta puede ser anónima e impersonal.

Tampoco, tiene entidad la condición volitiva (culpa o dolo) del empleado o funcionario autor del perjuicio. De ahí que se afirme que se trata de una responsabilidad de corte objetiva.

Sin embargo, si bien no es necesario probar la culpa del agente, sí lo será el mal funcionamiento o la prestación irregular del servicio. La Corte nacional ha expresado que la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputada a los órganos estatales requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular.

c) La responsabilidad por omisión

La responsabilidad por falta de servicio abarca no solo los supuestos de daños producidos por la actividad de la Administración sino también los causados por su inactividad u omisión cuando pesaba sobre aquella la obligación de actuar.

La clave para determinar la existencia de este tipo de falta de servicio por omisión se encuentra en la configuración de una omisión antijurídica, la cual se genera cuando, impuesto por el ordenamiento jurídico (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc., incluso los principios generales del derecho), un comportamiento determinado la Administración se abstiene de actuar pese a que existía su deber de hacerlo.

De tal modo, para que medie inactividad administrativa deben reunirse tres condiciones:

1-La existencia de un deber normativamente impuesto de obrar. Es importante resaltar que es preciso que la omitida sea una obligación, un deber concreto, y no un deber que opere en forma genérica o difusa.

2- El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa.

3- Que la actividad que la Administración omitió desarrollar era materialmente posible, pues como dice Nieto 'el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible'.

Habrá que valorar en cada caso en particular el alcance de la obligación cuyo incumplimiento se imputa al Estado, teniendo muy especialmente en cuenta los medios con los que se cuenta para su ejecución, pues de lo contrario se extendería sin límite el deber de indemnizar todo daño que el Estado no pudiera evitar por la insuficiencia de medios. (Ej. caso de varios llamados a un hospital público para atender emergencias y no alcanzan las ambulancias).

La cuestión nos introduce en una materia de suma complejidad como es la relativa a los estándares mínimos de calidad de los servicios, cuyo incumplimiento generará el deber de responder. Si normativamente aquel está fijado la cuestión se simplifica porque la omisión antijurídica se configurará por incumplir las pautas allí preestablecidas.

Pero la solución se complica ante la ausencia de regulaciones específicas y concretas respecto de la actividad de la Administración que fijen los niveles mínimos del servicio. En tales casos, la Administración responderá cuando transgreda los estándares medios y comparativos que, como dice Rebollo, serán fijados por los tribunales, lo cual trae aparejado un serio riesgo; pues si se fijan ficticiamente los niveles de normalidad de los servicios por encima de lo que acontece en la realidad se producirá la admisión generalizada de la responsabilidad y si, por el contrario, el parámetro se determina muy por debajo del rendimiento real la responsabilidad pasará a ser algo excepcional.

Por tal motivo para la determinación de estos estándares de rendimiento medio del servicio deben ponderarse factores que varían en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos.

Es evidente, entonces, que no existe una pauta fija y única aplicable en todos los tiempos y lugares.

d) Ejemplos de faltas de servicios

Son profusos los casos en los cuales se ha condenado al Estado por su obrar anómalo. Entre otros podemos citar los siguientes:

a- Perjuicios ocasionados por errores y omisiones de los registros de la propiedad.

b- Daños padecidos por internos en las cárceles.

c- Daños producidos por irregularidades cometidas por funcionarios de la Administración Nacional de Aduana al disponer indebidamente el decomiso de mercadería en el curso de actuaciones sumariales.

d- Demora injustificada en la realización de trámites administrativos.

e- Daños producidos por las provincias debido a la deficiente realización de obras que causaron la inundaciones de campos.

f- Daños producidos por el cumplimiento defectuoso de la función de policía de seguridad.

g- Accidentes en rutas por defectos de señalización o mal estado del corredor vial.

h- Daños producidos por no cumplir la Administración sus funciones de control o de policía.

i- La falta de servicio ha sido también utilizada para fundar el deber de reparar estatal originado por órganos que no integran la estructura de la Administración, sino del Poder Judicial. En más de una ocasión se ha recurrido a aquella en los supuestos de responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia y también es aplicable para la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por la actos normativos declarados inválidos.

e) Otros factores de atribución de responsabilidad

Antes de continuar con el examen de los presupuestos de la responsabilidad consideramos importante resaltar que además de la falta de servicio, que constituye el principal factor de atribución de responsabilidad ilícita de la Administración, el riesgo creado, el enriquecimiento injusto y el abuso del derecho son títulos válidos que sustentan el deber de reparar estatal.

Sin bien el examen de todos ellos excedería el objeto de este trabajo consideramos conveniente señalar respecto al factor de imputación riesgo que en su aplicación judicial se le ha dado un alcance desmedido, lo cual se traduce no solo en su aplicación indebida en lugar del factor falta de servicio, sino también —y esto es lo más grave— en una expansión excesiva del deber de reparar del Estado, en especial cuando se lo ha utilizado con relación a bienes que integran el dominio público.

Sobre el particular cabe puntualizar que el art. 1113, 2º párr., del ordenamiento civil regula un supuesto específico de responsabilidad civil entre sujetos privados, por ende, como lo hemos antes expresado su aplicación al ámbito del derecho administrativo solo puede efectuarse mediante la técnica de la analogía.

Todo el régimen del dominio público corresponde al derecho administrativo, y uno de sus aspectos es el relativo a las consecuencias perjudiciales que de aquel pueden ocasionarse. De ahí que corresponde por regla que se aplique a su respecto el factor de atribución falta de servicio que es propio del sistema iuspublicístico y no el previsto en la segunda parte del art. 1113 del cód. civil.

Para demostrar los inconvenientes que genera la aplicación de este último precepto cuando se produce un daño en el que intervenga un bien del dominio público estatal basta la exposición de algunos ejemplos. Si se produce un accidente en un corredor vial concesionado por la existencia de un bache en el asfalto, además de la responsabilidad del concesionario, el Estado en su condición de dueño de la cosa también podría ser condenado. Sin embargo este a través de la concesión de obra celebrada le transfirió a la empresa el cuidado y la explotación del camino a su cuenta y riesgo. Algo similar ocurre con los bienes del Estado que están afectados a la prestación de un servicio privatizado.

4) Relación de causalidad

El último requisito que debe verificarse para que exista el deber de reparar se refiere al vínculo causal que debe mediar entre el daño y la conducta estatal.

Habría nexo causal cuando el perjuicio pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de un órgano o sujeto estatal.

Conviene recordar que el nexo causal sirve para determinar no solo la autoría material del daño, sino también la extensión del resarcimiento, esto es ¿cuáles son las consecuencias que hay que indemnizar?.

Determinar cuándo un comportamiento es causa de un determinado resultado dañoso no es tarea fácil.

Nuestro ordenamiento jurídico civil, aplicable análogamente, al ámbito de la responsabilidad por falta de servicio, siguiendo las aguas del código prusiano, ha receptado la teoría de la causalidad adecuada, cuyo primer expositor fue von Kries a fines del siglo pasado.

Según esta teoría para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso es preciso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto según la experiencia común para desencadenar el perjuicio.

Sólo deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir per se el daño.

De tal modo es preciso distinguir entre causa y condición.

Es causa adecuada aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado.

En cambio, condición son los demás antecedentes o factores en sí irrelevantes de ese resultado.

La Corte Suprema nacional al pronunciarse en pleitos de responsabilidad pública ha utilizado una terminología no siempre uniforme para calificar las condiciones que debe asumir el nexo causal para dar lugar al resarcimiento. Así, mientras que en algunos precedentes expresó que aquel debía ser 'adecuado', en otros expresó que debía ser 'directo e inmediato' o 'relevante'.

Pero si bien se requiere que el vínculo causal sea directo, no es preciso que sea exclusivo. En efecto, no se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado no solo por la actividad de la Administración, sino también por el hecho de un tercero, o la acción de la propia víctima o un supuesto de caso fortuito. En tales casos, corresponde exonerar parcialmente a la Administración de su responsabilidad y hacerla responder proporcionalmente a su participación en el evento dañoso.

En cambio deberá exonerarse de toda responsabilidad al Estado en la hipótesis en que la concatenación causal sea interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados.

Conforme lo han resuelto en forma reiterada nuestros tribunales, la relación causal no se presume, por lo que debe ser debidamente acreditada.

A modo de ejemplo citamos algunos casos en los cuales se ha desestimado el reclamo indemnizatorio por no cumplirse el requisito en examen:

a) Omisión del ejercicio del poder de policía municipal. El primero de los casos que citamos se originó con motivo del fallecimiento de un menor de 9 años de edad por asfixia por sumersión al bañarse en un espejo de agua formado por el estancamiento de aguas pluviales y de las que emergían del subsuelo, en la hondonada de donde se extraía tosca. La sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro condenó a resarcir los daños irrogados al dueño del inmueble en el cual estaba ubicada la laguna y desestimó la pretensión resarcitoria dirigida contra el municipio de Tigre que se fundaba en la omisión del ejercicio de

su poder de policía porque no había intimado al propietario del predio a su cercado conforme lo establecía una ordenanza local. La alzada consideró que dicha omisión era solo una condición no preponderante del resultado letal y que las causas adecuadas determinantes del deceso fueron las actitudes de la víctima, de sus padres y la del dueño del terreno, por lo que desechó la responsabilidad de la comuna.

También cabe citar la causa 'Norton, María c. Municipalidad de Godoy Cruz' fallada por la Suprema Corte de Mendoza, en el cual se pretendió responsabilizar a la comuna demandada por los daños padecidos en el inmueble de su propiedad a raíz del fuerte sismo que asoló la ciudad de Mendoza el 26 de enero de 1985. La demandante sostenía que había comprado dicha propiedad en la creencia de que había sido construida normalmente, pero después del sismo descubrió múltiples defectos constructivos y de materiales y un uso inadecuado de aquellos. Por tal motivo reclamó al municipio por los perjuicios generados causados por la omisión de ejercitar debidamente el poder de policía que le compete en materia edilicia. Concretamente la actora endilgaba al municipio no haber controlado la realización de una obra clandestina, acoger al régimen de blanqueo con la simple presentación de los planos, sin verificar in situ y no haber dejado constancia de que se aprobaba una obra clandestina.

El máximo tribunal mendocino, a través del voto del la Dra. Kemelmajer de Carlucci, rechazó la demanda pues en el caso no se demostró el nexo causal adecuado pues aún de efectuarse una inspección en el lugar no se habría podido advertir la existencia de vicios constructivos dado que estaban ocultos.

b) Omisión del ejercicio de la policía financiera. En más de una ocasión se ha demandado al Banco Central de la República a indemnizar los perjuicios sufridos por ahorristas por el irregular ejercicio de su función de policía de las entidades financieras.

En general en todos estos casos se trata de reclamos de ahorristas que no pueden recuperar el dinero invertido debido al cierre y liquidación de bancos u otras entidades financieras.

Uno de los primeros fallos sobre esta delicada cuestión fue el dictado por la sala IV de la Cámara Contencioso Administrativa Federal: al resolver el caso 'Sykes', el 2/7/85, el cual tuvo lugar con motivo de la imposibilidad de cobro de un certificado de depósito de un cliente del B.I.R., institución que estaba fuera del régimen de garantía de los depósitos. Los actores entendieron que mediaba responsabilidad estatal porque, no obstante la comprometida situación por la que pasada el B.I.R., no había revocado oportunamente la autorización que aquella tenía para funcionar.

El reclamo fue rechazado. Entre otras razones, en el voto del Dr. Hutchinson que hizo mayoría, se expresó que la responsabilidad omisiva estatal es de carácter subjetiva y que la omisión endilgada al Banco Central era una condición y no la causa del daño.

También, la Sala III de esa misma cámara en la causa 'Farraoni de Eleonori', sentenciada el 27/11/92, desestimó una demanda deducida contra el Estado Nacional y el Instituto Nacional de Acción Mutua del Personal de la Junta Nacional de Granos entablada por un ahorrista que pretendía que le abonarán la diferencia entre la suma que le fue devuelta y el valor total que había depositado. Esta entidad también estaba fuera del régimen de garantía de los depósitos.

El tribunal desestimó la demanda pues entendió que no se había acreditado una conducta omisiva culposa o negligente del Estado y que no mediaba relación causal.

c) Omisión del ejercicio de la policía de transporte de pasajeros. En el caso 'Peluzo', con buen criterio, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires desestimó una pretensión indemnizatoria dirigida contra la Dirección de Transporte bonaerense incoada, a raíz de un accidente de tránsito, con sustento en la omisión del ejercicio del poder de policía que ejerce respecto del transporte de pasajeros. El alto tribunal calificó de absurda la conclusión a la que se había arribado en el fallo de la alzada en el cual se responsabilizó a la provincia por su actitud omisiva. La Corte local entendió que en el caso estaba ausente el requisito del vínculo causal adecuado y efectivo. Así por unanimidad, siguiendo el voto del Dr. Amilcar Mercader, se expresó: 'la responsabilidad del Estado —como toda responsabilidad— está limitada, y su atribución debe responder a criterios de razonabilidad, criterio que evidentemente está ausente en el fallo de la Cámara. Si se confirma lo resuelto, podrá responsabilizarse a la provincia por todos los accidentes protagonizados, o en los que participan transportes públicos de pasajeros —los que no son pocos— en todo el extenso territorio de la provincia, lo que debo calificar de disparatado...'

c) Omisión del ejercicio del poder de policía sanitario

Ejemplo de ello es el caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba con motivo del contagio del S.I.D.A. a numerosas personas en una clínica privada de Córdoba.

En la causa penal, las víctimas o sus familiares, en su condición de actores civiles, reclamaron la condena pecuniaria de los médicos responsables de tan grave hecho y también la de la provincia por haber permitido el funcionamiento de la clínica la cual no cumplía ninguna de las exigencias de bioseguridad que la legislación provincial y nacional exigía.

Otro caso digno de mención es la causa 'Vaca, Emilio y otra c. Provincia de La Rioja', fallado por el cimero tribunal de la Nación en el cual se reclamó el pago de los daños y perjuicios producidos por la muerte de una persona debido al consumo de un alimento envasado en mal estado. La actora sostenía que la provincia era responsable por haber autorizado la comercialización del producto cuya ingesta ocasionó la muerte del hijo de los demandantes. La Corte rechazó la demanda. Para así resolver expresó que la intervención del Departamento de Bromatología provincial se limitó a comprobar la aptitud del producto y que no mediaba vínculo causal alguno entre dicho trámite, ni el material probatorio producido en la causa, con el deceso de la víctima.

VI

Relación entre la acción de nulidad y la responsabilidad

Conforme lo explica Cassagne, a diferencia del régimen del Código Civil —en el cual la acción de nulidad tiene autonomía respecto de la de daños y perjuicios (arts. 1056 y 1057, cód. civil)— esta situación no se da en el derecho administrativo con similares alcances, pues ambas acciones tienen un régimen común y, fundamentalmente, porque no se justifica una autonomía tan estricta, en virtud de la prerrogativa de autotutela declarativa de que goza la Administración.

De ahí que, a la pretensión resarcitoria fundada en la ilegitimidad de un acto administrativo se la considere accesorio y subordinada a la previa declaración de invalidez de aquel.

Por tal motivo, cuando se demanda el pago de daños y perjuicios cuya causa se encuentra en un acto administrativo ilegítimo es preciso que aquel sea declarado inválido ya sea en sede administrativa o judicial.

En este sentido escribe González Pérez: 'En el supuesto de que la lesión patrimonial que dé lugar a la indemnización derive de la infracción del Ordenamiento jurídico en que hubiere podido incurrir el Reglamento o el acto, será presupuesto de la responsabilidad la declaración de la infracción al Ordenamiento jurídico por la propia Administración —en ejercicio de la autotutela— o por sentencia firme'.

Así lo ha resuelto la Cámara Contencioso Administrativa Federal en el conocido plenario 'Petracca' y en fecha más reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas 'Alcántara Díaz Colodrero' y 'Nava'.

En palabras de la Corte Nacional: 'dicha conclusión es una consecuencia lógica de la naturaleza accesorio — en el ámbito del derecho administrativo— de pretensiones como las antes indicadas respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12, ley 19.549 [ED, 42-917]), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente'.

Consecuentemente, si la decisión administrativa deviene firme —ya sea debido a su falta de impugnación o a su cuestionamiento tardío— no es admisible el reclamo de daños y perjuicios basados en la ilegitimidad de aquella.

Por las razones indicadas, cuando se reclama una reparación cuya causa se encuentra en el obrar ilegítimo de la Administración, el art. 20 del nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires habilita al interesado a deducir, a su opción, la pretensión en forma simultánea y juntamente con la impugnatoria o a hacerlo en forma autónoma luego de finalizado el proceso de anulación que le sirve de sustento.

En cambio, tratándose de pretensiones indemnizatorias fundadas en la responsabilidad por acto válido, o por omisiones o por hechos ilícitos, en principio, se deben articular en forma autónoma porque no existirá decisión administrativa alguna que impugnar. En tales supuestos la demandabilidad estatal es directa.

Por otro lado es importante puntualizar que para ser acreedor de una reparación económica no basta la simple declaración administrativa o judicial de invalidez de un acto o un reglamento pues, además de ello, es necesario acreditar la existencia de un daño resarcible.

Así lo dispone el art. 142.4 de la ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de España, la cual prescribe: 'la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización'.

VII

Aspectos procesales de la responsabilidad por actividad ilícita del Estado

1) Tribunal competente para intervenir en los pleitos de daños contra el Estado en la provincia de Buenos Aires.

Tratándose de pleitos en los que está comprometido una cuestión iuspublicística los órganos judiciales competentes para intervenir son los juzgados o tribunales contencioso administrativos.

'Corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados en la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones de este código'.

Esta disposición se integra con lo dispuesto en la parte final del art. 2º en el que se señala un elemento primordial para definir la competencia contencioso administrativa, el cual consiste en la necesidad de que la controversia o caso esté regido o sometido a regulaciones de derecho Administrativo. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

De lo explicado precedentemente se desprende que la nota determinante de la competencia material de los Tribunales Contencioso Administrativos está dada por la existencia de un caso o conflicto que se origina por comportamientos activos u omisivos de algún sujeto u órgano en ejercicio de la función administrativa, y que está regido por el derecho administrativo.

De tal modo, para que se suscite la competencia del fuero contencioso administrativo deben verificarse los siguientes requisitos:

- a) Existencia de un caso.
- b) Un comportamiento activo u omisivo.
- c) El comportamiento debe ser realizado en ejercicio de función administrativa por los órganos de la Provincia, los municipios, entes descentralizados y otras personas.
- d) Regulación de derecho público de la cuestión.
- e) Las que versen sobre la responsabilidad patrimonial de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1º, regidas por el derecho administrativo, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas de derecho privado.

La disposición engloba todos los pleitos de responsabilidad estatal de derecho público, esto es por la actividad lícita o ilícita, contractual como extracontractual.

En este aspecto el Código produce un cambio significativo con respecto al régimen anterior, razón por la cual consideramos conveniente precisar algunos conceptos.

Consecuentemente y tal como se determina acertadamente en el inc. 4º, apar. 2º del nuevo ordenamiento procesal la competencia contencioso administrativa no se desplaza a otros fueros cuando se invoquen o apliquen por vía analógica normas de derecho privado.

Por las razones explicadas, y en forma coherente con los principios antes establecidos, en el art. 83 del código se modifica el art. 3º de la ley 8132, que regula la responsabilidad de la provincia por condenas judiciales erróneas, y se establece la competencia del juez contencioso administrativo —en lugar del civil y comercial como antes se determinaba— para entender en tales casos.

En suma, de todo lo expuesto es fácil concluir que la responsabilidad derivada por el accionar de la administración en el ámbito del derecho privado constituye una materia ajena a este ámbito jurisdiccional, pues es propia de la justicia civil y comercial (art. 4, inc. 1).

