

## La responsabilidad del Estado desde la perspectiva del Derecho Público Provincial

*Por Pablo A. Gutiérrez Colantuono\**  
Publicado en obra colectiva  
*Responsabilidad del Estado*, RAP 326,  
Bs.As., 2005

**Sumario:** I.- Conceptos previos. II.- El plano normativo provincial. III. - El plano interpretativo: la jurisprudencia. IV.- La responsabilidad y la tutela judicial efectiva: la demandabilidad del Estado y la ejecución de las sentencias condenatorias .V.- La recuperación del sistema federal de reparto en materia de derecho administrativo. VI.- Los alcances de la responsabilidad estatal frente al interés público. La real vigencia de la responsabilidad del funcionario. VII.- Reflexiones finales

### I.- Conceptos previos

La responsabilidad del Estado ha merecido tradicionalmente la atenta mirada de los estudiosos del Derecho en general y de los especialistas del Derecho Público<sup>1</sup> en particular, por ser una de las instituciones de mayor trascendencia en el Estado de Derecho: sostener su inexistencia es negar su esencia.

Si bien se han construido sólidas bases de este instituto desde los aportes de la doctrina y la jurisprudencia<sup>2</sup>, no es menos cierta la escasa mirada que sobre esta temática se ha registrado en torno al derecho público provincial. Ello pese a que la misma aparece como una clara exteriorización de la sustantividad del derecho administrativo como rama jurídica de corte netamente local<sup>3</sup>.

Nos proponemos revisar este instituto a la luz del derecho local provincial - en especial el de la Provincia del Neuquén -, intercalando precedentes federales cuya comparación y confrontación seguramente nos permitirán reflexionar sobre los ámbitos

---

\* Profesor Adjunto Regular, Universidad Nacional del Comahue.

1 Ha sostenido Luis Martín Rebollo que "...la responsabilidad, como el contencioso-administrativo, constituye uno de los pilares principales del Derecho Administrativo, como señaló hace mucho tiempo el maestro M.HAURIUO... Los dos pilares de una concepción del Derecho Administrativo como Derecho garantizador de las posibles extralimitaciones del Poder...". (Conferencia inaugural Jornadas sobre responsabilidad del Estado y del Funcionario Publico, organizadas por la U.A. 28 al 30 de Junio de 2000).

2 "La legislación, la jurisprudencia y la doctrina han dejado claramente establecido que el Estado responde por los daños que ocasione el incumplimiento de sus obligaciones contractualmente asumidas; del mismo modo que aquellos que ocasione su accionar ilícito, entendiéndose por tal al que se presenta cuando incurre en inobservancia de algún deber jurídico; y también cuando ocurren como consecuencia de actos perfectamente lícitos; siempre y cuando se cumplan determinados requisitos y condiciones." Pérez Hualde, Alejandro, "El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar"; pg. 47. Ed. Depalma, Bs.As. 1997.

3 Es doctrina de la C.S.J.N. que "de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)". Fallos: 304:1186, entre muchos otros. Y el derecho administrativo comporta una de esas competencias cuya regulación no ha sido delegadas.

de validez y regulación del derecho administrativo local en la materia para, en definitiva, delimitar los contornos de este instituto ius publicista a la luz de los estándares federales y las competencias no delegadas por las Provincias al Estado Nacional.

Intentaremos seguir en nuestro análisis aquellas pautas fijadas por Julio Comadira<sup>4</sup> al referirse a esta institución del derecho administrativo, al afirmar que "... requiere, en especial, de una elaboración muy cuidada y esmerada en la búsqueda del equilibrio, lo cual supone, desde la visión privada, no atribuir al Estado más responsabilidad de la que en justicia le corresponde ni, desde la perspectiva estatal, exigir de los particulares más sacrificios que los debidos en justicia".

El análisis partirá desde la visión constitucional provincial neuquina y su complemento normativo infraconstitucional, analizando la vigencia de tales normas a través de los precedentes judiciales.

Por otra parte, tan esencial es definir el objeto o contenido del tema bajo estudio, como enunciar expresamente aquellas zonas o áreas del tópico que por razones metodológicas se excluirán del análisis.

Así, no ingresaremos en cuestiones tales como la responsabilidad política, los sistemas de control tanto externos – Tribunal de Cuentas <sup>5</sup>– como internos –Tesorería, Contaduría<sup>6</sup>, - vinculados al gasto público y su legalidad. Tampoco nos referiremos a los procedimientos establecidos constitucional o legalmente para hacer efectivos dichos controles y, consiguientemente, la responsabilidad funcional administrativa de quién tiene asignada la gestión del gasto, su rendición, o la legalidad en general. Finalmente la responsabilidad por actividad legislativa también será exceptuada.

## II.- El plano normativo provincial

### II.1º) Matices peculiares.

La constitución provincial de Neuquén, ejerciendo aquellas competencias no delegadas ni compartidas concurrentemente con la Nación, expresamente fijó las bases sobre las cuales el obrar del Estado - o su omisión - conlleva la obligación de reparar.

La asunción de tal tesitura por parte del constituyente local en forma PLENA, EFICAZ y ARMONICA dentro de la sistemática federal se avizora desde el artículo 1º de la Carta Provincial.

Así, luego de afirmarse la autonomía en el marco de la Constitución Nacional, se asevera mantener para sí todo el poder no delegado expresamente al gobierno federal.

---

4 Julio Comadira así lo sostuvo en su discurso de apertura en las Jornadas de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, organizadas por la Universidad Austral en el año 2.000.

5 Sólo destacaremos que el constituyente local fijó en un año el plazo para aprobar la rendición de cuentas de los funcionarios obligados; transcurrido el mismo, provoca una suerte de liberación de responsabilidad administrativa –no política ni penal– sin perjuicio de la responsabilidad del propio Tribunal de Cuentas (sanción política por omisión en el control)

6 Artículo 136 Constitución Provincial.

Tal previsión se ve reforzada desde el preámbulo, en el cual ideológicamente se establece la finalidad de afianzar las instituciones republicanas dentro de los principios del federalismo.

Se adelanta así un concepto de seguridad jurídica hacia afuera de las instituciones, mientras que intra poder se genera la obligación de los funcionarios de ejercer sus funciones en un marco estricto de distribución de facultades: sistema rígido, con efectos nulificantes sobre las decisiones adoptadas como consecuencia de transferencias de competencias prohibidas.

Tal es el espíritu del Art.7° de la Constitución<sup>7</sup>, con el que ha delineado un sistema rígido de división de funciones estatales, acentuando la visión republicana clásica y regulando el control de la distribución funcional del poder.

Paralelamente, la estructura burocrática destinada al ejercicio de la función administrativa queda sometida al control interno de gestión y legalidad llevado a cabo por la cabeza del Poder Administrador: el Poder Ejecutivo Provincial.

La previsión constitucional es clara en este punto, su artículo 134 al catalogar las atribuciones del Poder Ejecutivo Provincial, fija en el inciso 17 la de *“Conocer originariamente y resolver en las causas de orden contencioso administrativo, cuya resolución es apelable al Tribunal Superior de Justicia”*<sup>8</sup>.

Conjuntamente, se diseña un sistema de control de constitucionalidad concentrado con efectos abrogatorios, y un régimen de legitimación amplio tanto en el control de constitucionalidad<sup>9</sup> como en la vía del procedimiento y proceso administrativo<sup>10</sup> - Art.114 de la Ley 1284<sup>11</sup> y 9° de la Ley 1305 -

El valioso efecto de tales previsiones radica precisamente en la inmediatez, eficacia y desburocratización del sistema de control, posicionando al ciudadano como uno de los principales operadores del aseguramiento de la legalidad.

---

7 “Los poderes públicos, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no podrán delegar sus atribuciones, ni los magistrados y funcionarios sus funciones bajo pena de nulidad. Ni unos ni otros podrán arrogarse, atribuirse ni ejercer más facultades que las expresamente acordadas por esta Constitución y las leyes que reglamenten su ejercicio”.

8 Tal potestad se refuerza con las previsiones de las leyes de procedimiento administrativo y el código procesal administrativo al excluir a las autoridades superiores de los entes descentralizados dentro de los estamentos en los que se agota la vía administrativa: solo causa estado el acto emanado del titular del Poder Ejecutivo, quien realiza el control de legalidad sobre los actos de aquellos.

9 Neuquén ha positivizado una suerte de acción popular de inconstitucionalidad, de control concentrado en el Tribunal Superior de Justicia, cuya decisión provoca la abrogación de la norma. Ello con la excepción de aquel control ejercido sobre “... leyes, decretos, ordenanzas, u ordenes que afecten derechos patrimoniales...” en que la acción retoma el cauce de identificar al titular de la acción con el “afectado directo”. (Conforme Ley Provincial N° 2130 “Acción de Inconstitucionalidad”, reglamentaria de los artículos 30 y 170 inc. a) de la Constitución Provincial).

10 La legitimación es en nuestra provincia abarcada por la categoría referenciada que comprende tanto al derecho subjetivo como al interés legítimo e incluso al interés simple, sin distinciones entre la instancia administrativa y judicial.

11 “Las situaciones jurídicas subjetivas que titularizan los administrados se denominan derechos subjetivos públicos. Entiéndase por derecho subjetivo público la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad”.

Basta recordar aquí el criterio estricto puesto de manifiesto por la Corte Federal en precedentes como “Polino”<sup>12</sup>, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN – Decreto 1517/98- resuelto el 21/12/00”<sup>13</sup>, “Rodríguez, Jorge – Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación” – 17/12/97<sup>14</sup>, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Tucumán Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”<sup>15</sup>, entre tantos otros en los que claramente el Máximo Tribunal de la Nación ha priorizado la sujeción a determinadas formalidades procesales dispuestas por el orden infra constitucional, alejándose de los principios que inspiran las reglas vigentes en el sistema provincial neuquino.

Bajo tales pautas indagaremos en la regulación - tanto sustancial como procedimental y procesal - de la responsabilidad del Estado por sus diversas actividades y la del funcionario, como exteriorización de aquellas competencias reservadas por las provincias al tiempo de conformar la federación.

## II.2º) Responsabilidad. Reglas constitucionales

Llega así, el turno de la responsabilidad que, como correlato necesario del sistema republicano de gobierno y del control, ha sido puesta de relieve por el constituyente en dos planos: el del funcionario y el del propio Estado.

Respecto del primero, se establece -como contracara del derecho de peticionar a las autoridades- *el deber de los funcionarios de informar*, delegando en la reglamentación infraconstitucional la forma, contenido y alcance de la respuesta y *la sanción* por la ausencia de ésta – Art. 15 Constitución Provincial - .

Tal deber es complementado por el Art.94 de la Carta, al prever la obligación de parte de quienes ejercen función administrativa, de evacuar informes escritos solicitados por legisladores provinciales - individual o colectivamente -. La obligación alcanza también a las empresas prestadoras de servicios públicos, juntamente con las reparticiones públicas nacionales o provinciales centralizadas o descentralizadas.

Se atribuye al Poder Legislativo, la facultad de estatuir un régimen de responsabilidad de los empleados públicos –Art. 101 inc. 15 C.P- dictando leyes que hagan efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos, y *la responsabilidad subsidiaria del Estado* –Art. 101 inc.20 C.P.-

Y respecto de éste, desde el texto constitucional se especifica su responsabilidad con relación a las siguientes actividades o funciones:

---

12 CS, Abril 7-94 “Polino Hector y otro c. Poder Ejecutivo” en que se declarara la improcedencia del recurso extraordinario. Ver en especial la disidencia del Dr. Fayt.

13 Fallos 323:4098. La Corte expresó “...si bien el artículo 86 de la Constitución Nacional prescribe que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial...”. Con tal argumento la C.S.J.N. sentó la regla por la que el Defensor del Pueblo ha de cesar en su actuación por la intervención del particular afectado o de una asociación que defienda determinados intereses colectivos.

14 C.S Fallos: 320:2851.

15 C.S Fallo del 11 de marzo del 2003.

- i. deber de indemnizar los perjuicios ocasionados a través de la privación de la libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales – artículo 40 C.P. -
- ii. responsabilidad del funcionario y empleado que no cumpla las órdenes del juez de hábeas corpus; siendo pasible de arresto por dicho juez si rehusare o descuidare ese cumplimiento, sin perjuicio de su responsabilidad por el delito de violación de deberes de funcionario público y por los perjuicios que origine su conducta - artículo 46 C.P.-
- iii. la responsabilidad de los municipios por el rescate de los servicios públicos concesionados: excluyendo la indemnización por lucro cesante – Artículo 204 inc. f) C.P.-

Sobre la base de tal esquema interpretativo se ha ido configurando el marco de la responsabilidad estatal en la provincia.

Así, mientras que en el sistema Federal la Corte Suprema en época de ser sancionada la Constitución Provincial,<sup>16</sup> se debatía entre el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado y los recaudos previos para activar su demandabilidad<sup>17</sup>, el derecho público provincial neuquino<sup>18</sup> partía desde un posicionamiento distinto: el Estado es responsable y demandable; rige la responsabilidad del agente y la subsidiaria del Estado y se delega en el legislador ordinario la sistematización de un régimen especial sobre la materia.

Cierra el sistema, el artículo 254 de la Constitución local, el que establece –a más de la demandabilidad directa del Estado- la forma de ejecutar las sentencias condenatorias de contenido pecuniario dictadas contra aquel.

Los conceptos recogidos por el constituyente provincial de 1957 obedecían a una visión propia de aquel ciclo constitucional denominado “*de las provincias nuevas*”, procurando una regulación clara que prefijara los contornos de la futura normativa del instituto de la responsabilidad y la vigencia real de estos preceptos a partir de la jurisprudencia local.

## *II. 3º) La responsabilidad y su regulación legal*

La ley provincial 2141 de “Administración Financiera y Control”<sup>19</sup> vino a reglamentar diversos aspectos de esta cuestión, al “... *instrumentar un régimen de responsabilidad por la administración de los recursos asignados y por la gestión de los mismos en función de los objetivos fijados...*”<sup>20</sup>.

El régimen se asienta sobre los siguientes pilares:

- i. Responsabilidad del agente por la gestión de los recursos y sus resultados;

<sup>16</sup> La Constitución Provincial fue aprobada el 28/11/1957.

<sup>17</sup> Evolución plasmada en las diversas etapas indicadas generalmente por la doctrina: a) reclamación legislativa e incompetencia judicial –1863 a 1872-; b) venia legislativa previa - 1872 a 1900; c) venia legislativa o reclamación administrativa según los casos –1900 a 1932-; d) reclamación administrativa previa -1932 a 1972-, e) ocaso de la reclamación previa y demandabilidad directa del Estado 1972 hasta 2000 y f) el sistema de la ley 25.344 desde el año 2000 a la fecha.

<sup>18</sup> En igual sentido –aunque en diferentes momentos- las constituciones de Tierra del Fuego - Artículo 188, Santa Cruz -Artículo 104º-, Chubut –Artículos 22, 60, 69, 70- , entre otras.

<sup>19</sup> Sancionada el 14 de septiembre de 1995.

<sup>20</sup> Artículo 2 inc. f).

- ii. Transparencia y publicidad de los actos;
- iii. Eficacia en el resultado y legalidad en los actos;
- iv. Responsabilidad subjetiva del agente o funcionario que por culpa o negligencia provoque daños y perjuicios a la hacienda pública<sup>21</sup>;
- v. Responsabilidad solidaria de quienes dispongan, ejecuten o intervengan en los actos u omisiones violatorios de disposiciones legales o reglamentarias<sup>22</sup>;
- vi. La ausencia de perjuicio fiscal no inhibe la actuación del Tribunal de Cuentas, ya que se intenta proteger la legalidad del obrar administrativo, permitiendo ante irregularidades significativas en los procedimientos administrativos la imposición de multas<sup>23</sup>.

Ello se complementa con normas especiales de regímenes particulares: así, entre otros, el código de aguas provincial, los estatutos de empleo público, etc.

Se construye desde la especialidad de los diversos regímenes, la teoría general de la responsabilidad provincial del funcionario -en punto a responder patrimonialmente por el ejercicio irregular de sus funciones - asentándose en el precepto constitucional su carácter de directa y principal.

Esta normativa -a su turno- se complementa con aquellas regulaciones propias del orden municipal.

Así, por imperio del artículos 182, 184, 185, 186 y concordante de la Constitución Provincial, el régimen municipal se encuentra discernido a partir de tres categorías de municipios. En tal marco, los que poseen autonomía plena han previsto en sus cartas orgánicas regulaciones específicas sobre el punto.

Ejemplo de ello es el municipio de la ciudad de Neuquén: su Carta Orgánica<sup>24</sup>, aprobada en fecha 11 de Agosto de 1995, ha previsto un título específico denominado "*Responsabilidad de autoridades y funcionarios*"<sup>25</sup>, en el que se establece el principio de la responsabilidad del funcionario, quién ante el ejercicio irregular de sus funciones, debe indemnizar el daño causado resarcando al Estado Municipal o al afectado.

### III. - El plano interpretativo: la jurisprudencia

#### III.1º) Cuestiones de competencia<sup>26</sup>

---

21 Artículo 102.

22 Artículo 103.

23 Artículo 116.

24 La Ley Orgánica de Municipios vigente para las comunas de segunda y tercera categoría, establece un sistema específico regulado en los artículos 79 y ss.

25 Art. 159: "Se establece el principio de la responsabilidad de los funcionarios y empleados municipales por los daños que ocasionen, los actos que autoricen, ejecuten u omitan ejecutar, excediéndose en sus facultades legales o infringiendo los deberes que les correspondan en razón de su cargo. Están obligados a resarcir patrimonialmente a la Municipalidad o a terceros por los perjuicios que ocasionen".

26 Esta temática ha sido abordada en extenso por Juan Justo en el trabajo colectivo realizado por la Comisión de la Provincia de Neuquén -cuya coordinación estuviera a mi cargo- en el marco del proyecto de investigación sobre el régimen contencioso administrativo argentino impulsado por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

En consonancia con la tendencia imperante en el plano provincial al momento de su sanción<sup>27</sup>, la Constitución neuquina de 1957 abrevó en las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que siguieron a los sistemas continentales europeos tanto en la regulación de la teoría general de la disciplina del Derecho Administrativo como en lo atinente a los modelos del control judicial de la Administración Pública.

Ello determinó la configuración constitucional de un sistema primordialmente revisor del obrar administrativo, plasmado en la propia redacción de las dos normas que ordenan la cuestión en la carta local.

El molde constitucional quedó configurado por la conjunción de dos artículos en principio complementarios: El Art.134 inc.17, en cuanto otorga al Poder Ejecutivo la atribución de *“conocer originariamente y resolver en las causas de orden contencioso-administrativo, siendo sus resoluciones apelables ante el Tribunal Superior de Justicia”* y el Art.171, que dispone que *“el Tribunal Superior de Justicia conocerá y resolverá en única instancia en las causas contencioso-administrativas, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos gestionados por parte interesada. La ley establecerá un término para este recurso y su procedimiento...”*.

Diremos brevemente que en el sistema procesal administrativo local, *“la competencia contencioso administrativa se define por la intervención del Estado Provincial, o la circunstancia de que una de las partes sea una persona de derecho público; y el cuestionamiento de normas de derecho público, particularmente aplicables al asunto de que se trate”*<sup>28</sup>. La configuración de tales extremos habilita – salvo materia administrativa expresamente excluida por la Ley 1305– la competencia del Tribunal Superior de Justicia en instancia originaria.

Específicamente sobre la responsabilidad del Estado, pueden recalcarse las siguientes fórmulas jurisprudenciales:

1) *“Si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado, por su actuación en el ámbito del derecho público, pertenece al derecho administrativo, que por su naturaleza es local o provincial”*<sup>29</sup>.

2) *“En el derecho público local, no existe un texto expreso que contemple los supuestos de responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos, actos, omisiones o abstenciones. Por ello, su tratamiento jurídico básico debe efectuarse recurriendo a normas analógicas o algún principio general de derecho, contenido en el*

---

27 Las principales referencias pueden encontrarse en las sucesivas constituciones de la Provincia de Buenos Aires de 1854, 1873 y 1889 y en el Código Varela de 1905. Sobre este último se ha llegado a decir que “Influenciado lamentablemente por un cuerpo normativo deficiente que traspolara erróneamente una realidad francesa ajena a la española, cometió así el Código Varela sino el error más grande de la historia del derecho administrativo argentino, sí el que más ha tardado en pagarse: adoptó en la instrumentación del precepto constitucional bonaerense de 1889, un sistema como el español, contrapuesto en forma clara con el de raíz norteamericana elegido por nuestra Constitución Nacional –como surge de su Art.100 (hoy 116), fiel reflejo de la Constitución Norteamericana de 1787- y sostenido en el orden federal, a pesar de las discusiones suscitadas durante su trámite parlamentario por la ley 3952” (TAWIL, Guido S. “El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso administrativo provincial argentino”, en BIANCHI, Alberto B y TAWIL, Guido S. “Proceso Administrativo y Constitucional”, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As.)

28 TSJNQN, RI Nros. 1247/95; 708/92; 1504/96, 2589/00, entre otras.

29 TSJNQN RI Nros. 2772/01 “Rodríguez Díaz” y 2810/01 “Filipponi”.

derecho privado (Código Civil). No obstante ello, la responsabilidad de los poderes públicos constituye un instituto de corte claramente *ius-publicístico*<sup>30</sup>.

3) “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. Por ende, este tipo de responsabilidad, no es general ni absoluto, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses de los particulares”<sup>31</sup>.

4) “La competencia del Tribunal Superior de Justicia en materia contencioso administrativa comprende, entre otros, aquellos supuestos en los que se pretende hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los perjuicios sufridos como consecuencia de la actividad estatal en el marco de una relación jurídica de derecho público o derivados de la lesión a un derecho subjetivo de igual carácter”<sup>32</sup>.

5) El Art. 2 ap. a) inc. 4 de la Ley 1305, en cuanto incluye expresamente dentro de la materia procesal administrativa a la impugnación de “los actos que resuelvan sobre todo tipo de reclamos por daños ocasionados por agentes, cosas o hechos de la Administración Pública que se produzcan por incumplimiento o con relación a una vinculación especial de derecho público, contractual o reglamentaria”, se refiere a la Administración Pública en sentido amplio, “comprendiendo a toda la esfera estatal, a la responsabilidad de todos los Poderes Públicos”<sup>33</sup>.

Con fundamento en tal temperamento, el Tribunal se consideró competente - por ejemplo- en un reclamo por *error judicial*, en el cual se demandaba el resarcimiento de los daños ocasionados por el dictado de una orden de detención –a la que el actor calificaba de infundada e irrazonable- efectivizada por personal de Gendarmería Nacional<sup>34</sup>.

De igual modo se pronunció ante el pedido de reparación de daños y perjuicios derivados de la posible responsabilidad del Estado por omisión en la prestación del servicio de seguridad, encuadrando tal caso en el supuesto de responsabilidad del Estado por falta de servicio<sup>35</sup>.

Finalmente en materia de responsabilidad contractual, la competencia del Tribunal es clara, en la medida que, lógicamente, se predetermine la naturaleza administrativa del contrato. En este punto se ha expresado que a efectos de considerar y asumir el Tribunal “...su competencia originaria en materia procesal administrativa, debe verificar si la relación contractual base de la demanda, se rige por disposiciones de derecho público, poniendo especial consideración en la existencia de un régimen exorbitante del derecho privado aplicable a la vinculación contractual. Esta circunstancia impone la necesaria aplicación de normas de derecho público para la solución de los conflictos jurídicos sometidos a su decisión jurisdiccional, sin perjuicio de que pudieran aplicarse a tales litigios, analógicamente, normas de derecho privado, a efectos de llenar lagunas del régimen jurídico de derecho local aplicable al vínculo contractual en cuestión...”<sup>36</sup>.

---

30 TSJNQN R.I.2810/01, cit.

31 TSJNQN R.I.2810/01, cit

32 TSJNQN RI Nros. 1642/97; 1606/97; 1607/97 y 2846/01.

33 TSJNQN RI. Nros. 1642/97; 1606/ 97; 1607/97, 2772/01, 2846/01.

34 TSJNQN R.I.2772 y 2846 cit.

35 TSJNQN RI. 2810/01 cit, RI 2679 “Fuentes Romero”.

36 TSJNQN RI N° 4243 del 7/7/2004 dictada en autos “Albo Graciela Esther c/ Municipalidad de Villa El Chocón s/ Cobro ordinario de pesos”.



### III.2°) La responsabilidad contractual: ineficacia del vínculo contraído ilegítimamente.

#### a) Criterio general del Tribunal.

El Tribunal Superior de Justicia local ha sostenido invariablemente que en la responsabilidad contractual –a diferencia de lo que acontece en la aquiliana- la ley no define el contenido concreto del acto ilícito, sino que lo hace por remisión a las obligaciones que surgen del propio nexo convencional<sup>37</sup>. Agrega que *“...la situación de incumplimiento material resulta ser el presupuesto necesario de todo juicio de responsabilidad contractual...”*<sup>38</sup>. De allí en más la mayor o menor amplitud del resarcimiento dependerá de cada supuesto particular y la actividad probatoria que despliegue cada parte en el caso concreto; en especial la demostración del daño<sup>39</sup> y la relación de causalidad entre este y la conducta desplegada por la Administración contratante.

Como hemos visto, ante la ausencia parcial de un régimen local que abarque todos los ámbitos de la responsabilidad estatal -pese a entender que el instituto es de raigambre constitucional y encuentra su apoyatura directa en los principios que rigen en el Estado de Derecho- la praxis jurisprudencial fué consolidando diversos parámetros o criterios en la materia.

Se ha señalado de esa forma que si bien tal instituto se encuentra en el campo del derecho público, ante la inexistencia de norma específica que contemple la situación, y por tratarse de una relación inmersa en la órbita contractual corresponde la aplicación analógica de las prescripciones emergentes de los artículos 512 y ccs. del Código Civil<sup>40</sup>.

Sostuvo también el cuerpo que la procedencia de la responsabilidad del Estado en el ámbito contractual por actividad ilegítima se conforma una vez acreditados los siguientes extremos: a) configuración de daño cierto, b) existencia de un incumplimiento contractual y su imputabilidad a un órgano del Estado, y c) la relación de causalidad entre el incumplimiento estatal y el perjuicio<sup>41</sup>.

En este sentido, el Tribunal en el caso “Palacios” sostuvo que *“...la admisión de la responsabilidad contractual del Estado en el ámbito del derecho público, en los casos concretos dependerá, a más de ello y entre otras cosas, de la acreditación del*

37 Conforme Acuerdo N° 963 del 24/11/2003 en autos “Lopez, Jorge Carlos c/ Municipalidad de Neuquen s/ Acción Procesal Administrativa”. Igual criterio en Acuerdo N° 826. “B.R.D c/ Municipalidad de Neuquén s/ APA”, entre otros.

38 Agrega el Tribunal en el Acuerdo antes citado que “El incumplimiento aparece así, como un hecho jurídico negativo, que produce efectos en razón del hecho jurídico positivo que lo precede, la existencia y exigibilidad de la obligación, y a la que se atribuye el carácter de ilícito en su materialidad...”.

39 Es oportuno destacar el criterio consolidado del Tribunal al reconocer la procedencia de la reparabilidad del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual del Estado –Acuerdo N° 772 de fecha 04/07/2001 in re “Palacios”, entre otros. En tal línea sostuvo que “... el daño moral en materia contractual no se presume, y para su procedencia, se debe examinar con rigor estricto en su ponderación, tanto lo concerniente al comportamiento de la parte que se dice incumpliente, como lo atinente a la apreciación de las repercusiones que pudo generar y que, ciertamente, deben trascender de las inherentes a todo genérico incumplimiento, y a las simples molestias, inquietudes o desasosiego, al que pudiera dar lugar”. (Acuerdo N° 709 del 26/02/2001 “Sandoval”).

40 TSJNQN Acuerdo N° 769 de fecha 02/07/2001 “Lavagno”, entre tantos otros.

41 Conforme criterio adoptado en el precedente “Prieto”, Acuerdo TSJN N° 703 de fecha 26/02/2001.

*perjuicio que deba ser reparado. Sin la existencia de ese menoscabo o deterioro, la responsabilidad no se pone en movimiento, a poco que se advierta que el perjuicio es un elemento esencial de la responsabilidad*<sup>42</sup>. Ello, siempre que el vínculo contractual gestado haya superado el test de legalidad al que debe someterse la actividad administrativa .

En efecto, indagaremos en este punto la postura jurisprudencial asumida en el derecho provincial, en relación a la contratación perfeccionada por el Estado en violación a las formas esenciales –procedimiento– exigidas para conformar tal vínculo.

Se advierte - por una parte - un posicionamiento similar al asumido por la Corte Federal en los precedentes “Mas Consultores Empresas S.A.”<sup>43</sup>, “Carl Chung Ching Kao”, “Servicios Empresarios Wallabies S.R.L.”<sup>44</sup>, “Ingeniería Omega S.A.”<sup>45</sup>, “Exolgan S.A.”, y, recientemente, el caso “El Rincón de los Artistas S.R.L.”<sup>46</sup>, entre otros.

Todos ellos parten de considerar que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, siendo ello un presupuesto fundamental de las pretensiones resarcitorias alegadas con base en tales relaciones<sup>47</sup>.

El tribunal neuquino en los precedentes “Cotravi” y “Aroca”, entre otros, fijó el criterio de invalidez del vínculo contractual perfeccionado con apartamiento de las formas establecidas por el ordenamiento local, restando eficacia a tales relaciones desde el plano de la responsabilidad contractual del Estado, justamente por inexistencia de tal vínculo.

Específicamente en “Aroca”<sup>48</sup> –contrato de locación de servicios- el Tribunal afirmó la imposibilidad de aceptar en los contratos administrativos la tácita reconducción<sup>49</sup> “...toda vez que la Administración Pública está sujeta a procedimientos estrictos para la formación de los contratos administrativos a los que debe atenerse, por imperio legal...”. Reconoció, en cambio, el deber de la Administración de oblar los trabajos prestados por la contratista con posterioridad al vencimiento del plazo originario, con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa<sup>50</sup>.

---

42 TSJNQN “Palacios” cit.

43 CSJN del 01/06/2000.

44 CSJN del 11/07/2000 (LL 2000-F, 373).

45 CSJN del 05/12/2000.

46 CSJN del 30/09/2003 (LL 03/03/2004).

47 En igual sentido la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que “En este orden de ideas, considero que, la contratación de que se trata está viciada de nulidad absoluta, por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación (Conf. Artículo 14 inc. a) Ley N° 19.549 (B.O. 27-04-72)”. (PTN Dictamen N° 505, 21 de octubre de 2003).

48 TSJNQN Acuerdo N° 939, de fecha 03/09/2003 “Aroca Teodoro c/ Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/ acción procesal administrativa”.

49 El actor reclamaba la indemnización de los daños y perjuicios que le había provocado la -a su criterio- ilegítima rescisión del contrato de locación de servicios y el no pago de determinadas facturaciones. Todo ello sobre la base de un contrato reconducido tácitamente.

50 Agregó el Tribunal: “...El fundamento de esta teoría se encuentra entonces, en un principio ético, a partir del cual, nadie –siquiera el Estado, no tratándose de una carga pública– se encuentra habilitado para obtener una ventaja patrimonial que no se conforme a la justicia y a la equidad...”. Y, siguiendo a Fiorini explicó “... el principio del

En el caso “Cotravi”<sup>51</sup> – contrato de obra pública<sup>52</sup> - se enfatizó la sujeción de la voluntad administrativa en lo atinente al plano contractual *“tanto en su formación como en su exteriorización, a procedimientos determinados por el derecho público local...”*.

Así, observó que si la regla en el ordenamiento provincial es la licitación pública –conforme artículo 224 de la Constitución local– con las excepciones legalmente previstas, y la Administración invoca la opción de excepcionalidad a tal régimen por razones de urgencia que a la postre resultan desvirtuadas, cabe sostener la ilegalidad del vínculo contractual concertado. De tal forma, y encontrándose condicionada la validez de los contratos que la Administración celebra al pleno acatamiento de los recaudos de forma y procedimientos de contratación, los vicios en tales elementos y sus consecuencias se proyectan directamente sobre el contrato, privándolo con iguales efectos de toda validez<sup>53</sup>.

Decretada - aún de oficio - la inexistencia del contrato administrativo, ingresó el Cuerpo al análisis de las consecuencias de tal vínculo contractual ilegítimamente construido, a través del instituto del enriquecimiento sin causa<sup>54</sup>.

Vemos de tal modo que el criterio del Tribunal reside en privar de todo efecto a los contratos ilegalmente conformados, desechando la responsabilidad estatal por su incumplimiento y desplazando el análisis de la cuestión a la eventual configuración de un enriquecimiento incausado.

b) ¿Se aplica tal criterio en materia de empleo público?

El temperamento reseñado precedentemente no adquiere igual alcance en lo atinente al contrato de empleo público<sup>55</sup>.

---

enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo no acentúa el concepto privatista del empobrecimiento del otro sujeto, pues su prueba material se presenta en forma muy difícil e imposible. El enriquecimiento se sustituye con el aporte particularizado en beneficio del interés público... frente a este beneficio apreciable debe manifestarse el otro dato de la falta de retribución o compensación por la gestión o el objeto aportado... No se trata sino de la aplicación del principio que los trabajos personales o la entrega de bienes privados no se pueden presumir gratuitos”; dicho autor destaca dos fundamentos: necesidad y utilidad “que inciden en la apreciación de tal enriquecimiento en el derecho administrativo, considerando que la necesidad del servicio debe aunarse que la utilidad producida justifica el derecho de la compensación cuando el servicio o aporte fue necesario y aún con todos sus vicios causa utilidad”.

51 TSJNQN Acuerdo N° 786 del 31/08/2001 “Cotravi Ltda. c/ Municipalidad de Picun Leufu s/ acción procesal administrativa”.

52 La actora reclamaba el pago de certificados de obras impagos, más los daños y perjuicios provenientes de la rescisión contractual.

53 Destaca en el decisorio el Tribunal la facultad del Estado de “ampararse en ciertos vicios del procedimiento que no pueden ser desconocidos por su cocontratante, para anular el contrato resultante de dicha licitación...”.

54 Resume su postura al decir “La cuestión queda así delimitada al criterio utilizado para la cuantificación de la obra que fue útil y que, por esta razón, es que se ha definido como enriquecimiento sin causa, y la demandada debe soportar...”.

55 En cambio, en casos encuadrados en lo que la doctrina ha denominado “funcionarios o empleados de facto o de hecho” –continuidad en la prestación de contratos ad-hoc una vez expirados sus términos- probada que fuera la prestación de los servicios, se impone la obligación de Estado de resarcir por los servicios prestados con fundamento en los beneficios que recibió como consecuencia de su actuación – conforme doctrina Acuerdo N° 776 del 10/08/2001 “Brizuela”-

En efecto, en este plano se sostiene la *purificación* del procedimiento inválidamente adoptado en la contratación del empleado, resolviéndolo a favor de este, ya sea a través de la figura del fraude y/o de la interversión del título.

A diferencia del criterio general en materia de contrataciones públicas ya comentado, se convalidan tales contratos y se declara la estabilidad del agente público.

Se dispensa de ese modo la ausencia del recaudo del concurso previo que tiende a probar la idoneidad del futuro agente y que –al igual que la licitación pública- es exigido por la Carta Provincial en su artículo 59.

Precisamente, la jurisprudencia provincial ha entendido -con relación al empleo público- que transcurrido el plazo estatutariamente previsto para la duración del carácter transitorio del contrato de empleo<sup>56</sup> –un año, tres o cinco, según sea el estatuto aplicable- el agente *de pleno derecho* concreta en su persona el derecho subjetivo a la estabilidad en sentido propio<sup>57</sup>. Ello en forma automática, sin necesidad de acto formal alguno, ni procedimiento que permita acreditar su idoneidad.

Utiliza para arribar a tal conclusión el Tribunal el concepto civilista de la *"interversión del título"* fundado en el paso del tiempo –en algunos casos más de un año contratado-. En suma, regulariza aquello que ha nacido contrariando a la norma (ausencia de examen de idoneidad previo y acto expreso de ingreso formal a los cuadros de la Administración)<sup>58</sup>.

---

56 Entiende que "...en casos de fraude –cuando la temporalidad se use para violar el principio de estabilidad en el empleo público- nada obsta a que se anulen estos actos de segregación viciados por este defecto..."(TSJNQN Acuerdo N° 709 "Sandoval"). Ver -para confrontar- la postura sostenida por Bidart Campos, en su artículo "El status del personal transitorio en la Administración" ED 125-504.

57 TSJNQN "Gutiérrez, Francisco José s/ Acción de Inconstitucionalidad" (Acuerdo N° 115 del 27/11/1984.): "...El análisis del dispositivo mencionado en último término (Art. 14 bis C.N), conduce a la conclusión de que la estabilidad del empleado público no se agota en la mera indemnización sustitutiva, puesto que claramente el texto enuncia dos conceptos que ha querido distinguir: la referida estabilidad y la protección contra el despido arbitrario. Es evidente que si ambos significaban lo mismo en la inteligencia del constituyente, bastaba con la mención de la última fórmula comprensiva de la totalidad de la casuística en las relaciones laborales y en el empleo público. La inclusión, pues, de ambos conceptos en la redacción, indica explícitamente que es diferente la tutela que se programa en el ámbito del derecho privado de la que se proyecta para el campo del derecho público".

58 TSJNQN "Fuentes, José Norberto c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Acuerdo N° 540 del 05/08/1998), fallo en el cual se reiteran los términos del precedente "Gutiérrez" para concluir que "La estabilidad del empleado público consagrada en la constitución Nacional es una estabilidad en sentido propio, una estabilidad que enmarca las prerrogativas administrativas, en beneficio del empleado". De tal modo -y frente a la negativa de la Administración de reconocer estabilidad a un agente que había sido contratado en forma sucesiva en más de treinta y seis oportunidades por períodos de un mes- el tribunal partió de la siguiente premisa, "El nombramiento en carácter de contratado no se convierte en definitivo por el mero transcurso del tiempo". Pero sin perjuicio de ello, entró el cuerpo a analizar los mecanismos por los que el paso del tiempo puede consolidar derechos respecto del agente, resultando norma de aplicación el estatuto de personal de la provincia, que consagra el derecho a la estabilidad pasados tres años de servicios continuos o cinco discontinuos, considerándose que tal prescripción "aparece RAZONABLE, dado que algún límite debe fijarse a la transitoriedad, y puesto que lo contrario importaría una situación de irritante desigualdad con respecto al personal de Planta Permanente, posibilitando que se cometan abusos por parte de la Administración, al mantener en estado de inseguridad "sine die", respecto de la estabilidad, y negándoles el derecho a la carrera administrativa, a agentes públicos de reconocida capacidad e idoneidad para el cargo". Agregó que "Es innegable - como se viera- que la Administración tiene el derecho de contratar personal, al margen del régimen de empleo público,

Postura contraria por cierto a la sostenida por la Corte Federal al aseverar que *“El sometimiento voluntario, sin reservas expresas, a un régimen jurídico comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior mediante el recurso extraordinario”*, y que *“La aceptación de un contrato de servicio, presidido por un régimen permanente de inestabilidad, veda a quien lo ha consentido reclamar en su transcurso los derechos emergentes de la estabilidad del empleado público, dado que, de otro modo, se violenta el principio que impide venir contra los propios actos”*<sup>59</sup>.

Como sabemos, ha sostenido reiteradamente el Alto Tribunal que *“el mero transcurso del tiempo no puede trastocar la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración”* y que *“el carácter permanente de las tareas asignadas al contratado tampoco importa borrar el título que dio origen a su nombramiento como transitorio”*<sup>60</sup>.

Regresando al esquema interpretativo provincial, se observa un trato diferencial respecto del contrato de empleo público: en tal campo se consolida el derecho adquirido en violación a los procedimientos esenciales –prueba de la idoneidad a través de un mecanismo legal especialmente previsto para su constatación en un marco de igualdad-, mientras que no se convalidan los otros vínculos formados en violación a otros procedimientos esenciales –partidas presupuestarias previas, mecanismos de selección legalmente previstas, prórrogas contractuales, etc. -.

En tales supuestos se opta por indemnizar por la teoría del enriquecimiento sin causa, mientras que en el contrato de empleo público se otorga el derecho a la estabilidad.

Ello en alguna medida comporta un desplazamiento en el exámen del interés público en juego<sup>61</sup>, como elemento de valoración de las relaciones que desde el Estado se forjan; visión a la que ciertamente no ha de escapar la categoría del empleo público.

En tal sentido, y tomando el criterio de la Corte Federal confrontado con el sistema de responsabilidad provincial, no podría validamente adquirirse un título -

durante un lapso determinado y para satisfacer necesidades puntuales y no permanentes de su funcionamiento. Es cierto también que puede prorrogar ese contrato y/o firmar nuevos contratos temporarios con el mismo. Pero lo que la Administración no tiene es el derecho a mantener sine die en una situación indefinida a parte de su personal". E indagando la ratio legis de la normativa en análisis concluyó que: "El régimen del contrato por tiempo determinado en el marco de las actividades del Estado tiene por función salvar cuellos de botella temporarios en el funcionamiento de la Administración, y hasta es dable admitir que signifique un virtual período de prueba del desempeño de su personal, de modo de pasar a planta permanente sólo a los empleados temporarios más dispuestos, inteligentes, capaces o trabajadores. Pero el régimen de contrato a plazo no puede significar un sistema para procurarse a muy bajo costo, y sin protección alguna del empleado, un servicio totalmente normal y permanente".

59 CSJN "Filgueira de Alvarez, Ana M. c. Gobierno nacional -Ministerio de Economía- Instituto de Obra Social" del 20/10/1987 (LL 1988-B, 388 - DJ 1988-2, 187 - JA 988-I, 109).

60 CSJN "Rieffolo Basilotta" (Fallos 310:195), "Jasso" (Fallos 310: 1390), "Marignac" (Fallos 310: 2927), "Galiano" (Fallos 312:1371), Castelluccio" (Sentencia del 05/10/1999), "Vaquero" (sentencia del 23/08/2001).

61 Bien ha explicado Eduardo García de Enterría que "...Lo público, lo general, lo común es un concepto ampliamente indeterminado de muy amplio espectro, sobre cuya extensión concreta caben incluso polémicas políticas o interpretativas, pero que puede funcionar y funciona para excluir ciertas actuaciones y para incluir otras, como un canon delimitador, pero que se hace bastante preciso en cuanto es cuestionado en un caso concreto" – ("Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado" REDA N° 89 -1996- pág. 69).

estabilidad— desde la ilegalidad; debiendo —a todo evento- ser el funcionario responsable de contrataciones irregulares el legitimado pasivo ante tal contienda.

Ello, claro está, presuponiendo que el afectado — contratado— pudiera acreditar la lesión cuya indemnización pretende resarcirse.

III.3°) El caso de la omisión en el control de actividades concesionadas

¿Cuándo se genera el deber de reparar la omisión del ejercicio del poder de policía de una actividad concesionada?

Liminarmente diremos que el derecho provincial neuquino ha receptado la procedencia de la responsabilidad por omisión de parte del Estado y/o de los concesionarios de los servicios públicos.

Pese a que en ciertos casos se ha admitido la competencia originaria del Tribunal Superior<sup>62</sup> en la materia; la gran mayoría de estas contiendas tramitan en las instancias inferiores en el fuero civil, ante la falta de oposición de excepciones por parte del demandado —provincia, municipio, concesionarios, etc.-

Generada la obligación de actuar de la Administración, la omisión de tal cumplimiento —según los casos— se transforma en la plataforma necesaria para analizar la procedencia del reclamo indemnizatorio.

Cabe en tal contexto preguntarnos si debe responder el Estado por su omisión cuando el “usuario” ha forjado tal condición en forma ilegítima.

Aquí regresamos nuevamente al plano jurisprudencial para referirnos a un reciente pronunciamiento de la justicia civil provincial sobre la cuestión.

Los actores reclamaban la pertinente indemnización proveniente del fallecimiento de su hijo menor provocado por un accidente con una conexión clandestina de cables que conducía energía eléctrica en un asentamiento ilegal. Demandaron a la Cooperativa concesionaria del servicio conjuntamente con la Municipalidad concedente.

El Juez de Primera instancia hizo lugar a la demanda pero *condenando al poder concedente y no a la concesionaria*<sup>63</sup>. Basó tal decisión en la obligación del Estado Municipal de adoptar medidas que protejan y tornen operativos los derechos fundamentales del hombre consagrados en la Carta Provincial.

Extrajo así del principio de juridicidad del Estado la obligación de resarcir frente al ciudadano todo daño originado en un hecho u omisión culpable, para fundar en el caso concreto la obligación exclusiva del municipio concedente de responder por

---

62 “La competencia del Tribunal Superior de Justicia en materia contencioso administrativa comprende, entre otros, 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... (Cfr.RI.1642/97;1606/97;1607/97), resultando aplicable al subéxamine tales principios, aún tratándose de inactividad u omisión de las obligaciones por parte de la administración, impuestas por el ordenamiento jurídico.” (TSJNQN RI.2810 cit).

63 Juzg. 1° Inst. C.C.y de M. N° 4 de Neuquen Capital, sentencia del 28 de Noviembre de 2003, en los autos “Cañupil Juan Carlos y otro c/ CALF y otro s/ Daños y perjuicios”.

omisión en el cumplimiento de sus obligaciones inherentes al poder de policía y poder regulatorio del servicio concesionado.

En palabras del sentenciante, *“...el Poder de Policía lo sigue manteniendo el poder concedente, y no demostró como es su carga hacerlo que correspondía a la concesionaria adoptar las medidas necesarias que impidieran el lamentable suceso que segó la vida de E.. La Municipalidad debió adoptar esas medidas y no imputar responsabilidad a CALF (cooperativa concesionaria). Es por ello que tendrá que responder la Municipalidad demandada, por los daños que padecieran los actores, no así la codemandada CALF.”*

Apelada tal sentencia, la Cámara en fallo del 13 de abril de 2004, extendió la condena en forma solidaria al concesionario –Cooperativa– por su responsabilidad objetiva respecto del servicio que presta por concesión.

Argumentó que la omisión del concesionario en sus obligaciones de control causante de un daño genera su deber resarcitorio en forma solidaria con el Estado Municipal<sup>64</sup>.

Puntualmente y en relación con el status de usuario adquirido ilegítimamente la Cámara soslayo su implicancia en el resolutorio, aduciendo que el deber objetivo de reparar es independiente de la calidad de clandestinidad o legalidad del usuario, amén de agregar *“... que no existe denuncia de delito alguno<sup>65</sup> por parte de las demandadas y como ya dijera ante el conocimiento público y de las propias accionadas respecto del uso de la electricidad en los asentamientos de la ciudad de Neuquén, estimo que conceptualmente no podemos definir como "clandestina" dicha situación...”*

Finalmente y en lo atinente a la responsabilidad del Estado Municipal, la misma fue situada dentro de la omisión en el ejercicio de sus obligaciones inherentes al poder de policía. Se aplicó para ello una fórmula genérica: incumplimiento en el control del servicio prestado por un tercero, en forma adecuada e idónea en la satisfacción del interés público<sup>66</sup>. La decisión jurisdiccional se funda en el art. 1074 del Código Civil.

---

64 Sostuvo la Cámara: *“...De ello se desprende que existe por parte de la concesionaria del servicio una responsabilidad de carácter objetiva. Teniendo en cuenta lo expresado y el carácter objetivo de la responsabilidad que le cabe a la concesionaria, estimo que su conducta por omisión contribuyó a la producción del siniestro, por cuanto conforme lo establecido en el Art.902 del C.Civ. incumplió su deber de obrar con prudencia al no efectuar el control y reparación del tendido eléctrico, y la víctima sufrió el daño a raíz de la existencia de una cosa riesgosa, cuya previsibilidad debió tener en cuenta C.A.L.F. y ante tal omisión debe responder por las consecuencias dañosas de la misma, ya que frente al usuario (clandestino o no, situación además que debió ser conocida por C.A.L.F) la empresa asume claras obligaciones jurídicas, independientemente de que la Relación sea contractual o extracontractual, por cuanto su responsabilidad tiene fundamento objetivo y sólo puede eximirse acreditando la ruptura de la cadena causal, lo que en el presente caso ni siquiera se ha intentado. Por otra parte y tratándose de responsabilidad objetiva, amén de que en el presente caso estimo que además corresponde la imputación de culpa en el obrar de la demandada Art.1109 C.C.-, dado el estado de mantenimiento de los elementos componentes del servicio eléctrico, y es de aplicación el Art.1113, 1° Párr. Del C.Civ, siendo la propietaria del tendido eléctrico, sirviéndose del mismo y teniéndolo a su cuidado. La cooperativa demandada es responsable por haber mantenido la línea en mal estado y no haber tomado ningún recaudo de control o de vigilancia para que la misma no constituyera una cosa peligrosa capaz de provocar el daño que finalmente causó”*.

65 Los actores expresamente reconocieron estar “enganchados” al servicio de energía eléctrica en un asentamiento.

66 Textualmente sostuvo: *“La responsabilidad del Estado surge de la verificación de su omisión respecto del deber de control que debió ejercer conforme el poder de policía respecto del servicio público de electricidad y esa falta de accionar hace que su abstención sea antijurídica. Si bien la Municipalidad ha delegado en la concesionaria la ejecución*

Si bien el caso se encuentra en casación civil, resulta oportuno recordar que por principio general, las consecuencias dañosas provocadas por la prestación irregular del servicio concesionado, deben recaer sobre el concesionario. Se activa la responsabilidad subsidiaria del Estado en tal marco contractual – con matices -, fundamentalmente ante la insolvencia probada del concesionario, o ante los supuestos que tales consecuencias dañosas provengan directamente de instrucciones impartidas por el Estado en el marco contractual<sup>67</sup>.

En el caso que comentamos, la causa que motiva el fatal desenlace, se encuadra dentro del acceso ilegítimo o “de facto” a un servicio público – conexión clandestina-, y de cómo ello incide en el deber de responder del concesionario por el ejercicio irregular del control y reparación del tendido eléctrico. Obligación esta última asumida expresamente por aquel en el marco contractual de la concesión.

Desde la visión del concesionario, se sitúa en el marco contractual el estudio de la procedencia - en el caso concreto-, de la obligación de reparar los daños, por falta de cumplimiento de la obligaciones de vigilancia. Cuestión que no abordaremos aquí, pero que sí nos permite afirmar, en la especie, la ausencia de los recaudos que permitan extender la responsabilidad en tal marco hacia el Estado-concedente. Justamente, en el ámbito contractual, la previsión expresa en los contratos de concesión de la obligación del concesionario por su deber de vigilancia y seguridad, excluyen a la Administración concedente como centro de imputación de responsabilidad en el ámbito contractual.

En el ámbito extracontractual, la omisión debe provenir del incumplimiento de un deber específicamente establecido en el ordenamiento jurídico para una situación en concreto, cuyo incumplimiento provoque un daño susceptible de ser reparado. En palabras de Cassagne<sup>68</sup>, “la omisión antijurídica se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita ( artículo 1074 Código Civil) y no de un deber genérico o difuso”.

Desde tal perspectiva, no se advierte *qué deber legal* concreto debió asumir el Estado, cuyo incumplimiento permita proyectar su obligación de responder desde el ámbito extra contractual. No bastando la remisión a formulaciones de fines genéricos impuestos desde el estado de derecho, para fundar el deber de reparar por parte del Estado.

---

del servicio de electricidad, no por ello deja de ser responsable respecto de que dicha prestación sea adecuada e idónea en la satisfacción del interés público. Por otra parte las obligaciones que la misma le exige mediante el contrato de concesión a la codemandada, le impone a su vez el control del servicio conforme las facultades de que dispone y con la amplitud del Poder de Policía que le es propio, control que además es el resguardo que tiene el Estado para si en aras de una buena prestación del servicio. El incumplimiento u omisión en que ha incurrido la Municipalidad por haber omitido el deber de control hace a la ilicitud de su accionar, porque el daño provocado está casualmente ligado a tal conducta omisiva y no se hubiera producido si el control se hubiera ejercido debidamente y por ello corresponde la imputación jurídica como factor de atribución, existiendo por otra parte solidaridad en cuanto a la acción de la concesionaria respecto de la cosa riesgosa que ha causado el daño...”.

67 Ver al respecto la tesis sostenida por Alejandro Pérez Hualde, ob. cit.; Pablo Perrino, “ Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del estado por su actividad ilícita”, obra colectiva “Responsabilidad el Estado y del Funcionario Público”, Ed. Ciencias de la Administración, Bs.As. 2001.

68 Cassagne, Juan Carlos , “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”; en “Responsabilidad del Estado y del funcionario público ( Jornadas organizadas por la U.A., Fac. de Derecho). Ed. Cs. de la Administración. Bs.As. 2001



III.4°) El caso de la concesión de una cautelar y la responsabilidad del Estado provincial por la actividad judicial.

Otro caso que interesa comentar tangencialmente es el de la responsabilidad del Estado por su actividad judicial.

La Constitución Provincial en su artículo 40 establece que *“..La provincia indemnizará los perjuicios que ocasionen las privaciones de la libertad , por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales”*.<sup>69</sup>

Competencia originaria también del Tribunal Superior según se ha entendido en el precedente “RODRIGUEZ DIAZ”<sup>70</sup>, por la aplicación de normas de derecho público y la presencia de la Administración entendida ésta en forma genérica.

En suma, se admite la competencia del fuero procesal administrativo a fin de efectivizar tal responsabilidad dentro del marco fijado por el artículo 40 de la Constitución local.

En tal línea, merece comentario la controversia suscitada como resultado de un fallo del Tribunal que -acogiendo favorablemente la protección cautelar solicitada por el actor- motivó una acción en instancia originaria de la Corte Federal por reparación de los daños y perjuicios aducidos por el reclamante como derivados de un error judicial al conceder tal medida.

Oportunamente en los autos *"Comunidad Mapuche Zúñiga y otros c/ Dirección Provincial de Vialidad y otros s/ acción procesal administrativa"*, tramitados ante el Tribunal Superior de la Provincia, se resolvió<sup>71</sup> hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la actora, por la cual se ordenó a la empresa Agropecuaria del Sur S.A habilitar el camino que atravesaba su propiedad, levantando la tranquera existente y realizando las actividades necesarias a efectos de su correcta utilización, en la forma en que se venían ejecutando hasta la época en que se produjo el cierre de la vía.

Tal medida cautelar fue posteriormente dejada sin efecto al decretarse su caducidad<sup>72</sup> a pedido de la Sociedad afectada.

Pues bien, tal protección cautelar y su ulterior levantamiento por las razones expuestas, fueron la plataforma de la que partió la firma para solicitar -en la instancia de la Corte Federal- la indemnización de los perjuicios que aducía se produjeron por la medida, basándose en la responsabilidad del Estado Provincial por error judicial.

---

67 "... Al respecto y comentando nuestro precepto constitucional, Florentino Valerio Izquierdo, destaca: "Esta Constitución, contemporánea con las Provincias del Chubut, Formosa, Río Negro y Santa Cruz, ...contiene ...características especiales, que la distinguen de las demás. Mientras que la mayoría responsabiliza al Estado por errores judiciales en materia penal, tras un proceso de revisión, ésta consagra causales de responsabilidad más amplias... Por lo tanto, el damnificado ya no necesita la sentencia, ni mucho menos la revisión, bastándole que haya sufrido un perjuicio por la mencionada causal de privación de la libertad, cuando exista error o violación de alguna norma constitucional" ("La Responsabilidad del Estado por Errores Judiciales". pág. 51. ED. La Ley) –conforme cita efectuada por el Tribunal en el caso "Rodríguez Díaz".

70 TSJNQN RI N° 2.772 del 9/04/2001 "Rodríguez Díaz".

71 TSJNQN RI del 20 de abril de 1994

72 TSJNQN RI de fecha 6 de julio de 1995.

Tal pretensión fue rechazada por el Máximo Tribunal “...toda vez que no provocó un perjuicio irreparable cuyas consecuencias no hayan logrado hacerse cesar por los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin (Fallos: 308:2095; 317:1233). La existencia del error —ha dicho el Tribunal— debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del yerro (Fallos: 311:1007; 317:1233)...”<sup>73</sup>.

III.- 5º) *El funcionario y su legitimación pasiva para ser codemandado*<sup>74</sup> junto con el Estado: Artículo 124 ley 2141

a) De la responsabilidad del funcionario en general.

Bajo la premisa que la responsabilidad de los funcionarios públicos “debe establecerse no solamente con el objeto de indemnizar el daño – finalidad que se encontrará igualmente cumplida, si quien afronta el pago de dicha indemnización es el Estado, como ocurre generalmente, conforme la jurisprudencia de nuestros Tribunales nacionales lo demuestra- sino también, con el de hacerla recaer sobre el verdadero productor de aquél, a fin de contribuir a evitar la repetición de tales conductas”<sup>75</sup>, el derecho local regula fuertemente tal instituto<sup>76</sup>, principalmente a partir de la previsión del artículo 101 inc. 20 de la Constitución Provincial y la aplicación analógica de la normativa del Código Civil –Arts.1109 y 1112- por ausencia de reglamentación infraconstitucional.

En el precedente “Matousek”<sup>77</sup>, se fijaron los siguientes requisitos para la atribución del deber reparatorio al agente público: a) cumplimiento irregular de las funciones asignadas; b) causación del daño en el ejercicio de las funciones; c) factor de atribución de responsabilidad; amén de la ineludible existencia probada del daño. Se especificó que “el funcionario público, sólo es responsable cuando cumple irregularmente las funciones encomendadas, por lo que no responde si cumple regularmente sus funciones aunque cause daños a terceros, porque está ausente la antijuridicidad, presupuesto esencial de la responsabilidad por acto ilícito”.

Finalmente el Tribunal admite que el funcionario pueda ser codemandado conjuntamente con el Estado, ya que aquel es el titular de la relación jurídica en la cual se funda la pretensión.

---

73 Agregando que sin perjuicio de ello “...resulta evidente que los daños denunciados no parecen guardar la necesaria relación causal con la decisión judicial impugnada...”.

74 Es criterio del Tribunal considerar que “...la responsabilidad de los funcionarios públicos, debe plantearse conjuntamente con la del Estado, a fin de destacar no sólo la necesidad de indemnizar el daño –lo que puede efectuar tanto uno como otro, y generalmente lo hará el Estado- sino también de castigar al verdadero responsable de aquél, que es en la generalidad de los casos, el funcionario que lo cometió. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos, significaría en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales”. (TSJNQN Acuerdo N° 777 del 21/08/2001 “Matousek, José Luis c/Kloosterman Derlis y otro”).

75 Conforme criterio in re “Prieto” ya citado.

76 En el caso “Prieto” que venimos citando, se dá un argumento más en apoyo al carácter local del presente instituto al rechazarse la excepción de incompetencia solicitada por el codemandado quién consideraba a la justicia civil competente; en tal sentido se sostuvo: “...la necesaria aplicación de normas de derecho público local que regulan la función pública sostienen la competencia del fuero procesal administrativo ejercido por el TSJN”.

77 TSJNQN “Matousek” cit.

*b) De la responsabilidad en especial.*

Un tema que no debe pasar inadvertido en relación con esta temática, es sin dudas la responsabilidad del funcionario o agente en el cumplimiento de las reglas interpretativas del Tribunal Superior de Justicia en materia administrativa.

Como señalábamos al inicio del presente trabajo, el sistema provincial ofrece un sistema de responsabilidad directa y principal del agente, situando infralegalmente en el ejercicio irregular de su función la llave maestra de acceso a la imputabilidad directa.

El sistema procesal administrativo posee tal vez una pauta inexplorada para determinar algunos supuestos de irregular ejercicio en la función.

En efecto, el Código Procesal Administrativo prevé en su Artículo 65 la obligatoriedad para la Provincia, las Municipalidades, entes descentralizados y el Tribunal de Cuentas de la interpretación que de las normas efectúe el Tribunal en el “caso administrativo”.

Ello marca consecuencias directas en varias direcciones:

- i. corrección de la conducta administrativa, en tanto la jurisprudencia del Tribunal en la materia pretende ser ilustrativa y ejemplificadora evitando la reiteración de conductas del Estado unas veces equivocadas y otras ilegítimas.
- ii. invocación de los efectos “amplios” o expansivos de las sentencias judiciales que exceden el marco del “caso” y las partes allí involucradas; obligando al Estado a ajustar su actividad a tales pautas interpretativas. Sólo, claro está, en punto a la interpretación normativa.
- iii. ante la reiteración de una conducta contraria a las pautas interpretativas obligatorias del Tribunal Superior, se configuraría el *irregular ejercicio de la función administrativa* procediendo la demandabilidad directa del funcionario con el fin de resarcir los daños que tal conducta antijurídica provoca.

IV.- La responsabilidad y la tutela judicial efectiva: la demandabilidad del Estado y la ejecución de las sentencias condenatorias

Lógicamente el sistema que venimos comentando vería menguada su utilidad frente al ciudadano si a reglón seguido se consagrara la indemandabilidad del Estado o bien, la inejecutabilidad de las sentencias condenatorias<sup>78</sup>.

En este aspecto, el constituyente provincial también ha dado una respuesta categórica que se ha visto afianzada por el interprete.

---

<sup>78</sup> Acertadamente ha sostenido Gonzalez Pérez, Jesús “ La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido.” “El derecho a la tutela jurisdiccional”, Jesús González Pérez, pág. 338 .Tercera edición 2001, Civitas.

Así, a partir del artículo 254<sup>79</sup> de la Constitución, se ha edificado un sistema tendiente a efectivizar las sentencias condenatorias de contenido dinerario.

En este sentido, se sienta como regla primera la demandabilidad directa del Estado Provincial, sus entes descentralizados y las Municipalidades.

Frente a la eventual condena, goza la Administración de un privilegio de inejecutabilidad directa<sup>80</sup> que se extiende hasta la finalización del periodo de sesiones ordinarias de la Legislatura Provincial, correspondiente al año siguiente a la sentencia, ello con el fin de prever el cauce presupuestario del pago de dicha deuda.

Analizaremos el modo de hacer efectiva dicha condena dineraria en el modelo neuquino<sup>81</sup>.

#### IV. 1º) Funcionamiento del sistema

Como vimos, la norma mencionada establece un beneficio para que el Estado pueda programar el pago de su deuda, por medio de su inclusión en el presupuesto siguiente al de la ejecutoria.

En diversos fallos, desde “González Bernardo”, “Sepúlveda” y tantos otros, el Cuerpo ha delineado una doctrina tendiente al efectivo cumplimiento de las sentencias contra el Estado.

En un pronunciamiento del año 1997<sup>82</sup>, a partir de una presentación del actor el Tribunal desarrolló un análisis de esta cuestión desde distintas ópticas, arribando a la solución que luego habría de seguir aplicando.

Se expresó en esa ocasión que *“...la cuestión traída es pasible de un abordaje multifacético, pero no de una solución diversa, ya que cualquiera sea el derrotero que se siga, la respuesta es la misma: no procede convalidar que el estado evada indefinidamente, por una vía indirecta, el cumplimiento de sus obligaciones”*. Destacó que *“...es esencial que el Estado se someta a las reglas de juego de una sociedad*

---

79 “La Provincia, las municipalidades, las reparticiones autárquicas o autónomas pueden ser demandadas directamente ante los Tribunales provinciales, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de competencia federal, pero si fuesen condenadas a pagar sumas de dinero no se hará ejecución ni se trabara embargo alguno en sus bienes o rentas, debiendo en tal caso la Legislatura, en el periodo de sesiones ordinarias inmediato a la ejecutoria, arbitrar las formas de efectuar el pago, cesando el privilegio si así no lo hiciere. En la misma forma se procederá con los bienes pertenecientes a las empresas de servicios públicos”.

80 La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1982 de 07/06 ha explicado “...Adquiere especial relieve el cumplimiento del fallo cuando la parte obligada es una Administración pública, una entidad investida de poder, y, particularmente, cuando es el propio Estado...El respeto que de forma especial los Poderes Públicos han de otorgar a las libertades y derechos fundamentales, y la singular relevancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las resoluciones judiciales, obliga a que la Administración pública, y en su caso los Tribunales, adopten las medidas necesarias a fin de garantizar que el mencionado derecho constitucional [...tutela judicial efectiva...] adquiera plena efectividad, por lo que en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas...”; citada por González Pérez, ob. cit. .

81 Conforme Bozzano, Alejandra en investigación “Régimen Contencioso Administrativo Argentino” impulsado por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, ya citado.

82 TSJNQN “Gonzalez Bernardo c/ Provincia de Neuquen s/A.P.A”.

*democrática y una de ellas, tal vez una de las principales, es que toda persona debe honrar sus deudas, satisfaciéndolas puntualmente...”*

En tal línea el Tribunal Superior ha establecido una presunción respecto al trámite de comunicación de las deudas a la Legislatura Provincial ya que, habiendo recaído una condena firme, se entiende que la reserva presupuestaria ha sido realizada para el año inmediato posterior.

Igualmente, en la RI 2526/00<sup>83</sup> el TSJ ha considerado que la obligación de la previsión presupuestaria es carga del Estado, cesando su privilegio de inejecutabilidad cuando transcurrido el plazo establecido en el Art.254 de la Carta no ha efectuado la misma. Para así decidir sostuvo que si el Estado *“...pretende hacer uso del privilegio que le concede el Art.254 de la Constitución Provincial, debe comunicar a la legislatura tal eventualidad, si es que su contraparte no lo ha hecho previamente.”*

Naturalmente, nada impide que el particular realice la reserva presupuestaria mediante el libramiento del pertinente Oficio a Legislatura Provincial.

En igual sentido en la RI 3340/02<sup>84</sup> se recordó que *“...si bien es cierto que el Art.254 de la Constitución Provincial le otorga al Estado la posibilidad de previsionar el pago de sus deudas, concediéndole la ventaja de la inejecutabilidad directa... ello es así, en tanto no llegue a constituirse en una suerte de autorización para no cumplir las sentencias judiciales, puesto que justamente es el Estado, quien debe velar con mas ahínco por su respeto...”*

Tal como hemos dicho, el Tribunal, en una clara exégesis de la normativa vigente, entiende que es carga de la Administración efectuar la reserva presupuestaria, sin perjuicio que el particular, para facilitar su trámite, la realice.

Como bien dicen los fallos dictados, el plazo por el cual se difiere el cumplimiento de la condena para el año siguiente al de la ejecutoria -demorando en la práctica mas de un año el cobro- es “la última frontera” y no el comienzo del camino.

V.- La recuperación del sistema federal de reparto en materia de derecho administrativo

Siendo un instituto más del derecho administrativo, la responsabilidad del Estado en sus planos procedimental, procesal y sustancial debe ser regulada exclusivamente por las provincias <sup>85</sup>.

Dicha regulación se encuentra tan sólo predeterminada por los clásicos estándares federales establecidos a fin de dar cohesión a la federación en el sistema republicano de gobierno, permitiendo, entre otras argumentaciones posibles, el control de razonabilidad de las normas locales sobre la materia.

Siendo justamente tal carácter local el que obliga a su interprete -ante la ausencia de regulación local específica- a buscar la solución al caso en los demás

83 TSJNQN “Sepúlveda Laura c/ Consejo Provincial de Educación s/A.P.A”.

84 TSJNQN “Lavalle Cantarelli Miran E. C/ Instituto de Seguridad Social de Neuquen s/ A.P.A”.

85 Para utilizar la misma terminología empleada por el Codificador Provincial en la exposición de motivos de la Ley 1305.

ordenamientos publicistas provinciales<sup>86</sup> y aún en el de igual carácter en el sistema federal<sup>87</sup>. Como *última ratio* se debe recurrir al sistema del Código Civil, abrevando en su letra en el marco de la interpretación armónica a partir del carácter local del Derecho Administrativo.

Desde tal perspectiva federal, no se comparte el criterio adoptado por la C.S.J.N. en el precedente *"Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sandoval, Héctor c/ Provincia del Neuquén"* del 08/07/1997, y por el cual se revocará la sentencia del Tribunal local que había admitido la excepción de prescripción quinquenal prevista en el Art. 191 inc.a) de la Ley de Procedimientos Administrativos de esta provincial. Dicha ley *priva de todo efecto interruptivo de la prescripción a la demanda que deriva en un proceso que finaliza sin sentencia que resuelva el fondo de la cuestión planteada, o que concluya por inadmisión, desistimiento, caducidad de la instancia o excepciones previas*<sup>88</sup>.

Oportunamente, el TSJN<sup>89</sup>, haciendo mérito de tal disposición, declaró procedente la excepción de prescripción opuesta por el Estado Provincial ante el reclamo por daños y perjuicios impetrado por el actor como consecuencia de la rescisión unilateral de un contrato.

Para así decidir, el Tribunal Provincial no tomó en consideración –a los efectos de la interrupción- la intervención previa acaecida ante un tribunal incompetente – justicia laboral-, ya que ello no se encuentra previsto en el régimen administrativo local como causal de interrupción del plazo de prescripción.

Fundó tal postura, en que *"...los plazos de prescripción de la acción procesal administrativa, es un asunto sustantivo de la materia administrativa, que puede ser reglado en el ámbito provincial, sin que por ello se violenten principios constitucionales..."*<sup>90</sup>.

Ante el planteo de la perdidosa, en punto a la confrontación de tal norma del derecho administrativo con el artículo 3986 del Código Civil, la Corte Suprema Federal entendió que la regulación en la materia es resorte de la Nación por tratarse de *"aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores..."*<sup>91</sup>.

---

86 Sostiene acertadamente Jorge Salomoni, que "...para los casos de Estados federales como la República Argentina, el sistema instaurado por el Pacto de San José de Costa Rica, desde el otorgamiento por el constituyente de 1994 de jerarquía constitucional según lo establece expresamente el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, ha modificado el sistema federal de producción del derecho...Por lo tanto, un ciudadano de una provincia puede invocar el derecho de otra provincia que sea aplicable al caso, y que sea más protector de sus derechos, en situación del derecho sancionado en su jurisdicción territorial". En "La crisis del Estado" Sabino Cassese, Estudio preeliminar de Jorge Salomoni. Ed. Lexis Nexis. Bs.As. Mayo 2003.

87 No descartándose recurrir, previo a tal sistema civil, a las normas propias de los países del MERCOSUR según se presente el avance del proceso de integración en tal sub-bloque americano.

88 Conforme así lo dispone el artículo 194 de la ley 1.284.

89 TSJNQN RI. N° 1229 "Sandoval" del 22/07/1995.

90 Criterio anticipado en el caso "Buljevich", RI N° 1193 del 03/04/1995.

91 Ha sostenido la Corte Federal que "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, ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan" (Doctrina de Fallos: 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795 y los citados en éste, entre otros).

En tal sentido aclaró que “...La facultad del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo comprende la de establecer las formalidades necesarias para hacer efectivos los derechos que reglamenta. El efecto interruptivo del curso de la prescripción atribuido en el Art. 3986 de Código Civil a la demanda, aunque fuese planteada ante juez incompetente, constituye una formalidad propia del régimen de la prescripción liberatoria, comprendida dentro de las facultades de aquél para legislar de manera uniforme sobre los modos de extinción de las obligaciones, por lo que el superior tribunal no debió anteponer su ley local a dicho precepto de fondo...”

Tal criterio se integra dentro de la línea interpretativa brindada por la Corte Federal en relación a las normas locales de alcance tributario; en especial en el voto de la mayoría en el caso “FILCROSA”<sup>92</sup>. Allí la Corte al explicitar el estándar de “unidad del derecho”, afirma que es posible la aplicación de algunos preceptos del derecho civil al derecho administrativo y tributario. Para, desde allí, entender a la prescripción como una institución propia de las competencias delegadas por los Estados Provinciales en procura de esa unidad al Estado Nacional<sup>93</sup>.

Nótese en el voto de la disidencia de los Ministros Petracchi y Maqueda, una interpretación distinta de la unidad normativa y el sistema de distribución de competencias entre las Provincias y la Nación; en especial en el ejercicio de la potestad provincial para regular aspectos de la prescripción en la “zona” del derecho público – administrativo, tributario -. En tales votos la regulación local sobre la materia aparece como posible, pero sujeta a una suerte de “estándar” de razonabilidad: el plazo fijado por el código civil. Así, en su interpretación, consideran ajustado al “estándar” de unidad del derecho, la regulación provincial en materia de prescripción de los tributos cuyo plazo *no supere el máximo fijado por el Código Civil*.

Ciertamente, en una u otra visión de dicho “estándar” interpretativo, aparece en la doctrina de la Corte Federal un cercenamiento - con diversos matices - a una competencia local. Paralelamente las provincias, en sus códigos procesales administrativos, regulan específicamente este y otros institutos en el convencimiento de tratarse de una materia no delegada a la Nación<sup>94</sup>. Criterio consecuente del carácter local del derecho administrativo, y que no desconoce los puntos de contacto entre el derecho administrativo y el derecho civil, ni el control de razonabilidad que de las normas locales efectúa la Corte Federal.

En el precedente “Sandoval” citado, la Corte Federal descalifica ya no por *irrazonable* la previsión del derecho público provincial, sino por ser materia ajena al ámbito de las competencias provinciales.<sup>95</sup> En tal sentido desde la “unidad” del sistema el interprete adopta un criterio de razonabilidad a fin de unificar en sus topes máximos los diversos plazos de prescripción, recurriendo para ello - de estimarlo “razonable”- a la pauta temporal brindada por el Código Civil; más entender que las provincias no poseen competencia para regular las causales interruptivas del instituto de la prescripción en el ámbito del derecho administrativo, resulta una limitación que se aparta del sistema de reparto de competencias fijadas constitucionalmente.

---

92 Fallo del 30/09/2003.

93 Del voto de la mayoría

94 En tal contexto interpretativo se podría llegar a sostener - desde el estándar de unidad - inconstitucionalidad de la normas procesales administrativas provinciales que disponen la imprescriptibilidad del plazo para impugnar actos administrativos inexistentes.

95 Ampliar en “ El olvidado carácter local del derecho administrativo”, por Javier Urrutigoity. Estudios en Derecho Administrativo II, pg. 61. IEDA-CS de la Administración. Febrero 2000.

VI.- Los alcances de la responsabilidad estatal frente al interés público. La real vigencia de la responsabilidad del funcionario.

Por otra parte, frente a la temática que examinamos, consideramos apropiado enfatizar la importancia del adecuado balance del bienestar general como pauta rectora frente a la responsabilidad del Estado.

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional también han de brindar alguna pauta interpretativa en la materia, conforme lo aplicara en el precedente "CHOCOBAR" el Ministro Boggiano al fundar su voto en tal causa. Así *"el Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- prescribe que los Estados partes "se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles..."*. Por su parte, el Art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe el compromiso de los Estados partes de adoptar medidas *"hasta el máximo de los recursos de que disponga" para asegurar el goce de los beneficios que reconoce, entre los que se encuentra el de la seguridad social (Art. 9º)...*<sup>96</sup>.

Si a ello se le adicionan los estándares que se desprenden del sistema republicano de gobierno, y que obligan a las provincias a instrumentar sistemas de publicidad de los actos de los funcionarios y viabilizar mecanismos que efectivicen la responsabilidad de estos, quizás se imponga anteponer la responsabilidad directa y principal de los funcionarios por el irregular cumplimiento de sus funciones, por omisión o por acción.

Se refuerza tal hipótesis, en sistemas como el neuquino, que transforma en regla general de acatamiento efectivo para la Administración aquella interpretación de normas efectuadas en el caso particular. La reiteración de la conducta por parte del funcionario en contra de la interpretación brindada por el interprete en el caso individual, se convierte en ejercicio irregular de su función. Las consecuencias antijurídicas que ello provoca, deben ser imputadas a título principal y personal del funcionario, desplazando así la responsabilidad concurrente o primaria del Estado.

Habrá que procurar en el control y la responsabilidad del funcionario la vigencia real de la república. El interés público<sup>97</sup> tomado como pauta interpretativa por el

---

96 Se sostuvo en tal precedente "...Que el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece en su última parte, que aquéllos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.." (Del voto de los Jueces Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor).

97 Ha sostenido Fernando Sainz Moreno que "...el concepto de interés público es un elemento esencial del ordenamiento jurídico. La satisfacción del interés público constituye uno de los fines del Estado". Agregando, "...la idea de aquello que beneficia o interesa a todos prevalece sobre lo que interesa o beneficia a algunos, ha dado origen a la noción de «bien común» (Bonum commune, felicitas communis, bonum totius), cuya expresión en los textos políticos y constitucionales se realiza por medio de fórmulas («interés general», «bien de la Nación», «interés público», «salud



juzgador, permitirá la resolución del caso singular sometido a su decisión, sabiendo que impactará, sin dudas, más allá del interés individual cuya protección se requiere.

No debe olvidarse tal como lo sostuviera Martín Rebollo, que la responsabilidad patrimonial “...coadyuva a la eficacia porque enseña, en primer lugar, a cómo no debe actuar la Administración si quiere conseguir tales o cuales objetivos e influye, o debería influir, en el modo de actuación futuro que evite el daño y, en consecuencia, el tener que pagar una indemnización...”<sup>98</sup>.

## VII.- Reflexiones finales

Afirmábamos al comienzo del presente trabajo, que la responsabilidad en el derecho público provincial neuquino, se presenta a partir de un sistema armónico y eficaz.

Su regulación viene a reglamentar el sistema republicano de gobierno en un marco federal, ejerciendo competencias que son propias de las provincias y ajenas a la Nación.

No debemos perder de vista que el control como uno de los derivados del sistema republicano, se efectiviza no sólo por la responsabilidad innominada de una entelequia llamada “Estado”, sino más bien por la atribución directa al funcionario del deber de reparar, amén de la responsabilidad concurrente o subsidiaria de aquel.

La legitimación amplia permite sin mayores sobresaltos el control directo del ciudadano a través de la protección constitucional o simplemente administrativa de su derecho subjetivo público. Experiencia que debe ser trasladada al derecho público en general.

Es claro que para ello no solo debemos pedir responsabilidad ciudadana en el ejercicio de tal derecho; sino antes conciencia de institucionalidad republicana a quienes ocupan los espacios de poder.

Por su parte, la construcción jurisprudencial y doctrinaria de la ineficacia de los efectos del contrato inválidamente forjado ha de aplicarse como regla a todas las categorías contractuales. El empleo público quizás posea aún mayores razones para tal receptividad: debe ingresar quién es idóneo en un marco de igualdad. Lo contrario, viola el interés público presente en todas las manifestaciones del derecho administrativo, como estándar interpretativo y unificador.

En punto a la responsabilidad del Estado, su subsidiariedad como regla respecto de las acciones u omisiones de los concesionarios de servicios públicos no merece mayores discusiones.

Su procedencia en el ámbito extracontractual deberá ser ponderada prudencialmente en procura de no obtener – como sostuviera Nieto – estándares jurisprudenciales ficticios de normalidad de los servicios públicos a niveles

---

pública», etc.) que, aun teniendo significados en parte distintos, se suelen utilizar como sinónimos...” – (“Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico” REDA N° 08 -1976- pág.63).

98 Luis Martín Rebollo, Ob. citada.

desproporcionados con la calidad de los servicios del país. Y, agrego humildemente, no ajustados a una realidad cultural y social determinada, muchas veces estigmatizada por el desmanejo estructural de las finanzas públicas en una constante sensación de anomia jurídica<sup>99</sup>.

Aparece así la necesidad casi impostergable de sistematizar, los derechos públicos provinciales, su régimen de la responsabilidad del estado: deben cada uno de ellos contar con las pertinentes leyes de responsabilidad del estado y del funcionario provincial. La regulación ha de ser integral: sustancial, procedimental y procesal.

Por su parte, el Juez como interprete, ha de situarse en el punto justo entre la protección del afectado y el interés público que subyace en la actividad del Estado. Interpretando y aplicando el derecho administrativo desde su naturaleza local; debiendo recurrir, ante los vacíos legales existentes, a regulaciones similares de otras provincias.

Todo ello en el marco de un derecho administrativo que satisfaga aquella doble finalidad de “... *ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa.*”<sup>100</sup>.

---

99 Como sostuviera Cassagne, “el establecimiento de unos estándares de calidad y eficiencia – por mínimos que sean – pueden ayudar a que el sistema objetivo de la responsabilidad directa del Estado, edificado sobre la concepción de la falta de servicio, funcione de un modo más justo y, desde luego, proporcional a los recursos públicos. Dejar librada la determinación de estos estándares a la discrecionalidad de los jueces puede derivar en consecuencias disvaliosas para la seguridad jurídica, los derechos individuales y el propio interés público.” Cassagne, Juan Carlos, ob.cit.

100 “La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema”; Eberhard Schmidt-Assmann, pág. 27. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2003.