

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO EN UN RECIENTE PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

A propósito del caso “Friar S.A.”

EDUARDO MERTEHIKIAN*

Antes de ingresar a la exposición del tema para el que he sido convocado, quisiera renovar las expresiones de mi más sincero agradecimiento a las autoridades de la Universidad y en particular a la generosa actitud con la que siempre me han destacado la Doctora Miriam Ivanega y el Doctor Julio Pablo Comadira, quienes con su esfuerzo y dedicación han hecho posible la concreción de este tan importante y significativo acontecimiento académico del derecho administrativo argentino, cita obligada para quienes deseen estudiar y aprehender la disciplina.

I. EL CASO

El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa “Friar S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA s/ daños y perjuicios” (F. 1331.XL) del 26-9-2006, parece abrir un interrogante acerca de la consolidación jurisprudencial del reconocimiento de la responsabilidad del estado por su actuación administrativa.

Se trataba en el caso de una acción promovida por una empresa tendiente a obtener una reparación de los daños y perjuicios que –según su relato– se le ocasionaron por la prohibición de exportación de carne decidida por el Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) como medida de policía sanitaria ante la aparición de un foco

* Director de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap–*. Profesor Pro Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor del Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Rosario.

de fiebre aftosa por la introducción en el territorio argentino –mediante contrabando por la frontera con la República del Paraguay– de animales infectados con fiebre aftosa, basándose para ello en la “falta de servicio” de las autoridades nacionales al dictar el Decreto N° 1.324/1998, medida que prohibió la vacunación de los animales contra la fiebre aftosa que se venía practicando hasta el dictado de la misma.

La demandante –a su vez– le achacó esa “falta de servicio” en que conocida la aparición del foco infeccioso, las autoridades demoraron en hacer pública la situación y agravaron la propagación del virus en todo el territorio nacional. Estas circunstancias –continúa– subsistieron hasta que, mediante la Resolución N° 5 (*Boletín Oficial* del 20-4-2001), el SENASA volvió a introducir el Plan de Erradicación de la fiebre aftosa y la campaña de erradicación mediante vacunación obligatoria, entre otras medidas, y retornó a la política seguida con anterioridad al dictado del mencionado Decreto N° 1.324/1998.

Adicionalmente, y para el caso de que se considerara que la actuación estatal era lícita, la actora fundó también su demanda en ese ámbito, reclamando la indemnización de perjuicios que se le provocaron como consecuencia de tal legítima actuación.

La sentencia desestima ambos planteos y deniega el derecho de indemnización reclamado por la actora. Para así decidir, parte de la base de que la actuación de las autoridades nacionales involucradas fue regular, y que las medidas adoptadas no quedaron inscriptas en el concepto de la “falta de servicio” para cuya verificación “[...] no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama [...]”¹.

Del mismo modo, consideraron los jueces que formaron la mayoría de opinión, que la impugnación no estaba dirigida a la ilegalidad de las medidas adoptadas sino a su oportunidad, ya que la objeción –según se explica en el pronunciamiento– estaba orientada a la inconveniencia de haber declarado a la República Argentina país libre de la enfermedad sin vacunación.

Con sustento en las atribuciones que la Ley N° 24.305 le asigna al SENASA, la sentencia entiende que las medidas impugnadas –inscriptas dentro del ejercicio regular de la competencia atribuida– no pueden ser sustituidas por el criterio de los jueces y juzgadas según su propia discreción², añadiendo que no se verificaban en el caso las circunstancias reunidas en el precedente “Vadell, Jorge”, del año 1984 (*falta de servicio*), decisión judicial que definió un rumbo concreto en la jurisprudencia vernácula³.

En lo atinente al reclamo de resarcimiento fundado en la actuación lícita estatal, la sentencia (Considerando 8°) también desestima el planteo, recordando su criterio

¹ Considerando 6° del voto concurrente de los Jueces Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

² *Ibidem*, Considerando 7°.

³ *Fallos*: 306:2030.

de que –como regla–, tratándose de una actividad regular las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria, no dan lugar a indemnización, y cita –en su apoyo– una decisión suya recaída en la causa “Román S.A.C. c/ Nación Argentina”, del 13-10-1994 (*Fallos*: 317:1233)⁴.

Concluye afirmando que “[...] de tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto [...]”.

Ahora bien, no puede omitirse que la Ley N° 24.305 aprueba el Programa de Lucha Contra la Fiebre Aftosa, declarando de interés nacional la erradicación de dicha enfermedad de todo el territorio argentino (Art. 1°), y para ello –como se cita–, le asigna al SENASA el carácter de autoridad de aplicación de la ley (Art. 2°), confiriéndole al mismo tiempo un amplio conjunto de atribuciones de carácter técnico y de contenido discrecional, entendida esta expresión en el sentido de contar con un margen de aptitud suficiente para adoptar las medidas que el organismo estime apropiadas con tal propósito.

Entre dichas atribuciones, el Artículo 2°, inciso f), lo faculta a “adoptar y ejecutar todas las medidas técnicas apropiadas, incluso el sacrificio inmediato de los animales expuestos a un foco de fiebre aftosa, en caso de presentarse la enfermedad en una zona declarada libre y/o en áreas con condiciones sanitarias en las que el organismo de aplicación previamente así lo haya dispuesto”.

A su turno, y con relación a esto último, el Artículo 14, primer párrafo, de la Ley N° 24.305 dispone un derecho a indemnización *a valor de mercado* a favor de aquellos productores que se vean afectados por las medidas adoptadas en el marco de las atribuciones asignadas por el citado Artículo 2°, inciso f) o, en su caso, por la determinación de destino exclusivo a faena por razones sanitarias.

De lo expuesto surge con toda evidencia que, en ciertos casos, la adopción por el organismo de medidas dictadas en el ejercicio *regular* del poder de policía sanitario que la ley le ha conferido, hace nacer –no obstante– el deber de responder y el correlativo derecho de la víctima a obtener una indemnización que la ley erige con carácter integral (no otra cosa es *el valor de mercado* que ordena la disposición), y que se deriva como una consecuencia directa de dicha actuación estatal *regular*.

Con todo, el párrafo que causa verdadera inquietud en la sentencia anotada es el que finaliza el examinado Considerando 8°, cuando textualmente dice: “[...] En nuestro derecho *no existe norma o construcción jurisprudencial alguna* que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la Administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públi-

⁴ A mayor abundamiento, me remito al análisis que sobre la decisión recaída en la causa “Román” he dejado expuesto en *La Responsabilidad Pública*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, pp. 316-322 y p. 336 (nota 53).

cos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, *si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general* en la materia, sería imposible gobernar”.

No sobra señalar que esta consideración final no se encuentra reproducida en el voto concurrente de los jueces que conforman la minoría en el pronunciamiento⁵ (el subrayado es propio).

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN ORDEN A LA PRECEDENTE AFIRMACIÓN

El pasaje de la decisión precedentemente transcrito justifica formular algunas consideraciones.

(i) En primer lugar, que si bien debemos reconocer que es correcta la afirmación del texto, en el sentido de que no existe en nuestro ordenamiento constitucional una disposición semejante al precitado Artículo 106.2 de la CE, el cual dispone que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, no es menos cierto que el supuesto examinado en la sentencia no es de aquellos relativos a una reclamación de daños derivados de la prestación anormal o normal de un servicio público, en tanto y en cuanto –claro está– se asigne a esta última expresión un sentido estricto.

Con todo, hay que decir que la señalada fórmula contenida en el texto constitucional no evitó el intenso debate en la doctrina, ni tampoco la amplia casuística en la jurisprudencia de aquel país, respecto de cuando se está en presencia de un *funcionamiento anormal* del servicio público que de lugar a un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración pública⁶.

(ii) En segundo lugar, y no obstante el anterior reconocimiento, la ausencia de una norma semejante no fue óbice para que el mismo Tribunal, acudiendo a la fuerza normativa de la propia Constitución Nacional, dictara decisiones en precedentes tales como “Boccará, Armando” (17-7-1970), “Cantón, Elbio” (15-5-1979) y “Winkler, Juan León” (9-8-1983); procesos todos ellos en los que se debatían –análogamente al caso examinado– las consecuencias patrimoniales que para las víctimas se suscitaban por modificaciones normativas regularmente adoptadas en el ejercicio del poder de policía.

(iii) En tercer lugar, si fuera necesaria la invocación de un texto normativo expreso que rigiera situaciones análogas a las examinadas, constituiría argumento plau-

⁵ Conformada por las Juezas Highton de Nolasco y Argibay.

⁶ *Vid.*, entre otros, Fernando Garrido Falla, “Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial del Estado” en AAVV, *Estudios Sobre la Constitución Española*, Obra en Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III, pp. 2827-2861, especialmente pp. 2853-2855, Madrid, Civitas, 1991.

sible para fundar la responsabilidad del Estado por sus conductas lesivas, sean éstas o no regulares, el Artículo 83 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo (Decreto N° 1.759/1972), según el cual: “Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”.

Esta disposición, aplicable al organismo demandado y que, según así lo creemos⁷, ha recibido la influencia de las enseñanzas del Profesor Miguel S. Marienhoff⁸, configura un fundamento de orden positivo para fincar una oposición conceptual con el párrafo de la sentencia que hemos destacado.

No se nos oculta que del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el campo de la responsabilidad del Estado por su actuación normativa lícita, surge que el Tribunal ha sido siempre muy riguroso en el análisis de la concreta verificación –en cada caso– de los requisitos que la tornan procedente (v. gr.; imputabilidad, causalidad, daño o sacrificio especial y, más tarde, ausencia en la víctima del deber jurídico de soportarlo) y tan es así que ha exigido que la causalidad entre el obrar legítimo y el daño irrogado no solamente debe ser adecuada, sino también *exclusiva*, sin intervención extraña que pudiera interferir en dicho nexo causal (*vid.* “Ledesma S.A.”, del 31-10-1989)⁹, y la impresión que traduce el relato de los hechos que lleva a cabo la decisión es que no parece que este último requisito se hubiera configurado con nitidez, de tal manera que dicha ausencia sería suficiente para desestimar una pretensión indemnizatoria semejante.

(iv) En cuarto lugar, la responsabilidad del Estado no deriva de la ley, sino de la Constitución Nacional, pues como ha dicho nuestra Corte Suprema, el fundamento del principio de que nadie debe dañar a otro encuentra su quicio en el Artículo 19 de la Constitución Nacional¹⁰.

La ley no podría, en ningún caso, negarla, y es bien conocido que la ausencia de una regulación positiva no ha sido en modo alguno un obstáculo para que la jurisprudencia ubicara los fundamentos jurídicos constitucionales, y así admitirla en todos los campos posibles de la función administrativa estatal.

⁷ Cfr., “La Responsabilidad del Estado. Administración en el derecho argentino actual”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap–*: 340:67-87, año XXIX, enero 2007.

⁸ Ver y comparar, Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, 6ª edición actualizada, especialmente números 1646, g), p. 753.

⁹ Nos remitimos al análisis que de la decisión realizamos en *La Responsabilidad Pública*, *op. cit.*, Capítulo V, pp. 161 y 286.

¹⁰ *Fallos*: 308:1160, “Santa Coloma, Luis Federico y otros”.

(v) En quinto lugar, y sin perjuicio de lo señalado *supra* en el numeral (i), es necesario analizar si es factible precisar desde la dogmática jurídica el alcance de la expresión “funcionamiento anormal del servicio público” y, más aún, si tal expresión es correspondiente con la de “*falta de servicio*”, o si en cambio –como se señaló– debe dejarse a la casuística judicial la delimitación del concepto¹¹, pues –como se indica en el pronunciamiento y más arriba también reproducimos– “[...] no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama [...]”.

No es un secreto que el Alto Tribunal se pronunció al respecto en el recordado caso “Vadell” (1984)¹², precedente en el cual –como se citó– el Alto Tribunal definió, bajo una consideración de corte netamente objetivo, el rumbo del instituto de la responsabilidad del Estado derivada de su conducta ilegítima o contraria al derecho cuando actúa en ejercicio de su función administrativa. Tampoco es un descubrimiento que lo hizo a partir de la disposición del Artículo 1112 del Código Civil, residenciando allí el fundamento normativo de la *falta de servicio*.

Recordemos que la aludida disposición establece: “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de un modo irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título*”, el cual no es otro que el Título 9 del Libro Segundo, en la Sección Segunda del citado código, denominado *De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delito*.

También debe repararse en que desde antiguos precedentes, la Corte Suprema, con el propósito de establecer el significado de la frase “en el ejercicio de sus funciones”, señaló la diferencia entre “cometer el hecho *con motivo* del ejercicio de sus funciones” y “*en ocasión* del ejercicio de sus funciones”, y entendió que esto último sólo significa “*la circunstancia o conjunto de circunstancias, que sin ser indispensables para la acción de una causa, la favorecen*”¹³.

Ahora bien, en el intento de brindar una respuesta al interrogante antes planteado, es imprescindible no omitir que voces autorizadas han señalado que una cosa es reconocer que el *funcionamiento anormal del servicio público* es uno de los títulos básicos para imputar a la Administración el deber de reparar los perjuicios y otra

¹¹ En obra recientemente aparecida, Claudia Caputi señala también la decisiva circunstancia de que este campo del derecho se hubiese construido en nuestro medio a través de las decisiones judiciales (*vid.*, *Responsabilidad del Estado. Sistematización y síntesis jurisprudencial* Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 10).

¹² *Fallos*: 306:2030.

¹³ *Fallos*: 203:30; “Rabanillo c/ Nación Argentina”, del 10-10-1943. Para el análisis del citado pronunciamiento y de los distintos argumentos expuestos por la Corte Suprema y de la evolución jurisprudencial que desembocó en tal criterio, me remito a lo que he expuesto en *La Responsabilidad Pública, op. cit.*, Capítulo V, pp. 103-115.

distinta es que a partir de allí se requiera o se confunda el fundamento de la responsabilidad del Estado con la ilicitud basada en la culpa u otra conducta subjetiva¹⁴.

De allí que lo primero que hay para decir es que no es la *falta del servicio* entendida como *culpa*, sino la *falta de servicio* entendida como *ausencia, carencia, omisión* o simplemente *incumplimiento* de las obligaciones legales que le han sido impuestas al órgano de la Administración, ya que no es una sanción hacia ella, sino *restitución a la víctima* que no tiene el deber jurídico de soportar el daño que la conducta lesiva le ha infringido, tal como calificada doctrina la ha caracterizado¹⁵.

Tal interpretación viene a quedar reforzada en nuestro medio por la solución que aportan los Artículos 625 y 630 del Código Civil, criterio con el que la propia Corte Suprema estuvo conteste¹⁶.

Lo segundo que debe resaltarse, es que en el ámbito de la *falta de servicio* no quedan solamente inscriptas aquellas vinculadas con la prestación de los servicios públicos, tal como reza el citado Artículo 106.2 de la CE, sino que el concepto es más amplio, pues abarca no sólo a la actuación del Estado en el ejercicio de la *función* administrativa, sino también a la *actividad* administrativa que despliegan los órganos estatales que ejercen las funciones legislativa y judicial¹⁷.

De últimas, no habrá que perder de vista que la célebre distinción entre la culpa *personal* del funcionario y la *falta del servicio* nació en Francia merced a una distribución de competencias entre los jueces ordinarios y los tribunales administrativos¹⁸, sobre la base de una consideración extremadamente rígida de la división de poderes y a la luz de una disposición que, a diferencia de nuestro Artículo 1112 del Código Civil¹⁹, prohibía a los jueces “so pena de prevaricato, perturbar en ninguna forma las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar a los funcionarios para que, por

¹⁴ Tomás, Ramón – Fernández y Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo II, 6ta. Madrid, Civitas, 1999, 6ª edición, p. 369.

¹⁵ Eduardo Soto Kloss, “Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia (a propósito de la llamada ‘falta de servicio’)”, *Ius Publicum*, N° 17 (2006), Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomas, pp. 85-96, especialmente p. 95; “Responsabilidad del Estado por daños producidos por los servicios de salud”, *Ius Publicum*, N° 12 (2004), pp. 245-264.

¹⁶ *Fallos*: 182:5; “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires” (1938).

¹⁷ Para el desarrollo de esta distinción y especialmente de *la función como dato organizativo* que la Constitución Nacional realiza entre los órganos supremos que articula, remito a la imprescindible lectura de Rodolfo C. Barra, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, números 49 y 50, pp. 236-248.

¹⁸ Alberto B. Bianchi, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, Capítulo III, número 15, pp. 83-90.

¹⁹ La disposición, recordemos, fue redactada en el año 1855, y en pleno auge de doctrinas hoy abandonadas, y su similitud con el Artículo 939 del Código Civil alemán ha sido especialmente destacada por el Profesor Rafael Bielsa, “Responsabilidad del Estado como poder administrador” en *Jurisprudencia Argentina*, T. 43, p. 417.

motivos de sus funciones, comparezcan ante sus despachos” (Ley 16-24 agosto de 1790, Título 2º, Art. 13)²⁰.

Como alguna vez sostuve²¹, nuestro derecho se ha mostrado evolucionado en este campo respecto de otros ordenamientos presuntamente más avanzados, y en la construcción de una dogmática en este terreno, el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema denota desde sus primeros tiempos que no ha dejado camino sin recorrer para confirmar la vigencia de valores supremos tales como “equidad” y “justicia” para la víctima del obrar estatal, y si bien es cierto que ha tenido marchas y contramarchas, ha admitido la responsabilidad del Estado tanto por sus conductas ilegítimas como legítimas, por su función normativa y por su función judicial que previamente hubiese sido declarada irregular, por sus conductas positivas y también por sus omisiones, sin necesidad de otro fundamento jurídico que la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional.

²⁰ Vid. decisión del Tribunal de Conflictos del 30-7-1873, “Pelletier”, en *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Bogotá, 2000, 8ª edición francesa, 1ª edición española.

²¹ Vid. *La Responsabilidad Pública*, op. cit., p. 27 y sigs.