

Inactividad Administrativa y Responsabilidad del Estado**

"Tiene también que restituir quien no impide el hurto siendo su deber impedirlo, como los gobernantes, que están obligados a custodiar la justicia y, si por su descuido se multiplican los ladrones han de restituir; porque las asignaciones que reciben son como estipendios instituidos para que mantengan la justicia en la Tierra". Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, 2-2, q. 62, a. 7, en el Tratado de la Justicia.

SUMARIO.— INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE. El eje actual de la discusión doctrinal: ¿sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado objetivo o subjetivo? SEGUNDA PARTE. Inactividad administrativa. TERCERA PARTE. Inactividad administrativa y la *subjetivización* del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. CUARTA PARTE. Inactividad administrativa y la *objetivización* del sistema subjetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. CONCLUSIONES.

Introducción

La doctrina nacional por más de veinte años ha discutido sobre el carácter objetivo o subjetivo de la RPA¹. Este debate, tanto por su duración como por la contradicción manifiesta de las posiciones de nuestros autores, ha hecho parecer que el estudio de la RPA a él se circunscribe y que una vez consolidada cualquiera de esas posiciones, el sistema de RPA resultante será plenamente operativo. ¡Grandísimo error! El Derecho comparado² nos ha demostrado que poco o nada importa la calificación externa de la

** Dedico el presente artículo, con afecto y gratitud, a mis maestros Bernardino Bravo Lira, Máximo Pacheco Gómez y Rolando Pantoja Bauzá.

¹ ABREVIATURAS. CA: Corte de Apelaciones (Chile). CC: Código Civil. CPR: Constitución Política de la República de Chile. CS: Corte Suprema (Chile). CSJN: Corte Suprema de Justicia de La Nación (Argentina). ED: Revista Jurídica El Derecho (Argentina). FM: Revista Fallos del Mes (Chile). GJ: Revista Gaceta Jurídica (Chile). JA: Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina (Argentina). LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado corresponde al DFL N° 1/19.653 (Chile). LL: Revista Jurídica La Ley (Argentina). RAP: Revista de Administración Pública (España). RCE: Responsabilidad civil extracontractual. RCJ: Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad Católica de Valparaíso (Chile). RCHD: Revista Chilena de Derecho (Chile). RDA: Revista de Derecho Administrativo (Argentina). RDCDE: Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado (Chile). RDD: Revista de Derecho de Daños (Argentina). RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia (Chile). RDP: Revista de Derecho Público (Chile). REDA: Revista Española de Derecho Administrativo (España). RPA: Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. STS. Sentencia Tribunal Supremo (España).

² Recordemos lo que ha sucedido recientemente en España. El sistema de RPA español es objetivo y fue aplicado con gran "sensibilidad" por los tribunales, en tanto supieron conciliar los intereses públicos y privados, que se contraponen en la RPA. Pero dicha "sensibilidad" acabó abruptamente en 1992 con la STS de 14 de junio de

RPA –objetiva vs. subjetiva– si ello no se acompaña de un estudio acabado de sus presupuestos³, que comprenda dos aspectos complementarios y sucesivos: en primer lugar, determinar la *matriz horizontal* del sistema de RPA, esto es, la enumeración de todos y cada uno de sus presupuestos, y, posteriormente, la *matriz vertical*, esto es, la precisa delimitación conceptual de cada uno de ellos.

La discusión doctrinal actual sobre el carácter objetivo o subjetivo de la RPA sólo toca tangencialmente la *matriz horizontal*. En efecto, para la tesis objetiva los presupuestos de la RPA son *actuación de la Administración* –normal o anormal–, *lesión* y *relación de causalidad*, mientras que para la tesis subjetiva son *actuación de la Administración*, *daño indemnizable*, *relación de causalidad* y *falta de servicio*.

Inexplicablemente, ninguna de estas dos tesis ha avanzado al estadio siguiente, cual es delimitar el alcance conceptual de cada uno de esos presupuestos –*matriz vertical*–.

1991, que condenó al Estado español a la reparación de los daños sufridos por una mujer sometida a una intervención quirúrgica en un recinto hospitalario público, aun cuando el médico que la operó lo hizo, tal como se demostró con más de una decena de informes periciales, absolutamente conforme a la *lex artis*. La sentencia sostuvo que sí resultaba comprometida la RPA, ya que se habían verificado sus presupuestos, cuales son la *lesión*, la actuación de la Administración –normal o anormal– y la relación de causalidad. PANTALEÓN PRIETO, con sus “*anteojos del civilista*”, sostuvo que “No veo ninguna razón convincente para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera” (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Los Anteojos del Civilista: Hacia Una Revisión del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, RDCDE, N° 2, año 1, diciembre 2000, pág 85). En su opinión este fallo desnaturalizaba la RPA, convirtiéndola en una especie de seguro social, generando de este modo la “hipertrofia del sistema de responsabilidad civil, cargando a las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe soportar” (REBOLLO, Luis Martín, *Ayer y Hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: un Balance y Tres Reflexiones*, RAP, N° 150, septiembre–diciembre 1999, pág. 325 (pie de página)). PANTALEÓN PRIETO, a través de sus “*anteojos de civilista*”, contribuyó “a poner el dedo en la llaga de la buena conciencia jurídica” (*Ibid*, pág. 325 (pie de página)), remediando las hasta entonces pacíficas aguas de la doctrina administrativista española y provocando de paso un *cisma doctrinal* en tres corrientes: algunos autores señalaron que sentencias como la de 14 de junio de 1991 obedecen a un criterio jurisprudencial equivocado y no a deficiencias del sistema de RPA (JORDANA FRAGA, Jesús, *La Reforma del Artículo 141, Apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el Inicio de la Demolición del Sistema de Responsabilidad Objetiva de las Administraciones Públicas*, RAP, N° 149, mayo–agosto 1999, pág. 325); otros plantearon que el sistema en los términos establecidos era insusceptible de objetivación aceptable e inviable en términos financieros, razón por la cual propusieron lisa y llanamente instaurar otro sistema (MIR PUIGPELAT, Oriol, *La Responsabilidad Patrimonial. Hacia un Nuevo Sistema*, Editorial Civitas, Madrid 2002); y por último, algunos autores plantearon que poco o nada importa la calificación externa del sistema –objetivo o subjetivo–, ya que lo verdaderamente importante es “profundizar en los conceptos tradicionales, intentando conferirles perfiles cada vez más afinados al objeto de elevar su nivel de objetividad...” (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Prólogo* al libro de DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*, Editorial Aranzadi, Navarra 2000, pág. 18).

³ Los presupuestos de la RPA son todos los requisitos o condicionamientos cuya común ocurrencia imponen a la Administración del Estado la obligación de indemnizar un perjuicio sufrido por un particular. Cfr. ROMÁN CORDERO, Cristián, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y su Necesaria Modelación Legal en Base a la Enumeración y Delimitación Conceptual de sus Presupuestos*, RDP, N° 66, 2004, pág 405 y ss. VÁSQUEZ, Adolfo Roberto, *Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus Funcionarios*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 113. TRIGO REPRESAS, Félix, *Reflexiones sobre la Responsabilidad Civil y sus Presupuestos en el Proyecto de 1998*, en BREBBIA, Roberto (director), *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Editorial Zavaia, Buenos Aires 2001, pág. 334 y ss.

Así por ejemplo, la doctrina nacional ha olvidado, entre muchos tópicos, “elaborar un catálogo exhaustivo de concretos estándares normativos de diligencia (...); precisar qué eventos merecen la consideración de fuerza mayor (y, eventualmente, cuáles no); especificar qué ocurre cuando existe culpa o intervención no culposa de la víctima o de un tercero (cómo –con arreglo a qué criterio– se repartirá el importe del daño entre la Administración y el tercero, y cómo responderán uno y otro frente a la víctima –solidaria o mancomunadamente–); escoger –articularlas, mejor– una de las dos grandes fórmulas que se vienen manejando para concretar, en sede de causalidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones (la fórmula de la *condictio sine qua non* o la de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza) (...); qué perjuicios merecen ser indemnizados (y cuáles no); suministrar criterios precisos de cuantificación de las indemnizaciones –de los daños–; agregar, quizás (ante la dificultad de su prueba y evaluación económica y el riesgo de agravios comparativos), los daños morales; establecer cuándo imputa una persona física sus conductas a la Administración pública (cuándo podrá entenderse que ha habido una actuación administrativa) y cuándo no (¿qué sucede cuando el daño lo causa un contratista público?, ¿y cuando lo causa un ente instrumental sometido al Derecho privado?) (...); establecer –eventualmente– presunciones de causalidad y/o de anormalidad –culpa– en materias que ofrezcan una especial complejidad probatoria para las víctimas; especificar cuándo responderá la Administración por omisión (cuándo ocupará la Administración la posición de garante que justifique su responsabilidad omisiva)”⁴.

El presente trabajo, adentrándose en la *matriz vertical* de la RPA, estudiará una las formas en las cuales se presenta el presupuesto “actuación de la Administración”: la omisión, inactividad o actividad negativa, y cómo ella se inserta en un sistema objetivo y subjetivo de RPA. Para ello, en primer lugar, repasaremos la tesis objetiva y subjetiva –Primera Parte–. Luego, construiremos un concepto de omisión, inactividad administrativa o actividad negativa –Segunda Parte–. Posteriormente, veremos cómo la omisión se articula en un sistema objetivo de RPA, siendo la pregunta principal a contestar: ¿la omisión es simple pasividad o, no obstante el carácter objetivo del sistema, es la infracción de un deber de actuación? –Tercera Parte–. Por último, veremos cómo la omisión se articula en un sistema subjetivo de RPA, en cuyo caso será menester contestar: ¿qué relación hay entre la omisión y la falta de servicio?, ¿son conceptos sinónimos o, no obstante parecidos, diferentes? –Cuarta Parte–.

⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *Ob. cit.* (n. 2), pág 305 y 306.

PRIMERA PARTE

EL EJE ACTUAL DE LA DISCUSIÓN DOCTRINAL:
¿SISTEMA DE RPA OBJETIVO O SUBJETIVO?

En esta Primera Parte daremos un breve vistazo a la actual discusión doctrinaria nacional sobre la RPA, exponiendo las dos clásicas visiones al respecto: la tesis objetiva y la subjetiva⁵.

A.— *Tesis objetiva*⁶. Para algunos autores⁷ la RPA es objetiva, esto es, la Administración compromete su responsabilidad toda vez que un particular sufre una *lesión*, daño respecto del cual no se encuentra en el deber jurídico de soportar, relacionada causalmente a una actuación, normal o anormal, de la Administración.

Los fundamentos de quienes adscriben a esta tesis son los siguientes: (a).— Sostienen que la RPA al tener fuente constitucional, y no civil, a diferencia de la RCE, es una responsabilidad objetiva⁸. (b).— Plantean que la RPA es una responsabilidad de imposible estructuración técnica en base a la culpa, razón por la cual sería una responsabilidad objetiva, entendiendo por tal a aquella estructurada sobre la base de la causalidad material⁹. (c).— Sostienen que la RPA debe ser regulada por la CPR, no por la ley, y

⁵ En todo caso, actualmente se está imponiendo la tesis subjetiva en la jurisprudencia de la CS. Cfr. CORDERO VEGA, Luis, *Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración*, RDP, N° 66, pág. 371 y ss. PIERRY ARRAU, Pedro, *¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia*, RDCDE, N° 11, junio 2004.

⁶ La expresión responsabilidad objetiva puede ser entendida de dos maneras. En un sentido amplio como una responsabilidad que prescinde de la culpa —individual— como factor de atribución, y en un sentido restringido como aquella responsabilidad estructurada exclusivamente en la causalidad material, de tal suerte que ni aun la prueba de un actuar diligente por parte de quien materialmente causó el perjuicio libera su responsabilidad (YUSSEFF QUIRÓS, Gonzalo, *Fundamentos de Responsabilidad Civil y Responsabilidad Objetiva*, Ediciones Congreso, Santiago 2000, pág. 158).

⁷ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Bases Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, págs. 309–310. CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1982, págs. 205–207. FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio*, RCHD, Vol. 16 N° 2, julio–agosto 1989, págs. 434–435. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995, pág. 247.

⁸ SOTO KLOSS, Eduardo. *Ob. cit.* (n. 7), págs. 308–309.

Se ha criticado este argumento, ya que, si bien es cierto que la RPA reconoce fuente, ya sea mediata o inmediata, en la Constitución, dentro de la partición romana de la responsabilidad es sin duda una responsabilidad civil (LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Un Estudio de Efectos en las Características de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, RDCDE, N° 6, 2002, pág. 155).

⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. *Ob. cit.* (n. 7), pág. 310.

Se ha criticado este argumento, ya que, si bien es cierto que la RPA no se estructura sobre la base de la culpa, ello no importa darle el carácter de responsabilidad objetiva en sentido restringido, sino sólo en sentido amplio. En efecto, las personas jurídicas sí pueden incurrir en culpa, en tanto elemento de prueba concreta, de contraste, siendo necesario para ello comparar su actuar lesivo con el actuar de otra persona que actúa de manera ideal en las mismas circunstancias (LETELIER WARTENBERG, Raúl. *Ob. cit.* (n. 8), pág. 157).

que, en efecto, lo que hace en su artículo 38 inciso 2 al prescribir que “Cualquier persona que sea *lesionada* en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que señale la ley...”. (d).— Por último, señalan que la expresión “*lesión*” que emplea el artículo antes citado, debe ser entendida en los mismos términos que lo hace la doctrina española, esto es, como daño respecto del cual la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar. En consecuencia, la Administración comprometería su responsabilidad toda vez que su actuación, ya sea normal o anormal, cause a un particular una *lesión*, prescindiendo así de toda valoración a la actuación de la Administración o a la de su agente¹⁰⁻¹¹.

B.— Tesis subjetiva.— Otros autores sostienen que la RPA es subjetiva, esto es, la Administración compromete su responsabilidad sólo cuando su actuación lesiva importa una falta de servicio.

Los fundamentos de quienes adhieren a esta tesis son los siguientes: (a).— Sostienen que los artículos 6 y 7 de la CPR señalan expresamente que los órganos del Estado deben someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y que su *contravención* o *infracción* genera las responsabilidades que la ley establezca. (b).— Plantean que la modelación del sistema de RPA corresponde a la ley, no a la Constitución, conforme a lo dispuesto en los incisos finales de los artículos 6 y 7 de la

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Editorial Civitas, Madrid 1999, pág. 371. FIAMMA OLIVARES, Gustavo. Ob. cit. (n. 7), págs. 434, 435 y 438. SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. cit. (n. 7), pág. 436. OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *Fundamentos Indemnizatorios en Razón del Acto Administrativo Lícito que Cause Daño en el Patrimonio del Administrado*, RDP N° 37/38, 1985, pág. 367 y 368. El mismo, *La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su Imputabilidad por Falta de Servicio*, RCHD, número especial, 1998, pág. 346. Se ha criticado este argumento, ya que: (i).— Nuestra legislación cuando ha utilizado la expresión “*lesión*” no le ha dado ninguna connotación de antijuridicidad (QUINTANILLA PÉREZ, Alvaro, *Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos*, RDCDE, N° 1, año 1, julio 2000, pág. 47). (ii).— Sostener que la Administración compromete su responsabilidad toda vez que con su actuar causa una *lesión*, esto es, un daño respecto del cual la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar, es dar un argumento circular que no soluciona el tema central en materia de responsabilidad, cual es precisamente determinar cuándo la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño (CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003, pág. 307). (iii).— La *lesión* tan sólo es un presupuesto de la RPA, mas no el fundamento jurídico que justifica la obligación de indemnizar un perjuicio (CORDERO VEGA, Luis, *La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización*, Editorial Lexis Nexis, Santiago 2003, págs. 118 y 119). (iv).— Aplicar el alcance dado por la doctrina española a la expresión “*lesión*” a aquella que emplea por el artículo 38 inciso 2 de la CPR, importa desconocer las sustanciales diferencias que existen entre los textos normativos y la doctrina de ambos países (CORDERO VEGA, Luis. *Ibid.*, pág. 113).

¹¹ Esta tesis ha sido acogida ampliamente por nuestros tribunales, especialmente en dos hipótesis: (a).— respecto de la RPA por actuación irregular; en el caso de los organismos contemplados en el art. 21 inciso 2 de la LOCBGAE cuya LOC o LQC, según sea el caso, no se ha pronunciado sobre el factor de atribución, y (b).— respecto de la RPA por actuación lícita.

CPR¹². (c).– Que, en efecto, la ley modela el sistema de RPA de la siguiente manera: (i).– Respecto de la generalidad de los órganos de la Administración del Estado, excluyendo a los contemplados en el artículo 21 inciso 2 de la LOCBGAE, rige el artículo 42 de dicha ley, que señala expresamente que “los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por *falta de servicio*”. (ii).– Respecto de los órganos de la Administración del Estado contemplados en el artículo 21 inciso 2 de la LOCBGAE, cabe aplicar, conforme establece esta disposición, lo dispuesto por su respectiva LOC o LQC¹³. Y si éstas no se pronuncian al respecto, corresponde, sostienen, aplicar en subsidio el artículo 2314 del CC, entendiendo al factor de atribución culpa como *culpa difusa*, *culpa anónima* o, si se quiere, *culpa del servicio*¹⁴.

¹² Los argumentos que nos permiten concluir aquello son los siguientes: (a).– Los artículos 6 y 7 de la CPR son tajantes en señalar que la Administración –órganos del Estado– se encuentra sujeta a la responsabilidad que determine *la ley* (QUINTANILLA PÉREZ, Alvaro. *Ob. cit.* (n. 10), pág. 52. CORDERO VEGA, Luis. *Ob. cit.* (n. 10), pág. 133). (b).– Es la tendencia que se aprecia en el Derecho Constitucional comparado. Así, por ejemplo, la Constitución española de 1978, en su artículo 106.2, es enfática en señalar que la RPA debe ser establecida por la ley. (c).– El sistema de RPA debe adecuarse periódicamente a los cambios sociales, económicos, políticos, etcétera, y ello puede realizarse con facilidad cuando el sistema es modelado por la ley, y no así cuando lo es por la Constitución, ya que el mecanismo de reforma de la primera es mucho más expedito que el de la segunda (CORDERO VEGA, Luis. *Ob. cit.* (n. 10), pág. 142). (d).– Algunas disposiciones legales señalan expresamente que RPA se compromete cuando la ley así lo establece, y no cuando la CPR así lo establezca. Así, por ejemplo, el artículo 17 letra g) de la LBPA, establece que las personas podrán “exigir las responsabilidades de la Administración Pública (...) cuando así corresponda *legalmente*” (CORDERO VEGA, Luis. *Ob. cit.* (n. 10), pág. 142).

¹³ Así, por ejemplo: (a).– *Municipalidades*.– Las municipalidades responderán *principalmente por falta de servicio* – artículo 141 de LOCM–. (b).– *Empresas del Estado*.– El artículo 19 N° 21 inciso 2 de la CPR somete la actividad empresarial del Estado “a la legislación común aplicable a los particulares”.

¹⁴ En efecto, LETELIER WARTENBERG sostiene que “En estos casos las actuaciones anónimas de una persona jurídica, ella será la que responderá, y lo hará no por responder por el hecho de un tercero que no se sabe quién es, sino que por su propia acción y su propia culpa, de la forma expresada en el artículo 2314 del CC. También podrán concurrir, simultáneamente, la culpa del funcionario y la de la persona jurídica, resultando, en este caso, ambos solidariamente responsables al tenor de lo dispuesto en el artículo 2317 del CC” (LETELIER WARTENBERG, Raúl. *Ob. cit.* (n. 8), pág. 157). A su vez PIERRY ARRAU sostiene que “Las personas jurídicas son capaces de culpa aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos MAZEAUD y André TUNC, “no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias, un individuo cuidadoso”. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, podría no erigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado, la culpa o dolo de sus órganos o representantes; bastaría con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, bastaría con probar una falta de servicio” (PIERRY ARRAU, Pedro, *Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio*, RDP, N° 59, 1996, pág. 302). “En nuestra opinión se debe lograr la aplicación en definitiva de un solo sistema de responsabilidad para toda la Administración del Estado, pero sin desconocer que el artículo 44 (actual artículo 42 de la LOCBGAE) no se puede aplicar a las instituciones excluidas. Ello puede hacerse aplicando la institución de la falta de servicio, pero no a partir del artículo 44, o del artículo 38 de la Constitución (...), sino que a partir del artículo 2314 del Código Civil, al que habría que volver como en derecho común en materia de responsabilidad” (*Ibid.*, pág. 301).

SEGUNDA PARTE

INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La omisión o inactividad, al contrario de lo que sucede en la RCE, cumple un rol de vital importancia en la RPA. En efecto, en el Derecho Civil los individuos, sujetos pasivos de la RCE, se encuentran obligados a actuar con diligencia, prevención y prudencia, mas no a sacrificar intereses propios en beneficio de terceros. En otras palabras, se encuentran afectos a deberes de cuidado, y sólo excepcionalmente a deberes de actuación. Por ello, la regla general es que comprometan su responsabilidad a través de actuaciones positivas, y excepcionalmente a través de omisiones propiamente tales. La Administración, sujeto pasivo de la RPA, en cambio, aparte de estar sujeta a deberes de cuidado, tiene, ya sea en términos expresos o genéricos, el deber de realizar actuaciones en favor de los particulares; es decir, está sujeta a deberes de actuación. Consecuente con ello, la RPA puede comprometerse tanto a través de una actuación positiva como a través de una inactividad, constituyendo incluso esta última hipótesis la regla general.

Es necesario que la doctrina nacional otorgue un contenido conceptual preciso a la inactividad administrativa, ya que: (i).— Dada la ausencia de una regulación expresa de ella en la RCE, no es posible aplicar sus normas en subsidio. (ii).— Si disponemos sólo de un concepto genérico o impreciso de la inactividad administrativa, la RPA podría comprometerse de manera excesiva, ilimitada e injusta¹⁵. (iii).— Por último, la importancia de la inactividad administrativa se acentúa con el actual paradigma Estado-regulador, ya que, en tanto detenta funciones de control y fiscalización respecto de los agentes regulados, los terceros lesionados por estos últimos podrían comprometerse

¹⁵ GANDOLLA ha planteado que “Es el Estado quien puede detener el contrabando, fiscalizar las medidas sanitarias para evitar males como las plagas o la aftosa. Es también el Estado quien puede realizar las obras necesarias para que la producción no se pierda, como pasa con las inundaciones. (...) Ante la falta de acciones concretas y puntuales, previsoras, protectoras, estratégicas, que contrarresten o aminoren, el menos, las consecuencias dañosas, nos encontramos, claramente, en una responsabilidad por inacción” (GANDOLLA, Julia Elena, *La Responsabilidad del Estado por los daños al Comercio como Consecuencia de la Globalización (Globalización. Sus Efectos en Argentina. Daños al Comercio como Consecuencia de la Globalización. Responsabilidad del Estado)*, RDD 2001-3, pág. 29 y 30). En el mismo sentido: ABREVAYA, Alejandra Débora, *Responsabilidad Civil del Estado*, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2003, pág. 88. MARIENHOFF, Miguel, *Responsabilidad Extracontractual del Estado por las Consecuencias de su Actitud “Omisiva” en el Ámbito del Derecho Público*, RDA, N° 19-20, mayo-diciembre 1995, pág. 193 y ss.

ter de manera indirecta la RPA si con el correcto ejercicio de dichas facultades por parte del ente regulador se habría evitado la ocurrencia del daño¹⁶.

Requisitos de la inactividad

No existe consenso en la doctrina sobre los requisitos de la inactividad administrativa¹⁷. Nosotros estimamos que son: (1).– omisión de una actividad material o jurídica, y (2).– la infracción de un deber de actuación impuesto por el ordenamiento jurídico.

¹⁶ En efecto, la doctrina es unánime en reconocer que la Administración puede comprometer su responsabilidad a través de la falta o deficiente fiscalización o control. Es así como “se ha dicho, en este sentido, que si por medio de los entes reguladores o en forma directa el Estado ha controlado el modo en que son realizadas las prestaciones, las condiciones de seguridad, los requisitos de contratación, las normas de operación, etc., hasta los últimos detalles, sería difícil del mismo modo, que cualquier acontecimiento dañoso que ocurriese pudiera ser considerado, al menos totalmente, ajeno al Estado” (SA ZEICHEN, Gustavo, *La Responsabilidad del Estado por Inactividad de la Administración. El Caso de los Entes Reguladores de Servicios Públicos*, RDA, N° 27–29, enero–diciembre 1998, pág. 169). En iguales términos, REBOLLO PUIG ha expresado que en estos casos la Administración compromete su responsabilidad cuando “el incumplimiento de un deber de evitar que ese concreto agente causara daños o actuara de forma que pudiera causarlos, más una falta de diligencia para prevenirlos y evitarlos” (REBOLLO PUIG, M., *Servicios Públicos Concedidos y Responsabilidad de la Administración: Imputación y Responsabilidad por el Hecho de Otro. Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989*, PJ, N° 20, 1990, pág. 26, citado por LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Responsabilidad de la Administración por Daños Causados por el Sujeto Autorizado*, RAP, N° 155, 2001, pág. 35). En la misma línea, GÓMEZ PUENTE ha planteado que “no es posible negar que la Administración asume una posición de garante cuando realiza funciones de policía y que si, por falta de ejercicio de los poderes de inspección y control propios de esta función, se ocasionara un daño, el deber de reparar también le alcanzaría, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables” (GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La Inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 814). Finalmente, expresa GANDOLLA que “Ello permitió que el otrora Estado ejecutor se convirtiera en un Estado de control y de decisiones políticas responsables. Y los reclamos de los damnificados fueron otra vez dirigidos contra el Estado, ahora no por cumplir una función en forma irregular, deficiente, dañosa, sino por la falta de control o inacción” (GANDOLLA, Julia Elena. *Ob. cit.* (15), pág. 34).

¹⁷ Es así como RUIZ ROSAS sostiene que ella importa la vulneración de un deber jurídico de actuar cuyo cumplimiento habría evitado la ocurrencia del daño (RUIZ ROSAS, Andrea, *Estudio Doctrinario de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en General y de la Administración en Particular. A la luz del Derecho Comparado y del Derecho Nacional*, Instituto Chileno de Derecho Administrativo, Santiago 2002, pág. 44); para ENTRENA CUESTA se verifica cada vez que el ordenamiento jurídico, ya sea de modo expreso o genérico, coloque a la Administración en posición de garante, que un particular haya sufrido un perjuicio y que éste haya podido evitarse o aminorarse a través de la conducta debida (ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid 1999, pág. 371); para BARRAZA la inactividad administrativa exige una pasividad que a la vez importe una contravención a una norma expresa que exige al Estado obrar, y que dicha obligación no sea genérica o imprecisa sino concreta, clara y precisa, de tal suerte que sea indubitable la existencia del deber de actuación (BARRAZA, Javier Indalecio, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 122); para DE AHUMADA RAMOS “La articulación de la responsabilidad en tales casos vendrá determinada por la reunión de las siguientes circunstancias: existencia para la Administración de un deber de comportamiento impuesto por el ordenamiento jurídico, omisión por parte de la Administración de dicho deber cuando podía haberse cumplido, y, finalmente, que como consecuencia de dicho comportamiento el particular que reclama haya visto lesionado sus derechos o bienes jurídicamente protegidos” (DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *Ob. cit.* (n. 2), pág. 332); y por último, para GÓMEZ PUENTE los requisitos de la actuación negativa son: (1).– la omisión de una actividad material o jurídica, (2).– que esa omisión importe una infracción a un deber de actuación impuesto por el ordenamiento jurídico, y (3).– que la conducta exigida sea materialmente posible –*contenido posible del deber legal*– (GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 58 y ss).

1.– *Primer requisito: omisión de una actividad material o jurídica.* Consiste en la constatación empírica de una situación de pasividad o inercia de la Administración respecto a una determinada actuación, material o jurídica, exigida por el ordenamiento jurídico.

2.– *Segundo requisito: la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico.* Al respecto es necesario tener presente lo siguiente:

- (a).– *Simple pasividad y omisión.*– No basta la mera pasividad de la Administración para que nos encontremos frente a una inactividad, sino que además debe importar la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico¹⁸. De todo lo anterior se desprende que: (i).– Bien puede suceder que la Administración, no obstante actuar, al no realizar aquella actuación debida incurra en inactividad¹⁹. (ii).– Si la actuación o pasividad no importa la infracción de un deber de actuación es, en principio, jurídicamente irrelevante²⁰. (iii).– No existe *inactividad lícita*.
- (b).– *Fuente del deber de actuación incumplido.*– La inactividad importa la infracción de un deber de actuación establecido por el ordenamiento jurídico, cualquiera sea su fuente. No se limita a ley formal, pudiendo ser incluso la costumbre o los principios generales del Derecho²¹.
- (c).– *En cuanto a la forma de la prescripción: deber específico o deber genérico.*– “Este deber legal de actuar (cuya infracción importa inactividad –nota nuestra–) puede resultar tanto del reconocimiento expreso de una obliga-

¹⁸ En otras palabras, “jurídicamente “omitir” no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer la acción decretada” (GOLDEMBERG, Isidoro, *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1984, pág. 200). En el mismo sentido: MARIENHOFF Miguel, *Responsabilidad Extracontractual del Estado por las Consecuencias de su Actitud “Omisiiva” en el Ámbito del Derecho Público*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2001, págs. 64 y 68.

¹⁹ En el Derecho Penal se ha impuesto ampliamente esta tesis restrictiva de la omisión en función de la antijuridicidad. En efecto, WELZEL ha establecido que “acción y omisión en tal sentido son A y no A” (WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 4 Ed., traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Santiago 1993, pág. 237), razón por la cual la omisión no es un mero concepto “negativo” sino “limitativo”, de tal suerte que hay actividad negativa cuando, siendo A la actuación debida, el agente se mantiene en pasividad absoluta o ejecuta una actuación no-A. En igual sentido, MIR PUJG plantea que hay omisión si tiene lugar una conducta distinta a la exigida. “Por ello el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa” (MIR PUJG, *Derecho Penal*, Parte General, Barcelona 1996, pág. 295 y 296).

²⁰ MARIENHOFF Miguel, *Ob. cit.* (n. 15), pág. 193 y ss. BARRAZA, Javier Indalecio, *Ob. cit.* (n. 17), pág. 122.

²¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, 5° Ed., Buenos Aires 1996, pág. 300 y ss. BARRAZA, Javier Indalecio, *Ob. cit.* (n. 17), pág. 123). SCALVINI, Elda Elena y LEIVA, Claudio Fabricio, *Circulación de Automotores sin Seguro Obligatorio y Responsabilidad del Estado por Omisión*, Ponencia presentada en el CVII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Web: www.gaba.org.ar

ción administrativa de hacer como de una facultad administrativa (por ejemplo, la titularidad de una potestad funcional)²².

- (i).— *Específico –obligación–*. En este caso una norma impone expresamente a la Administración un específico deber de actuación, por lo que la mera pasividad o la realización de una actuación distinta a dicho deber importa una inactividad administrativa²³.
- (ii).— *Genérico –función o facultad administrativa–*. En este caso el deber de actuación no está establecido en términos expuestos, pero él bien puede inferirse de las funciones encomendadas al organismo administrativo. En estos casos, sostiene la doctrina, corresponde al juez, con criterio de razonabilidad²⁴, fijar, en atención a las funciones exigidas al órgano de la Administración, el deber de actuación cuya infracción importa actuación negativa –conociendo también como estándar mínimo–²⁵. Por ejemplo, en el fallo *Rivera*

²² GÓMEZ PUENTE, Marcos, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 58 y 59. En el mismo sentido, CASSAGNE ha expresado que “la diferencia entre el mero deber administrativo, que opera en dirección genérica, donde los particulares disponen –a lo sumo– de un poder destinado a garantizar su cumplimiento sin derecho a exigirlo efectivamente (v.gr., la solicitud de sanciones administrativas y políticas) y la obligación que traduce el poder jurídico del particular orientado a exigir en forma directa dicho cumplimiento” (CASSAGNE, Juan, *La Responsabilidad del Estado por Omisión*, LL, t 1989–C, pag. 512 y ss). El mismo ha expresado que la Administración se vincula con el fin de la competencia de cada organismo, el cual tiene no sólo las atribuciones expresas o implícitas sino, de la enunciación de objetivos, principios de normación (como las atribuciones genéricas y las facultades inherentes, que son aquellas que, por su naturaleza, fundamentan la creación y subsistencia del órgano y sin las cuales carecen de sentido) (CASSAGNE, Juan Carlos, *Ob. cit.* (n. 21), pág. 238).

²³ TAWILL, Guido, *Omisión, Guerra y Responsabilidad del Estado*, LL, Tomo 1991–D, pág. 362 y ss.

²⁴ CORDERO VEGA, Luis, *Ob. cit.* (n. 10), pág. 181.

²⁵ En este sentido, SA ZEICHEN sostiene que corresponde al juez interpretar de manera amplia la competencia, de tal modo de encuadrar en ella situaciones que no se hallen expresamente comprendidas, pero que razonablemente pueden inferirse de sus funciones, integrando esa interpretación con principios generales y con otras normas expresas, teniendo siempre en mira los principios rectores obrantes en la Constitución (SA ZEICHEN, Gustavo, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 179). Igualmente, BARRAZA sostiene que “el hecho de que la obligación no sea concreta y determinada no autoriza a sostener que el Estado no deba responder, si la obligación jurídica existe aunque sea genérica, el Estado es responsable ante la ausencia de su accionar” (...) “Que sea genérica obedece a la particularidad de las normas, que deben ser generales, impersonales, abstractas y objetivas, quedando su concretización y delimitación al *prudente criterio jurisprudencial*” (BARRAZA, Javier Indalecio, *Ob. cit.* (n. 17), pág. 123). GÓMEZ PUENTE, frente a esta situación, ha sostenido que “a falta de concreción de los deberes, la adherencia de la Administración a los fines que justifican su potestad, la función, puede servir de parámetro para valorar la legalidad del ejercicio o de la falta de ejercicio de potestades administrativas. Esto es, puede servir de parámetro para aclarar la existencia de un deber legal de obrar, tanto en relación con la actividad jurídica o formal como con la actividad material. Parámetro que también es válido para controlar la discrecionalidad administrativa en la que suele escudarse la Administración para negar la existencia de un deber de actuar. Sin poner en duda la necesidad y eficacia de reconocer a la Administración un margen de libertad en el desempeño de sus cometidos, debe admitirse que la discrecionalidad suele ser terreno fecundo para la arbitrariedad administrativa cuya interdicción, así como la objetividad de la actividad administrativa, exige la Constitución (arts. 9.3. y 103.1.)” (GÓMEZ PUENTE, Marco, *Responsabilidad por Inactividad de la Administración*, DA, Nºs 237–238, enero–junio 1994, pág. 141). En el mismo sentido, GANDELLA ha planteado que “Igualmente, de la inicial antijuridicidad nacida de la violación de una obligación legal específica, se ha llegado a la interpretación más amplia de que, aun sin una puntual y concreta omisión a una disposición normativa (ley, decreto, reglamentación, etc.), cualquier ausencia de una actividad atribuida al Estado en cumplimiento de sus funciones, conforme a la distribución o asignación de competencias atribuida al Estado de derecho por la Constitución Nacional, constituciones provinciales y leyes que en su consecuencia se dicten, que origine un perjuicio, genera responsabilidad estatal. Porque si existe una

*Araneda con Ilustre Municipalidad de la Unión*²⁶ el juez construyó el deber infringido, y a la vez la inactividad administrativa, a partir de las funciones encomendadas a las municipalidades por la LOCM; en efecto, en lo pertinente señala que “la municipalidad no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, pues *debe entenderse que pertenece a la función pública de las municipalidades evitar que un defecto de pavimentación tan evidente llegue a provocar perjuicios de esa gravedad a alguno de los vecinos*”. DUNI²⁷ ha planteado que el juez, al construir el deber de actuación infringido a partir de las funciones encomendadas a un organismo, debe ponderar “los siguientes extremos: a) que exista un interés jurídicamente relevante, b) la necesidad de actuar en protección de dicho interés, y c) la existencia de proporción entre el sacrificio que comportaría la actuación estatal y la utilidad que se obtendría con su actividad”²⁸. Esta tesis, en tanto otorga mayor objetividad al sistema, ha sido recibida favorablemente tanto por la doctrina²⁹ como por la jurisprudencia³⁰.

Hipótesis de inactividad administrativa

La inactividad administrativa puede ser formal o material³¹.

1.— *Inactividad formal*.— Se verifica toda vez que la Administración no efectúa una declaración jurídica que le es legalmente debida. Es posible distinguir dos hipótesis de

obligación de prestar un servicio, ejercer una competencia asignada, garantizar algún derecho, realizar una garantía, concretar las negociaciones internacionales, fijar las políticas públicas, el Estado no puede excusarse en la ausencia de norma específica. La misma competencia y función indelegable lo obligan a dictarla o a arbitrar lo necesario para su realización o efectivización. (...) Entonces, a falta de una norma específica que indique la obligación concreta de hacer, se deberá buscar la competencia o función que comprenda esa obligación a la luz de las normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y, dentro de ellas, si aparece la conducta como impuesta, no sólo por la ley, sino por la razón, el estado de las cosas, o lo debido de acuerdo a la recta conducta esperada de los hombres probos” (GANDOLLA, Julia Elena, *Ob. cit.* (n.15), pág. 32).

²⁶ CS, 3 de mayo de 2001. Rol N° 3.176-2000.

²⁷ DUNI, Giovanni, *Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale*, Milán 1986, pág. 55 y ss.

²⁸ COLAUTTI, Carlos, *Responsabilidad del Estado. Problemas Constitucionales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995, pág. 90 y 91.

²⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *La Responsabilidad del Estado por Omisión*, LL, 1989-C, pág. 512. MERTEHIKIAN, Eduardo, *La Responsabilidad Pública. Análisis de la Doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2001, pág. 265.

³⁰ Esta doctrina fue aplicada por el Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza en los autos *Torres con Provincia de Mendoza*, del 4 de abril de 1989 (LL, Tomo 1989-c, pág. 514 y ss), que resolvieron la demanda presentada por el dueño de un predio anegado por un aluvión proveniente de la Cordillera de los Andes. El particular —Sr. Torres— sostuvo que el daño se debió a la inactividad de la Provincia al no construir un sistema de defensas aluvionales. La Corte, aplicando la tesis de DUNI, resolvió que dado que los intereses de la actora eran sólo de carácter patrimonial y que no hay proporción entre el sacrificio general que importa la construcción de dichas defensas por parte de la Provincia y la utilidad que con ellas se habría conseguido, no existe deber de actuación, y en esa medida la Administración no incurrió en inactividad ni en responsabilidad.

³¹ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 148 y 149.

esta clase de inactividad: (a).— *Inactividad formal normativa*, la cual se verifica toda vez que la Administración falte a su deber de dictar normas o disposiciones de carácter general, v.gr., reglamentos³². (b).— *Inactividad formal singular*, la cual puede verificarse de tres maneras: (i).— La falta de decisión —acto administrativo terminal— en un procedimiento administrativo incoado a instancia de un particular³³. (ii).— Inactividad en incoar —de oficio— un procedimiento administrativo, cuando le es debido a la Administración en razón de sus potestades³⁴. (iii).— Inactividad en la ejecución de un acto administrativo, esto es, cuando no se incoan los procedimientos administrativos previstos para compeler su cumplimiento, v.gr., la imposición de multas coercitivas³⁵.

2.— *Inactividad material*.— Comprende “la omisión ilegal de actuaciones materiales, físicas o intelectuales, de alcance externo, sin naturaleza jurídica, que constituyen la prestación de un servicio o realizan la voluntad administrativa u otros objetivos o intereses públicos (...) Se trata de la infracción, por omisión, de un deber legal de obrar, de contenido material o técnico que no sea materialmente imposible. Siempre que se omite o no tiene lugar la actividad técnica o material exigida, tanto que la Administración no haya actuado en absoluto, como que haya actuado de modo insuficiente o incompleto, se da esta clase de inactividad”³⁶. Algunos ejemplos de inactivi-

³² Imaginemos que el Parlamento dicta una ley, que reconoce un derecho a ciertos titulares, y la Administración no dicta el reglamento correspondiente, razón por la cual sus titulares no pueden ejercerlo, ocasionándoles de ese modo un perjuicio. ¿Incurre la Administración en inactividad? Para determinar la existencia de una inactividad es preciso, en primer lugar, determinar si la Administración tiene el deber de dictar reglamentos. Nosotros creemos que sí, al menos respecto de la potestad reglamentaria de ejecución, pues: (1).— Para la CPR la ley es tan sólo una norma de carácter general y obligatoria que estatuye las bases esenciales de un ordenamiento jurídico — art 60 N° 2 de la CPR—; de tal suerte que toda ley, al menos en teoría, requiere de la dictación de un reglamento que permita dar ejecución a sus determinaciones imperativas. (2).— La Administración —Presidente de la República— tiene por función prevalente la ejecución de leyes, razón por la cual usualmente se le denomina Poder Ejecutivo, para lo cual es menester que dicte los reglamentos que ejecutan las leyes. (3).— Si la Administración pudiera abstenerse de dictar reglamentos sin comprometer la responsabilidad estatal, importaría reconocerle lisa y llanamente un mecanismo a través del cual podría vetar las disposiciones legales, solución constitucionalmente inadmisibles (GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 824). Sin perjuicio de lo anterior, es común que las leyes establezcan un plazo para dictar el reglamento, y si la Administración no lo dicta dentro de dicho plazo incurre en omisión.

³³ La jurisprudencia ha sostenido que la Administración incurre en inactividad formal singular cuando no dicta el acto administrativo terminal dentro de un “plazo razonable”, según las circunstancias concretas, teniendo en cuenta la complejidad del asunto, los distintos trámites internos a realizar y, especialmente, la propia conducta del interesado (Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El Derecho a Obtener la Justicia en el Plazo Razonable y la Duración de los Procesos Contencioso-Administrativos: Las Indemnizaciones Debidas*, REDA, N° 25), pues se sostiene que si se ha producido la mora en gran parte se debe a la pasividad del particular en el ejercicio de las acciones procesales-administrativas destinadas a evitarla (STS de 21 de diciembre de 1990). Así por ejemplo, la jurisprudencia española excepcionalmente ha concedido reparación en el caso en que un recurso jerárquico interpuesto por quien fue suspendido de la posesión de su carnet profesional, requisito para el ejercicio de su actividad laboral, y no se resolvió sino cuatro años después! (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Máximo Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón de Aceres, Madrid 1989, pág. 692).

³⁴ GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 833.

³⁵ GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 854.

³⁶ GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 851. En el mismo sentido: SA ZEICHEN, Gustavo, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 171.

dad administrativa material son la falta de señalización que advierta la existencia de peligro en las vías públicas³⁷, la deficiente mantención de los bienes nacionales de uso público³⁸, los suicidios cometidos por personas con enfermedades psiquiátricas internadas en hospitales públicos³⁹, etcétera.

TERCERA PARTE

INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA SUBJETIVIZACIÓN DEL SISTEMA OBJETIVO DE RPA

En esta Tercera Parte estudiaremos cómo la inactividad administrativa se encuadra dentro de un sistema objetivo de RPA, como, v.gr., es el español o el chileno conforme a la interpretación efectuada por parte importante de la doctrina.

Si la omisión es entendida como simple pasividad en el contexto de un sistema objetivo de RPA, la Administración ve comprometida su responsabilidad toda vez que un particular sufre una lesión que, eventualmente, pudo haber sido evitada con una ac-

³⁷ Así, v.gr., *Villegas Lorca con Ilustre Municipalidad de Providencia* (GJ, N° 161. CS, 4 de noviembre de 1993), *Sepúlveda Pedreros con Ilustre Municipalidad de Concepción* (FM, N° 496, pág. 16) y *Lindup con Ilustre Municipalidad de Las Condes*.

³⁸ Así, v.gr., *Infante con Ilustre Municipalidad de Teno* (CA de Talca, 6 de mayo de 1996. Rol N° 50.075). *Aja García con Ilustre Municipalidad de Talcahuano* (RD), Tomo XCVI (1999), Sección 5, N° 1. CA de Concepción, 31 de marzo de 1999).

³⁹ Así, por ejemplo, una STS señala que “habida cuenta que la enfermedad maníaco-depresiva descompensada que padecía la paciente fallecida, conocida por los servicios médicos del hospital, el propio tratamiento psiquiátrico, incrementado, seguido en el centro, que incidía tanto en aspectos depresivos como de conducta, y el traslado por su comportamiento y tratamiento médico, a una habitación independiente, son circunstancias reveladoras de que la Administración sanitaria tenía pleno conocimiento de la enfermedad psiquiátrica que la suicida padecía y, consecuentemente, debió adoptar las determinaciones y cuidados necesarios al objeto de prevenir las funestas consecuencias que la propia enfermedad, conocida, podía acarrear, como acarreo efectivamente a la afectada” (STS de 16 de marzo de 1999, publicada en RRCCyS, 2001, pág. 407). En el mismo sentido, la CSJN ha resuelto que “La negligencia del accionar de los agentes del Servicio Penitenciario Federal consistió en que al detenido no se le quitó el cinturón con el cual luego se suicidó y no se obró con la debida diligencia durante el traslado, por lo que es indudable que el Estado debe responder” (*Pelozo, Elsa y otro c/ Servicio Penitenciario Federal y otros s/Daños y perjuicios*. CNFed. CC, Sala III, 5 de mayo de 1998, citado por BARBADO, Patricia, *Responsabilidad del Estado*. Justicia Nacional, RDD, N° 9, 2000, pág. 404).

tuación administrativa⁴⁰. Ello desnaturaliza a la RPA, transformándola en una especie de seguro universal a cargo del erario público. Es así como una STS, reconociendo esta situación, señala que “no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación, porque de lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”⁴¹.

Algunos autores, tratando de corregir el exceso anotado, han dado un contenido más preciso a la inactividad administrativa, y la han circunscrito a la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico⁴². En efecto, sostiene GÓMEZ PUENTE que “A menos que quiera convertirse a la Administración en una organización de aseguramiento global frente a cualquier clase de riesgo, la responsabilidad por omisión debe limitarse a los supuestos, antijurídicos, de actividad”⁴³. Es del caso destacar que al entender a la inactividad administrativa como la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico en un sistema objetivo de RPA, produce, en definitiva, la *subjetivización* de éste.

Este tesis se impone tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española. En efecto, señala ENTRENA CUESTA que, actualmente, “se abre paso una abundantísima

⁴⁰ En este sentido, la STS de 16 de octubre de 1995 señala que “para acceder a una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha de mediar una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el acto de la Administración y el daño que este acto ha producido, siendo necesario que exista un acto o una omisión de la Administración Pública y un daño derivado de ellas efectivo real, evaluable económicamente e individualizado, siendo esta una responsabilidad objetiva en la que ni siquiera se incluye la licitud o la ilicitud de la actuación de la Administración, lo que supone –según la Sentencia del mismo Tribunal de 11 de abril 1987– la existencia (activa o *pasiva*) de una actuación administrativa con resultado dañoso y relación de causa a efecto en aquella y esta; incumbiendo su prueba a quien la reclame, a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración”.

⁴¹ STS, 7 de febrero de 1998. Otra STS, en el mismo sentido, sostiene que “la prudencia judicial se acrecienta en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración, porque siendo cada vez más los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenando constitucionalmente que los sirva “con eficacia”, la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (v.gr. persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de los servicios sanitarios, etc.), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (v.gr. quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto concomitante que los ha producido, etc.)” (STS, 17 de marzo de 1993).

⁴² Aparte de la antijuridicidad como requisito de la omisión, GÓMEZ PUENTE exige, en el contexto de un sistema objetivo de RPA como lo es el español, que la actuación exigida a la Administración no sea materialmente imposible, por lo que su determinación exige una confrontación de la norma con la realidad fáctica del momento en que se aplica, sin que pueda “atribuirse dicho carácter a los deberes que devienen imposibles precisamente a causa de la inactividad” de la Administración. Se trata, en definitiva, de “admitir el influjo normativo de lo fáctico sobre el propio ordenamiento jurídico cuya función transformadora de la realidad y cuya imperatividad tienen límites, naturales si se prefiere, de imposible superación”, porque, como reza el viejo aforismo, “*ad impossibilia nemo tenetur*” (GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 25), pág. 142 y 143).

⁴³ GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n.16), pág. 722.

jurisprudencia en la que, con olvido del supuesto carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, en los casos de inactividad de la Administración exige, como requisito para reconocer el derecho a indemnización por los daños generados por aquella, el incumplimiento del deber de realizar una actuación determinada. En tal sentido son reiteradas las referencias al incumplimiento del deber de vigilancia, a la falta de servicio, a la obligación de velar por el respeto a la seguridad y a la integridad física de las personas, al incumplimiento del deber de establecer un servicio, a la omisión administrativa del deber de mantenimiento de una calle mal pavimentada, etc.⁴⁴. Del mismo modo, GÓMEZ PUENTE ha manifestado “Que la inactividad constituye una fuente de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos y que en la determinación de ésta no es posible prescindir de la idea de culpa o de ilicitud de la Administración, parece pues, fuera de duda. *Y es que, en realidad cuando se trata de pasividad, omisiones o inactividad, no es admisible la nota de objetividad que, con carácter general, se predica de la responsabilidad administrativa. Ante la pasividad o inercia de la Administración, la responsabilidad no puede ser objetiva, al menos si la objetividad supone admitirla al margen de toda ilicitud o culpabilidad administrativa, incluso sin mediar falta alguna en el servicio.* Si el carácter objetivo supone que puede haber responsabilidad aun por funcionamiento normal, debe negarse dicho carácter a la responsabilidad cuando el perjuicio dimana de la pasividad de la Administración”⁴⁵. En otras palabras, “cuando se recurre al carácter objetivo de la responsabilidad, ésta se funda sobre la producción de perjuicios antijurídicos. Antijuridicidad que alude a la inexistencia de una obligación legal de soportar un determinado perjuicio. Pues bien cuando el perjuicio resulta de la actitud pasiva de la Administración, si no existe obligación de soportarlo, si es ilegal es porque la Administración tiene el deber de evitarlo actuando. O lo que es lo mismo, la antijuridicidad del daño se identifica con la antijuridicidad de la omisión, con la culpa en el comportamiento administrativo; esto es, con la inactividad”⁴⁶⁻⁴⁷.

Actualmente, en la jurisprudencia española es posible apreciar muchos fallos que con olvido del presunto carácter objetivo del sistema español sostienen decididamente que la omisión exige necesariamente la infracción a un deber jurídico. Así, v.gr., una reciente STS señala que la RPA “se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal

⁴⁴ ENTRENA CUESTA, Rafael, *Responsabilidad e Inactividad de la Administración: Notas para un Intento de Reelaboración*, en SOSA WAGNER (coordinador), *Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo I. Editorial Tirant Llobrich, Valencia 2000, pág. 1222.

⁴⁵ Señala, además, que “Recuérdese que la objetivación de la responsabilidad no es más que una ampliación de ésta a los perjuicios ocasionados por actos legales o funcionamiento normal superados los límites tradicionales de responsabilidad subjetiva o por culpa. Por tanto, reconocer dicho carácter objetivo no impide admitir que determinadas hipótesis de responsabilidad por daños tengan un fundamento exclusivamente subjetivo. Este al menos es el caso de los daños por omisión debido a la imposibilidad ontológica de incluir en el funcionamiento normal de la omisión o la inactividad” (GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 25), pág. 149, 150 y 151).

⁴⁶ GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 16), pág. 771 y 772.

o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquella se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”. Pero tras tan profundas manifestaciones, declara la responsabilidad del Ayuntamiento que autorizó los fuegos de artificio de los que derivaron lesiones para un menor porque, “aunque se hubiese concedido la licencia con la antes aludida cláusula de exoneración, los *Servicios de Policía Municipal, según se afirma en la Sentencia recurrida, debieron velar para que se adoptasen las medidas de seguridad idóneas con el fin de evitar los riesgos derivados de esta clase de actividades, como exige el artículo 1.1. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto 17 de junio de 1955, al tener atribuida el municipio la competencia en materia de seguridad en lugares públicos según el art. 25.2ª de la Ley 7/1995, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local*⁴⁸”.

⁴⁷ Agrega, además, que “Ello se debe a que la causa del daño, una omisión, sólo puede concretarse previa contemplación de un deber de actuar ante una situación dada que permite aislar y diferenciar, como hecho omisivo dañoso, la pasividad de la Administración en un momento dado. Quiere decirse que, a diferencia de la acción que constituye positivo y por sí sola revela su existencia, sea o no lícita, la omisión sólo puede concretarse por relación a una situación dada y un obrar necesario asociado a ésta. La mera actitud pasiva de un sujeto sólo constituye un hecho omisivo cuando puede ser identificada con la ausencia de una actuación concreta que resulta debida con referencia a una determinada situación objetiva o subjetiva. Por eso, la responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad por infracción de un deber legal de obrar establecido en interés ajeno. Esta vinculación legal es la que permite distinguir la omisión dañosa de cualquier no hacer administrativo al que quisiera imputarse un resultado perjudicial. Y esa vinculación presume la idea de culpabilidad en la omisión para que surja la responsabilidad”. Por tanto, “no es posible admitir la responsabilidad administrativa por omisiones que no sean constitutivas de un funcionamiento anormal” (GÓMEZ PUENTE, Marco, *Ob. cit.* (n. 25), pág. 150).

⁴⁸ STS de 1 de abril de 1995. En el mismo sentido se han pronunciado, sólo por mencionar algunas, las siguientes STS: “la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado que el funcionamiento anormal de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos que en su ejecución generan la existencia de un daño a terceros, sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, por mucho que los mismos no sean dolosos y siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado” (STS de 4 de abril de 1998). “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas exige que el daño producido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y debe existir un nexo de causalidad ente uno y otro. Cuando el daño se imputa a una omisión pura de la Administración —no relacionada con la creación de una situación de riesgo— es menester para integrar este elemento causal determinar si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar su menoscabo. Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento objetivamente exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa” (STS de 7 de octubre de 1997).

CUARTA PARTE

INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA OBJETIVIZACIÓN DEL SISTEMA SUBJETIVO DE RPA

En esta Cuarta Parte estudiaremos la forma en que la inactividad se encuadra dentro de un sistema subjetivo de RPA, específicamente la relación existente entre ella y el factor de atribución falta de servicio.

La falta de servicio

La falta de servicio es el factor de atribución⁴⁹ por antonomasia en el Derecho Público. No es posible definirla con exactitud, pues se trata de un concepto por esencia flexible y mutable⁵⁰, razón por la cual, a continuación, sólo trazaremos sus grandes lineamientos:

(a).– La falta de servicio es un factor de atribución, razón por la cual si no se verifica, aun cuando concurren los demás presupuestos de la RPA, ésta no se compromete.

(b).– La falta de servicio está desvinculada, en principio, de la culpa del funcionario que materialmente causó el perjuicio. Es por ello que la Administración puede incurrir en falta de servicio aun cuando no pueda identificarse dicho funcionario, e incluso por los actos de un funcionario privado de razón⁵¹.

(c).– En la falta de servicio es posible distinguir dos fases: una externa y otra interna. Para entender esto es preciso recordar la moderna doctrina sobre la culpa –*culpa objetiva*⁵²– que, prescindiendo de todo elemento volitivo –*pecado jurídico*–, la entienden como la *infracción de un deber de cuidado*.

⁴⁹ El factor de atribución es la razón jurídica que justifica el que la Administración quede en la obligación de indemnizar el daño sufrido por el particular. Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo*, en *Derecho de Daños*. Buenos Aires 1989, pág. 57.

⁵⁰ Informe de la Cuarta Comisión Legislativa al informar el Proyecto de LOCBGAE con fecha 27 de junio de 1986.

⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Ob. cit.* (21), pág. 278. BARRAZA, Javier Indalecio, *Ob. cit.* (n. 17), pág. 109.

⁵² “MEDICUS recoge el concepto de negligencia (*Fahrlässigkeit*) del parágrafo 276 .I.2 BGB –incumplimiento de los deberes de precaución exigibles en el tráfico (*AuBerachtlasung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt*)–, para afirmar inmediatamente que se trata de un concepto normativo –deberes exigibles y no sólo los usuales (*übliche*) y, “sobre todo” que la definición (legal) no sitúa la negligencia en la precaución o cuidado que el deudor individual puede prestar: la negligencia del Derecho Civil es objetiva”. Ciertamente que lo que hace MEDICUS es retrotraer el juicio de reproche (*Schuldvorwurf*) al momento en que el agente social decide asumir una función social que luego no desempeña correctamente. En el mismo sentido, POSNER ha sostenido que “el canon de diligencia exigible implica el comportamiento diligente de uno mismo supuesto el comportamiento diligente de los demás” *Ibid.*, pág. 125, citando a MEDICUS, Dieter. Schuldret, I, Allgemeiner Teil, 8, Aufl, München, Beck, 1995, epígrafe 29. M, pág. 148 y ss. POSNER, Richard A, *Economic Analysis of Law*, epígrafe 6.4, pág. 169 y ss.). O sea, la culpa no es entendida como “un instrumento evocador del pecado” (CORDERO VEGA,

(d).— La fase externa dice relación con la infracción de un deber de actuación o de cuidado. (i).— La infracción de un deber de actuación no es más que la inactividad administrativa en los términos estudiados anteriormente —Segunda Parte—. (ii).— La

Luis. *Ob. cit.* (n. 10), pág. 161), sino que importa un concepto más bien objetivo en tanto se verifica por contraste entre la actuación realizada y la actuación debida, esto es lo que se ha venido en llamar concepto objetivo de culpa, doctrina que es seguida en nuestro medio por BARROS BOURIE (BARROS BOURIE, Enrique, *Responsabilidad Civil Extracontractual, Apuntes del Diplomado de la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Escuela de Graduados. Universidad de Chile, pág. 44).

Como se aprecia ha cambiado sustancialmente la visión de la culpa. Al respecto sostiene CORDERO VEGA que "En efecto, mientras la visión tradicional de la responsabilidad extracontractual se construyó sobre la base del elemento volitivo, psicológicamente, desde el advenimiento de los modelos de responsabilidad objetiva, la culpa dejó de ser una determinación interna, para transformarse en la evaluación de conductas objetivamente apreciables. En otros términos, se pasó de un modelo de convicción psíquica de la culpa a un modelo de evaluación normativa.

De aquí que entre nosotros BARROS sostenga que hablar de responsabilidad subjetiva es equivoco para referirse a la responsabilidad por culpa. En el Derecho civil se sostiene que la responsabilidad por culpa es objetiva, porque no supone un juicio de reproche personal al sujeto, sino la comparación de una conducta con un patrón general y abstracto" (CORDERO VEGA. Luis, *Ob. cit.* (n. 10), pág. 162).

Parte de la doctrina civil alemana sostiene que la culpa, aparte de ser objetiva —entendida como infracción a un deber de cuidado—, se integra a través de dos fases: deber de cuidado externo y deber de cuidado interno. En efecto, sostienen CODERCH y CASTIÑEIRA PALAU, que "un comportamiento humano puede calificarse de prevenido o cuidadoso desde dos puntos de vista: puede, en primer lugar, ajustarse externa o físicamente al canon normativo de comportamiento correcto, y si así ha sido, se dirá que el agente no ha infringido la norma de cuidado de que se trate; pero en segundo lugar, puede analizarse desde un punto de vista de la atención interna o psicológica que el sujeto ha prestado a sus actos y a su relevancia jurídica, atención que, en el caso concreto, puede haber existido o faltado por más que, externamente, el sujeto se haya comportado tal y como prescribe la norma: inversamente, puede resultar que se haya incumplido la norma de cuidado, pero por circunstancias absolutamente ajenas a la voluntad del sujeto" (SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y Castigar*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 128). Se distinguen, en consecuencia, el *außerer Sorgfalt*, deber de cuidado externo, es decir, el deber de adecuar el propio comportamiento al canon legal, y el *innerer Sorgfalt*, deber de cuidado interno, es decir, la posibilidad de prever el riesgo, el peligro. De lo anterior se sigue que:

(a).— La culpa se verifica sólo cuando concurren ambas fases. En efecto, "la infracción de deberes de conducta permite a lo más inferir en algunos casos la desconsideración del deber de cuidado interno, mas no prescindir de este último.

Para DEUTSCH, en efecto, *cuidado externo es comportamiento materialmente adecuado a la norma (sachgemäßes Verhalten)*: conducir a la velocidad indicada por la señal de tráfico a la —más reducida— que la intensidad de la niebla exige para evitar el riesgo del accidente. Sin embargo, la culpa como fundamento de imputación requiere además la infracción del deber de cuidado interno, pues de lo contrario no se podría dirigir juicio alguno de reproche contra el agente de los daños. Y el *cuidado interno incluye tanto el conocimiento de la norma y el de los elementos de sus supuestos de hecho como la dirección de la voluntad a la observancia del deber de cuidado externo*: conocer la norma que prescribe el comportamiento adecuado para evitar el peligro y dirigir la atención a su cumplimiento efectivo. Así no responde por culpa quien no infringe los deberes de precaución exigidos por el tráfico, pero lo hace quien incumple tanto el deber de cuidado externo como interno" (*Ibid.*, pág. 129).

(b).— Probada la ocurrencia de la fase externa se infiere la fase interna, y en esa medida se verifica la culpa. "Como reconoce el propio DEUTSCH, la jurisprudencia civil alemana presume la culpa, es decir, infiere el incumplimiento del deber de cuidado interno si se ha incumplido el externo para toda una serie de casos, especialmente los relacionados con la infracción de una norma protectora de derechos subjetivos" (*Ibid.*, pág. 130).

(c).— Si bien la ocurrencia de la fase externa hace presumir la ocurrencia de la fase interna, y en esa medida se presume la ocurrencia de culpa, nada obsta a que el demandado demuestre que respecto de él no se ha verificado la fase externa o la fase interna, liberando de esa manera su responsabilidad.

infracción de un deber de cuidado⁵³ se verifica toda vez que la Administración ejecuta actuaciones positivas sin adoptar las medidas de prevención⁵⁴ exigidas por la ley, los usos normativos (v.gr., *lex artis*) o prudencialmente por el juez⁵⁵.

(f).— La fase interna de la falta de servicio consiste en una deficiente organización.

(g).— Para que haya falta de servicio, la fase externa, esto es, la infracción del deber de actuación o cuidado, debe ser consecuencia de la fase interna, esto es, una deficiente organización. Sólo en este caso el incumplimiento externo es reprochable y justifica imponer a la Administración el deber jurídico de indemnizar el perjuicio sufrido por el particular.

(h).— Si la fase externa de la falta de servicio, esto es, el incumplimiento de un deber de actuación o cuidado, se debe a una causa distinta a una deficiente organización, no hay falta de servicio ni responsabilidad para la Administración. Así por ejemplo, que la fase externa se debe a la imprevisibilidad del resultado lesivo⁵⁶, o a la falta de recursos —materiales, financieros, técnicos, humanos, etcétera—, o que no existe proporcionalidad entre la dificultad del servicio y la gravedad de la falta, etcétera.

(i).— A la víctima corresponde demostrar la ocurrencia de la falta de servicio. Basta para ello que pruebe sólo la fase externa, es decir, el incumplimiento del deber de actuación o cuidado, ya que de ella se presume la fase interna y, por consiguiente, la falta de servicio. La Administración, por su parte, para liberar su responsabilidad, puede demostrar que no se ha configurado la falta de servicio, lo cual puede hacer de

⁵³ Toda actuación positiva debe realizarse respetando los deberes de cuidado. Deberes que se infringen “cuando quien ejecuta la acción omite tomar las precauciones necesarias para evitar el daño, exigidas por las circunstancias” (BARROS BOURIE, Enrique, *Ob. cit.* (n. 52), pág. 67). ABREVAYA sostiene que la *omisión en la acción* implica una forma a través de la cual se manifiesta la culpa —objetiva— en tanto se omite adoptar la diligencia debida —infracción a deberes de cuidado, para nosotros— de acuerdo con la naturaleza de la acción encarada, relacionada con las circunstancias de persona, tiempo y lugar. En otras palabras, el autor al realizar la actividad se abstiene de adoptar las precauciones necesarias para que esa actividad no cause daño a los demás (ABREVAYA, Alejandra Débora, *Ob. cit.* (n. 15), pág. 86).

⁵⁴ BARROS BOURIE, Enrique, *Ob. cit.* (n. 52), pág. 67. ABREVAYA, Alejandra Débora, *Ob. cit.* (n. 15), pág. 86.

⁵⁵ El juez siempre puede determinar y argumentar el deber de cuidado, incluso exigiendo mayor diligencia que la establecida por la ley o por los usos normativos. Algunos de los criterios de argumentación seguidos por nuestra jurisprudencia son: (a).— *Intensidad del daño*.— El que una actividad amenace la ocurrencia de un daño muy intenso exige que se adopten mayores precauciones para evitarlo (mayor deber de cuidado). Serán daños intensos aquellos que lesionan la integridad física de la persona y lo serán menos aquellos que sólo lesionan bienes materiales. (b).— *Probabilidad de la ocurrencia del daño*.— Si la ocurrencia del daño es muy probable, exige mayor deber de cuidado. La probabilidad es una variable acotada de previsibilidad, pues mientras ésta muestra un resultado posible, aquélla mide el grado de esa posibilidad. (c).— *Riesgo*.— Si una acción amenaza un daño intenso y de probable ocurrencia, nos encontramos ante una acción riesgosa que exige del agente un mayor deber de cuidado. (d).— *Costo de evitar el daño*.— Según la fórmula de HAND, hay culpa cuando el cociente entre el coste de un accidente y la probabilidad de su ocurrencia es inferior al coste de evitarlo.

⁵⁶ En este sentido, se ha sostenido que “La falta de servicio es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual requiere una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio que une a la víctima con éste y el grado de previsibilidad del daño. “La obligación del servicio se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar” (Zacarias, Claudio H. C/Provincia de Córdoba y otros. CSJN, 28 de abril de 1998).

dos maneras: (i).– Demostrando que no se ha verificado la fase externa, es decir, que su actuación no importa infracción de un deber de actuación o cuidado, o, si se quiere, que su actuación ha sido normal⁵⁷. (ii).– Demostrando que no se ha verificado la fase interna, es decir, que el incumplimiento del deber de actuación o cuidado no se debió a un defecto de organización, sino que a otras causas como, por ejemplo, a que el daño era imprevisible⁵⁸, que no existió relación entre la dificultad de la actuación y la gravedad de la falta⁵⁹, o a que el organismo administrativo no dispuso de recursos materiales, financieros, humanos, etcétera⁶⁰.

Inactividad administrativa y falta de servicio

Sobre la relación existente entre la inactividad administrativa y la falta de servicio, existen dos posiciones:

(a).– Algunos autores sostienen que la inactividad administrativa y la falta de servicio son conceptos sinónimos. En consecuencia, toda vez que la Administración incurra en inactividad administrativa, esto es, infrinja un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico, habrá falta de servicio⁶¹.

(b).– Otros autores, en cambio, sostienen que la inactividad y la falta de servicio son conceptos diferentes. Señalan que no basta la ocurrencia de una inactividad administrativa –infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico–

⁵⁷ Así, v.gr., el municipio que mantiene una piscina cuyos bordes se encuentran mojados, a consecuencia de lo cual un menor cae y sufre lesiones, no incurre en infracción a deber de cuidado alguno ni en falta de servicio, pues el que los bordes de las piscinas se encuentren mojados es un hecho normal (GJ, N° 226, abril 1999, págs. 84 y 85).

⁵⁸ No se verifica la fase interna ni la falta de servicio, cuando la Administración, no obstante adoptar todas las medidas tendientes a evitar la ocurrencia de un daño, éste finalmente se produce, pero no por causas previsibles. Así, por ejemplo, si ella adopta todas las medidas destinadas a evitar el deslizamiento de terreno desde un cerro sobre una carretera, y éste se produce por causas no previsibles, tales como vandalismo, sismos, micro-sismos, canales de regadío, etcétera (CA de Santiago, 3 de agosto de 2001).

⁵⁹ Una actividad de difícil realización es la mantención de obras públicas, razón por la cual para que haya falta de servicio es necesario que la falta pueda ser calificada de grave. En este sentido, se ha resuelto, v.gr., que el deber de mantener limpia una carretera que empuja al Estado no puede extenderse a tanto que lo haga responsable del descenso de un buitre en la calzada contra el cual colisionó la actora (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de septiembre de 1999, citada y comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La Responsabilidad Civil por los Daños Sufridos por los Usuarios de Autopistas de Peaje en la Jurisprudencia*, RDPa, año 2002, número 9, pág. 99). Del mismo modo se ha resuelto, a propósito de un automovilista que estrelló su coche al resbalar en una mancha de aceite que se encontraba en plena carretera, que “por muy estricto concepto que se tenga de la función de vigilancia, no cabe imputar a la Administración el cumplimiento de aquella –en el supuesto de que se trata– o el cumplimiento defectuoso de la misma” (STS de 2 de febrero de 1987).

⁶⁰ Así, por ejemplo, respecto de un recurso de protección interpuesto por enfermos de VIH en contra de un Servicio de Salud que les denegó la entrega de la triterapia, la CS sostuvo “que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello” (CS, 2 de octubre de 2001. Rol 3599–2001). Si luego dichos enfermos presentaran acción indemnizatoria en contra del Servicio de Salud por los daños que dicha negativa les ocasionara, a nuestro juicio, debiera rechazarse, pues, si bien incumple el deber de “estar al servicio de la persona humana”, y en esa medida podría configurarse la fase externa, ella no se debe a un defecto de organización sino a falta de medios financieros.

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel, *Ob. cit.* (n. 15), pág. 218.

para que haya falta de servicio, pues si así fuera el Estado se convertiría en asegurador y garantizador de las necesidades colectivas. Para ellos, la Administración ve comprometida su responsabilidad por inactividad sólo en la medida que ella pueda ser subsumida en una hipótesis de falta de servicio. En efecto, sostienen que, en el contexto del CC, para que haya responsabilidad no basta la ocurrencia de omisión, sino que, además, debe ser cometida con dolo o culpa; a falta de norma legal que provea una solución contraria, plantean, no se alcanza a percibir por qué la conclusión debiera ser distinta si es el Estado el causante de la abstención dañosa⁶².

Para nosotros la inactividad es la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico, mientras que la falta de servicio es un factor de atribución. En esta última es posible distinguir dos fases: una externa y otra interna. La externa dice relación con la infracción de un deber de cuidado, en el caso de una actuación positiva, o de un deber de actuación, en el caso de la actuación negativa, omisión o inactividad. Por su parte, la fase interna dice relación con un defecto de organización. La falta de servicio se verifica sólo si la fase externa es consecuencia de la fase interna; en otras palabras, sólo si la infracción al deber de cuidado o actuación es consecuencia de un defecto de organización. A la víctima corresponde demostrar el factor de atribución, en este caso la falta de servicio. Dado que de la ocurrencia de la fase externa se presume la interna, el lesionado prueba la ocurrencia de la falta de servicio al probar la ocurrencia de la fase externa, esto es, el incumplimiento de un deber de cuidado o actuación. De ello se sigue que, en principio, si hay inactividad administrativa habrá falta de servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden haber casos en los cuales no obstante verificarse la fase externa, el incumplimiento de un deber de cuidado o actuación –inactividad administrativa–, no importe falta de servicio. Ello sucederá, por ejemplo, cuando el incumplimiento del deber de actuación, la inactividad administrativa, no se ha debido a una deficiente organización administrativa sino que a otras causas, tales como, por ejemplo, la falta de recursos financieros, materiales, humanos, etcétera.

Dado que, en principio, una vez demostrada la inactividad se entiende existir falta de servicio, y que la inactividad se aprecia contrastando la actuación real y la actuación debida, estimamos que la inactividad administrativa *objetiviza* el sistema subjetivo de RPA.

⁶² MERTEHIKIAN, Eduardo, *Ob. cit.* (n. 29), pág. 254 y 255. En este sentido, GANDOLLA plantea que “Si bien en algunas ocasiones se ha permitido utilizar la “omisión” en forma indistinta a la “falta de servicio”, no son en realidad dos caras de la misma moneda. Puede decirse que la primera es el género y la segunda es la especie, que coinciden en un aspecto esencial para relacionarse: una ausencia de conducta o actividad en un sentido o dirección, por parte de la administración. Puede haber omisión sin falta de servicio o sin que se haya producido un perjuicio cierto por la carencia de una política o acción ajustada al momento. Pero seguro es que si existe perjuicio, derivado de una conducta que no se llevó a cabo, de una negociación no resuelta, de una política estratégica no prevista, de la ausencia o suspensión de un servicio, habrá una conducta omisiva de la Administración” (GANDOLLA, Julia Elena. *Ob. cit.* (n.15), pág. 31).

Conclusiones

1.– La inactividad administrativa es la infracción a un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico. De ello se sigue que: (i).– La pasividad que no importa la infracción de un deber de actuación, en principio, carece de relevancia jurídica. (ii).– El deber de actuación infringido debe tener, al menos, un fundamento de carácter jurígeno, no restringido a la ley formal, sino entendiendo a ésta en un sentido amplio. (iii).– El deber de actuación puede estar establecido de manera específica –como obligación– o genérica –como función–. En el primer caso, la sola infracción de ese deber de actuación coloca a la Administración en inactividad. En el segundo caso, el deber de actuación cuya infracción coloca a la Administración en inactividad, debe ser determinado por el juez, con criterio de razonabilidad, a partir de sus funciones.

2.– Si entendemos a la inactividad administrativa como simple pasividad en el contexto de un sistema objetivo de RPA, ésta se compromete toda vez que un particular haya sufrido una lesión que, eventualmente, pudo ser evitada con una actuación de la Administración. Siendo así, el sistema de RPA se desnaturaliza y se transforma en una especie de seguro universal a cargo del erario público.

Al entender a la inactividad administrativa como la infracción de un deber de actuación en un sistema objetivo de RPA, éste se *subjetiviza*.

3.– En nuestra opinión la inactividad coincide con la fase externa de la falta de servicio. Dado que la víctima del perjuicio sólo debe demostrar la fase externa de la falta de servicio para que se verifique este factor de atribución, en principio, si hay inactividad habrá falta de servicio. Sin perjuicio de ello, pueden darse casos en los que, no obstante haber inactividad administrativa, al no ser consecuencia de la fase interna, esto es, una deficiente organización, obstará la existencia de la falta de servicio.

Dado que, en principio, una vez demostrada la inactividad se entiende existir falta de servicio, y que la inactividad se aprecia contrastando la actuación real y la actuación debida, estimamos que la inactividad administrativa *objetiviza* el sistema subjetivo de RPA.