



Stefano Faillace^(*)

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por *contacto social*^(**)

Controversial issues regarding to liability by social contact

Resumen: En el presente artículo, se analiza la naturaleza de la responsabilidad que genera el contacto social. De esta manera, el autor expone aquellas posiciones que sustentan que la confianza en el actuar profesional de un médico o educador, generada por contacto social, es fuente de responsabilidad contractual o fuente de responsabilidad precontractual. Finalmente, el autor examina los alcances del precepto de la buena fe más allá de los límites de la responsabilidad precontractual para el caso de relaciones entre Administración Pública y privados.

Palabras clave: Contacto Social - Principio de Confianza - Responsabilidad contractual - Responsabilidad precontractual - Buena fe - Administración Pública

Abstract: On this paper, the author analyzes the nature of liability when generated by social contact. In that way, he explores the theories which support that trust in the professional behavior of doctors or educators based on social contact, creates contractual or pre-contractual liability. Finally, the author analyzes the scope of the principle of *bona fides* beyond the limits of pre-contractual liability in the case of the legal relationship between Public Administration and private individuals.

Keywords: Social Contact - Principle of trusting - Liability - Pre-contractual liability - Principle of bona fides - Public Administration

1. La confianza en la profesionalidad como fuente de una obligación contractual

En el último quinquenio, diversas decisiones jurisprudenciales han aceptado y reconocido la existencia de una responsabilidad por *contacto social* en campos en los cuales la naturaleza de la responsabilidad misma era discutida por encontrarse a sí misma en aquella que ha sido

(*) Abogado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bologna. Profesor de Derecho Civil II en la misma Casa de estudios. Asesor de la Corte Suprema de Casación en materia de Derecho Civil. Colaborador en el *Studio Legale Fiorin*.

(**) Traducción realizada por Joseph Mejía Guevara.

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

definida gráficamente como el área de turbulencia entre el contrato y el delito.

Las hipótesis de incierta aceptación que han encontrado recientemente una nueva dimensión, conciernen, en particular, a la responsabilidad del profesional estructurado⁽¹⁾ que, en el cumplimiento de una obligación, ocasiona un daño a sujetos que no parecen ser formalmente acreedores. Aquellos son los casos del preceptor que no vigila adecuadamente estudiantes que se autoinfligen lesiones o aquel relativo a la actividad ilegal o ilegítima de la Administración Pública.

Pero, ¿cuál es la semilla que ha hecho germinar esta inesperada *revolución* en el ámbito de la responsabilidad civil?

Consciente de la experiencia alemana en ese sentido, una autorizada doctrina se ha propuesto el objetivo de demostrar que, también en nuestro ordenamiento, los deberes de protección pueden ser fuente de responsabilidad contractual, aunque desvinculados de una prestación principal. La premisa principal de su razonamiento está en la adhesión a la conocida y aceptada teoría que considera de naturaleza contractual la responsabilidad precontractual. Según esta orientación, la relación entre dos sujetos, vinculada a la estipulación de un negocio jurídico, se cualifica como fuente de un particular deber que vincula a las partes a comportarse según buena fe. El hecho al cual la ley vincula el nacimiento de la relación obligatoria precontractual está constituido por la confianza, engendrada en una parte por el comportamiento de la otra.

La responsabilidad precontractual nace, por lo tanto, de una relación obligatoria perteneciente, al interior del sistema de las fuentes de las obligaciones, a la tercera categoría de la clasificación, de conformidad al artículo 1173 del Código Civil⁽²⁾. La responsabilidad que allí nace se pone de manifiesto como de naturaleza contractual, ya que el incumplimiento, no lo es de un deber absoluto, sino relativo; esto es, a cargo de sujetos determinados, y este tipo de responsabilidad denota la sanción por la violación de obligaciones, cualquiera que sea su fuente.

Partiendo del presupuesto que, en la fase precontractual, la confianza entre las partes es fuente de una obligación sin deber primario de prestación, esta doctrina intenta identificar otras hipótesis en la cuales un contacto social implique un idéntico modelo de tutela. El propósito consiste en proporcionar una forma jurídica adecuada a todos los supuestos de hecho, en los cuales el daño no pueda considerarse derivado de un hecho arbitrario o de una no deseada colisión con los derechos de terceros, teniendo presente, de todas formas, que la confianza puede generar una responsabilidad contractual solo en presencia de otro elemento capaz de justificar la superación de los límites de la responsabilidad aquiliana. Y el anclar la confianza en la profesionalidad parece proporcionar, para el creador de esta teoría, un criterio verdadero y seguro.

La figura del profesional es considerada en un sentido mucho más amplio de aquel cristalizado en las diversas disciplinas de la tutela del consumidor. Aquí, el profesional no es solo un sujeto con deberes de precisión informativa, sino que, también, dentro de una estructura sanitaria o escolar, por su peculiar actividad, es garante de la salud del tercero. Asimismo, se encuentra en esta categoría la Administración Pública que, ocupándose institucionalmente de los intereses generales, tiene el deber de cumplir las obligaciones constitucionalmente previstas con buen desempeño e imparcialidad.

La obligación que nace por *contacto*, como aquella que surge de las tratativas precontractuales, tiene su fuente en el artículo 1173 del Código Civil. Esta norma, considerada

- (1) La expresión "médico estructurado" (que es utilizada con regularidad en el presente trabajo) puede ser asimilable, en nuestro medio, a la del médico que, como tal, realiza actividad profesional para una estructura hospitalaria o sanitaria del Estado; por ello, la expresión más adecuada sería la de médico de la Administración Pública.
- (2) El artículo 1173 del Código Civil italiano señala que: "Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas, de conformidad al ordenamiento jurídico"



Stefano Failace

como indicadora de la liberación del sistema de las fuentes de las obligaciones de la rigidez de la legislación previamente vigente, ha permanecido exenta de aplicaciones importantes en el ámbito de la producción jurisprudencial. Y esto a pesar de la peticiones e indicaciones proporcionadas por el debate doctrinal⁽³⁾, que captura una analogía entre el hecho de reservar al ordenamiento jurídico el juicio de idoneidad de cada singular acto o hecho a la producción de obligaciones y el reconocimiento de la autonomía privada en la creación de tipos contractuales ulteriores respecto de aquellos nominados, de conformidad al segundo párrafo del artículo 1322 del Código Civil⁽⁴⁾⁽⁵⁾. Esta disposición no excluye; sino que, por el contrario, admite la posibilidad de que se introduzcan entre las fuentes principios, sobretudo de rango constitucional, relacionados al derecho a la salud, que trascienden particulares posiciones legislativas. Precisamente, la gama amplia y flexible de la disposición y la vaguedad de la formulación de tal artículo constituye el enganche normativo del instituto de la relación obligatoria derivada del *contacto social* como verdadero y justo *tertium genus* de fuente obligacional.

Si, en efecto, en relación al contrato y al hecho ilícito, el artículo 1173 del Código Civil, se refiere a las obligaciones (en el sentido tradicional del término), cuyo contenido está constituido, en primer lugar, por el deber de prestación, “cualquier otro acto o hecho idóneo para producir las, de

conformidad al ordenamiento jurídico”⁽⁶⁾ es expresión que parece capaz de contener también las obligaciones consistentes en solamente deberes diversos, es decir, las obligaciones sin prestación⁽⁷⁾.

Sobre un plano de teoría general, dicha ampliación de la responsabilidad contractual a expensas de aquella aquiliana, parece, sin embargo, difícilmente justificable en el ámbito de un ordenamiento en el cual el ilícito es disciplinado mediante una norma general y no es el caso que quien propugna esta teoría⁽⁸⁾ parte del presupuesto que nuestro sistema se encuentre apoyado sobre un sistema de tipicidad, aunque evolutivo, del ilícito civil.

Discutible es también hacer corresponder las obligaciones a la suerte de un *contacto social*, es decir, por un hecho jurídico en el grupo de aquellas derivadas de las leyes. Esta categoría de obligaciones, por otra parte (generalmente invocada por la jurisprudencia) ha sido en realidad formalmente excluida por el Código Civil de 1942⁽⁹⁾.

(3) Véase: SCOGNAMIGILIO, Claudio. *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*. En: *Giurisprudenza italiana*. Tomo IV, 1995; pp. 362 y siguientes.

(4) La norma referida señala que “(...) Las partes también pueden concluir contratos no pertenecientes a tipos con una disciplina particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”.

(5) Compárese, GIORGIANNI, Michele. *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Volumen I: *Studi in onore di Gaetano Zingali*. Milan: Giuffrè, 1965; pp. 72 y siguientes. La elaboración doctrinal sucesiva: RESCIGNO, Pietro. *Obbligazioni (nozioni generali)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen XXIX. Milan: Giuffrè, 1979; p. 151, e DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale*. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna-Roma: Zanichelli, 1988; p.175; DI MAJO, Adolfo. *Obbligazione: I) Teoria generale*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Volumen XXI. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990. En contra, sin embargo BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. En: *L'obbligazione*. Milan: Giuffrè, 1990; pp. 5 y siguientes, que tiende a circunscribir el alcance innovador de la formulación del artículo 1173 del Código Civil), afinando y enriqueciendo la tendencia moderna de asimilar la atipicidad de las fuentes de las obligaciones, la ha coordinado con una mayor sensibilidad al conocimiento normativo constitucional. Después de haber individualizado los inderogables deberes de solidaridad política, económica y social, los principios de igualdad sustancial y las exigencias de tutela de la persona frente del ejercicio de actividades económicas privadas, han sido propuestas luego una serie de figuras sintomáticas de situaciones económico - sociales, susceptibles de asumir eficacia vinculante a las luz de los principios del ordenamiento así reclamados, y, por lo tanto, calificables como idóneos para producir obligaciones.

(7) La expresión corresponde al último extremo del artículo referido.

(8) Compárese, CASTRONOVO, Carlo. *Le frontiere nobili della responsabilità civile*. En: *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*. Milan: Giuffrè, 1991; p. 197.

(9) Compárese, *Idem.*; pp. 40 y siguientes.

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

Se ha impugnado, luego, que los requisitos sobre los cuales se apoya la afirmación de una responsabilidad por *contacto social*; vale decir, el ejercicio de una actividad protegida y la confianza del tercero en la profesionalidad de los otros, pueden ampliar excesivamente el espectro de acción⁽¹⁰⁾.

2. La dudosa naturaleza de la responsabilidad del médico de la Administración Pública en las confrontaciones con el paciente y de aquella del preceptor por la conducta autolesiva del alumno

El primer reconocimiento jurisprudencial de la validez del contacto social como fuente de responsabilidad es producida en la conocida sentencia No. 598 de la Corte Suprema, emitida el 22 de enero de 1999⁽¹¹⁾, y tiene como objeto la responsabilidad del médico dependiente de un ente

hospitalario por el daño ocasionado a un paciente debido a un incorrecto tratamiento terapéutico. En materia de responsabilidad del médico de la Administración Pública, la jurisprudencia se había dividido sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad y la intervención de la Casación ha intentado disolver (de una manera, a decir verdad, discutible) este nudo gordiano. La responsabilidad en cuestión presenta, de cualquier modo, tales peculiaridades por las cuales ha sido definida como un régimen uniforme y transtípico, que supera los sectores correspondientes a los dos clásicos tipos de la responsabilidad contractual y extracontractual, definiéndose, antes bien, en función de su objeto material⁽¹²⁾. También, cuando ha sido colocada dentro

- (10) Véase, por otro lado, el artículo 61 de la Ley 218 emitida el 31 de mayo de 1995 de reforma del derecho internacional privado italiano, que ha creado perplejidad, reintroduciendo la categoría de las obligaciones *ex lege* (confrontar con los válidos argumentos de MEMMO, Daniela. *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*. En: *Contratto e impresa*. Volumen XIII. No. 1. Padua: CEDAM, 1997; pp. 64 y siguientes, que ejemplifica también las hipótesis trazadas por las jurisprudencias a esta categoría, no teniendo en consideración que la ley no produce obligaciones, sino con la mediación de actos o hechos jurídicos (compárese, en tal sentido, GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Volumen II. Padua: CEDAM, 1993; p. 465).
- (11) Así FORZIATI, Michele. *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la cassazione*. En: *Responsabilità civile e previdenza*. No. 3. Milan: Giuffrè, 1999; pp. 679 y siguientes, que sarcásticamente incluye en la categoría la responsabilidad del automovilista en la confrontación con el peatón y aquella de la enfermera en la confrontación con el paciente de una clínica. En efecto, en ambas hipótesis el sujeto-agente ha conseguido una autorización y, por esto, subsistiría por parte del sujeto lesionado una confianza en otros profesionales o en otros comportamientos responsables. El peligro temido, por otro lado, parece materializarse, dada la continua extensión de la teoría a supuestos de hecho diversos. Véase, con relación a ello, la Casación No. 14934 emitida el 23 de octubre del 2002. En: *Nuova giurisprudenza commentata*. Volumen I. 2004; pp. 116 y siguientes, con nota de BARBANERA, Roberta. *La responsabilità da contatto sociale approda anche tra i notai*. El cual considera que, no aplicándola en el caso concreto, en línea de principio, considera la responsabilidad por contacto configurable también por el notario. Reconoce, en efecto, que la actividad profesional del notario reingresa entre aquellas protegidas y crea una confianza en el sujeto que recibe la prestación. Por este motivo, tal actividad debe tener siempre las mismas características y cualidades previstas por las normas de diversas naturalezas que prescinden, no pudiéndose de estas prescindir en los casos en los cuales la prestación no sea efectuada sobre la base de un contrato de prestación de obra profesional intelectual, porque ello determina, en cualquier caso, su propia responsabilidad.
- (12) Comentada por CARBONE, Vincenzo. *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*. En: *Danno e responsabilità*. No. 3. Milan: Giuffrè, 1999; pp. 294 y siguientes; FORZIATI, Michele. *Loc. cit.*; DI CIOMMO, Francesco. *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*. En: *Foro italiano*. Volumen I. Turín: Giappichelli, 1999; pp. 3332 y siguientes; DI MAJO, Adolfo. *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. En: *Corriere giuridico*. No.4. Milan: IPSOA, 1999; pp. 446 y siguientes; THIENE, Arianna. *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*. En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*. 2000; pp. 334 y siguientes. Esta orientación ha sido recientemente rebatida por la Casación No. 9471, emitida el 19 de mayo del 2004, la Casación No. 10297 emitida el 28 de mayo del 2004, la Casación No. 11488 y la Casación No. 19564 emitida el 29 de setiembre del 2004.



Stefano Faillace

de la responsabilidad aquiliana, a ella le han sido aplicadas instituciones propias de la responsabilidad contractual, tales como la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, el criterio de la diligencia profesional, la llamada a regla de causalidad material y la limitación de responsabilidad a la que se refiere el artículo 2236 del Código Civil⁽¹³⁾.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia⁽¹⁴⁾, ha sido por largo tiempo afirmado el modelo de la responsabilidad extracontractual. El fundamento jurídico de tal régimen de responsabilidad se funda sobre la consideración de que el médico no estaría vinculado a algún contrato con el paciente, sino que actuaría como órgano del ente hospitalario. No hay duda que tal esquema debe ser superado, sea por razones teóricas, en cuanto se refiere a una función meramente protectora de la actividad médica que no corresponde a la realidad fenomenológica; o, sea por razones prácticas, porque tal modelo hace que sea muy difícil la tutela resarcitoria del paciente sobre la perspectiva probatoria y del régimen de prescripción. Si la responsabilidad aquiliana sanciona la *culpa in faciendo*, y ni siquiera aquella de la *non faciendo*, es la calificación contractual la que mejor se adapta a la obligación del médico, a la cual puede ser imputada justamente una *culpa in non faciendo* cuando haya mal actuado (operado respecto al cuidado requerido y a la confianza sobre él depositada por el paciente). Lo que el paciente requiere al médico es, en efecto, ser curado. En este sentido, el médico, no está constreñido solamente a no empeorar la salud del paciente, sino más bien, a mejorarla.

En esta ahora conocida sentencia, no alcanzando aprovechar un momento de intercambio de consentimientos entre médico y paciente, pero teniendo, de todas formas, intención de reclamar un esquema que permitiese definir como contractual la responsabilidad del médico, la Corte Suprema, en su motivación, primero ha individualizado la figura de la obligación sin prestación originada por la confianza del paciente en la profesionalidad del médico, según la teoría de Castronovo, y, unas líneas más adelante, incoherentemente, ha destacado la presencia de una relación contractual de hecho con relativa existencia de una prestación verdadera y propia. Han sido confundidos, por lo tanto, dos institutos que tienen en común el hecho de ser ambos generados por un *contacto social*, en ausencia de una precisa manifestación de voluntad de las partes, pero que divergen por el contenido de la obligación. A diferencia de la teoría de la obligación sin deber primario de prestación (de nuevo cuño, por lo menos en Italia) la categoría dogmática de las relaciones contractuales de hecho (bien conocida desde tiempo por nuestra doctrina⁽¹⁵⁾) tiene raíces históricas que van investigando en el clima cultural de la Alemania de los años cuarenta, caracterizado por la declinación del dogma

- (13) Compárese, DE MATTEIS, Rafaela. *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*. En: *Contratto e impresa*. Padua: CEDAM, 1995; pp. 489 y siguientes.
- (14) Compárese, la Casación No. 1782, emitida el 6 de mayo de 1971. En: *Foro italiano*. Volumen I. Turín: Giappichelli, 1971; p. 1476, y, en el mismo sentido, véase, la Casación No. 2144 emitida el 11 de mayo de 1988. En: *Foro italiano*. Volumen I. Turín: Giappichelli, 1988; p. 2296; Casación No. 2428, emitida el 26 de marzo de 1990. En: *Giurisprudenza italiana*. Volumen I. 1991; p. 599, con nota de CARUSI; Casación No. 11743, emitida el 20.11.1998. En: *Foro italiano*. Turín: Giappichelli. 1998; p. 1231.
- (15) Compárese, CATTANEO, Giovanni. *La responsabilità del professionista*: Milan: Giuffrè, 1958; p. 313; PRINCIGALLI, Annamaria. *La responsabilità del medico*: Napoles: Jovene, 1983; p. 265; GALGANO, Francesco. *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*. En: *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*. Milan: Giuffrè, 1984; pp. 722 y 723; CAFAGGI, Fabrizio. *Responsabilità del professionista*. En: *Digesto civile*. Volumen XVII. Turín: UTET, 1997; p. 189 y pp. 213 y siguientes; VISINTINI, Giovanna. *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*. En: *Rassegna di diritto civile*. Volumen 1077. Napoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1983; y, en jurisprudencia, véase Casación No. 6141, emitida el 21 de diciembre de 1978. En: *Foro italiano*. Volumen I. Turín: Giappichelli, 1979; pp. 4 y siguientes; Casación No. 2750, emitida el 13 de marzo de 1998. En: *Responsabilità civile e previdenza*. Milan: Giuffrè, 1999; pp. 272 y siguientes, con nota de RONCHI, Enzo. *Colpa grave del medico: valutazione medico-giuridica lasciata al mero arbitrio*; Casación No. 2428, emitida el 20 de noviembre de 1998. En: *Repertorio del Foro italiano*. No. 165. 1998.

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

de la voluntad y de la crisis del consenso como elemento necesario en el momento formativo del contrato, para el exclusivo beneficio de los intereses generales. En tales relaciones no se relevaría el perfil subjetivo del acto realizado, sino aquel perfil objetivo y social que es fuente de confianza mutua, independientemente de la manifestación de voluntad del contratista y de su conocimiento del contenido de los efectos del acto mismo.

Para una diferencia no genética, sino estructural, necesitaba no confundir esta última temática con aquella extraída por Castronovo. En efecto, aunque originense por un hecho-contrato, y comporten como consecuencia la afirmación de una responsabilidad contractual, distinto es el efecto que de este hecho descende⁽¹⁶⁾. En el primer caso, el contacto, sustituyendo la manifestación de voluntad negocial, comporta el nacimiento de una verdadera y real relación contractual con prestaciones principales recíprocas y relaciones obligatorias plenas; mientras que, en el segundo, una de las dos partes negociales asume una obligación sin prestación, de cuyo incumplimiento descenderá igualmente una responsabilidad a título de incumplimiento contractual.

De otra parte, una coherente consecuencia de la elección de la obligación sin prestación es que el deber a cargo del médico sea solo de protección del tercero, sin proporcionar, por lo tanto, la existencia de una prestación verdadera y real. Pero sería artificiosa la reconstrucción que configure en cabeza del

profesional solo obligaciones de protección y de cuidado, excluyendo así que el paciente pueda reclamar algún derecho en relación al exacto cumplimiento de la prestación principal por parte del médico. La prestación médica, en efecto, es demasiado compleja y articulada, demasiado rica de contenidos, constando de deberes de prudencia, atención y competencia profesional, de modo que pueda ser utilizada en dicha obligación⁽¹⁷⁾.

Parece más correcto configurar, en realidad, una verdadera relación contractual entre paciente y médico de la Administración Pública, dada además la regla principalmente organizativa y de intermediación del ente. Esto teniendo en consideración que nuestro ordenamiento mismo ha reconocido la existencia de un acuerdo contractual en hipótesis en las cuales esto es muy esquivo, como en el caso de los contratos automáticos o en masa⁽¹⁸⁾, y que se trata de una relación que en su desarrollo espera varios intercambios de consenso entre las dos partes, en particular manera, en el caso en el cual existen obligaciones de resultado a cargo del médico⁽¹⁹⁾. Por otro lado, el médico es parte activa de la relación y no un mero

(16) Con referencia a la incidencia de la teoría de las relaciones contractuales de hecho en nuestro ordenamiento, véase SACCO, Rodolfo. *Il contratto di fatto*. En: *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*. Volumen X. 1995; FUNAIOLI, Carlo Alberto. *Il rapporto di fatto in materia contrattuale*. En: *Annali dell'Università di Ferrara*. Volumen X. Ferrara: Università di Ferrara, 1952; pp. 1950-1952; RICCA, Lucio. *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*. Milan: Giuffrè, 1965; ROPPO, Vincenzo. *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto*. En: *Casi e questioni di diritto privato*, al cuidado de BESSONE, Mario. Volumen V. Milan: Giuffrè, 1993; STANGHELLINI, Luca. *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*. Milán: Giuffrè, 1997.

(17) Compárese, en este sentido, también FORZIATI, Michele. *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la cassazione*. En *Responsabilità civile e previdenza*. Milan: Giuffrè, 1999; pp. 679 y siguientes. Así también CASTRONOVO, Carlo. *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*. En: *Europa diritto privato*. Milan: Giuffrè, 2003; p. 157; THIENE, Arianna. *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*. En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*. 2000; p. 334. Recientemente la Suprema Corte (Casación No. 9471, emitida el 19 de mayo del 2004) ha rebatido, en un *obiter dictum*, la reconducción de la relación médico-paciente "en la más basta óptica de las *Faktische Vertragsverhältnisse* (Relaciones contractuales de hecho), o de la responsabilidad por contacto", sin adentrarse en distinciones entre los dos enfoques, a nuestro parecer, en ningún caso superfluo.

(18) Véase, en tal sentido, también DI MAJO, Adolfo. *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; p. 451 y PARADISO, Massimo. *La responsabilità medica dal torto al contratto*. En: *Rivista de diritto civile*. Milan: Giuffrè, 2001; p. 332.

(19) En tales casos no hay duda que el acto material de introducción de una moneda en un sistema automático o de la aprehensión de los productos expuestos en las estanterías de un supermercado logre el consenso previsto por los artículos 1321 y 1325 del



Stefano Faillace

instrumento de ejecución y, una vez instaurada tal relación, es el médico mismo quien va a incidir sobre su contenido y sobre la definición de la prestación a cuyo desenvolvimiento este se vincula personalmente. En otro sentido, va evidenciado que el paciente puede dirigirse a una estructura determinada en razón del médico que le atiende o decidir por no recibir la prestación ofrecida por el ente a través de un determinado médico y anular el contrato con el ente.

Resulta compatible, por lo tanto, la idea de quien, en el caso, ha identificado un supuesto de hecho contractual de estructura compleja, dominada por la presencia de un enlace comercial entre tres relaciones *ex contractu*: aquella entre ente y médico, aquella entre ente y paciente, y aquella entre paciente y médico. Mientras las prestaciones pecuniarias son reguladas por las primeras dos relaciones y la predisposición de una adecuada estructura organizativa a cargo del ente, la prestación profesional es objeto, en diferentes formas, de ambas relaciones formadas en cabeza del paciente⁽²⁰⁾.

Un *contacto social* relevante ha sido individualizado por la Corte Suprema en otras hipótesis en las cuales existía un daño a la persona y la confianza legítima era colocada en las confrontaciones de un sujeto profesional. Nos referimos al caso del profesor, que sí afirma tener, además del institucional deber de enseñar, también aquel de vigilar estudiantes menores de edad⁽²¹⁾.

Una interpretación literal del artículo 2048 del Código Civil⁽²²⁾, que disciplina la responsabilidad de los preceptores por el hecho ilícito cometido por los alumnos, aclara que tal norma es aplicable solo si el menor daña a un tercero, y a ella no puede reconducirse el caso del alumno que se hace daño a sí mismo, en cuanto tal conducta no integra un ilícito⁽²³⁾. Punto nodal de este ajuste, que justifica la

Código Civil, en tal sentido, se puede mencionar una reciente sentencia (véase la Casación No. 3863, emitida el 26 de febrero del 2004. En: *Responsabilità civile e previdenza*. Milan: Giuffrè, 2004; pp. 717 y siguientes, con nota de GORGONI, Marilena: *parcheggio e custodia: tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso*), en tema de contrato de estacionamiento, que afirma que, en tal caso, el vínculo contractual se realiza a través de un *contacto social*, que se substancia en la oferta de una prestación de estacionamiento al que le corresponde la aceptación del usuario, manifestada esta última con la entrada del auto en el área puesta a disposición. Se especifica que en este tipo de contrato generalmente son sistemas automáticos, los cuales regulan el acceso, el pago de la prestación y el gravamen del vehículo. Incluso más recientemente (véase la Casación No. 13891, emitida el 23 de julio del 2004), la Suprema Corte ha reconocido que generalmente la relación contractual nace y produce sus efectos, no ya sobre la base de válidas declaraciones de voluntad, sino más bien en base al contacto social que se determina entre las partes. Ha precisado, además, que estas consideraciones son particularmente pertinentes también para el contrato de trabajo, en el cual, en la mayor parte de los casos, la conclusión no es formalizada, infiriéndose ello desde la ejecución. Partiendo de este presupuesto, se ha llegado a afirmar que, a la par de la ejecución, también el uso contrario asume valor declarativo, para el cual, el comportamiento prolongado para un tiempo apreciable, que se resuelve en la total falta de operatividad de una relación caracterizada del complejo entrelazado de múltiples obligaciones recíprocas, debe ser valorado, de modo socialmente típico, como declaración resolutoria.

- (20) En tal sentido, y más profundamente, véase FAILLACE, Stefano. *La responsabilità da contatto socia*. Padua: CEDAM, 2004; pp. 44 y siguientes.
- (21) En estos términos, véase LAMICELI, Paola. *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*. En: *Corriere giuridico*. Milan: IPSOA, 2000; p. 383.
- (22) Se trata de la Casación No. 9346, emitida el 27 de junio del 2002. En: *Foro it*. Volumen I, 2002; pp. 2635 y siguientes, con nota de DI CIOMMO, Francesco. *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'articolo 2048 Codice Civile*. En: *Responsabilità civile e previdenza*. Milan: Giuffrè, 2002; pp. 1022 y siguientes, con nota de FACCI, Giovanni. *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; En: *Corriere giuridico*. Milan: IPSOA, 2002; pp. 1293 - 1296, con nota de MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo. *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*; En: *Danno e responsabilità*. Milan: Giuffrè, 2003; pp. 51 y siguientes, con nota de LANOTTE, Angela. *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*.
- (23) El artículo 2048 es como sigue: "El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a su tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al franquiciador.

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

imposibilidad de extender el radio de acción de la norma al supuesto de hecho de daños distintos de aquel expresamente indicado, es su naturaleza de norma excepcional respecto a aquella general a que se refiere el artículo 2043 del Código Civil. No parece, en consecuencia, que pueda proponerse una extensión aplicativa que vaya más allá del caso específico previsto, dato que el legislador, alejándose de la regla general a que se refiere el artículo 2043 del Código Civil, ha previsto, para los menores perjuicios de sus coetáneos, la inversión de la carga de la prueba, cargando a los sujetos obligados a su vigilancia del peso de demostrar de no haber podido impedir el hecho. La presunción a que se refiere el artículo 2048 del Código Civil operaría, por lo tanto, exclusivamente respecto a los daños provocados por el menor al tercero, y ni siquiera en el caso de daños ocasionados a sí mismo, para cuya hipótesis permanecerían, como único camino viable, para consuelo, la aplicación del artículo 2043 del Código Civil, sin facilitación alguna sobre el plano probatorio.

En sentido diametralmente opuesto, se había expresado, sin embargo, por la jurisprudencia más reciente⁽²⁴⁾, que individualizaba en el deber de vigilancia del preceptor una imposición puesta para la tutela no solo de los terceros, sino también de los alumnos confiados a su custodia, y conducía al interior del artículo 2048 del Código Civil también el supuesto de hecho del daño perpetrado por el alumno a sí mismo. Se plantea, así, el requisito de la ilicitud del hecho-causa entre los elementos no necesarios para agotar la acción de responsabilidad.

Las Secciones Unidas, llamadas a dirimir el conflicto interpretativo, han decidido apoyar la dirección jurisprudencial y doctrinaria que excluye la extensión de la presunción antes mencionada, a los supuestos de hecho en los cuales el lesionado sea víctima de la propia conducta dañosa. Entre los motivos que han hecho propender hacia una interpretación restrictiva de la norma, aparte de aquello ya citado de su naturaleza de norma excepcional, está aquella de dar una disciplina común en tema de autolesión, al artículo 2048 del Código Civil y al artículo 2047 del Código Civil, normas que tienen aplicación alternativa y no concurrente, en dependencia a la verificación de la existencia de la capacidad de entender y de querer⁽²⁵⁾, pero por los cuales acaece con frecuencia que sobre el plano aplicativo sean interferidos, no siendo fácil determinar si un menor tenga o no tal capacidad⁽²⁶⁾.

En consideración al hecho del artículo 2047 del Código Civil, este tiene relevancia solamente externa y no se aplica en las hipótesis en las cuales los incapaces sean sujetos pasivos del evento dañoso, sino solo en el caso en los cuales ellos causen daños a terceros, igual está establecido por el artículo 2048 del Código Civil.

Los preceptores y los que enseñen un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus alumnos o aprendices durante el tiempo en el cual están bajo su vigilancia.

Las personas indicadas en los párrafos precedentes son liberadas de responsabilidad solamente si prueban que no han podido impedir el hecho”.

- (24) Véase, en este sentido, la Casación No. 2110, emitida el 12 de julio de 1974. En: *Giurisprudenza italiana*. Volumen I, 1975; p. 70; Casación No. 5268, emitida el 13 de mayo de 1995. En: *Nuova giurisprudenza commentata*. Volumen I, 1996; p. 239, con nota de ZACCARIA. *Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore*; Casación No. 1135 emitida el 10 de febrero de 1999. En: *Repertorio Foro italiano*. No. 269; p. 2000. En doctrina, compárese FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti*. En: *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, Bologna – Roma: 1993; p. 351; FRANZONI, Massimo. *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*. En: *Danno e responsabilità*, 1997; p. 454.
- (25) Compárese la Casación No. 8740, emitida el 26 de junio del 2001. En: *Foro italiano*, Volumen I, 2001; p. 3098, con nota de DI CIOMMO, Francesco. *L'illiceità (o anti giuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'articolo 2048 (o 2047) del Codice Civile*; Casación No. 6331, emitida el 26 de junio de 1998. En: *Foro italiano*. Volumen I, 1999; p. 1574, con nota de DI CIOMMO, Francesco; Casación No. 12424, emitida el 10 de diciembre de 1998. En: *Repertorio Foro italiano* No. 180, 1998; Casación No. 7454, emitida el 11 de agosto de 1997. En: *Danno e responsabilità*. No. 260, 1998 con nota de ROSSETTI, Marco. *La P.A. risponde del danno causato dall'alunno a sé medesimo*.
- (26) Véase la Casación No. 2606, emitida el 25 de marzo de 1997. En: *Giustizia civile Massimario*. 1997; p. 452; Casación No. 2195, emitida el 13 de abril de 1979. En: *Giustizia civile Massimario*. 1979; p. 561.



Stefano Failace

Con la intención de aliviar la carga probatoria, que, de conformidad al artículo 2043 del Código Civil estaría a cargo del estudiante, la Casación elige, entonces, el camino del contrato dentro de la relación entre Administración y alumno, configurando, también, un contacto social relevante entre estudiante y preceptor.

Sucesiva y coherentemente, también en la posible hipótesis de la responsabilidad de quien no ha vigilado adecuadamente la conducta autolesiva de un niño, que para su joven edad era todavía incapaz de entender su querer, la Suprema Corte⁽²⁷⁾ ha reconfirmado la no aplicabilidad de la disciplina dictada por el artículo 2047 del Código Civil. Ella ha trazado, en cambio, la responsabilidad del supervisor y de la estructura administrativa, en la cual el incapaz ha sido aceptado en el cauce de la responsabilidad contractual, especificando que entre supervisor y niño “se instaura todavía, por contacto social, una relación jurídica, en cuyo ámbito el vigilante asume una específica obligación de protección, situación aún más intensa por el hecho de que se trata de personas menores de edad, todavía no dotados de suficiente autocontrol”.

A diferencia de la hipótesis ya extraída de la estructura sanitaria, en el caso del profesor de escuela pública, *ictu oculi*, no parece posible individualizar la existencia de un verdadero y real contrato con el alumno⁽²⁸⁾. Por otro lado, si el preceptor, en virtud de su contrato con el instituto, tiene la tarea primaria de enseñar; respecto de ello, aquella de supervisar, deberá acordarse de que no pueda ir más allá de aquello para evitar que la condición física del alumno empeore. Entonces, aquella situación a cargo del preceptor parecería, en efecto, una obligación sin deber primario de prestación emergente de un *contacto social*.

En un más atento análisis, sin embargo, se puede evidenciar que, si parece correcta la subsunción de la figura del supervisor de un incapaz de entender y querer en aquella del sujeto profesional, la figura del profesor no parece poderse decir reconducible de manera cierta a aquella figura. El elemento de la profesionalidad debería ser capaz de hacer pasar, más allá del contacto social, el umbral de la responsabilidad aquiliana, pero, en el caso, la profesionalidad del preceptor alcanza la capacidad de enseñar y no la tutela de la salud del alumno, que se pone solo como deber accesorio y conectado a la edad de los alumnos⁽²⁹⁾.

Tal deber, incluso, ha sido siempre considerado por la jurisprudencia como relativo y no como absoluto, debiendo ser commensurado con la edad y el grado de maduración del supervisado, y la misma jurisprudencia la ha excluido en caso de un hecho inesperado e imprevisible tales para excluir la posibilidad del maestro de impedirlo⁽³⁰⁾.

Es preciso, finalmente, evidenciar, en líneas generales, que el reconocimiento del vínculo contractual entre Administración y alumno no parece compatible y coherente con la concurrente responsabilidad aquiliana de la misma Administración por hechos dañosos realizados por alumnos en las confrontaciones con terceros, hipótesis cubierta por los artículos 2047 y 2048 del

(27) Sobre el punto, véase D'AQUINO, Filippo. *Regime aquiliano differenziato e colpevolezza dell'incapace*. En: *Danno e responsabilità*. 1996; p. 291; VISINTINI, Giovanna. *I fatti illeciti - I) Ingiustizia del danno - imputabilità*. Padua: 1987; VISINTINI, Giovanna. *Imputabilità e danno cagionato dall'incapace*. En: *Nuova giurisprudenza commentata*. Volumen II, 1986; p. 116.

(28) Compárese Casación civil No. 11245, emitida el 18 de julio del 2003. En: *Giustizia*. No. 2, 2004; p. 242.

(29) En tal sentido, y más profundamente, véase FAILLACE, Francesco. *Op. cit.*; pp. 65 y 66.

(30) Compárese CORSARO, Luigi. *Responsabilità civile*. En: *Enciclopedia giuridica*. Volumen XXVI: Roma, 1991; pp. 19-21 y ZACCARIA, Alessio. *Op. cit.*; p. 242.

(31) La jurisprudencia es consolidada al considerar que el contenido del deber de vigilancia cambia según la edad, del carácter y de la educación de los menores, así como de las otras circunstancias capaces de influenciar el comportamiento de los mismos. Entre las tantas afirmaciones de este principio, véase la Casación No. 12424, emitida el 10 de diciembre de 1998; Casación No. 5619, emitida el 9 de junio de 1994. En: *Repertorio Foro italiano*. No. 93, 1994. Con relación al artículo 2047 del Código Civil, en el mismo sentido, véase Casación No. 4633, emitida el 24 de mayo de 1997. En: *Diritto ed economia dell'assicurazione*. 1998; p. 280. Sobre la relevancia de la imprevisibilidad del evento dañoso, véase Casación No. 11453, emitida

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

Código Civil⁽³¹⁾. Se necesita considerar, finalmente, que generalmente no es fácil distinguir entre daño autoprocurado por el menor y el daño ocasionado al menor por otro menor. En ambos casos, la confianza en la capacidad y en la profesionalidad del preceptor debería ser idéntica y no parece correcto prever diferencias de disciplina. Única vía de salida para no crear desigualdades sustanciales en razón al reparto probatorio, evitando afirmar la existencia de dudosos vínculos contractuales, parece entonces ser aquella de una modificación del dictado de las disposiciones de conformidad a los artículos 2047 y 2048 del Código Civil, que pueden así abarcar en sus cauces también las hipótesis del daño autoprocurado.

3. La extensión del precepto del deber de buena fe en la relación entre la Administración Pública y el privado, más allá de los estrechos límites de la responsabilidad precontractual

El ámbito aplicativo desde el cual esta teoría ha sido objeto de mayor atención por parte de la jurisprudencia, tanto civil como administrativa, y en la cual, por otro lado, ha recibido más interpretaciones entre ellas discordantes, es aquella referida a la responsabilidad de la Administración Pública por lesión de una legítima confianza privada.

Uno de los motivos principales por los cuales el contacto social se ha insinuado entre los pliegues de la acción administrativa

es, sin duda, la insatisfacción de los intérpretes hasta el esquema adoptado por la histórica sentencia que ha reconocido la posibilidad de resarcir los intereses legítimos⁽³²⁾. En la reconstrucción de la Casación, la lesión al interés legítimo, no es condición suficiente para acceder a la tutela resarcitoria, debiendo verificarse también una lesión al interés a un bien de la vida digno de tutela según el ordenamiento jurídico⁽³³⁾. El órgano judicial tiene el deber de desarrollar un juicio de comparación de los intereses en conflicto, a efectos de aceptar si el sacrificio del privado encuentra justificación en el interés ultraindividual perseguido por la autoridad administrativa con la evaluación. Pero las dificultades surgieron en la jurisprudencia posterior, concernientes precisamente a la individualización de los límites de tal juicio. La Casación, en efecto afirma que a los fines del resarcimiento es necesaria la prueba que el privado se encuentre frente a una situación “destinada a un resultado favorable”, susceptible, a saber, de generar una confianza objetivamente valorable en orden a la conclusión positiva del procedimiento administrativo. El daño será considerado injusto solo cuando el privado demuestre tener título de la eficaz adquisición del bien al cual este dirige sus

el 23 de julio del 2003. En: *Giustizia civile Massimario*. 2003; pag. 7; Casación No. 1683, emitida el 24 de febrero de 1997. En: *Danno e responsabilità*. 1997; p. 451, con nota de Franzoni.

(32) Por análoga valoración, véase LANOTTE, Angela. *Op. cit.*; pp. 54 y siguientes; y DI CIOMMO, Francesco. *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'articolo 2048 del Codice Civile*; p. 2643.

(33) Para una visión contractualista de la relación Administración Pública-privado, véase CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*. En: *Jus*. 1998; pp. 654 y siguientes, que reafirma su célebre teoría también en el ámbito administrativo; ABBAMONTE, Giuseppe. *Sulla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi*. En: *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*. Milan: 1988; pp. 48 y siguientes, que considera que la responsabilidad de la Administración Pública en la confrontación con el privado sea por incumplimiento de los deberes. En tal sentido, también AGRIFOGLIO, Sergio. *Le Sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*. En: *Europa diritto privato*. 1999; pp. 1241 y siguientes; PROTTO, Mariano. *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, En: *Urbanistica e appalti*, 2000; pp. 1005 y siguientes; del mismo autor, *La responsabilità dell'amministrazione per la lesione di (meri) interessi legittimi; aspettando la Consulta*. En: *Responsabilità civile e previdenza*. 1998; pp. 969 y siguientes; SCOCA, Franco. *Per un'amministrazione responsabile*. En: *Giurisprudenza costituzionale*. 1999; p. 4061.



Stefano Faillace

intenciones, no siendo suficiente la subsistencia de una mera probabilidad de obtenerlo⁽³⁴⁾. Directa consecuencia de tal enfoque es la negación de una protección siempre de los remanentes en cabeza de la Administración Pública de un margen de discrecionalidad tal para consentir la renovación del procedimiento con resultado diverso de aquel querido por el privado.

Esta orientación limitativa de las legítimas reclamaciones del privado viene contradicha y superada por pronunciamientos que identifican una responsabilidad por *contacto social*⁽³⁵⁾. En efecto, esta teoría cambia la perspectiva de hasta la relación jurídicamente relevante que existe entre ciudadano y Administración Pública, haciendo perder relevancia a la cláusula del daño injusto, que no puede más que hacer de filtro selectivo. Por lo tanto, la incerteza de tutela del privado disminuye si el daño no es reconducido a la pérdida de la utilidad sustancial, sino al incumplimiento de la obligación que se genera en relación al deber impuesto por la norma⁽³⁶⁾.

Otro punto nodal de la sentencia No. 500 emitida en el año 1999, que ha creado terreno fértil para la sucesiva

adopción jurisprudencial de nuevos enfoques de naturaleza *paracontractual*, es aquel concerniente a la controvertida cuestión del elemento subjetivo del ilícito de la administración pública.

La Casación ha transpuesto la tendencia moderna a objetivar la culpa, refiriéndose a la Administración como aparato, pero al mismo tiempo, ha proclamado que la responsabilidad aquiliana no se resuelve automáticamente en una simple ilegitimidad del acto administrativo, sino que requiere una ilegitimidad activa que comporta la violación de las reglas frente a las cuales el ejercicio de la función administrativa debe inspirarse, tales como la imparcialidad, la corrección y la buena administración. La ambigüedad de tales conceptos de culpa es evidente y, como se puede esperar, dado este contexto, la relativa valoración no ha dado lugar a las primeras interpretaciones a direcciones jurisprudenciales homogéneas.

- (34) Para los comentarios, la Casación No. 500, emitida el 22 de julio de 1999, véase CARANTA, Roberto. *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; y FRACCHIA, Fabrizio. *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, ambos En: *Foro italiano*. Volumen I. 1999; p. 3212; AGRIFOGLIO, Sergio. *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione* y CASTRONOVO, Carlo. *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, ambos en *Europa diritto privato*. 1999; p. 1221; FRANZONI, Massimo. *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*. En: *Contratto e impresa*. 1999; p. 1025.
- (35) En tal sentido, véase la Casación civil No. 11738, emitida el 1 de agosto del 2003. En: *Guida diritto*. No. 37, 2003; pp. 49 y siguientes; Casación No. 4435, emitida el 4 de setiembre del 2002. En: *Foro amministrativo*, 2002; p. 2112; Casación No. 3067, emitida el 3 de junio del 2002. En: *Foro amministrativo*, 2002; p. 1436; Casación No 157, emitida el 14 de enero del 2002. En: *Foro amministrativo*, 2002; p. 155; Casación No. 100, emitida el 8 de enero del 2002. En: *Foro amministrativo*, 2002; p. 83; Casación No. 2579, emitida el 13 de mayo del 2002. En: *Foro amministrativo*, 2002; p. 1249. En doctrina, de la misma opinión, BUSINELLI, Francesco. *Lesione di interessi legittimi dal muro di sbarramento alla rete di contenimento*. En: *Danno e responsabilità*, 1997; pp. 272 y siguientes.
- (36) Véase, la Casación No. 157, emitida el 10 de enero del 2003. En: *Foro italiano*. Volumen I. 2003; pp. 79 y siguientes, según el cual el juicio pronosticó que no debe conducir a admitir la tutela resarcitoria solo en la rara hipótesis en la cual la actividad de la administración resulte vinculada, esto es, al resultado garantizado por el privado. De otra manera, espera la sustancial asimilabilidad de la situación jurídica hecha valer con aquella del derecho subjetivo, de modo que, permanecería firme, por una suerte de idiosincrasia, la irresarcibilidad de la lesión de los intereses legítimos. Véase, sin embargo, *Cassazione Sentenze* No. 1945, emitida el 15 de abril del 2003, con nota de MANGANARO. *Il risarcimento del danno non si addice agli interessi legittimi*. En: *Urbanistica e appalti*, 2003; pp. 1077 y siguientes, que, aunque acogiendo el nuevo esquema, no da relevancia resarcitoria a la mera violación del deber de comportamiento impuesto a la Administración, dada la persistencia en cabeza de ella de notorios espacios de discrecionalidad.

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

Junto a algunos pronunciamientos que, respetando las indicaciones provenientes de la Suprema Corte⁽³⁷⁾, han habido otras decisiones donde la culpa ha sido considerada *in re ipsa* en base de la fundada ilegitimidad del acto⁽³⁸⁾. Dada la complejidad del cumplimiento de la carga probatoria y la incerteza acerca de los criterios aplicativos del juicio de culpabilidad, muchos pronunciamientos han, en cambio, explícitamente introducido una interpretación objetiva de la culpa⁽³⁹⁾. Otras decisiones, finalmente, han resuelto el problema de la evaluación del elemento de la culpa exigible usando explícitamente la concepción subjetiva, remitiendo la culpa no a la Administración Pública, sino solo al agente⁽⁴⁰⁾.

La inspiración que sustenta la orientación jurisprudencial del contacto administrativo cualificado se origina también por el conocimiento de la insuficiencia de todos los criterios que han sido individualizados para dar una definición de la culpa del aparato y del reconocimiento de la imposibilidad sobre el

plano práctico para el privado de proporcionar elementos útiles para la valoración de la culpa.

Se encuentra rastro de este razonamiento en el primer pronunciamiento del Consejo de Estado que aduce explícitamente esta teoría, en la cual han sido considerados aplicables algunos perfiles de la responsabilidad contractual, también si solo con referencia a la valoración del elemento subjetivo, con relativa aplicación de la regla del artículo 1218 del Código Civil en cuanto a la distribución de la carga de la prueba⁽⁴¹⁾. Más allá de las citadas motivaciones de carácter práctico, que han sugerido el sostenimiento jurisprudencial de este enfoque, es indudable que, acto seguido a la entrada en vigor de la Ley 241 emitida en el año 1990, entre el privado y Administración

- (37) Cómparese, PROTTO, Mariano. *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per la lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*. En: *Responsabilità civile e previdenza*. 2001; p. 236.
- (38) Véase, *Tribunale amministrativo regionale*. Sicilia - Catania, 18.1.2000. No.38, emitida el 18 de enero del 2000 y *Tribunale amministrativo regionale*. Lombardia - Brescia. No. 8, emitida el 14 de enero del 2000. En: *Foro italiano*. Volumen III, 2000; p. 198, con comentario de CARROZZA, Lucia y FRACCHIA, Fabrizio. *Artículo 35 del Decreto Legislativo 80 del 1998 e risarcibilità degli interessi meritevoli di tutela: prime applicazioni giurisprudenziali*.
- (39) Se trata de la tradicional dirección interpretativa que era seguida antes de la imposición reconstructiva de la sentencia No. 500, emitida en 1999. Véase, en ese sentido, *Tribunale amministrativo regionale*. Lazio. No. 434, emitida el 23 de enero del 2001. En: *Tribunali amministrativi regionali*. Volumen I. 2001; p. 528; *Tribunale amministrativo regionale*. Emilia Romagna. No. 30, emitida el 15 de enero del 2001. En: *Tribunali amministrativi regionali*. Volumen I. 2001; p. 929; *Tribunale amministrativo regionale*. Piemonte. No. 281, emitida el 8 de febrero del 2001. En: *Tribunali amministrativi regionali*. Volumen I. 2001; p. 1230.
- (40) Entre las últimas, véase Cassazione Sentenze. No. 3169, emitida el 14 de junio del 2001. En: *Giornale di diritto amministrativo*. No. 143, 2002, con nota de MAZZARELLI. *Eccesso di potere per colpa dell'amministrazione*, cuando se pone en evidencia que el criterio enunciado por la Suprema Corte, con la sentencia No. 500, emitida en 1999, además de pecar de inevitable abstracción, no tiene en cuenta el hecho que la violación de los límites externos de la discrecionalidad comporta la ilegitimidad del acto por exceso de poder, así, contraviniendo a las mismas premisas, se formula una verificación de tipo objetivo.
- (41) Véase, la Casación No. 12144, emitida el 10 de agosto del 2002. En: *Danno e responsabilità*, 2003; pp. 743 y siguientes, con nota de GRONDONA, Mauro. *Atto amministrativo illegittimo e colpa dell'agente: verso un modello restrittivo di responsabilità della Pubblica Amministrazione*. Pero, en sentido opuesto, véase la Casación No. 11738, emitida el 1 de agosto del 2003. En: *Guida diritto. Op. cit.* Volumen I; pp. 49 y siguientes, que afirma que la culpa va referida no al funcionario agente, sino a la administración misma del acuerdo como aparato, y Casación No. 7733, emitida el 23 de abril del 2004. En: *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2004, que añade que "cuando a causa de la ilegitimidad de la medida haya sido el vicio de violación de ley, en sentido estricto, y no la disconformidad con los cánones de corrección, imparcialidad, buen comportamiento y buena administración en el ejercicio del poder (por los cuales los perfiles de culpa asumen aspectos de mayor complejidad), la culpa específica es comprobada, salvo que quede positivamente excluida por elementos adquiridos a la causa que no consientan de movilizar a la administración alguna reprobación, ni siquiera sobre el perfil de la culpa genérica, o que estén presentes en las causas de justificación".



Stefano Faillace

Pública se ha originado una relación especial, en virtud de la cual nacen para el privado una serie de derechos: aquellos vinculados a participar en el procedimiento, a verlo concluido tempestivamente y sin afectaciones, a poder acceder a los documentos en posesión de la Administración, a absolver las observaciones presentadas en el examen y a obtener una motivación por la decisión que frustra una expectativa. Las situaciones que acabamos de mencionar no pueden ser; sin embargo, consideradas obligaciones de prestación, dado que estas son excluidas de la posición de supremacía de la Administración Pública, que califica como de derecho público la relación y evita de considerarla como un deudor⁽⁴²⁾.

El daño sufrido por el privado no podrá evidenciar en el resultado de la violación del deber de protección que la relación obligatoria preside a la esfera jurídica de la otra parte bajo la vigencia del principio de buena fe. Emerge, en efecto, próximo al deber de la Administración Pública de perseguir el interés público en el respeto de la legalidad, el deber accesorio de respeto o de protección de la esfera del sujeto privado por la consecuencia dañosa que la instaurada relación es susceptible de provocar. La confianza del privado consiste en creer que la Administración

se comportará correctamente y satisfará la reclamación cuando esta sea favorable, a menos que lo excluya el correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa que lleva a hacer prevalecer en el caso concreto otro interés⁽⁴³⁾. Es en este supuesto, antes que en los precedentemente examinados, en el que la obligación sin prestación parece tener su aplicación más correcta⁽⁴⁴⁾. El deber de buena fe se posiciona previamente y prescindiendo del acto administrativo, y por lo tanto incluye las hipótesis en las cuales haya sido la emisión de un acto, pero en presencia de una previsión de ley, con el consecuente daño por el sujeto cuyo interés resulta rechazado por la Administración Pública. No ocurre, luego, ni siquiera que sea la ilegitimidad de un acto administrativo, sino basta una lesión de la confianza engendrada antes y durante el procedimiento administrativo, sancionándose en tal caso el comportamiento de la Administración⁽⁴⁵⁾. Este tipo de responsabilidad tiende así a evadir la

-
- (42) Véase Cassazione Sentenze. No. 4239, emitida el 6 de agosto del 2001. En: *Responsabilità civile e previdenza*, 2001; p. 975, con nota de CARBONE. *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da contatto procedimentale*. En: *Danno e responsabilità*, 2002; p. 183. Véase, sin embargo, la reciente inversión de tendencia de Cassazione Sentenze. No. 5012, emitida el 6 de julio del 2004, y de Cassazione Sentenze. No. 5500, emitida el 10 de agosto del 2004, que afirman que las compatibles exigencias de simplificación probatoria subyacentes a este nuevo esquema pueden ser igualmente satisfechos quedando al interior de los más seguros límites del esquema y de la disciplina de la responsabilidad extracontractual, utilizando para la verificación del elemento subjetivo las presunciones simples a que se refieren los artículos 2727 y 2729 del Código Civil. Los indicadores reveladores de la culpa que el privado puede ofrecer son: la gravedad de la violación (en adhesión a la análoga dirección de matriz comunitaria expresada por Corte di Giustizia Comunità Europea, emitida el 5 de marzo de 1996. En: *Responsabilità civile e previdenza*, 1996; p. 1118), el carácter vinculante de la acción administrativa juzgada, la univocidad de la normativa de referencia y al propio aporte participativo al procedimiento. Corresponderá, en cambio, a la administración demandada en juicio la alegación de elementos escribibles al esquema del error excusable.
- (43) Véase NIGRO, Mario. *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*. En: *Scritti giuridici*. Volumen III. Milan: 1996; pp. 1881 y siguientes, que han evidenciado desde tiempo los obstáculos que se encuentran en el reconstruir el interés legítimo según el esquema tradicional de la obligación, poniendo en relieve que la diferencia fundamental entre interés legítimo y derecho de crédito está en las situaciones subjetivas que en uno y otro caso se contraponen: en el primer caso son un poder o potestad, en el segundo, una obligación.
- (44) Sobre el problema de la confianza en el derecho administrativo son fundamentales: MERUSI, Fabio. *L'affidamento del cittadino*. Milan, 1970, ahora, en versión actualizada; del mismo autor: *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni trenta all'alternanza*. Milan: 2001; IMMORDINO, Maria. *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*. Turín: 1999; y, para un análisis de la experiencia comunitaria, véase CARANTA, Roberto. *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*. En: *rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996; p. 439.
- (45) La tesis de una responsabilidad por incumplimiento de un deber, en el caso de la omisión de vigilancia de las autoridades en las confrontaciones de los privados, no nos parece, sin embargo, aceptable, cuando no sea posible individualizar una relación obligatoria por causa de la indeterminación de los acreedores de la prestación. En contra, véase SCOGNAMIGLIO,

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

cuestión relativa a la prejudicialidad de la anulación del acto lesivo respecto a la petición resarcitoria, problemática que tanto ha ocupado en los últimos años a la doctrina y jurisprudencia⁽⁴⁶⁾.

Los defensores de esta teoría creen, también, que ella es capaz de extender los límites, hasta aquí muy estrechos, de la responsabilidad precontractual de la Administración Pública, teniendo un papel (cuando menos propulsivo en la tentativa, actualmente en vigor) de alargar la aplicabilidad del artículo 1337 del Código Civil a los casos que tradicionalmente eran excluidos; esto es, donde sea previsto el desempeño de la acción pública para la adjudicación de un contrato⁽⁴⁷⁾.

Es importante evidenciar, con tal propósito, que en la sentencia en la cual, en hipótesis de responsabilidad por conductas

cometidas en las tratativas, se reclama el contacto administrativo cualificado, parece ser evidente, más allá de las afirmaciones textuales en la motivación⁽⁴⁸⁾, el largamente esperado reconocimiento de la naturaleza contractual de la responsabilidad del artículo 1337 del Código Civil. Ello en cuanto la valoración sea de la cercana relación existente entre las dos partes, que crea un *contacto* relevante y que del incumplimiento de un autónomo deber de buena fe parecen absolutamente incompatibles con una responsabilidad de naturaleza aquiliana, describiendo estos elementos más claramente la naturaleza contractual de la responsabilidad⁽⁴⁹⁾.

Claudio. *Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1995; pp. 543 y siguientes; y, con referencia a la responsabilidad de la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado, véase NIVARRA. *Il provvedimento di esecuzione ex articolo 4 L. antitrust e la tutela delle imprese terze*. En: *Danno e responsabilità*, 1998; pp. 649 y siguientes. En jurisprudencia, véase la Casación No. 3132, emitida el 3 de marzo del 2001. En: *Foro italiano*. Volumen I, 2001; p. 1141, con nota de PALMIERI, Alessandro. *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione*, según la cual la naturaleza de la responsabilidad de la *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* por omisión de vigilancia, con referencia al prospecto informativo conteniendo datos inexactos o incompletos, es de tipo aquiliano.

- (46) Entre las sentencias más recientes que se desinteresan del acto final, concentrándose sobre el comportamiento incorrecto de la Administración Pública, para una demostración, luego de la reforma del proceso administrativo, no estamos más en el ámbito de un sistema exclusivamente impugnatorio, véase *Cassazione Sentenze*. No. 1457, emitida el 9 de marzo del 2003. En: *Urbanistica e appalti*, 2003; pp. 943 y siguientes, con nota de RACCA. *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*.
- (47) La conocida sentencia de la Casación No. 500, emitida el 22 de julio de 1999 y la sentencia No. 157, emitida el 10 de enero del 2003 (originadas por el mismo caso judicial) no han identificado la necesaria prejudicialidad del juicio de anulabilidad respecto a la petición resarcitoria, considerando que la responsabilidad de la administración no sea correlativa a la mera ilegitimidad del pronunciamiento administrativo, antes bien a una más compleja valoración, ampliada al acercamiento de la culpa, de la acción administrativa denunciada como fuente de daño injusto. Ello con la consiguiente posibilidad, en las hipótesis en las cuales la ilegitimidad de la acción administrativa no haya estado previamente comprobada y declarada de desarrollar contextualmente tal acercamiento con el fin de considerar o no subsistente el ilícito. A favor de la prejudicialidad está la prevalente jurisprudencia administrativa, entre las cuales, para todas, véase *Cassazione Sentenze, Adunanza Plenaria*. No. 4, emitida el 26 de marzo del 2003. En: *Foro italiano*. Volumen III, 2003; p. 433, con nota de TRAVI, Aldo. Pero prefiere la no prejudicialidad del remedio, más recientemente, también la Casación No. 10180, emitida el 26 de mayo del 2004.
- (48) Para un puntual examen de la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad precontractual de la Administración Pública, véase MEMMO, Daniela. *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*. Padua, 1999; pp. 231 y siguientes.
- (49) En tal sentido, véase, *Tribunale amministrativo regionale*. Lombardia - Milan, emitida el 22 de mayo del 2002. En: *Foro amministrativo*, 2002; pp. 1917 y siguientes. Véase, luego, para el acogimiento de la teoría del contacto social en hipótesis de procedimientos públicos, *Tribunale amministrativo regionale*. Puglia - Bari, No. 1761, emitida el 17 de mayo del 2001. En: *Foro italiano*. Volumen III, 2002; pp. 1 y siguientes; *Tribunale amministrativo regionale*. Lombardia No. 1869, emitida el 9 de marzo del 2000. En: *Foro italiano*. No. 4. Volumen III, 2002; *Tribunale amministrativo regionale*. Lombardia No. 5130, emitida el 31 de julio del 2000. En: *Foro italiano*. No. 4. Volumen III, 2002; *Tribunale amministrativo regionale*. Abruzzo - Pescara No. 609, emitida el 6 de julio del 2001. En: *Foro it.* No. 609, Volumen III, 2002; *Tribunale amministrativo regionale*. Puglia - Lecce No. 1569, emitida el 18 de abril del 2002. En: *Giust. amm.* No. 1569, 2002; p. 625; *Tribunale amministrativo regionale*.



Stefano Faillace

El florecimiento de las decisiones de los jueces administrativos en razón a este nuevo esquema teórico ha influenciado a la Suprema Corte, la cual ha introducido, recientemente, de manera complementaria y no alternativa⁽⁵⁰⁾, respecto a una responsabilidad aquiliana, una responsabilidad *paracontractual*. Viene propuesto, aunque en un *obiter dictum*, un tipo de responsabilidad que, a diferencia de aquella por contacto cualificado, nacería por individualización de una real y justa prestación debida a favor del privado y no solo por un deber de proteger su propia esfera. Las garantías, cristalizadas por la ley sobre el procedimiento administrativo, constituirían, según esta lectura extrema, reales y justos derechos subjetivos, tutelados en cuanto tales, y no situaciones instrumentales a la satisfacción de un interés material, que vería por lo tanto protegido *sub specie* su interés legítimo. La Corte de Casación se refiere a deberes procedimentales por enmarcarse en el esquema contractual y para cumplir como reales y justas prestaciones, y así parece librarse de la tesis doctrinal que cualifica la responsabilidad de la Administración por comportamiento ilegítimo como responsabilidad contractual

nacida del incumplimiento de una obligación sin prestación.

Los jueces de la primera instancia se centran, posteriormente, a prever la posibilidad de resarcir el daño, a prescindir de la atribución de los bienes de la vida, observando que el interés respecto de las reglas (que constituyen la verdadera esencia del interés legítimo) asume un carácter completamente autónomo respecto del bien mismo⁽⁵¹⁾.

Pero, esta interpretación, que parece derivar por un malentendido de la teoría originaria, no parece correcta. Si, en efecto, es totalmente compartible la integral subyugación de la Administración Pública a todas las reglas privadas, cuando utiliza los instrumentos contractuales⁽⁵²⁾, no parece apropiada la definición de la misma como de un deudor

Trentino - Alto Adige - Trento, emitida el 12 de diciembre del 2002. En: *Foro amm.*, 2003; pp. 439 y siguientes, con nota de SIMONATI, . *Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimento dell'amministrazione: lo "stato dell'arte" alla luce di una recente sentenza; Tribunale amministrativo regionale*. Lazio, emitida el 16 de junio del 2003. En: *Foro amministrativo*, 2004; pp. 2972 y siguientes: *Tribunale amministrativo regionale*. Lazio No. 5991, emitida el 7 de julio del 2003; *Tribunale amministrativo regionale*. Veneto No. 5778, emitida el 20 de noviembre del 2003. En: *Urbanistica e app.*, 2004; p. 455, con comentario de PASSONI; *Tribunale amministrativo regionale*. Puglia - Bari No. 902, emitida el 26 de febrero del 2004.

- (50) Pero la orientación jurisprudencial dominante, aunque llegando a admitir, según el esquema general del artículo 2043 del Código Civil, el resarcimiento de los daños ocasionados al privado por el ilegítimo comportamiento de la Administración Pública en la fase de elección del contrayente, confirma la tradicional exclusión de la configurabilidad de la responsabilidad precontractual ex artículo 1337 del Código Civil. Cfr., en este sentido, *Cassazione Sentenze, sezione V, 8.7.2002, numero 3796*, en: *Consiglio di Stato*, 2002, I; p. 1534; *Cassazione, 11.6.2003, numero 9366*, en: *Guida diritto*, 2003; pp. 54 y siguientes; *Cassazione Sentenze, sezione IV, 6.7.2004, numero 5012*. Este esquema, de otro lado, permite resarcir al privado no solo el interés negativo, arraigado a la responsabilidad ex artículo 1337 del Código Civil, sino también al interés positivo, a saber, en la voz relativa al lucro cesante, la pérdida de la ganancia asociada a la ejecución del contrato.
- (51) De la misma opinión es: SCIASCIA. *La sentenza figlia della 500/99: responsabilità aquiliana e contrattuale della Pubblico Amministrazione sono affiancate*. En: *Urbanistica e appalti*. 2003; p. 911, que señala como en el esquema de la ya citada sentencia No. 157, emitida el 10 de enero del 2003, parecen coexistir los dos modelos de responsabilidad, en el sentido que, independientemente de la verificación de la subsistencia de los presupuestos de la hipótesis de hecho aquiliana, se conducirá según los criterios detallados por la sentencia No. 500, emitida en 1999, donde, instituido una relación jurídica entre ciudadano y Administración Pública, vengán violadas las reglas del desenvolvimiento de la acción administrativa, se integran los extremos de una responsabilidad contractual, sea por la lesión de intereses legítimos pretendidos, que para aquellos opuestos.
- (52) En sentido contrario, véase; sin embargo, la Casación No. 9366, emitida el 11 de junio del 2003. En: *Foro italiano*. Volumen I, 2003; p. 3359, con nota de FRACCHIA y OCCHIENA, que ha especificado que al admitir que la ilegítima conducta de la Administración Pública pueda ser fuente de un derecho al resarcimiento de los daños solo se provoca perjuicios a bienes de la vida, para el cual haya un interés digno de tutela del titular del interés legítimo. Y ello sea que se conecte el derecho

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

en sentido real cuando se comporta como detentador de poder público. No puede, en efecto, el privado atenerse a un resultado cierto a su favor por la actividad de la Administración Pública, que, por deber institucional, tiene como finalidad la consecución del interés público, a menos que esta actividad no sea de carácter vinculante⁽⁵³⁾.

Aprovechan la anomalía del esquema, dos sentencias de una sección diferente de la Suprema Corte, publicadas recientemente, del mismo relator y con motivaciones fruto de igual razonamiento, que han rechazado decididamente el precedente esquema⁽⁵⁴⁾, sosteniendo que del uso ilegítimo de la función administrativa puede derivar solamente una responsabilidad de tipo aquiliano. Esto en cuanto a la configuración de un derecho *ex lege* a la legalidad, imparcialidad y corrección en general de la acción administrativa autoritativa, aunque circunscrito al ámbito de relaciones particulares, comportaría la sustancial aniquilación de una figura de derecho positivo cual es el interés legítimo, y esto es contrario al mismo sistema constitucional. Tal sección de la Suprema Corte no comparte el esquema, inevitable en la perspectiva de la responsabilidad contractual, de una serie de derechos subjetivos al respecto de reglas formales para cuantos son los vínculos procesales de la acción administrativa, dado que tales vínculos son establecidos para obtener el mejor resultado posible por la actividad de los poderes públicos, y no cierta protección directa de intereses materiales de los interesados. Precisamente en esto consiste dicha figura, reafirmandose como derecho positivo del interés legítimo. No es, para la

Casación, concebible una responsabilidad contractual si no en la preexistencia de una relación jurídica caracterizada por la dupla derecho-deber, debiéndose todavía insertar los poderes atribuidos por las reglas de una relación en el cauce de los derechos subjetivos. El otorgamiento de los poderes de la Administración Pública produce, en cambio, una relación con las estructuras administrativas en términos de potestad-sujeción, cuyo trato característico es la producción de efectos sin el consenso del titular de la esfera jurídica sobre la cual inciden. Para el Supremo Colegiado, en el seguir la opuesta configuración se tendría, además, la incongruencia de considerar como ilícito contractual (como incumplimiento de un deber) la inobservancia procesal no capaz de causar perjuicio efectivo, cuando el contenido de la disposición no habría podido ser diverso de aquel concretamente aceptado.

En efecto, los defensores de la teoría del contacto social, en coherencia con la idea misma de una responsabilidad por incumplimiento de un deber contractual, no consideran necesaria, para obtener un resarcimiento, la demostración de la lesión de un específico bien de la vida⁽⁵⁵⁾; demostración

al resarcimiento a la norma general de conformidad al artículo 2043 del Código Civil, sea a un tipo de responsabilidad *paracontractual* por relación o por contacto social entre Administración Pública y privado. De análogo tenor es otra sentencia, que, en un *obiter dictum*, ha valorizado el contacto administrativo solo porque a él estaba conectado un bien de la vida, representado, en el caso, por el interés del privado a la certeza de una adecuada y racional utilización de la propiedad, bien este que reposa sus raíces en la Convención europea de los derechos del hombre (Casación No. 14333, emitida el 26 de setiembre del 2003. En: *Foro italiano*. Volumen I, 2004; pp. 792 y siguientes, con nota de TRAVI. *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22.7.1999, numero 500/SU*).

(53) Con referencia a la conocida teoría que considera al derecho privado ser un derecho común a operadores públicos y privados, véanse GALGANO. *La soggezione della Pubblica Amministrazione al diritto comune*. En: *Diritto civile e commerciale*. No. I. Volumen I, 1993; pp. 296 y siguientes; MEMMO. *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*. En: *Contratto e impresa*, 1985; pp. 376 y siguientes; CASSESE. *Cultura e politica del diritto amministrativo*. Boloña, 1971; p. 149; NICOLÓ. *Diritto civile*. En: *Enciclopedia di diritto*. Volumen XII; pp. 906 y siguientes; RESCIGNO. *Note di diritto privato sull'attività dell'amministrazione pubblica*. En: *Manuale del diritto privato*. Nápoles, 1975; p. 9.

(54) Véase FAILLACE. *La responsabilità da contatto sociale*; pp. 170 y siguientes.

(55) Véase la Casación No. 5941, emitida el 24 de marzo del 2004 y la Casación No. 7733, emitida el 23 de abril del 2004. En: *Massimario di giurisprudenza Italiana*. 2004.



Stefano Faillace

que sí resultaría indispensable, en cambio, para confirmar la injusticia del daño en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, abriendo las puertas a una incontrolada cantidad de posibilidades de resarcir violaciones meramente formales.

El riesgo que hay que evitar (para quien sigue este esquema) nos parece que sería justo aquel que pretende un resarcimiento limitado a los entendidos bienes de la vida, también, solo por la ilegitimidad formal de un acto, porque, de este modo, se arriesga conceder más de lo que el privado efectivamente pierde. De otro lado, porque el interlocutor del privado, sujeto que institucionalmente debería ser confiable, debe seguir un camino demarcado por las disposiciones a que se refiere la Ley 241, las violaciones meramente procedimentales; aquellas, al saber que no tienen consecuencias inmediatas y directas sobre los intereses sustanciales del privado, podrían, en cambio, ser actualizadas por una indemnización contingente⁽⁵⁶⁾. Esto es lo que, igualmente, establecía el nunca implementado artículo 17 inciso 1 numeral f de la Ley 59 emitida en 1997, que preveía formas de indemnización automática para los casos de ausencia o retardo o incompleto cumplimiento de las obligaciones procedimentales a cargo de la Administración Pública⁽⁵⁷⁾. Se puede, luego, añadir a todo cuanto está especificado en la casación que, por cuanto considera las lesiones de carácter sustancial, se confirma, por

la responsabilidad por *contacto*, la dificultad de la doctrina a establecer un criterio cierto para el resarcimiento de una lesión de la confianza. En efecto, quien propone valorar la consistencia de la confianza del privado según la evolución del procedimiento⁽⁵⁸⁾ presupone, en realidad, un *quid pluris* respecto a la legítima acción administrativa, que no puede identificarse en la posible aprehensión de los bienes de la vida; y, en último análisis, distribuye el resarcimiento en los laberintos de aquella lesión de una *chance* que ya en varias oportunidades los tribunales administrativos se han negado a considerar dentro de los fines de un resarcimiento, considerándola como un interés de mero hecho.

Esto, entendiéndose el hecho de que el punir la Administración Pública por la lesión de la confianza del privado, más allá de la ilegitimidad o no del acto, es una conquista importante de este enfoque y un paso más hacia la superación de la irresponsabilidad del sujeto público, dado que se hace siempre más eficaz aquella regla de corrección que la

(56) Compárese, en tal sentido, CASTRONOVO, Carlo. *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*. En: *Europa diritto privato*. No. 71. 2004; pp. 97 y 98.

(57) Véase FAILLACE. *La responsabilità da contatto sociale*; pp. 118 y 119. A favor de una tutela de los intereses meramente procedimentales, véase en cambio, AGRIFOGLIO. *Óp. cit.*; p. 1259; SCIASCIA. *La sentenza figlia della 500/99: responsabilità aquiliana e contrattuale della Pubblica Amministrazione sono affiancate*; p. 911; ORSI BATTAGLINI, Marzuoli. *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*. En: *Diritto pubblico*, 1999; pp. 492 y siguientes; PROTTO. *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*. En: *Urbanistica e appalti*, 1999; p. 1076; SCOCA. *Risarcibilità e interesse legittimo*; pp. 34 y 35.

(58) Parece más aceptable una orientación jurisprudencial (iniciada por la C. St. No. 1945, emitida el 15 de abril del 2003 y seguida por *Tribunale amministrativo regionale*. Campania-Napoli. No. 1138, emitida el 30 de enero del 2004 y por *Tribunale amministrativo regionale*. Umbria No. 649, emitida el 8 de agosto del 2003, de cara a valorizar la especificidad del supuesto de hecho y de la demanda de parte, en el ámbito del principio de correspondencia entre lo solicitado y lo pronunciado. Ello en el sentido que no se pone el acento sobre la naturaleza de la responsabilidad de la Administración Pública en abstracto y en general, sino se prefiere distinguir el tipo de lesión sufrida por el recurrente en relación a la demanda de tutela. Generalmente, en efecto, para los jueces la pretensión resarcitoria, especie de acción ejecutada por sujetos portadores de intereses económicos de relevancia, no tiene el objeto de mero perjuicio derivado de la violación de un deber de comportamiento impuesto a la administración, para prescindir por lo tanto de la satisfacción del interés final, sino, por el contrario, precisamente el perjuicio conectado a la preclusión interpuesta por la Administración Pública a la realización del bien final anhelado. En este último caso, para las sentencias antes citadas, habrá relevancia solo en el modelo aquiliano. De otra parte, se precisa además que el juez, gracias a la teoría del contacto social, podrá recomponer en vía equitativa el daño también en las hipótesis en las cuales el sujeto no alcanza a comprobar la pertenencia a la utilidad final, y ello podrá hacer, por ejemplo, liquidando los gastos incurridos por el privado que confiaba en la validez del procedimiento del ente público.

Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social *Controversial issues regarding to liability by social contact*

jurisprudencia parecía confinar a la sola fase precontractual.

En la extensa motivación de los anteriores idénticos juicios, con la intención de dar un golpe definitivo a la teoría del contacto social, se recuerda, finalmente, que precisamente aquella doctrina⁽⁵⁹⁾ que propende la atipicidad del ilícito civil, no creyendo que el artículo 2043 del Código Civil presuponga una violación de deberes en lugar a la protección de derechos, sino solamente la producción de un daño injusto, ha reconocido tal daño como consecuencia, también, de relaciones o *contactos sociales*, por los cuales, por lo tanto, no podría surgir cierta responsabilidad contractual. Esto se refiere, entonces, explícitamente al instituto de la responsabilidad precontractual, de la cual la Suprema Corte aprovecha para reconfirmar la naturaleza aquiliana. Pero, esta última afirmación no puede ser compartida por los motivos de quien seguidamente recordamos.

Primeramente, desde el punto de vista sistemático (solo para quien considera nuestro un sistema caracterizado por el principio de la tipicidad del ilícito) la disposición de la cual el artículo 1337 del Código Civil, se constituye como fuente de responsabilidad

extracontractual, asume un valor autónomo, en cuanto señala al interprete la presencia de un daño injusto, *sub specie* de lesión de la libertad contractual. En sentido contrario, desde la perspectiva de la teoría predominante que refiere la atipicidad del ilícito civil, la disposición del artículo 1337 del Código Civil siempre se constituye como fuente de responsabilidad extracontractual y precisa una lesión del derecho relativo a la libertad contractual; se transforma, así, en una duplicidad sin significado la del artículo 2043 del Código Civil y, por lo tanto, lo priva de una autónoma función⁽⁶⁰⁾.

El deber de buena fe, por otro lado, es en sí mismo una obligación clasificable en la tercera categoría, de conformidad al artículo 1173 del Código Civil, y su violación importa, consecuentemente, un incumplimiento cuyas consecuencias son previstas por el artículo 1218 del Código Civil, norma general para todas las obligaciones que no tengan una diversa disciplina⁽⁶¹⁾.

Del resto, precisamente en tema de responsabilidad por *contacto social*, la Suprema Corte, en otros supuestos de hecho, ha llegado correctamente a afirmar que también fuera de la esfera de pertenencia contractual a la confianza legítima puede crear, si es rechazada, un incumplimiento de deberes. Por lo tanto, por coherencia, no se puede negar, luego, que la violación del principio de buena fe durante las tratativas no cree una lesión de análoga naturaleza. Más bien, en definitiva, nos parece que sea precisamente esto la contribución teórica más importante que se debe a esta fascinante perspectiva doctrinal.

(59) En tal sentido, compárese PROTTO. *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*. En: *Urbanistica e appalti*. 2000; p. 1006.

(60) La referencia puede encontrarse en: BUSNELLI. *Dopo la sentenza numero 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*. En: *Rivista di diritto civile*. Volumen I. 2000; pp. 350 y siguientes.

(61) Véase, en tal sentido, la compartible opinión de MERUZZI. *La trattativa maliziosa*. Padua: 2002; pp. 85 y siguientes.

(62) Por último, en este sentido, véase la Casación No. 1547, emitida el 28 de enero del 2004. En: *Responsabilità civile e previdenza*. 2004; pp. 457 y siguientes, la cual confirma que "cuando como fundamento de una pretensión venga enunciado aquello que objetivamente se muestra como el incumplimiento de una obligación voluntariamente contratada, o también derivada por ley, es concebible una responsabilidad contractual". Véanse, en el mismo sentido, también la Casación No. 7989, emitida el 1 de octubre de 1994. En: *Giustizia civile*. Volumen I, 1995; p. 137 y la Casación No. 9911, emitida el 7 de octubre de 1998. En: *Giustizia civile - Massimario annotato della Cassazione*. 1998; p. 2032. Posteriormente se nos ha justamente solicitado (compárese FRANZONI. *Dei fatti illeciti*. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna-Roma: 1993; pp. 21 y siguientes) por aquel motivo en la hipótesis de la gestión de otros negocios, del pago indebido y del enriquecimiento sin causa, todos clasificables como hechos-fuente de una obligación en la cual falta un contrato, se deba responder según el artículo 1218 del Código Civil, mientras quien viola la buena fe del artículo 1337 del Código Civil debería ser responsable según el artículo 2043 del Código Civil.