

Gustavo A. De Paoli

Abogado

Buenos Aires 20 de julio de 2017

Señor Presidente de la Asociación Profesional del
Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación
Embajador Eduardo Mallea
S / D

Me dirijo al Sr. Embajador, con el objeto de remitirle a pedido de esa Asociación, mi opinión sobre la responsabilidad o la eximición, que le pueda caber a los Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, en su carácter de funcionarios a cargo de oficinas consulares, por los actos en que él intervenga o la Oficina a su cargo, en forma directa o por delegación de sus funcionarios subalternos.

Comenzaremos haciendo una breve reseña de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

I

Debe comprenderse que aun en el presente, aunque con evidentes diferencias con el pasado, la responsabilidad estatal esta imbuida no ya de un equilibrio entre iguales, sino de supremacía de un sujeto sobre otro. Esta subordinación según las épocas, idiosincrasia y cultura de los pueblos y lugares, puede variar entre la sumisión y total indefensión del hombre ante el Estado, hasta un acabado respeto de los derechos subjetivos e intereses del individuo, que es la tendencia que va consolidándose modernamente. Alfredo Gustavo Puig. Derecho Administrativo para Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Salta. Pág. 180.

Así se admite a la par de la responsabilidad estatal, basada en los principios del Estado de Derecho, la responsabilidad del agente o funcionario en tanto órgano persona que expresa la competencia administrativa y cuya actividad ilícita o lícita obliga al órgano institución al que representa. Pero éste involucra a la del Estado cuando la conducta irregular del funcionario es consecuencia directa de la competencia que ejerce el órgano del que es titular.

Pero según Marienhoff, no es menester caracterizar, ni equiparar, el “funcionario público” con el titular del respectivo órgano institución. Lo que caracteriza al funcionario y al empleado público, distinguiéndolos de otros servidores del Estado, es la índole de la actividad que ejercen, y en modo alguno el hecho de ser o no titular del respectivo órgano o institución.

Con toda razón se ha dicho que los funcionarios son elementos de todo Estado Oficial, y que la acción del Estado se traduce en actos de los funcionarios.

Gustavo A. De Paoli

Abogado

Ahora bien, es necesario distinguir la responsabilidad del funcionario de la responsabilidad del Estado. Ambas responsabilidades surgen de dos elementos: persona física y conjunto de atribuciones, las cuales, nos dan lugar a dos tipos de relaciones de servicios y relaciones orgánicas. De las relaciones de servicios, el vínculo jurídico que se establece es hacia dentro de la Administración y de allí surge la responsabilidad del funcionario y las relaciones de empleo público en cualquiera de sus formas. Por otro lado, de las relaciones orgánicas, surge la denominada responsabilidad del estado, por ser una relación que está ligada al Órgano o ente administrativo hacia afuera, respecto del tercero. Entonces, cuando se afecta a un tercero ajeno a la administración existe la responsabilidad del Estado; cuando la administración es la afectada, nace la responsabilidad de los funcionarios.

II

En toda organización administrativa pública, donde hay que evaluar el concepto de responsabilidad, se deben tener en cuenta dos conceptos propios del Derecho Administrativo, la **competencia** y la **jerarquía**. En el caso de la **competencia**, está fijada por una norma jurídica, la cual, nos da el alcance de las atribuciones que el funcionario tiene, y de esa manera, podemos determinar frente a una irregularidad, si actuó conforme a las mismas o no. ***“En cuanto a la jerarquía, nos permite dilucidar la relación directa o indirecta que el funcionario tiene respecto a una falta. En el primer caso, estaremos frente al ejecutor, en el segundo caso, podemos estar frente a un funcionario que controla al ejecutor”.***

En la **competencia**, hay dos conceptos que también se deben tener en cuenta: ***la delegación y la avocación***, las cuales implican la transferencia a un inferior o a un superior respectivamente de las funciones, en la medida que exista una norma jurídica que así lo establezca expresamente. En el caso de la ***delegación es responsable quien terminó ejecutando la función delegada, pero el Superior, aunque delegue la función también es responsable en forma indirecta por no ejercitar el control***. En la avocación, esta es ejercida en un caso determinado y ante esa situación, tan solo es responsable el funcionario superior que ejerce la competencia, quedando el inferior en su caso, exento de responsabilidad.

III

El Derecho Administrativo es la disciplina que trata el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los agentes públicos, la cual surge cuando se ejerce la función en forma irregular, presentando diferentes tipos conforme al campo en que se desenvuelve la actividad.

Teniendo en cuenta la norma legal que se transgrede y en una clasificación desde el punto de vista jurídico, podemos distinguir los siguientes tipos de responsabilidad del funcionario público: política, administrativa, civil y penal. Con un sentido más general y

Gustavo A. De Paoli

Abogado

conforme al ámbito en que los agentes públicos desarrollan sus actividades, la responsabilidad también puede ser ética, profesional y social, entre otras.

En lo que interesa en el presente trabajo nos referiremos a la responsabilidad disciplinaria o administrativa.

Ivanega, expresa sobre el particular que: *“Esta responsabilidad se hace efectiva mediante el poder disciplinario de la Administración y se presenta ante una falta de servicio cometida por el agente en transgresión a las reglas de la función pública. La potestad sancionatoria de la Administración encuentra su fundamento en la preservación y auto protección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos y es específica de la relación que vincula a los agentes públicos con la Administración Pública”*. (Conf. Ivanega Miriam “Mecanismo de Control Pública Ed. Abaco. Bs.As. 2003.) citados por Moreno Sergio G. y Barbieri. Ana M. en Responsabilidad de los Funcionarios Públicos. XXXI. Simposio Nacional de Profesores Universitarios de la Contabilidad pública. Univers. Nac. de Salta.

IV

Marienhoff, especifica que el cumplimiento de las funciones del Estado, se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas, es decir de personas individuales.

La actividad de esas personas físicas puede obedecer a la voluntad conjunta de ellas y del Estado, tal como ocurre en la generalidad de los supuestos; y que se encuentran contemplados en las distintas normas o estatutos o escalafones que determinan en algunos casos las funciones, pero además y fundamentalmente, la situación del agente (empleado o funcionario público) dentro del organismo administrativo, concretando así los deberes y derechos que, en cada caso, le corresponden a dicho agente.

Así se entiende por *“estatuto del funcionario o empleado público”*, el conjunto orgánico de normas que establecen los derechos y las obligaciones de dichos funcionarios o empleados. Un estatuto, entonces debe comprender como se dijo anteriormente, todo aquello que se relacione con los derechos y obligaciones de los agentes estatales.

Este es el concepto generalmente aceptado por la doctrina acerca de lo que debe entenderse por un estatuto de los agentes estatales, conf. Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, T°III B, pag.30 citando a Bielsa Derecho Administrativo T° 2° pag.108, Bs.As., 1947; Bullrich Principios Generales de Derecho Administrativo, N° 172 pag. 386; Sayages Laso Tratado de Derecho Administrativo, T°1 pag.147y 271.

Estas normas o estatutos son una ventaja pues tienden a lograr una *certeza y seguridad* en las relaciones entre el agente y el estado.

Gustavo A. De Paoli

Abogado

V

Así tenemos, que en la esfera del Estado rigen numerosos estatutos especiales aplicables a los distintos grupos de funcionarios o empleados (por ejemplo, docentes, empleados públicos, militares, etc.) y en lo que nos ocupa a nosotros, el referido a los Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación que se encuentra aprobado por la Ley 20.957. Su artículo 1° expresa:

“La presente ley se aplicará al personal del Servicio Exterior de la Nación que, como organización fundamental del Estado nacional para el desarrollo de sus relaciones, en la comunidad internacional, es el instrumento de ejecución de la política exterior nacional, preservando, defendiendo y resguardando la soberanía, dignidad e interés de la República en el ámbito continental y mundial,”

Dicha Ley 20.957, junto a su Decreto Reglamentario N° 1973/86, es el marco jurídico de donde surgen los derechos y obligaciones de los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, como así también su régimen disciplinario.

Conforme al art. 21 de la ley 20.957, dice: ***“Son obligaciones de los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, con arreglo a las disposiciones legales que las reglamenten, y sin perjuicio de otras establecidas en la legislación nacional, instrumentos internacionales, los usos y las costumbres internacionales”.***

“...b) Prestar servicios en forma regular con toda su capacidad y diligencia, para el mejor desempeño de sus funciones;”

“...h) Respetar el orden jerárquico del servicio y cumplir los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones que reciban;...”

A su vez el Decreto Reglamentario especifica que: ***“El incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 21 dará lugar a la aplicación de las sanciones dispuestas por la Ley y esta Reglamentación”.***

Ahora bien, la citada ley 20.957 complementada por su Decreto 1973/86 contempla en los artículos 39 a 48, un régimen específico disciplinario, cerrando esta idea el art. 39 prescribiendo: ***“Las medidas disciplinarias se aplicarán, en caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente ley y su reglamentación”.***

VI

Para efectuar la tarea asignada al Servicio Exterior de la Nación, conforme a las atribuciones contempladas en el artículo 1° de la Ley, concretamente cuando el Funcionario del SEN cumpla funciones en una Representación Consular (conf. Art 4 y 55 de la Ley), se dictó oportunamente el Decreto 8714/63, que **establece el Reglamento**

Gustavo A. De Paoli

Abogado

Consular, que es la normativa específica que regula los deberes y las obligaciones de los agentes consulares complementando las normas anteriormente citadas.

Al respecto tenemos, que el funcionario designado para cumplir su cometido en una Representación Consular se lo denomina Cónsul General o Cónsul, según la categoría asignada a la representación en el Organigrama de la Cancillería, o si fuera el caso, que por circunstancias especiales se creen Secciones Consulares en las Representaciones Diplomáticas, el jefe de la Sección Consular designado, tendrá los mismos derechos, atribuciones y obligaciones que las normas vigentes establecen para los Funcionarios Consulares (art 37, 38 y 39 del R.G.).

El art. 9 **MISION y FUNCIONES**, establece las misiones y funciones de los Sres. Cónsules y entre las que nos interesan, están previstas en su párrafo:

“...b) prestar preferente atención a la política migratoria de la República; y párrafo “d)...otorgar visados u otros documentos... a las personas que deseen viajar a la República”.

A su vez en el Capítulo (B) Derechos y obligaciones de los funcionarios consulares se especifica en su párrafo 11): Deben prestar preferente atención a cuanto concierne a la ***emigración hacia la República***, difundiendo sus posibilidades y el conocimiento de las normas que la rigen

Ahora bien, para realizar dicha tarea, deben ajustar su cometido a las disposiciones de las leyes y reglamentaciones pertinentes. (inc, 30).

“Ellos asumen la responsabilidad de todos los actos en que intervengan él o la oficina a su cargo, en forma directa o por delegación de sus funcionarios subalternos. (inc. 31).

En este caso de comprobarse una irregularidad, ***deben ponerla en conocimiento de la superioridad*** (inc. 33), pues ellos *son responsables* del debido cumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones y órdenes.

A su vez, se reitera que ***“Son los responsables del debido cumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, obligaciones, ordenes,...”*** debiendo elevar en el plazo de 8 días los informes, con su opinión, de los funcionarios adjuntos, conf. inc. 48 , y 49 respectivamente.

Asimismo, como Cónsules Generales, son los *superiores* de todos los Funcionarios Consulares de la República que se desempeñen en su circunscripción, conf. capítulo (D) **Atribuciones y Obligaciones de los Funcionarios Consulares cuando se desempeñen como titulares de Consulados Generales** inc. 1) y *fiscalizan el funcionamiento* de las respectivas oficinas existentes en su jurisdicción (inc 2), **pudiendo**

Gustavo A. De Paoli

Abogado

delegar las funciones que ejercen en los demás funcionarios a sus órdenes que prestan servicios en el Consulado General. (inc 4).

VII

Además del titular de la Representación Consular, pueden ser nombrados otros funcionarios que no necesariamente deban ser de la misma situación de revista en el escalafón profesional y cuya denominación será **Cónsul Adjunto**, en cuyo caso su misión y función *se subordinaran* a las disposiciones que emanen de su titular (conf. art 5), y *dependen de su superior jerárquico*, debiendo cumplir las órdenes y disposiciones tanto las emanadas del Ministerio de Relaciones Exteriores, como del Cónsul General de quien dependan, (conf art 7). Asimismo *deben colaborar y cooperar* con su jefe, en la medida que él lo determine conf. inc. 1, **(E) Obligaciones de los Funcionarios Consulares mientras se desempeñan como Adjuntos.**

En el párrafo 3, ***cuando el Jefe lo autorice expresamente, legalizarán, visarán, avalarán y autorizarán con su firma*** todos los documentos a los que se refiere el Reglamento con excepción de las notas, expedientes, informes, etc, que la oficina debe elevar a la cancillería, al superior, inmediato o a las autoridades locales, como así también los actos notariales. Siguiendo con esta idea la norma establece en su art. 29 referido a las **Oficinas Consulares**, que estas dependen directamente del Consulado General de su circunscripción y a falta de éste de la Cancillería. Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, todo el personal consular depende jerárquicamente del respectivo jefe de la misión diplomática.

Como vemos, de las normas transcriptas, el Cónsul General es el superior **jerárquico** de la Representación, y por ende el responsable del funcionamiento de la misma, debiendo cumplir su tarea respetando las disposiciones legales correspondientes (leyes, decretos, reglamentos, etc.) y las órdenes dictadas al efecto por la superioridad (Cancillería, Jefe de Misión), que son las que le establecen su competencia.

En consecuencia, es el **responsable directo de sus actos**, pues debe obrar de acuerdo a su capacidad y diligencia, y en caso que no lo hiciera, será responsable a título de dolo o culpa por su accionar irregular.

Esta es la regla general sobre responsabilidad objetiva y directa que le cabe también a otros funcionarios públicos con características similares en el ejercicio de sus funciones (Art. 9, inc. 31), Ley 26.944, conf. Infojus, pág. 10, Laura Monti Aportes Doctrinarios para el Estudio Sistemático de la ley 26.944 sobre Responsabilidad del Estatal.

Ahora bien, dentro de la misión y las funciones que posee el Cónsul General tiene la función de **delegar** en otros funcionarios cuando ella sea conveniente en bien del servicio, **para lo cual debe ejercer el poder de fiscalización y control pertinente.**(art.9 Cap. B, inc.31 y Cap. D, inc.2).

Gustavo A. De Paoli

Abogado

En el caso de la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercer.

Cuando se trata de competencia delegada, el órgano superior puede siempre y en cualquier momento retomar la competencia que él ha conferido al órgano inferior y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo. En la delegación, no se opera una modificación en la *estructura administrativa*, sino sólo en su dinámica. La delegación es nada más que un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano a quien le compete una función determinada, de poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia. La delegación no puede implicar renunciar definitivamente a la competencia; tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que ella se ejercita.

VIII

El poder jerárquico del delegante sobre el delegado es amplio, e incluye no sólo la atribución de **expedirle instrucciones** sobre el modo de ejercer las atribuciones, sino también de **darle órdenes concretas** para resolver un caso específico de una u otra manera. Esto es así precisamente por tratarse, según vimos, de competencia propia. Gordillo Agustín Tratado de Derecho Administrativo, Cap. XII-19.

Como se dijo anteriormente, respecto de **la jerarquía**, nos permite dilucidar la relación directa o indirecta que el funcionario tiene respecto de una falta. En el caso del funcionario subalterno, estaremos frente al ejecutor (responsable directo), en el caso del Cónsul General, estaremos frente al funcionario que controla al ejecutor.

Es decir, que en la delegación es enteramente responsable el que ejecuta la función delegada, pero el superior, es responsable por el modo en que ejerce la facultad delegada, es decir **por su falta de diligencia**, incurriendo en **culpa in eligendo e in vigilando**, ello salvo que el delegado haya actuado por instrucciones escritas u órdenes verbales concretas del delegante, caso en el cual su responsabilidad es plena.

Es así, pues en principio y siguiendo los lineamientos en la materia (Código Civil y Comercial y en la Ley 26.944 sobre Responsabilidad Estatal) como en materia administrativa, la responsabilidad es directa.

Quien causa el daño es el dependiente, el que quien responde por ese daño, en el ámbito de la responsabilidad refleja, es denominado principal o civilmente responsable". En orden a la asignación del fundamento jurídico de tal responsabilidad refleja y siguiendo en ello la opinión de LLambías, puede decirse que la postura que más adeptos ha recibido en la doctrina prevaleciente es la denominada "tesis de la culpa no específica": in eligendo o in vigilando, pues considera que esta responsabilidad queda justificada por la culpa del principal, sea

Gustavo A. De Paoli

Abogado

en la elección del dependiente, sea en la vigilancia del mismo, pudiendo tal vez concurrir ambas circunstancias. No interesa identificar cuál es el tipo específico de culpa en que ha incurrido el comitente, lo que importa es apreciar que si él hubiese elegido mejor a su subordinado, o si lo hubiera vigilado con atención, verosíblemente no habría sobrevenido el daño a tercero.

El propio LLambías considera que el fundamento jurídico de tal asignación de responsabilidad refleja es “la idea de la presunción legal de culpa del principal”, pues “quien para ampliar con cualquier finalidad su órbita de acción recurre a la actividad de un extraño que habrá de obrar para él, a modo de longa mano suya, tiene el deber preciso de elegir a quien sepa desempeñar el cometido, sin riesgo para tercero, y vigilarlo convenientemente con esa misma finalidad. Cuando el dependiente, en cuanto tal, causa un daño a un extraño, ello hace suponer que el principal eligió un instrumento deficiente o que no lo vigiló como debía hacerlo.

De cualquier modo, y en lo que aquí interesa, es preciso reiterar que para que la responsabilidad refleja tenga cabida es imprescindible –como ha quedado de manifiesto– que exista una relación de dependencia entre el autor material del evento dañoso y aquel a quien jurídicamente las consecuencias del mismo se imputan, y a su vez, para que pueda hablarse en sentido estricto de dependencia es necesaria –como nos lo recuerda el propio LLambías– la concurrencia de dos elementos, a saber: a) el ejercicio por el dependiente de una función llevada a cabo en servicio o utilidad del principal, y b) subordinación del dependiente hacia el principal con respecto al desempeño de dicha función. LLambías, Jorge J., Tratado, “Obligaciones”, T° IV-A, p. 252 y ss. Todos los destacados corresponden al texto original.

Así también, la Procuración del Tesoro manifestó en un caso elevado por la Comisión Nacional de Valores, sobre la actuación del directorio de una S.A. que: *“... el sistema se ajusta a los principios del Código Civil, dado que no solo se sanciona la culpa in contraendo, sino también la culpa in vigilando, por lo que los miembros del directorio deben avocarse a todos los temas que fuere menester en virtud del poder de su control. Que el directorio debe dedicar el desempeño y atención y preocupación necesarios para los asuntos sociales, y si no puede hacerlo por otras ocupaciones o por residir en el extranjero debe renunciar, por cuanto debe procurar un buen desempeño del órgano en beneficio de la sociedad...”* C.N.V. s/Res. 14687, Cia. Alpargatas.

Esta situación sobre responsabilidad, en el caso de los Funcionarios del Servicio Exterior, se cumple plenamente por aplicación específica de la normativa citada en el presente trabajo, Ley 20.957 y su Decreto Reglamentario 1973/86 y Reglamento Consular Decreto 8714/63 y podemos añadir también, por ser aplicable, el Decreto 7743/63, Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina, ya que esta responsabilidad, abarca al Jefe de Misión, Cónsul General o Cónsul, indistintamente –según fuere el caso– que como Superior jerárquico, delega facultades, expide órdenes expresas y tiene poder de fiscalización y control de la tarea asignada a sus subalternos.

Gustavo A. De Paoli

Abogado

IX

Ahora bien, la tarea llevada a cabo en una Representación Consular, que por el cúmulo y diversificación de tareas, hace necesaria la existencia de Cónsules Adjuntos, por eso la delegación es la norma.

En la mayoría de los casos se delega en uno o más funcionarios, *el trabajo diario de expedición de visas* -que es lo que nos interesa en este trabajo- (aunque podría aplicarse a otras situaciones), que conlleva en la práctica a recibir, verificar y procesar documentación, realizar las entrevistas pertinentes, decidir, otorgar o denegar las mismas.

Esta tarea se realiza sin la intervención del Superior Jerárquico. El superior Jerárquico (Cónsul General), en la práctica generalizada, no toma intervención en cada caso, sino que lo hace en la oportunidad en que el inferior eleva la documentación para su envío a la Cancillería o a la Dirección Nacional de Migraciones o como fue en este caso, que toma conocimiento a través de las comunicaciones en ocasión en que la Dirección Nacional de Migraciones reclama el envío de las carteras.

De acuerdo a lo dicho, esta supervisión, no se realiza en cada caso y/o en el momento oportuno de la expedición, sino después de un tiempo de la conclusión del trámite, dependiendo ello de la manera del despacho por correo postal ordinario, correo privado o sujeto al diagrama de la llegada y/ o salida del correo diplomático.

Es así, que cuando se hace la supervisión y control, el hecho irregular ya se ha producido, salvo que el Cónsul Adjunto hubiera puesto en conocimiento del Cónsul General la irregularidad o inconveniente correspondiente, (conf. Cap. B. Inc. 33 del R.C.) para que éste dé la orden para solucionar el caso o solicitare la instrucción pertinente a Cancillería o al Organismo correspondiente.

Como vemos, la normativa sobre fiscalización y control, puede funcionar en la letra, pero en la práctica, ella se realiza cuando los hechos se han consumado, *desvirtuando* con ello esta forma de *delegación y responsabilidad*, porque en la mayoría de los casos no se puede revertir el resultado, pues ya se expidió la visa, o la persona ha viajado, etc.

Solamente se puede evitar el accionar irregular, cuando el Superior toma conocimiento en tiempo real, o sea en el momento de la actuación, por haberlo informado así el dependiente como se dijo anteriormente o por otra autoridad u Organismo.

En el caso que tome conocimiento de la actividad irregular podrá aplicar las medidas disciplinarias previstas en la ley 20.957 del Servicio Exterior de la Nación, dando cuenta de ello a la Cancillería (conf. Cap. D, inc, 5 del R.C), por lo que se entiende que en

Gustavo A. De Paoli

Abogado

estos casos se diluye la responsabilidad del delegante, no obstante que la normativa lo hace plenamente responsable por culpa in eligendo o in vigilando.

X

Por ello esta delegación de funciones se asemeja más a una desconcentración y descentralización de hecho, aunque para que se den estas situaciones, debe existir una decisión legislativa, -lo que no es el caso- por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se le atribuye a un órgano u ente inferior, por lo que la responsabilidad del Superior queda reducida a la facultad de supervisión propia del poder jerárquico.

Es así que a juicio del suscripto sería preferente que el actuar de los Cónsules Adjuntos para ciertos cometidos, como ser la expedición de visas, sea independiente de la función del Cónsul General pudiéndosele otorgar a este último la facultad de avocación, para cuando -en casos concretos- éste determine asumirla, entonces por este accionar propio, sería plenamente responsable.

XI

Ahora bien, para eximirse de responsabilidad por culpa in vigilando, el Superior – en este caso el Cónsul General- debería probar que de su accionar no hubo negligencia, es decir que actuó con la diligencia y capacidad debida, mediante la correspondiente fiscalización y control de la tarea del inferior, dando las órdenes pertinentes para el buen funcionamiento de la oficina y pese a ello, el inferior no cumplió con los reglamentos, circulares e instrucciones que hubiera recibido, por lo que la conducta típicamente antijurídica fue cometida por el inferior no pudiéndosele imputar al Cónsul General responsabilidad alguna, salvo que se demuestre la existencia del nexo causal entre la conducta (omisión) del Superior respecto de la acción irregular del inferior.

Y precisamente, lo que se exige, al demandado es que esté en condiciones de acreditar que ha tenido una actuación positiva, o de acción, probando que ha vigilado a las personas que de él dependen, y que si aún así se ha ocasionado el daño no puede imputarse en su deber, que el evento dañoso se causó por una omisión en la implementación de las medidas de vigilancia adecuadas. Vicente Magro Servet. Presidente de la Audiencia de Alicante. Responsabilidad de la Culpa in Vigilando. Revista de Jurisprudencia N°2, 21/09/2013.

En este tema de la causalidad la doctrina aplica los principios receptados en el Código Civil, en su anterior versión, el cual adopta el criterio de la “causalidad adecuada”, entre los distintos tipos de consecuencias, y se encuentre realizado con un criterio de probabilidad, con referencia al hecho dañoso, para seguidamente determinar el propio Código reglas de imputación de dichas consecuencias. También estos principios están

Gustavo A. De Paoli

Abogado

receptados en el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Coronado S. y Picaso M. 1ra. Ed. Caba, infojus.

En este sentido la Ley 26944, establece como requisito para la procedencia de la responsabilidad (del estado) por “actividad o inactividad ilegítima” la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal y la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue (Art. 3, inc. b) y c), Ley 26.944, Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T° II, pág. 739). También puede eximirse de responsabilidad si comprueba que el hecho o actividad irregular se debió a caso fortuito o fuerza mayor en igual sentido que lo prescripto por la Ley 26.944 sobre Responsabilidad Estatal, o que fue mediante engaño, pudiéndose tomar ello, en el hecho que el inferior ocultó el hecho irregular al superior.

XII

Ahora bien, debemos tener en claro que la imputación directa por la actividad irregular es del inferior, es el caso del Cónsul Adjunto que no observó las normas y reglamentos para la expedición de esas visas.

Al superior jerárquico (Cónsul General) no se le imputa la expedición de esas visas, sino el deber de no haber controlado al inferior para que no las emita como se mencionó anteriormente.

Pero en el caso que se solicita la opinión y como ya se vio anteriormente, el Cónsul General tuvo imposibilidad material de hacer ese control, pues frecuentemente por una deformación estructural o de fondo en las funciones y actividades de las representaciones consulares, dicha actividad no se realiza en tiempo real (en el momento de la expedición de las visas), pues sería un sin sentido que dos funcionarios (al mismo tiempo) hagan la misma tarea, para lo cual para evitar ello se debería formular una nueva reglamentación en este sentido.

Además, otra situación planteada en este caso, es que el Cónsul General, por su actividad puede haberse encontrado ausente de la representación consular cumpliendo funciones propias en el territorio de su circunscripción, como fue el caso que se consulta.

Así se colige, que el Cónsul General no pudo ejercer ese control en tiempo real por la imposibilidad material mencionada, y en consecuencia no puede ser pasible de culpa.

Por último y como se especifica en este caso, hay que tener en cuenta que el Cónsul General recién toma conocimiento de la irregularidad del otorgamiento de las visas, cuando dicha documentación es solicitada y observada por la Dirección Nacional de Migraciones.

Ahora bien, en este caso, si en el accionar del superior no puede probarse el nexo de causalidad, como se exige para que exista en general responsabilidad del Estado, por ende debe regir este principio también para la acción de los que presuntamente causan el

Gustavo A. De Paoli

Abogado

daño, en este caso el deber de vigilancia sobre el inferior en la expedición irregular de visas.

Es así, que la responsabilidad directa existe en el accionar irregular del inferior y en la relación del superior con el inferior por la delegación de funciones, por lo que se entiende que este último probando la inexistencia del nexo de causalidad, esto es que actuó con la diligencia debida, podría estar exento de responsabilidad.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha expresado *“nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (art. 901 a 906 CC) por lo tanto la regla es que, demostradas varias posibilidades hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad”*. Mosca, Hugo A. c/ Bs.As. Pcia. y otros sobre daños y perjuicios. Fallo 330: 653. Citado por Perrino Pablo. La Responsabilidad del Estado por Omisión del Ejercicio de sus Funciones de Vigilancia. LL.2011-E pág.715.

Reiterando esta posición, en un Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, con voto en disidencia, se expresó: ***“La responsabilidad indirecta del superior jerárquico por culpa in vigilando o in eligiendo, debe configurar un irregular cumplimiento de las obligaciones legales. Naturalmente, que lo más importante es la culpa in vigilando, considerada con referencia al control jerárquico de los miembros de la administración pública, ya que la facultad de elegir y de nombrar, en consecuencia, compete al Poder Ejecutivo y a entidades autárquicas. Para que el superior jerárquico sea responsable debe haber, pues, un irregular cumplimiento de la obligación de dirigir, y este irregular cumplimiento debe constituir culpa in vigilando. Esta falta de vigilancia se entiende en el sentido de dirección y organización de la oficina. Si el superior jerárquico ha organizado correctamente la marcha de las actividades de su cargo y ha tomado las precauciones indispensables para impedir el proceder dañoso de sus dependientes, no tiene culpa in vigilando cuando estos realizan un daño, aunque el daño hubiera podido ser evitado con la vigilancia del jefe en persona. La culpa no existe dentro del marco del regular cumplimiento de la obligación del cargo y esa obligación es en este caso dirigir y organizar”*** (conf. Manuel M. Diez, "Derecho Administrativo", T° V, pág. 133). (DISIDENCIA del Dr. Balladini STJRN: SE. <63/03> "Consejo Provincial de Salud Pública s/ presuntas irregularidades hospital zonal San Carlos de Bariloche - expte. n° 104/94, Fiscalía de Investigaciones Administrativas s/ Apelación" (expte. n° 18166/03 - stj -),(23-09-03). Balladini - Soderro Nievas – Lutz

XIII

Por último, se estima que en el caso concreto traído a análisis, **culpa del Cónsul General por el accionar irregular del inferior**, se puede comprobar que no existe responsabilidad in vigilando, pues al Cónsul General le fue imposible controlar in situ el accionar del subalterno, pues por un lado tenemos que el Superior ejerció su poder de delegación ejerciendo el mismo con diligencia y capacidad, adoptando todos los recaudos estipulados en la normativa y por otro lado tenemos el hecho que el superior no se encontraba en el lugar cuando ocurrió la irregularidad, esto es la expedición de las visas.

En conclusión, cabe reiterar lo dicho en el punto IX y X de este trabajo, en el sentido que para evitar situaciones o casos como en el presente, de responsabilidad por culpa in vigilando o in eligiendo, que siempre es muy gravosa la prueba de su inexistencia, **sería preferente que el actuar de los Cónsules Adjuntos para ciertos cometidos,**

Gustavo A. De Paoli
Abogado

como ser la expedición de visas, sea independiente, autónoma de la función del Cónsul General pudiéndosele otorgar a este último la facultad de avocación, para cuando -en casos concretos- éste determine asumirla, entonces por este accionar propio sería plenamente responsable. Esto ya no sería una delegación de facultades sino que debe ser efectuada como desconcentración o descentralización administrativa, para lo cual se necesitaría una norma expresa que así lo dispusiera.

Saludo al Señor Embajador

Gustavo A. De Paoli

T° 17 F° 868