

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA OMISIÓN DEL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES DE VIGILANCIA

PABLO E. PERRINO ^{1(*)}

I.- INTRODUCCIÓN

Probablemente uno de los capítulos más complejos de la responsabilidad estatal es el concerniente a los daños que pueden derivarse de la omisión de ejercer la tarea de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico confía a órganos o sujetos que ejercen la función administrativa.

Se trata de perjuicios que, generalmente, son ocasionados por personas privadas a otros sujetos privados, pero que la víctima demanda su reparación al Estado, porque considera que si este hubiera ejercitado correctamente sus deberes de fiscalización o vigilancia no los habría padecido.

Además, en un número muy relevante de casos, la inacción estatal que se considera causante del daño es producto del ejercicio de potestades administrativas de naturaleza discrecional o deriva de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, son daños que, usualmente, se atribuyen al incumplimiento de normas que sólo señalan fines o directrices, pero que no imponen conductas concretas o no establecen los criterios en base a los cuales los órganos o sujetos estatales deben atenerse al momento de definir los medios a emplear para alcanzar un determinado objetivo y que, además, pueden conllevar la apreciación de cuestiones de naturaleza técnica.

Todas estas circunstancias inciden decisivamente en la configuración de la responsabilidad estatal ya que, tal como lo evidencian los fallos dictados por diversos tribunales, acarrear dificultades para la configuración de dos de los presupuestos que deben concurrir para que sea procedente el deber de responder del Estado, como son el factor de atribución y el nexo de causalidad².

El examen de los pronunciamientos dictados por la Corte Suprema de Justicia Nación pone de resalto que, si bien con interesantes excepciones³, se ha afianzado una tendencia restrictiva al reconocimiento de la responsabilidad estatal por omisión del ejercicio de potestades administrativas de control⁴.

Como en todos los temas que conciernen al derecho administrativo, también en el de la responsabilidad estatal por omisión en el ejercicio de sus facultades de vigilancia, es imprescindible buscar soluciones justas y equilibradas. Son tan perniciosos los criterios que acarrear la impunidad para el Estado que ha infringido las obligaciones que el ordenamiento jurídico ha puesto a su cargo, como también los que conducen a la so-

1 ^(*) Profesor de grado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y de postgrado en esa casa de estudios y la Universidad de Buenos Aires y en las universidades Austral, Católica Argentina, Católica de La Plata, Católica de Cuyo y Belgrano. Secretario del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Subdirector de la Revista de Derecho Administrativo que publica Abeledo-Perrot.

2 Además de estos requisitos, para que se comprometa la responsabilidad estatal por falta de servicio por omisión debe demostrarse la existencia de un daño resarcible y que el mismo es imputable jurídicamente a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que lo ocasionó (ver Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 9ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, t. I, p. 488 y ss. y Perrino, Pablo E., "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED 185-781.

3 CSJN, causas: "Franck, Roberto A. c/Provincia de Buenos Aires", Fallos: 275:397; "Coco, Fabián A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos: 327:2722; "Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro"; Fallos: 330:2748 y "Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo", LL 13/09/10; entre otros.

4 CSJN, causas: "Ruiz, Mirtha E. y otro c/ Prov. de Buenos Aires"; Fallos: 312:2138; "Vaca, Emilio y otra c. Provincia de La Rioja", Fallos: 315:1480; "Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, provincia de y otros s/sumario", Fallos: 321: 1124; "Colavita, Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos: 323:318; "Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 329: 2088; "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros", Fallos: 329:4944, "Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653; "Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 332:2328; entre otros muchos.

breprotección de los particulares y convierten a la responsabilidad estatal en una suerte de paraguas contra todos los males que puede deparar la vida en sociedad⁵.

II.- BREVE NOTICIA SOBRE EL REGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Al igual que ha ocurrido en numerosos países europeos⁶ y latinoamericanos⁷, en la Argentina la formulación del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es de origen esencialmente jurisprudencial⁸.

No obstante carecer nuestra Constitución Nacional de disposiciones específicas que consagren expresamente la responsabilidad estatal⁹, como ocurre en España¹⁰, Brasil¹¹, Colombia¹², México¹³, Venezuela¹⁴,

5 Carlos A. Botassi, Carlos, "Responsabilidad del Estado por omisión", Documentación Administrativa, n° 269-270, p. 339. Como afirmaba Comadira: "La atribución de responsabilidad al Estado no puede ser tanta como para agotarlo o inhibirlo en la gestión del interés público, ni tan poca como para expropiar al particular bajo la apariencia de dicho interés (Comadira, Julio R., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público", obra colectiva *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, RAP n° 326, p. 574).

6 Vgr. Francia (ver: de Laubadère, André *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit y Jurisprudence", París, 1980, p. 693; Moreau, Jacques, *Evolución reciente de la responsabilidad de la Administración en el Derecho francés*, Documentación Administrativa n° 239, p. 175 y ss., Rougevin-Baville, Michel, *La responsabilité administrative*, Hachette, París, 1992, p.9 y ss. Sempé, Françoise, *La responsabilité extracontractual de la Administración en Francia*, en la obra colectiva, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, editado por Tecnos y la Junta de Andalucía, Madrid, 1995, p. 969 y ss.) Italia. (Clarich, Marcello, *La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes*, en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, p.1005 y ss.) y Alemania (Ossenbühl, Fritz, "la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*", p.931 y ss.).

7 Vgr. Colombia (Ver: Barrera Muñoz, William, "La responsabilidad del Estado en el derecho colombiano", en Rev. de Der. Adm. N° 70, p. 977 y ss.) y Chile (Cordero vega, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, p. 7 y ss.).

8 Ver: Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Bs. As., 1969, p. 83 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 9ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, t. I, cap. V, p. 525 y ss.; Uslenghi, Alejandro J., *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 49 y ss. y Perrino, Pablo E. *La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino*, R.A.P. n°237, ps. 9/14.

9 En numerosas constituciones provinciales es posible localizar –si bien con disímiles formulaciones- previsiones que establecen en forma genérica el deber de reparar estatal. Así lo hacen por ejemplo las constituciones provinciales de las provincias de Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 49), Chaco (art. 76), Río Negro (art. 55), y Tierra del Fuego (art. 188). Otras sólo prevén la responsabilidad de los funcionarios (Vgr. arts. 56 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 57 y 194 de la Provincia de Buenos Aires y 25 Formosa). A su vez, algunas constituciones provinciales contemplan la responsabilidad estatal derivada del error judicial. Así lo hacen las constituciones de Córdoba (art. 42, párrafo 2º), Chaco (art. 24), Chubut (art. 60), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 12), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro art. 19), Salta (art. 5), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art.9, párrafo 6º), Tierra del Fuego (art.40) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 13, inc. 10).

10 Art. 106.2 de la Constitución Española.

11 Art. 37, paragr. 6º de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil; ver: Barcellar Filho, Romeu Felipe, "A responsabilidade civil extracontractual do Estado. Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público", RAP N° 370, p. 331 y ss.

12 Art. 90 de la Constitución Política de 1991. ver: Molina Betancur, Carlos Mario, "Antecedentes y fundamento constitucional y legal de la responsabilidad patrimonial del Estado", , publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, coordinada por Isaac Augusto Damsky (h), Miguel Alejandro López Olivera y Libardo Rodríguez Rodríguez, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica n° 104, México 2007, www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/16.pdf.

13 Art. 113, 2º párrafo de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; ver: Castro Estrada, Álvaro, "La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo", publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, coordinada por Isaac Augusto Damsky (h), Miguel Alejandro López Olivera y Libardo Rodríguez Rodríguez, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica n° 104, México 2007, www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/29.pdf.

14 Art. 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ver Badell Madrid, Rafael, "La responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1999 y su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia",

Uruguay¹⁵, Chile¹⁶ y Perú –esta última acotada a la responsabilidad derivada del error judicial¹⁷–, ello no constituyó un valladar para que por vía pretoriana se considerara que la responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional. En efecto, con apoyo, principalmente, en las cláusulas del texto constitucional que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17)¹⁸ y en los arts. 19¹⁹, del cual deriva la regla que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*) y 16²⁰, que consagra el principio de igualdad en las cargas públicas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de una doctrina judicial que reconoce ampliamente la responsabilidad estatal por los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes públicos.

Sin embargo, a diferencia de lo que acontece en otros sistemas jurídicos que han regulado expresamente la responsabilidad estatal (como el español²¹, el peruano²² y el mejicano²³ y la legislación norteamericana²⁴

publicado en la obra colectiva *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 109 y ss.

15 Art. 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay; ver: Delpiazzo, Carlos E., “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”, en la obra colectiva *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz*, volumen sobre Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, UNAM, México, 2005, p. 238 y ss. y “Panorama del Derecho Administrativo Uruguayo” obra colectiva *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, dirigida por Santiago González-Varas Ibáñez, INAP, Granada, 2005, ps. 727/729 y Durán Martínez, Augusto, *La responsabilidad hacia la Administración en el derecho administrativo uruguayo*, RAP N° 370, p. 81 y ss.

16 Art. 38, 2do. párraf. de la Constitución Política de la república de Chile; ver: Cordero vega, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, p. 22 y ss. y 36 y ss.

17 Art. 139, inc. 7 de la Constitución Política del Perú.

18 Conf. causas: “Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Prov. de Mendoza”, Fallos: 253:316, “Sanchez, Arturo Horacio c/ S.E.G.B.A. (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires)”, Fallos 274:432; “Boccaro, Armando c/ Nación”, Fallos 277:225; “Cipollini, Juan Silvano c/ Dirección Nacional de Vialidad y otra”, Fallos 300:143; “Canton, Mario Elbio c/ Nación”, Fallos 301:403; “Heredia de Morales, Justiniana c/ Nación Argentina”, Fallos 302:159; “Winkler, Juan León c/ Nación Argentina”, Fallos 305:1045; “Barcat, Abdo c/ Registro Nacional de Reincidencia dep. del Ministerio de Justicia y Seguridad y Derechos Humanos s/ acción de amparo - hábeas data (art. 43 C.N. - ley 16.986)”, Fallos 330: 24; entre otros. En antiguos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha fundado la responsabilidad estatal en postulados de justicia y equidad (causas: “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de la Ensenada c. El Gobierno Nacional”, Fallos: 111:107 (1909) y “Banco de Londres y Brasil c/ Fisco Nacional”, Fallos 129:5 (1918); “Establecimientos Americanos Graty S.A. c/ Nación”, Fallos: 180: 107 (1938) y más recientemente en las disidencias de los jueces Carlos S. Fayt y Ricardo Levene [h.] y Rodolfo Barra en las causas: “Lozano Gómez, Juan Carlos c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 315: 968 (1992) y “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios”, Fallos: 318:385 (1995)). El primer trabajo en el que se sustentó la responsabilidad del Estado en la protección de los derechos constitucionales fue el de Rodolfo Bullrich, titulado *La responsabilidad del Estado*, publicado en el año 1920 por la editorial Jesús Menéndez. En la misma línea Miguel S. Marienhoff sostenía que el fundamento de la responsabilidad estatal “no es otro que el Estado de derecho y sus postulados”. A su juicio, de esos principios de base constitucional, que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público (*Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Bs. As. 1980, t. IV, p.699).

19 CSJN, causas: “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”, Fallos: 308:118; “Lew, Benjamín Jorge y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal s/ beneficio de litigar sin gastos”, Fallos 320:1999; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Fallos: 327: 3753, entre otros.

20 La cláusula del art. 16 de la Constitución Nacional juega un papel fundamental para dar sustento a la obligación estatal de resarcir los daños ocasionados por su actuación legítima (Ver CSJN, “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires Pcia. de s/ Indemnización de daños y perjuicios”, Fallos 315:1892; “Azzetti, Eduardo Narciso c/ la Nación - Estado Mayor General del Ejército s/ accidente en el ámbito militar y f. Seguridad”, Fallos 321:3363; conf. Fallos: 293:617, voto concurrente del Dr. Levene y “Cachau, Oscar José c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios. D. 116. XXI. Discam S.A. c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios. D. 470. XX. Don Santiago SCA. c/ Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 316:1335, voto disidente del juez. Barra; “Pistone, Ciro Alberto c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:2464).

21 Arts. 139 a 146 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, del 13 de enero.

22 Art. 238 de la Ley 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por el Decreto Legislativo 1029 de fecha 24 de junio de 2008, ver: Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo*, 8ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 751 y ss.

23 Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, DOF del 31/12/04 (Última reforma publicada DOF 12/06/2009).

24 Federal Tort Claims (28 U.S.C. §1346 (b), 2671-2680); ver: Bianchi, Alberto B., *Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, LL, 1996-A, p.922.

y del Reino Unido²⁵), en el ordenamiento jurídico argentino –tanto nacional como provincial-, no existe, al menos con carácter general, una regulación orgánica sobre este instituto. Sólo median previsiones normativas en áreas específicas y respecto de aspectos muy puntuales de esta materia, como ocurre por ejemplo con los daños ocasionados en el marco de relaciones contractuales²⁶, empleo público²⁷, error judicial en materia penal²⁸ y los generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad nacional²⁹. De ahí que pueda afirmarse sin equivocaciones que la responsabilidad estatal carece en el derecho argentino de un tratamiento normativo sistemático y unitario.

La falta de una legislación general y orgánica que regule la responsabilidad estatal, junto con una interpretación sumamente amplia de la condición de “derecho común” y uniforme para toda la República del derecho civil (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional), trajo aparejado que se aplicara al Estado durante mucho el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el Código Civil para las personas jurídicas (art. 43 del Código Civil)³⁰.

25 Crown Proceedings Act 1947; ver: Wade, William y Forsyth, Christopher, *Administrative Law*, 9ª ed., Oxford University Press, p. 814 y ss. y Bianchi, Alberto B., *Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, LL, 1996-A, p.922.

26 Arts. 62, inc. a, art. 64, inc. b de la ley 6021 (t.o. por decreto 536/95), Obras Públicas de Públicas de la Provincia de Buenos Aires; art. 71 del decreto 3300/72, Reglamento de Contrataciones de la Provincia de Buenos Aires; art. 9, incs. a y c de la ley 9254, Concesión de obras públicas provinciales, y art. 11, incs. a y b) ley 9645, Concesión de obras públicas municipales.

27 Ley 19.101, modificada por la ley 22.511, orgánica de las Fuerzas Armadas; ley 19.349, modificada por ley 22.534 Orgánica de la Gendarmería Nacional y ley 12.992, con sus modificatorias, leyes 20.281 y 23.028, orgánica de la Prefectura Naval; ley 11.757, Estatuto del empleado municipal (arts. 9, inc. b.2, último párrafo; y 24), Ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30); decreto-ley 9550 (t.o. 1995), del personal de la policía de la Provincia de Buenos Aires bonaerense, (art. 116, inc. e).

28 Art. 10 del Pacto de San José de Costa Rica, normativa de jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 488 del Código Procesal Penal de la Nación.

29 Art. 34 de la ley 23.554, de Defensa Nacional.

30 El examen de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación revela que el alto tribunal desde los primeros tiempos acudió a las disposiciones de la legislación civil para justificar tanto la responsabilidad contractual, como la extracontractual del Estado. En rigor, en un primer momento, la posibilidad de responsabilizar al Estado con base en las normas del Código Civil, dependía de que se considerara su comportamiento como *jure imperii* o *jure gestionis*. Sólo en este último caso se admitía la aplicación de las normas del Código Civil que regían la responsabilidad de las personas jurídicas privadas por incumplimientos contractuales. Como consecuencia del dogma de la inmunidad del soberano, en boga en la Argentina a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, no era posible responsabilizar al Estado por los daños derivados de sus comportamientos de “Poder Público” (actos *jure imperii*) (conf. CSJN, causas: “Seste, Vicente y Seguich, Antonio”, el 29/9/1864, Fallos: 1:317 y “Gómez, José Cándido, el 1/6/1865, Fallos: 2:36). A su vez, la responsabilidad extracontractual por actos *jure gestionis* era rechazada porque se afirmaba, con sustento en una interpretación gramatical de la errónea redacción del texto originario del art. 43 del Código Civil (modificado en el año 1968 por el decreto-ley 17.711), que las personas jurídicas no respondían por los actos ilícitos de sus representantes (ver: CSJN “Araoz, Luis F. c/ Municipalidad de Tucumán”, Fallos: 52:371; “Donaire de Cabrera, Encarnación c/ Gobierno de la Nación”, Fallos 99: 22; Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, t. II, p.74 y ss. y Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 4ª, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, p. 423 y ss.). Sólo en aquellos supuestos particulares que una ley expresamente lo permitía el Estado respondía en su esfera extracontractual, ya se trate de actos *jure gestionis* o *jure imperii* (“Brown, Francisco c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 130:62).

Sin perjuicio de algunos pronunciamientos aislados en los que se admitió la responsabilidad estatal (CSJN “Sáenz Peña, Luis A. c/ Gobierno Nacional, Fallos: 124:22 y “Delcasse, Carlos y otros c/ Gobierno de la Nación y Sociedad Puerto del Rosario”, Fallos 145:89; ver Uslenghi, Alejandro Juan, “Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita”, obra colectiva, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 54/55.), un nuevo rumbo jurisprudencial se iniciará al fallar la Corte Suprema de Justicia de la Nación el caso “Tomás Devoto” el 22 de setiembre de 1933 (CSJN “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional” Fallos: 169:111, en igual sentido: “Gelman, Juan c/ Nación”, Fallos: 204:428). Allí se admitirá, a pesar de la valla del texto del art. 43 de la legislación civil, la responsabilidad indirecta del Estado con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1109 (responsabilidad por culpa) y 1113 (responsabilidad por el hecho de los dependientes) del Código Civil. Cinco años más tarde, en el caso “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Prov. de Bs. As.” (Fallos: 182:5.), el mismo tribunal, afianzando el criterio del caso “Tomás Devoto”, dará un paso más al afirmar que el art. 43 del Código Civil no es aplicable en los supuestos de responsabilidad estatal derivada de su actuación como poder público e invocar el art. 1112 del Código Civil, en el cual se regula la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones. Dicho precedente tiene el mérito de sentar las bases de una concepción publicística de la responsabilidad extracontractual en tanto aquella es fundada por primera vez en el art. 1112 del Código Civil, norma esta que de acuerdo a la moderna doctrina administrativista nacional y a la jurisprudencia actual de la Corte federal consagra la responsabilidad del estado por falta de servicio.

No obstante que dicho recurso fue una solución loable en su momento ya que posibilitó responsabilizar al Estado por los perjuicios que ocasionaba, constituye una respuesta equivocada, porque salvo los daños provocados por comportamientos estatales en relaciones de derecho privado, la responsabilidad del Estado es una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son por su naturaleza y fines, diferentes de los que imperan en el derecho privado³¹.

Por tal motivo, hoy en día, ante la falta de una normativa en la materia, si bien se sigue acudiendo a la legislación civil para resolver los problemas que presenta la responsabilidad estatal, se lo hace extensivamente a los efectos de cubrir la laguna normativa existente en la materia mediante la técnica de la interpretación analógica³² o por vía de subsidiariedad³³. Ello es así porque, si bien no puede negarse que existen principios y elementos afines entre la responsabilidad patrimonial del Estado y la de los sujetos privados³⁴, ciertamente median aspectos diferenciales no menores que no permiten un tratamiento absolutamente homogéneo.

Tal es lo que ocurre con el mismo fundamento del deber de reparar, como a diversos tópicos que derivan de la singular posición de las autoridades estatales en las relaciones con particulares, en cuanto titulares de prerrogativas asignadas para el logro del bien común, como así también por la complejidad del obrar de los poderes públicos y la forma en que el mismo se desarrolla³⁵.

A fines de 1984 se abrirá una etapa en el proceso de afirmación de la responsabilidad del Estado. En la sentencia recaída en la causa "Vadell c/Prov. de Bs. As." (Fallos: 306: 2030 y en ED t. 114, p. 215 y ss con nota de Juan Carlos Cassagne, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte"), la Corte Suprema de Justicia de la Nación modificará su anterior postura para sostener, con base en la teoría del órgano, que la responsabilidad estatal no es indirecta (art. 1113, 1º párrafo del Código Civil) sino directa y que se asienta en la idea objetiva de la falta de servicio, cuyo fundamento radica en el art. 1112 del Código Civil, de aplicación subsidiaria.

A su vez, en los casos de daños ocasionados por cosas de propiedad del Estado o que están bajo su guarda, como también por actividades estatales que pueden crear situaciones de riesgo o peligro el máximo tribunal invocará otro precepto del Código Civil, como es el art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte, en el que se recepta la responsabilidad por el riesgo creado (Ver: Perrino, Pablo E., "La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas", obra colectiva *Organización Administrativa, función público y dominio público*, RAP, Bs. As., 2005, p.503 y ss.).

31 Cassagne, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad de la Administración, *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Ediciones Dike, Mendoza 2005, p.54. Así, Marienhoff ha señalado: "la responsabilidad "extracontractual" del Estado, cuando este actúa en el ámbito del derecho público, se rige, substancialmente por normas o principios de derecho público, y no por normas o principios de derecho civil. De ahí que el Código Civil no tenga aplicación en tal caso. Ya el Dr. Dalmacio Velez Sársfield advirtió que en el Código Civil sólo se legisla sobre el derecho *privado* (nota al art. 31)" ("Responsabilidad "extracontractual" del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad "lícita" desplegada en el ámbito del derecho público. A propósito de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, t. 167, p.965). Sólo en los pocos supuestos en los que el Estado no actúe con sujeción a su derecho propio o común, que es el derecho público, sino por disposiciones del derecho civil o comercial, la responsabilidad que en dicho marco se pueda suscitar estará gobernada por las disposiciones del derecho privado (Conf. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. IV, p. 719).

32 CSJN "Cipollini, Juan Silvano c/ Dirección Nacional de Vialidad y otra", Fallos: 300:143; "El Panamericano S.A.C.I. y F. c/ Nación Argentina", Fallos 304:721; "Manso, Alejandro c/ Osvaldo Orlando Arrabal", Fallos 308:451 y "Mengual, Juan y otra c/ Estado Nacional (Mº de Defensa EMGE.) s/ cobro de australes", Fallos 318:1959. Ello es así, salvo respecto del art. 1112 del Código Civil, pues al establecer dicha norma la responsabilidad de los funcionarios por su obrar irregular, y fundarse en ella la responsabilidad estatal por falta de servicio, su aplicación debe ser directa (Perrino, Pablo E., Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.).

33 CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261.

34 En ambos campos la responsabilidad opera como un instrumento de garantía cuyo objeto principal es la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima y deben concurrir una serie de presupuestos indispensables para que surja el deber de reparar (como son el daño, la imputabilidad, la causalidad y un factor de atribución); Ver en este sentido: Aída Kemelmajer de Carlucci, "La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado*, UNSTA, Tucumán, 1982, pág. 55 y ss. y su voto como jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la causa "Torres Francisco c/ Pcia. de Mendoza", LL, 1989-C, p.511.

35 Como bien dice Soto Kloss, "el Estado no es una persona jurídica, sujeto de derecho, como las regidas por el derecho privado: su misión es muy diferente, su estructura bien distinta, su actuar diverso; se rige, en fin por leyes o normas propias, específicas a él, lo que conduce obviamente a plantear también su responsabilidad a través de un enfoque diferente". Por tal motivo, concluye el citado autor, la responsabilidad estatal debe tener un tratamiento distinto respecto de la responsabilidad privada, pues en la primera "hay un problema de lo justo público (igualdad de proporción, dada las funciones supraordenadoras del Estado), en cambio en el ámbito privado se da lo justo de intercambio, de conmutación, en un plano de posiciones jurídicas equiordenadas (Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, t. I, p. 274/275). En línea con lo dicho, señala Cassagne que: "mientras en el Derecho Civil la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución

Probablemente, el ámbito en el cual con mayor claridad se advierte la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente las normas del derecho privado es el de la responsabilidad lícita, pues en tales supuestos el factor de atribución que justifica el deber estatal de indemnizar no es propio de las relaciones entre sujetos particulares ya que radica en la existencia de un sacrificio o daño especial³⁶, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Const. Nac.), que el afectado no está obligado a soportar. Esta clase de responsabilidad, por su propia naturaleza, no tiene parangón en el derecho privado en el cual el deber de responder por un comportamiento válido resulta excepcional y no se apoya en el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas³⁷.

III.- LA FALTA DE SERVICIO POR OMISIÓN

1) Fundamento jurídico de la responsabilidad por omisiones ilegítimas estatales

Debido a la falta de una legislación general y orgánica sobre la responsabilidad estatal, surgieron numerosas opiniones de calificados juristas³⁸ y pronunciamientos judiciales³⁹ que consideran aplicable a los supuestos de daños derivados de la inacción estatal la norma del Código Civil que regula la responsabilidad por omisión (art. 1074)⁴⁰, muchos de ellos aclarando que se trata de una aplicación analógica debido al vacío normativo en la materia. Ello no obstante, con acierto, se ha impuesto claramente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular a partir del año 2007⁴¹, el criterio que postula el encuadramiento de los

conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el Derecho Público (Constitucional y Administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima, armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad" (Cassagne, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p.539).

36 La teoría del sacrificio especial constituye una construcción desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN "Establecimientos Americanos Graty S.A. c/ Nación, Fallos: 180:107; "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; "Cruppi Hnos. S.A. c/ Fretes Néstor, Luis y otro, Fallos 310:943; "Buenos Aires Eximport S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas) y otros s/ ordinario", Fallos 316:397; "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios", Fallos 319:2658, entre otros; ver: Bianchi, Alberto B., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, .cit., p. 55 y ss. y Muratorio, Jorge I, "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p.77).

37 Conf. Cassagne, *Derecho Administrativo*, cit. t. I, p.538. Como destaca Julio R. Comadira, si bien en el derecho civil se reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar, "los fundamentos y las circunstancias que los justifican son en verdad diferentes. Más aún: de acuerdo con alguna doctrina estas situaciones se desplazan del ámbito de la responsabilidad civil" (*Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, p.369).

38 Marienhoff, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del Derecho Público*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, p. 9; Trigo Represas, Félix A, "Hecho ilícito por omisión", RCyS 2006, 27; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As, 2008, t. I, p.553, si bien invocando también el art. 1112 del Cod. Civ; Mertehikian, *La responsabilidad pública*, cit. ps. 251/255; Tawil, Guido Santiago, "Omisión, guerra y responsabilidad del Estado", LL, 1991-D, 362-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1027; Correa, José Luis, Responsabilidad del Estado por omisión en el control de actividades fiscalizadas", *Estudios de Derecho Administrativo XI. La responsabilidad del Estado*, Dikes, Mendoza, 2004, p. 321 y ss. Abrevaya, Alejandra D., *Responsabilidad civil del Estado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, ps. 84/90.

39 SC Mendoza, causa "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", sent. del 04/04/89, LL 1989-C, 514, con nota de Cassagne, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por omisión"; SCBA, causa "Carabajal, Miguel Angel y otros c/ Municipalidad de Tigre y otro s/ Daños y perjuicios", DJBA 165, 180; CS Tucumán, sala laboral y contenciosoadministrativa, causa "Macías, Miguel Eduardo y otra c. Municipalidad de la Ciudad de Concepción", LLNOA 2008 (diciembre), 1105; STJ Corrientes, causa "Montiel, Victoriana y otra c. Municipalidad de la Ciudad de Corrientes", La Ley Online AR/JUR/8625/2008, entre otros muchos.

40 El art. 1074 del Cód. Civ. dispone: "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

41 CSJN, causas "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261; "Serradilla, Raúl Alberto c/Mendoza, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", Fallos: 330:27487; "Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 332:2328 y en LL, 2010-A,100, con nota de Cantafio, Fabio Fidel, "Responsabilidad del Estado en el contralor de los medicamentos" y en JA del 19/5/2010 con nota de Pedro Aberastury, "La responsabilidad del Estado por omisión -en el ejercicio del poder de policía-"; "P. de P., E. P. y otro c/Gobierno de la Provincia de Córdoba", sent. del 21/12/2010, LL del 31/12/2010.

supuestos de inacción estatal ilegítima dañosa dentro de la figura de la falta de servicio⁴², cuyo fundamento normativo se encuentra en el art. 1112 del Código Civil⁴³, el cual contempla la responsabilidad por “los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”⁴⁴.

Si se reconoce, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la mayoría de la doctrina, que en nuestro régimen jurídico la falta de servicio es el factor de atribución de la responsabilidad estatal extra-

42 Así lo sostenían con anterioridad al citado caso “Mosca”: Gambier, Beltrán, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, LL, 1990-E, p.617 y ss., en especial p. 626; ver: Comadira, Julio R. y Canda, Fabián, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa)”, nota al fallo de la Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa “Wellcome Argentina Limited”, LL, 1996-A, p. 600; Caputi, María Claudia, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso “Amiano”)”, LL 2000-C, 750; Perrino, Pablo E., “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, ED 185- 781. Al respecto ver: Canda; Fabián, O., “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, obra colectiva “*Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público*, RAP, Bs. As., 2008, ps. 156/161.

43 Así lo viene afirmando la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la sentencia dictada el 18/12/84 en el famoso caso “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 306:2030); causas: “Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 312: 1656; “Agencia Marítima Rioplat SA. c/ cap. y/o arm. y/o prop. bq. Eleftherotria”, Fallos: 315: 2865; “Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL. c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 320: 266; “Maquia Gómez de Lascano, Elena Haydeé y otro c/ Gobierno Nacional - Ministerio del Interior”, Fallos: 321:2310; “Securfin S.A. c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 330:3447; “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:653, entre otras muchas. La fundamentación de la responsabilidad directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes en el ejercicio de la función pública en el art. 1112 del Código Civil había sido expuesta con anterioridad al pronunciamiento de la Corte nacional *in re* “Vadell” por Juan Francisco Linares, en un trabajo publicado en la revista La Ley titulado: “*En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público*” (LL, t. 153, pág. 601), publicado en el año 1974, y por Juan Carlos Cassagne, en dos trabajos publicados en la revista “El Derecho” titulados: “*En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*” (ED, t. 99, p. 987) y “*La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo*” (ED, t. 100, p. 986), publicados en los años 1982 y 1983, respectivamente, y, con posterioridad, en la primera edición del tomo I de su obra “*Derecho Administrativo*” (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, ps. 298/299). A juicio de estos autores, y contrariamente a la opinión tradicional de la doctrina (Aguar, Henoch, *Hechos y actos jurídicos*, t. II, p.68; Díaz de Guijarro, Enrique, “Inaplicabilidad del art. 1112 del Código Civil a las relaciones entresí de los funcionarios públicos”, J.A., t. 61, p.531; Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1980, t. IV-B, p. 113 y ss. y *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, t. II-B, comentario al art. 1112, p. 449; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. III, p. 271; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, t. II, p. 486 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Código Civil y leyes complementarias, comentario, anotado y concordado”, dirigido por Augusto C. Belluscio, coordinado por Eduardo A. Zannoni, comentario al art. 1112, Astrea, Bs. As., 1884, t.5, ps.403/421; Guastavino, Elías P., “Responsabilidad del funcionario y de la Administración; ED t. 116, p. 398; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed ampl. y act., Astrea, Bs. As., 1993, ps. 472 y ss.; Cazeaux, Pedro N. Y Trigo Represas, Felix A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed. aument. y actual., Platense, La Plata, 1996, t. V, p.736 y ss. Companucci de Caso, Rubén H., “Manual de obligaciones”, Astrea, 1997, p. 652, y entre los administrativistas cabe citar a: Bielsa, ob. cit. t. III, p. 274 y ss.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T.E.A., Bs. As., 1951, t. III, ps.543 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, t. III-B, p. 381 y ss.; Diez, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Plus ultra, Bs. As., 1971, t.V, ps. 122 y ss.; Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Bs. As., 1976, t. I, p. 872 y ss.; Gordillo, ob. cit. t. II, cap. XIX, p. 3 y ss. y Vázquez, Adolfo R., *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, Abaco, Bs. As., 1990, ps. 324 y ss. y Hutchinsonson, Tomás, “Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado”, Revista de derecho de daños, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, p. 61 y ss.), Velez Sarfield, autor del proyecto de Código Civil, en el art. 1112 no reguló la responsabilidad del funcionario, sino la del Estado. Prueba de ello –afirman- es que en la fuente de este precepto, que es el comentario de Aubry & Rau al artículo 1384 del Código Civil francés, no existe una sola palabra sobre la responsabilidad del agente, sino exclusivamente a la del Estado. Según Linares y Cassagne el codificador utilizó como fuente de la mencionada disposición la 4ª edición del “*Cours de Droit Civil Français*” de Aubry & Rau, editado en París en 1871, en el cual en el tomo t. IV, párr. 447, p. 758 se expresa: “El Estado representado por los diversos ministerios y administraciones o entidades públicas es, como todo comitente, responsable por los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio”. Respecto de la fuente doctrinaria del art. 1112 utilizada por Velez Sarfield ver: Bonpland, Viviana M., “Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)”, LL, 1987-A, p.779 y ss. y Guastavino, ob. cit., ps. 399/401).

44 Cabe destacar que, no obstante su ubicación en el Código Civil, la norma referida constituye una disposición de derecho público de carácter federal, en tanto se entiende que ella prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública (Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, LL 2009-F, 1026 y Perrino, Pablo E., “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, ED 185- 781).

contractual por su actuación ilícita más relevante⁴⁵ y que su fundamento se haya en el citado art. 1112 del Código Civil, el cual expresamente contempla los supuestos de inacción, no es pertinente, ni razonable, frente a las omisiones estatales dañosas, acudir a lo dispuesto en el art. 1074 de la legislación civil, cuya redacción, por lo demás, ha dado a distintas interpretaciones doctrinarias acerca de la fuente jurídica y el alcance de la obligación cuya omisión puede suscitar el deber de reparar⁴⁶.

En efecto, a pesar de que la falta de servicio es una noción de contornos imprecisos y susceptible de múltiples apreciaciones, en general, se entiende que ella se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública⁴⁷ o, como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por “una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular”⁴⁸, que puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traduzcan en la emisión de actos de alcance individual o general, o en operaciones materiales de los agentes estatales, como también por la omisión o inactividad administrativa, ya sea esta de índole material como formal⁴⁹.

2) Responsabilidad de base objetiva

La falta de servicio suscita una responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure⁵⁰. La culpa o dolo del empleado o funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del

45 Ver: Cassagne, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad de la Administración”, *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Ediciones Dike, Mendoza 2005, p.54 y Perrino, Pablo E., Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

46 Ver: Trigo Represas, Félix A, “Hecho ilícito por omisión”, RCyS 2006, 27.

47 Ver: Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, LL 2009-F, 1026; Galli Basualdo, Martín, “La falta de servicio y la falta personal”, EDA, 2008-653 y Perrino, Pablo E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

48 CSJN, causa “Zacarías, Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros, Fallos: 321: 1124 y también en LL 1998-C, p. 317; ídem causa “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261. Concorde con ello en más de una ocasión el alto tribunal ha expresado que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular” (CSJN causas: “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 306:2030; “Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 307:1942; “Mascaró de Manuilo, Martha Esther c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos 313:1465; “Agencia Marítima Rioplat SA. c/ cap. y/o arm. y/o prop. bq. Eleftherotria”, Fallos 315:2865; “España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 316:2136; “Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, Fallos 317:1921; “Menkab SA. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, Fallos 318:1800; “Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL. c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos 320:266; “Lew, Benjamín Jorge y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal”, Fallos 320:1999; “P. de P., E. P. y otro c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba”, sent. del 21/12/2010, LL del 31/12/2010; entre otros). El origen de esta fórmula se encuentra en el antiguo y famoso pronunciamiento dictado por el máximo tribunal nacional en la causa “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Bs. Aires”, fallado el 3/10/38 (Fallos: 182: 5).

49 Conf. Canda, Fabián, O., “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, obra colectiva *Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público*, RAP, Bs. As., 2008, ps. 149/156. y Mellid, Susana María, La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de resolver”, EDA, 2004-669.

50 Cassagne, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, LL, 2005-D, 1268; Tawil, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Bs. As., 1993, p. 109; Ismael Mata, “Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía”, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p.176; Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 2001, ps. 63 y ss. y Bonpland, Viviana M., “Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)”, LL, 1987-A, ps. 784 y 786; Amenabar, María del Pilar, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., Bs. As., 2008, ps. 173/175. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: Hutchinson, Tomás, “Los daños producidos por el Estado”, Jus n°38, p. 63y en “Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado”, Revista de derecho de daños, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, p. 61 y ss. y Reiriz, María Graciela, “Responsabilidad del Estado” en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, p.226.

sistema o del aparato administrativo⁵¹. Ello es lógico porque, como ha señalado Paillet, “tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica de su autor”⁵². Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa “un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva”⁵³.

En consecuencia, podemos decir que, como afirma la doctrina francesa⁵⁴, la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, ya que no es preciso individualizar a su autor⁵⁵.

Debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. En efecto, la responsabilidad por falta exige efectuar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados.

Se trata de una valoración de elementos objetivos, tales como la naturaleza de la actividad y del vínculo que une a la víctima con una autoridad administrativa, los medios disponibles, las posibilidades de prever el incidente, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar⁵⁶.

De tal modo, para dar lugar al pago de una indemnización por falta de servicio no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal⁵⁷, sino el anormal o irregular funcionamiento de la Administración. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar⁵⁸.

Por tal motivo, como afirma la Corte Suprema de Justicia, pesa sobre quien pretende ser indemnizado por una falta de servicio, la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular⁵⁹.

3) Responsabilidad directa.

Al igual que en la generalidad de los países iberoamericanos la responsabilidad estatal en el derecho argentino es directa⁶⁰, ya que no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los agentes públicos⁶¹. La imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados al estado se explica a través de la teoría del órgano.

51 Ver: Perrino, E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

52 Paillet, Michel, *La responsabilidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, impreso en Argentina, 2001, p. 169.

53 CSJN, causa “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261.

54 de Laubadère, André, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit y Jurisprudence”, París, 1980, p. 721.

55 Ver: Galli Basualdo, Martín, “La falta de servicio y la falta personal”, EDA, 2008-653.

56 CSJN, causa “Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, provincia de y otros s/sumario”, Fallos: 321: 1124, también en LL 1998-C, p. 317, con nota de Jorge Bustamante Alsina, “Es responsable la Asociación del Fútbol Argentino por los daños que se generan en ocasión de las competencias que organizan sus entidades afiliadas”, y en JA, 1999-I, p. 380, con nota de Félix A. Trigo Represas, “El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario”.

57 Esta característica de nuestro régimen de responsabilidad del Estado es común con lo que acontece en los sistemas francés, italiano y alemán (ver: Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, ps.177/185 y 258/259) y lo distingue del modelo español, en el cual el concepto de lesión resarcible y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación de indemnizar (Rebollo, Luis Martín, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, Revista de Administración Pública, núm. 150, 1999).

58 CSJN, causas “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:653.

59 CSJN, causas “Román SAC. v. Estado Nacional /Ministerio de Educación y Justicia s/ cobro de pesos”, Fallos: 317:1233; “La República Compañía de Seguros Generales c. United Airlines y otro”, Fallos: 327:106, Hisisa Argentina S.A.I.C.I. y F. c/la Nación Argentina - M° Economía y osp. y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 331:1730 entre otros.

60 CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos: 306:2030 y “Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios, Fallos 331:1690, entre otros muchos.

61 Cabe destacar que, hasta el año 1984 la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenía que la responsabilidad estatal era indirecta ya que entendía aplicable el art. 1113, 1° párraf. del Código. Civil, que regula la responsabilidad por el hecho de

Consecuentemente, cualquiera sea la posición jerárquica que tenga el agente en la estructura administrativa se identifica con la propia autoridad estatal. Él es una parte integrante del aparato administrativo, por lo que no constituye una persona diferenciada del Estado, sino que en su condición de órgano se confunde como parte integrante suya⁶².

4) La responsabilidad por omisión y la configuración de los deberes omitidos.

Como ya lo hemos indicado, la falta de servicio trasunta siempre la idea de una transgresión o incumplimiento de una regla de conducta, que puede producirse tanto por un comportamiento activo de la autoridad administrativa como por su inacción u omisión. No podría haber falta de servicio en ausencia de una obligación o deber violado o incumplido.

Por consiguiente, en los supuestos en que la autoridad administrativa se reusa o se abstiene de obrar la clave para que se comprometa la responsabilidad estatal radica en la configuración de una omisión antijurídica o contraria a derecho⁶³.

Para determinar cuando ello ocurre juegan un papel muy relevante los principios generales del derecho y la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos⁶⁴.

En efecto, los deberes, cuyo incumplimiento u inacción puede suscitar una falta de servicio, pueden estar impuestos por el ordenamiento jurídico positivo (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc.) y también derivar de principios generales del derecho⁶⁵, los "cuales guardan una estrecha relación con la justicia o con el Derecho natural, en el que encuentran su fundamento". Son especialmente relevantes en la responsabilidad estatal omisiva los principios de razonabilidad⁶⁶ y de no dañar a otro, cuyo sustento constitucional en los arts. 28⁶⁷ y 19⁶⁸ de la Constitución Nacional, respectivamente, ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia en diversas ocasiones. De tal modo, puede configurarse una falta de servicio por inacción cuando, en atención a las circunstancias del caso, no obstante la inexistencia de una norma positiva que ponga en cabeza de la Administración un deber de conducta, sea razonablemente esperable e idónea su actuación para evitar un perjuicio⁶⁹.

Además, en virtud del principio de especialidad, el ámbito de actuación de los órganos y sujetos estatales no es sólo el explícitamente previsto en las normas, sino también el que se deduce, implícitamente, de los fines

los dependientes (CSJN: causas "Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional", Fallos: 169:111; "F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires", Fallos 182:5; "Sirota y Cía., S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 259:261; "Cortese de Fadda, Rosa c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos 270:404; "Provita S.A.I.F. c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos 278:224; "Sánchez Puppulo, Eduardo Luis y otros c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos: 288:362, entre otros muchos). A fines de ese año, el alto tribunal de la República al fallar el citado caso "Vadell" (Fallos: 306:2030), siguiendo las enseñanzas de la doctrina administrativista (Bielsa, Rafael, «Responsabilidad del Estado como poder administrador», JA t. 43, p. 416; Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. IV, p.715, entre otros muchos) y con sustento en la teoría del órgano, modificó su postura y sostuvo que la responsabilidad estatal es siempre directa y no refleja o indirecta.

62 Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. I, cap. XII, p.2.

63 Sarmiento García, Jorge, *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza*, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 388

64 Ver: Canda, "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)", cit. ps. 149/150.

65 Ver: Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., 2009, p. 21.

66 En este sentido ver el fallo de la CSJN dictado en la causa "Bea, Héctor y otro c/ Estado Nacional Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios", en especial el voto del Dr. Lorenzetti, Fallos: 333: 1623.

67 CSJN, causa "Padres de alumnos de colegios dependientes de la UNC. interpone recurso art. 32 ley 24.521"; Fallos: 322: 270, causa "Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", Fallos: 328:175; ver: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, 10 ed. Bs. As., 2009, cap VI-27 y ss.

68 CSJN, causas: "Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina", Fallos: 308:118; "Lew, Benjamín Jorge y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal s/ beneficio de litigar sin gastos", Fallos 320:1999; "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", Fallos: 327: 3753, y "Morea, Mariana Marcela c/ E.N. - M° Justicia y DDH - SPF s/ daños y perjuicios"; Fallos: 327: 857, entre otros.

69 Así se ha resuelto que la responsabilidad por omisión existe cuando quien se abstiene a actuar infringe una obligación jurídica de obrar, "entendiéndose por tal no sólo la que la ley consagra de modo específico sino la que surge, inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico, y que está impuesta por la razón, el sentido común y por el estado de las costumbres" (Cam. Nac. Civ y Com, Sala III, causa "Pereyra, Carlos Horacio c. Estado Nacional - Ministerio del Interior", LL, 2009-B, 484.

que aquellas atribuyen a la Administración⁷⁰ o que derivan de su objeto institucional⁷¹. Por tanto, no necesario que el deber de actuación infringido, generador de la responsabilidad estatal, tenga su fuente expresa en el ordenamiento jurídico ya que el mismo puede inferirse de los fines o misiones que el legislador ha atribuido a un órgano o sujeto administrativo.

4) La responsabilidad por omisión y el distinto alcance de los deberes a cargo de la Administración.

Es sumamente relevante tener en consideración, para apreciar si en un caso concreto se produjo un quebrantamiento de deberes que el ordenamiento jurídico ha puesto en cabeza de la Administración, que aquellos suelen tener un distinto alcance y determinación, pues mientras que en algunos casos los deberes son genéricos o difusos en otros son precisos y determinados. Según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta diferente forma con que pueden ser establecidos los deberes de actuación, cuyo incumplimiento puede lesionar derechos o intereses jurídicamente protegidos, incide sustancialmente para determinar la responsabilidad estatal, pues, cuando se imputa la inacción de mandatos indeterminados es preciso que se efectúe “un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”⁷².

De ahí que, como lo ha entendido el citado máximo tribunal, la diferente configuración con que pueden ser atribuidos los deberes estatales no puede ser desconocida al momento de apreciarse si se ha producido una omisión antijurídica susceptible de calificarse de falta de servicio. En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en el ámbito de la inactividad estatal debe distinguirse entre “los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible”⁷³.

Aunque el alto tribunal no lo mencione expresamente, el distingo que efectúa en sus fallos acerca del contenido y alcance de los deberes estatales y la forma en que debe ser apreciado su cumplimiento se conecta con la clásica distinción entre potestades regladas y discrecionales. Evidentemente, los mandatos expresos y determinados son, básicamente, el producto de una potestad reglada, supuesto en el cual el ordenamiento jurídico fija de modo integral todas las condiciones para su ejercicio, por lo que en su empleo la actividad de la Administración se reduce a la constatación del supuesto de hecho, normativamente definido⁷⁴. En cambio, los mandatos indeterminados bien pueden tener su origen en una potestad discrecional, en cuyo caso el ordenamiento jurídico confiere al órgano administrativo “un margen de maniobra” para elegir una solución

70 En este sentido, Michel Paillet, refiriéndose al derecho francés, explica que como “no es siempre posible inferir de los textos legales el comportamiento que habría debido adoptar la Administración en una situación concreta (...) el juez debe a menudo remitirse a las misiones que se imparten a las personas públicas a través de tal actividad, y esto en referencia a lo que es su objeto”. Más adelante expresa que también “el juez puede tomar en cuenta el fin asignado a la actividad en cuestión” (*La responsabilidad administrativa*, cit. ps. 163/164).

71 Cassagne, *Derecho administrativo*, cit. t. I, p. 253.

72 La Corte Suprema de Justicia ha expresado que en el ámbito de la inactividad estatal debe distinguirse entre “los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible” (CSJN, causas “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261 y “Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 332:2328; LL, 2010-A, 100, con nota de Cantafio, Fabio Fidel, “Responsabilidad del Estado en el contralor de los medicamentos” y JA del 19/5/2010 con nota de Pedro Aberastury, “La responsabilidad del Estado por omisión -en el ejercicio del poder de policía-”; ver: Canda, Fabián O., “Responsabilidad del Estado por omisión ante el incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso “Mosca” de la CSJN”, *Rev. Der. Adm. Austral* n° 1, p. 339 y ss.; y causa “P. de P., E. P. y otro c/Gobierno de la Provincia de Córdoba”, LL del 31/12/2010).

73 CSJN, causa “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261; ver: Canda, Fabián O., “Responsabilidad del Estado por omisión ante el incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso “Mosca” de la CSJN”, *Rev. Der. Adm. Austral* n° 1, p. 339 y ss.

74 Conf. García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 453; Cas-sagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., 2009, p.185.

entre varias alternativas igualmente justas⁷⁵, como también traducir la existencia de conceptos jurídicos indeterminados⁷⁶ en los cuales, en su zona de incertidumbre o halo conceptual, generan un cierto marco de apreciación en favor de la Administración⁷⁷.

Más allá de las diferencias que median entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados y de las diversas opiniones existentes al respecto, cuyo abordaje escapa a este trabajo, lo relevante para el tema objeto de nuestro estudio es que en ambos casos la Administración cuenta con un ámbito de apreciación (que, obviamente, no está fuera del control judicial⁷⁸) que se verifica en situaciones tales como aquellas en las que el legislador se limita a regular fines y objetivos para cuya consecución habilita a la Administración a buscar la solución más idónea, o cuando la apodera para llevar a cabo ciertas actuaciones o adoptar determinadas decisiones, pero sin definir en concreto (o haciéndolo parcialmente) los criterios que han de guiar dicha actuación⁷⁹.

Parece innecesario destacar por su obviedad que, mientras que la determinación de si una autoridad administrativa incumplió un mandato expreso y determinado puede resultar una tarea muy sencilla para los jueces, ya que basta confrontar la conducta desplegada con la que fue predeterminada normativamente, no suele ocurrir lo mismo cuando se atribuye la violación de un mandato indeterminado producto de una potestad discrecional, en cuyo marco, en algunos casos, no actuar puede ser una de las distintas decisiones válidas que en uso de su potestad discrecional la Administración puede adoptar⁸⁰. Una situación análoga también puede acontecer frente a conceptos jurídicos indeterminados en los cuales, a pesar de que como regla general no admiten más que una solución justa, en su halo conceptual puede darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas⁸¹.

Teniendo presente lo expuesto, es evidente que, ya sea que la inacción sea el fruto de una decisión discrecional o producto del margen de apreciación que se suscita en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, para que se configure una falta de servicio generadora de responsabilidad estatal será imprescindible demostrar que ha mediado en el caso una omisión contraria a derecho, para lo cual será fundamental examinar si dicha inacción fue irrazonable⁸² o violatoria de los principios generales del derecho⁸³ o de la finalidad de interés público para lo cual se confirió la pertinente potestad.

5) Valoración en concreto del comportamiento administrativo. El test de razonabilidad.

Concorde con lo antes expresado, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad⁸⁴, del comportamiento

75 Cassagne, Juan Carlos, "La discrecionalidad administrativa y el control judicial", LL, supl. del 8/9/08 y *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As. 2009, p.193; conf. Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p.304; Sesin, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., LexisNexis-Depalma, Bs. As., 2004, p.133.

76 Para un relevante sector de la doctrina los conceptos jurídicos indeterminados admiten una única solución justa (ver: García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 457 y ss. y Cassagne, Juan Carlos; *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., 2009, p.185). Otros autores consideran que el margen de apreciación que surge de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad no se diferencian cualitativamente (Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 204/205; Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 1999, p. 124 y ss.; Sesin, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, cit. p. 184 y ss.; Luqui, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Bs. As., 2005, t. I, p. 210/215 y Hutchinson, Tomás, *derecho procesal administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p.316).

77 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, cit. t. I, ps. 460/462.

78 Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit. ps.215/216.

79 Ver Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano*, cit., p. 86 y ss.

80 Chapus, René, *Droit administratif général*, 11ª ed., Montchrestien, París, 1997, p.950.

81 Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 185.

82 Ver: Gómez Puente, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p.168.

83 Comadira *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As, 2003, ps. 512/514.

84 Conf. Cassagne, Juan Carlos, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, La Ley, 2000-D, 1219; Comadira, Julio R. y Canda, Fabián O., "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos ínter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso

desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar⁸⁵.

Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva a ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles⁸⁶), como también los llamados estándares de rendimiento medio⁸⁷ y el grado de previsibilidad del daño⁸⁸. Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas⁸⁹.

Ante todo habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, “el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible”⁹⁰. Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa⁹¹, porque, de lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado y transformar a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad⁹², lo cual es a todas luces inadmisibles.

En este orden de consideraciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación responsabilizó al Estado Nacional en un caso en el cual un pasajero de un vuelo de bautismo, realizado en un bote con aptitud de vuelo, sufrió lesiones en una de sus manos al entrar en contacto con la hélice del artefacto que carecía de toda medida de protección o seguridad. El alto tribunal estimó que la Prefectura Naval Argentina había incurrido en una omisión en el ejercicio de sus funciones de policía en tanto había incumplido los deberes de seguridad que pesaban sobre ella. La Corte consideró que estaba plenamente acreditado que la Prefectura tenía pleno conocimiento de la realización de los vuelos que se efectuaban con dicho bote, como también que nunca había realizado ningún tipo de indagación sobre la existencia de la pertinente habilitación del bote para efectuar tales vuelos. Asimismo, valoró que, tiempo después del incidente, la Prefectura Naval había sancionado al propietario del bote⁹³, imputándole haber incumplido deberes de seguridad, y había dictado

administrativa)”, nota al fallo de la sala I de la CNFed. Cont. Adm., “Wellcome c. Estado Nacional”, LL, 1996-A, 600; Botassi, Carlos, “Responsabilidad del Estado por omisión”, Documentación Administrativa n° 269-270, p. 339; Huicci, Héctor, “La responsabilidad por omisión del Estado en materia de seguridad pública”, obra colectiva *“Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público, RAP, Bs. As., 2008, ps p. 293.*

85 CSJN, causa “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, provincia de y otros s/ sumario”, Fallos: 321: 1124 y causa “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 330:653.

86 CSJN, causa “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329: 2088. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso en el que se había atribuido a una provincia responsabilidad por omisión en el ejercicio de las funciones de policía de seguridad en el marco de un espectáculo deportivo, al rechazar la pretensión indemnizatoria expresó: “la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar” (causa Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, Fallos: 321: 1124).

87 Cuadros, Oscar Alvaro, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, p. 278.

88 Vega, Susana Elena y Rotaèche, María Josefina, “La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso “Mosca”, obra colectiva *Responsabilidad del estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA y Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, ps. 319/320.

89 Ver: dictamen de la Procuración de la Corte en la causa “Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios al cual se remitió el máximo tribunal en la sentencia del 20/10/09, Fallos: 332: 2328.

90 Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, p.121.

91 Rebollo Puig, Manuel, “Servicios Concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho del otro”, Poder Judicial n° 20, p.50.

92 Así ha expresado la Corte Suprema de Justicia “que el deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culpable en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder” (causa Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:2088).

93 CSJN causa “Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 327: 2722.

directivas orientadas a la reglamentación de la actividad de los botes semirígidos, una de las cuales disponía “que a los fines de la seguridad, durante el vuelo, el piloto deberá mantener una separación prudencial de cualquier artefacto acuático, horizontal y vertical, a fin de no poner en riesgo la integridad física a terceros”, lo cual trasuntaba un tardío reconocimiento de los riesgos de la navegación del artefacto.

Del mismo modo, en otro causa⁹⁴, el máximo tribunal de la República consideró que el Estado Nacional era responsable por la muerte de un menor que - formaba parte de un contingente de alumnos que estaba efectuando un viaje de fin del curso del ciclo escolar primario- y que se había ahogado en un lago artificial, de propiedad y sujeto a control estatal, ubicado dentro del Complejo Hotelero Chapadmalal. Para así decidir, la Corte sostuvo que el Estado Nacional había incumplido el deber de informar los peligros que presentaba el lugar y también el deber de seguridad que lo obligaba a adoptar todas las medidas necesarias para evitar los eventuales daños que podían derivarse de los riesgos propios de dicho sitio, en el cual no había ninguna clase de advertencia sobre las profundidades del lago como tampoco sobre los peligros que podía ocasionar su uso.

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires declaró responsable a un municipio por la omisión del deber de vigilancia de un enfermo psiquiátrico, internado en un hospital de su dependencia, que revestía por su estado psicológico peligro para sí y para terceros, y escapó y produjo la muerte de una persona. El tribunal consideró que falta de vigilancia configuró una falta de servicio y la causa adecuada del daño. Además, entendió que la circunstancia de no contar el establecimiento sanitario -por su calidad de hospital general de agudos- con las medidas específicas para asegurar la contención de un paciente que portaba una patología psiquiátrica no mitigaba su responsabilidad. Pues, en tal caso, la institución -luego de atendida la crisis y ante la peligrosidad del cuadro- debió eventualmente activar la inmediata derivación del enfermo a un establecimiento más idóneo o incluso solicitar contención policial si no se consideraba con capacidad para dar una respuesta médica adecuada⁹⁵.

En cambio, en otros casos en los que se había demandado el pago de una indemnización con fundamento en la omisión o deficiente prestación de las funciones estatales de policía de seguridad⁹⁶ y policía sanitaria⁹⁷, respectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de destacar que el deber de seguridad cuya incumplimiento se reprochaba no estaba definido de modo expreso y determinado, fue enfático al expresar que ese deber “no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros”. Ello es así puesto que “sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger”, agregando que no puede afirmarse “que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables”.

III.- LA RELACIÓN CAUSAL

94 CSJN, causa “Bea, Héctor y otro c/ Estado Nacional Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios”, Fallos: 333: 1623.

95 SCBA, causa “Alba, Antonia E. y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen”, LLBA 2005 (febrero), 44 - RCyS 2005, 1043.

96 CSJN, causa “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 330:653. Los hechos del caso fueron los siguientes: una persona que se encontraba en la vía pública, en las inmediaciones de un estadio de fútbol donde se disputaba un partido de fútbol profesional, es alcanzado por un elemento contundente en el rostro arrojado por simpatizantes de un club de fútbol. Como consecuencia de ello promovió una acción de daños y perjuicios contra el club donde se había realizado el evento y la Asociación de Fútbol Argentino, en su carácter de organizadores y beneficiarios de aquél, y la Provincia de Buenos Aires, a la que le imputó la defectuosa prestación del servicio de seguridad a cargo de la Policía local. La Corte admitió la demanda con relación al club y la asociación code mandadas. En cambio, la rechazó respecto de la Provincia de Buenos Aires.

97 CSJN, causa “Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 332:2328. En el caso se demandó al Estado Nacional por el fallecimiento de una persona debido al consumo de un producto medicinal (propoleo) en mal estado, con sustento en el incumplimiento del Ministerio de Salud del deber de controlar todo lo concerniente a la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización y depósito de drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, así como sobre las personas de existencia visible o ideal que intervengan en dichas actividades.

Otro de los presupuestos que suele presentar dificultades para su acreditación en la responsabilidad por omisión es el nexo de causalidad que debe concurrir entre el daño y la inacción estatal.

Si se afirma que el deber de responder deriva de una inacción que merece reproche por haberse omitido ejecutar la conducta debida, será menester establecer si, de haberse realizado la acción, se hubiera evitado el perjuicio -en todo o en parte-, si la falta de actuación causó directamente el daño o si coadyuvó a su producción o lo aumentó.

La importancia de este requisito es doble porque, además de servir para determinar la autoría del daño (su atribuibilidad material), permite establecer las consecuencias por las cuales se debe responder (extensión del resarcimiento)⁹⁸.

El Código Civil argentino, aplicable análogamente al ámbito de la responsabilidad estatal⁹⁹, ha receptado la teoría de la causalidad adecuada (art. 906 del Código Civil), la cual exige para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Únicamente deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir per se el daño¹⁰⁰.

De tal modo, es preciso distinguir entre causa y condición. Es causa adecuada aquella condición que normalmente resulta idónea para producir el resultado. En cambio, condición son los demás antecedentes o factores en sí irrelevantes de ese resultado. No basta que un hecho haya sido, en el caso concreto, condición sine qua non del daño, sino que se requiere además que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño¹⁰¹.

No se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, no sólo por la actividad o inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales supuestos, el Estado responde proporcionalmente a su participación en el evento dañoso. En cambio, se lo exonera de toda responsabilidad en la hipótesis de que la concatenación causal sea totalmente interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados¹⁰².

La relación causal no se presume, por lo que debe ser debidamente acreditada¹⁰³. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha expresado "*nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (arts. 901 a 906 del Código Civil) y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad*"¹⁰⁴.

La acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión. El examen de los repertorios jurisprudenciales pone de resalto que en un número muy alto de pleitos los tribunales rechazan pretensiones indemnizatorias fundadas en la inacción estatal por considerar que no se ha acreditado debidamente el vínculo causal. Así lo revelan numerosos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales respecto de reclamos contra el Estado motivados en los perjuicios sufridos debido a su falta de intervención u omisión, entre otras, en las siguientes situaciones: a) ingreso de

98 Sintéticamente, el régimen de extensión del resarcimiento previsto en el Código Civil argentino, aplicable análogamente a la responsabilidad estatal, es el siguiente: las consecuencias inmediatas siempre son indemnizables (art. 903 del Cod. Civ.). A su vez, en materia extracontractual, las consecuencias mediatas son indemnizables cuando fueren previsibles o el autor las hubiere efectivamente previsto (art. 904 del Cod. Civ.). Por su parte, las consecuencias causales: no son resarcibles, salvo que el autor las tuviere en mira al cometer el hecho ilícito (art. 905 del Cod. Civ.). Por último, las consecuencias remotas nunca se indemnizan (art. 906 del Cod. Civ.).

99 Cassagne, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema", LL 2000-D. 1219; CSJN, causas "Garda Ortíz, Enrique c/ Nación Argentina", Fallos: 308:2095 y "Fenni de Basílico, Carmen Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, Fallos 315:2319, disidencia de los jueces. Barra y Fayt.

100 "La adecuación de la consecuencia a la causa se juzga en relación a la previsibilidad en abstracto, o sea que es previsible para un medio dotado de una inteligencia normal. Lo que para la mentalidad de un hombre medio tiene aptitud o idoneidad para producir una cierta consecuencia, constituye la causa de esta..." (Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 4ª ed., Bs. As. 1983, p. 221).

101 López Mesa, Marcelo J., "El mito de la causalidad adecuada", LL, 2008-B, 861.

102 Sanmartino, Patricio M.E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", obra colectiva, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Bs. As., 2008, ps. 452/456.

103 CSJN, causa "Maschio, William E. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ laboral", Fallos: 312:1382; Cont. Adm. Fed., Sala II, causa "Transportes Río de La Plata S.A. c/ Secretaría de Hacienda y otro", sent. del 1/6/2000, LL, t.2000-D, p.534, con nota de Alberto B. Bianchi, "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores".

104 CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:653.

animales en rutas¹⁰⁵, b) prácticas deportivas¹⁰⁶, c) la ingesta de alimentos¹⁰⁷ y medicamentos en mal estado¹⁰⁸, d) falta de control del Banco Central de la República Argentina sobre el sector financiero¹⁰⁹, e) incumplimiento de las funciones de vigilancia de la Superintendencia de Seguros de la Nación¹¹⁰.

IV.- CONCLUSIÓN

A fin de no tornar ilusorios los principios constitucionales en los que se sustenta el deber estatal de reparar los perjuicios irrogados y el de tutela judicial efectiva, ante las serias dificultades explicadas, que en determinados supuestos suscita la acreditación de la falta de servicio por omisión y el nexo causal, puede ser necesaria la utilización de criterios o técnicas que aligeren su carga probatoria para la víctima¹¹¹. Ejemplo de ello es la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas¹¹², la cual “importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”¹¹³. Tal es la situación en la que, en muchos supuestos, se encuentra la autoridad estatal, particularmente, en aquellos casos en los que su decisión de no actuar ha sido emitida en el marco de una apreciación discrecional o se basó en un concepto jurídico indeterminado y sobre cuestiones complejas que requieren la valoración de cuestiones técnicas para lo cual es preciso contar con conocimientos especializados.

105 CSJN, causa “Bertinat, Pablo Jorge y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos: 323:305;

106 CSJN, causa “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:2088.

107 CSJN, causa “Vaca, Emilio y otra c/ La Rioja, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 315:1840 y Cam. Apel. Civ. y Com. de Quilmes, causa “De Carli, Carlos A. y otros c. Cabases, Javier y otros”, LLBA 2007 (junio), 586.

108 CSJN, causa “Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 332:2328.

109 Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, causa “Fernández Alsina, Jorge c. Banco Central de la República Argentina”, LL del 21/1/11; Sala II, causa “Romagnoli, Jorge Alfredo c. B.C.R.A.”, RCyS 2010-VI, 70, con nota de Juan Pablo Bohoslavsky; Sala III, causa “Blanco Gálvez, Miguel Angel y otros c. Spolski, Alberto y otro”, LL, 2009-A, 67, con nota de Cristian O. del Rosario.

110 Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, causa “Navarro, Sergio Aníbal c. E.N.-SSN”, RCyS 2010-XI, 142; Sala II, “Transportes Río de la Plata S. A. c. Secretaría de Hacienda y otro”, LL 2000-D, 534, con nota de Bianchi, Alberto B., “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control”.

111 Ver: Mayo, Jorge y Prevot, Juan Manuel, “La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil”, LL, supl. del 15/09/2010 y Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M., “Carga de la prueba en las obligaciones de medios. (Aplicación a la responsabilidad profesional)”, LL, 1989-B, 942-LLP 1989, 499-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t I, 1117-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales. t. I, 715.

112 Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O., “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, E.D., t. 107, p. 1006.

113 Conclusiones de la V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en octubre de 1992, citadas por Peyrano, Jorge W., “Un proceso civil sin certezas suficientes”, LL, 2009-F, p. 1189, nota 42.