

19104
C01278

UNIVERSIDAD FASTA.
de la fraternidad de agrupaciones Santo Tomás de Aquino.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ABOGACÍA

CICLO ORIENTADO

DERECHO PÚBLICO

"Responsabilidad extracontractual del Estado por omisión".

Autor: Diego Etchegoyen.
Profesor Tutor: Dr. Javier Guiridlian Larosa.
Departamento de Investigación: Lic. Amelia Ramírez.
Diciembre 2007.



C01278

Índice General

Índice General.....	1
Introducción.....	3

Capítulo I

Antecedentes y evolución de la responsabilidad del Estado

Irresponsabilidad absoluta del Estado y de sus funcionarios.....	5
Responsabilidad de los funcionarios e irresponsabilidad del Estado.....	6
Responsabilidad del funcionario y responsabilidad parcial del Estado.....	6
Responsabilidad directa del Estado.....	8
Breve reseña de la evolución de la responsabilidad del Estado en nuestro país.....	8
a) Caso "Devoto".....	11
b) Caso "Ferrocarril Oeste".....	11
c) Caso "Vadell".....	13

Capítulo II

Fundamentos y presupuestos de la responsabilidad del Estado

Los fundamentos.....	14
Fundamentos de tipo político.....	14
Fundamentos de tipo jurídico.....	16
a) Con base en el Derecho Privado.....	16
b) Con base en el Derecho Público.....	17
Breve referencia a las teorías propias del Derecho Público sobre responsabilidad del Estado.....	17
Conclusión.....	20
Presupuestos que configuran la responsabilidad del Estado.....	21
Enunciación.....	21
a) Daño.....	21
b) Factores de atribución.....	22
c) Imputabilidad.....	23
d) La relación de causalidad.....	24
Fundamentos y presupuestos en la responsabilidad por omisión.....	25

Capítulo III

La omisión

Concepto.....	27
Clasificación de la responsabilidad del Estado por omisión.....	32
Encuadre normativo.....	32
Ley aplicable a la omisión.....	32

Capítulo IV

La omisión en los Tribunales Argentinos

Jurisprudencia.....	36
a) La omisión y el poder de policía.....	36
b) La omisión estatal y el deber de seguridad.....	47
c) La omisión y las actividades prestacionales del Estado.....	50

Capítulo V

La Doctrina

La omisión como un supuesto de falta de servicio.....	54
Poder de Policía y omisión.....	55
La antijuridicidad de la omisión.....	59
La omisión y la discrecionalidad administrativa.....	60
El nuevo fundamento de la responsabilidad del Estado por omisión: Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.....	60

Capítulo VI

Temas específicos

Responsabilidad del Estado por omisión del poder de policía que debe ejercer la Superintendencia de Seguros.....	63
a) La Superintendencia de Seguros de la Nación.....	63
- Antecedentes.....	63
- Naturaleza Jurídica.....	63
- Potestades y fines.....	66
b) Responsabilidad de la S.S.N. por omisión en el control de las aseguradoras.....	67
c) Jurisprudencia.....	67
d) Posición de la doctrina específica.....	69
e) Opinión personal.....	71
f) Conclusiones.....	78
Responsabilidad del Estado por omisión judicial.....	80
a) Caso: "De Gandia, Beatriz c/ Prov. de Bs. As.".....	84
b) Caso: "Tortorelli, Mario N. c/ Prov. de Bs. As.".....	86

Capítulo VII

Conclusión.....	91
Bibliografía Consultada.....	93

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado es, quizá, uno de los institutos más complejos y, a su vez, más interesante y apasionante del Derecho Administrativo.

La actividad u omisión del Estado, ya sea dentro del ámbito contractual o extracontractual, y en el cumplimiento de cualquiera de sus tres funciones, ya sea administrativa, legislativa o judicial, es susceptible de causar daños a los particulares que, de acuerdo con la más elemental noción de equidad y justicia, requieren ser reparados por su autor, esto es, por el Estado.

La noción del responder ante otros por las consecuencias de los propios actos se vincula con la de reparar un perjuicio causado, con restablecer un orden alterado. Cuando el que responde es el Estado, ello no es otra cosa que la manifestación más cabal del estado de derecho.

A pesar de que en nuestros días esta noción nos parece una necesaria e ineludible consecuencia del Estado de derecho receptado por el modelo de democracia occidental, no podemos dejar de mencionar que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado fue el producto de una larga evolución histórica, con marchas y contramarchas, a través de las cuales se fue delineando paulatinamente hasta adquirir los contornos que hoy la caracterizan. Ello se debió fundamentalmente a la labor de la jurisprudencia y de los doctrinarios, y posteriormente, en algunos casos particulares, al reconocimiento expreso de la legislación (Hitters, Juan Manuel, "Responsabilidad del estado por Error Judicial", LL,17/9/04.p.1).

El propósito de esta tesis, es analizar y profundizar el problema de la "responsabilidad del Estado por omisión"; aspecto del derecho Administrativo que no ha sido tratado con demasiada frecuencia por la doctrina hasta esta última década, en la cual ha sido innumerable la cantidad de casos que han sido llevados ante tribunales, y en los cuales se reclama responsabilidad del Estado por no haber actuado como debía, o como se esperaba que actuase.

En los primeros capítulos abordaré temas relacionados con la "Responsabilidad del Estado en general", indicando sus antecedentes (evolución), fundamentos a través de los cuales se la intenta justificar, y los presupuestos necesarios para que nazca la obligación por parte del Estado de reparar el daño causado; para luego analizar la aplicación de todas estas nociones en el campo de la responsabilidad por omisión.

Más adelante se analizará la cuestión relacionada a la conceptualización de la palabra "omisión", ya sea desde un punto de vista filosófico como jurídico; para luego sí, vincularla con el accionar estatal, y a su vez, determinar su aptitud para hacer responsable al Estado.

Luego, abordaré un análisis teórico y práctico de las distintas posiciones doctrinarias (sobre temas específicos) y del contenido de los fallos de la Corte suprema de Justicia de la Nación y otros Tribunales de la República acerca de la responsabilidad del Estado por las omisiones en el campo del Derecho Público, con el fin de aportar elementos de interés necesarios para comprender el estado en que se encuentra actualmente la cuestión y la aplicación concreta de las normas y principios vinculados especialmente con el tema en análisis.

Ya sobre el final, y a los efectos de plasmar todos los conceptos vertidos con anterioridad, analizaré los mismos en algunos casos concretos, como por ejemplo: la responsabilidad del Estado por omisión en materia de seguros y la omisión en materia judicial; para tener bien en claro la importancia de la materia.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN GENERAL:

La aceptación de la responsabilidad del Estado, cuando este desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición en la historia.

En el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado podemos observar un lento pero inexorable proceso de transformación, pudiendo ser segmentada en tres o cuatro etapas, cada una con sus particulares características.

La primer etapa es caracterizada por la irresponsabilidad del Estado, una segunda, de reconocimiento de responsabilidad del agente, y en algunos supuestos la responsabilidad solidaria del Estado, y finalmente una tercera fase en la que se reconoce directamente la responsabilidad del Estado.

Irresponsabilidad absoluta del Estado y de sus funcionarios

El absolutismo de los monarcas, en quienes se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos pudieran ejercer acciones tendientes al logro de indemnizaciones.

No debía presumirse jamás que los actos realizados por el soberano, podían producir un daño, por lo que el abuso debía reputarse, a lo sumo, como perjuicio causado por fuerza mayor o caso fortuito.

La idea de que pudieran existir derechos individuales privados, opuestos a la soberanía, era totalmente extraña a las legislaciones de la antigüedad.

En el Imperio romano no existían derechos privados contra el Estado, pues resultaba inconciliable con la idea de un Estado omnipotente. Se pensaba que el soberano no podía hacer daño o equivocarse, debido a su origen divino.

La situación no varió en el medioevo, el poder cimentado en el derecho divino era fuente de las mayores arbitrariedades.

Mas tarde se admitió en el derecho romano, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios, y se reconocieron algunos derechos al individuo frente al Estado; así, por ejemplo, la propiedad no podía ser expropiada sino mediante indemnización, pero si bien el derecho existía en la teoría, su aplicación práctica era sumamente dificultosa debido a la falta de medios eficaces para llevarla a cabo.

La llamada **teoría del Fisco**, para la que el patrimonio público no pertenecía ni al príncipe, ni al Estado, sino a un sujeto ideal distinto de ambos, *el Fisco*, tuvo su origen en el derecho romano. Esta teoría, planteaba la idea de una entidad que se encargaba de la administración de los bienes destinados a lograr los fines del Estado. Dicha entidad, como ya hemos mencionado, era el Fisco, que representaba al Estado en todos los asuntos de derecho civil que tuvieran relación con el patrimonio público. Esta teoría, consideró al derecho patrimonial como parte integrante del derecho privado, y por lo tanto, no se encontraron dificultades para someter al Fisco, asimilado a un particular en lo que se refiere a sus derechos, a las normas del derecho civil.

Esta teoría fue un avance hacia el principio de responsabilidad del Estado.

En nuestro país, la jurisprudencia de la Corte Suprema, comienza con una serie de pronunciamientos en los que sienta la irresponsabilidad extracontractual del Estado, fundándose en la doctrina de la doble personalidad, por la cual cuando éste actúa como

persona de derecho público, no está sujeto a ningún tipo de responsabilidad respecto de los administrados, pues lo hace en virtud de su soberanía.

Responsabilidad de los funcionarios e irresponsabilidad del Estado:

Pronto se empezó a comprender que el rey no tenía origen divino, sino que era un representante del pueblo, y que era éste el que se lo confería de acuerdo a la organización política imperante. Así fue como empezó a vislumbrarse la idea de responsabilidad fuera del hasta entonces único ámbito de aplicación, que era el privado. En este sistema el Estado también carece de responsabilidad, pero la persona perjudicada por un acto dañoso de un funcionario tiene derecho a accionar contra aquel. Ya en la República romana se llegó a declarar responsables a algunos magistrados, pero la idea de poseer un crédito contra el Estado no era concebible, pues era totalmente extraño a las políticas de la época.

En el sistema inglés, se entendía que todo lo que implicaba asignarle una responsabilidad al Estado, se debía a una extralimitación del funcionario, y por lo tanto, era éste quién debía afrontar las consecuencias.

Para evitar la actuación indebida de los funcionarios, se ideó una serie de penas muy graves y se sancionaba severamente al funcionario que incumplía.

Se pasó de la irresponsabilidad más absoluta a una amplia, cuando ha mediado por parte del funcionario mal desempeño, o ha perjudicado a alguien con su accionar.

Es que el Estado es un ente ideal creado para satisfacer necesidades políticas, y su accionar puede darse solamente a través de personas físicas, quienes por eso mismo deben asumir la responsabilidad que emana de sus actos. De ahí que se pusiera el acento sobre la responsabilidad personal del Funcionario (aunque muy limitada en los hechos). Esta etapa fue un avance indiscutible hacia la concreción de la responsabilidad del Estado que lentamente fue tomada en consideración, llegándose en una tercera etapa a la responsabilidad del Estado por ciertos actos.

Responsabilidad del funcionario y responsabilidad parcial del Estado:

La tesis que surgió fue la siguiente, los actos de gestión del Estado lo hacen responsable, no así los actos de autoridad.

Esta teoría nace de una idea anterior y es la que se refiere a la doble personalidad del Estado, una que actúa dentro del ámbito del derecho privado y otra en el del derecho público. A esta doble faz le corresponde una doble actuación, la de los actos de gestión, que caen en la esfera del derecho privado, y la de los actos de autoridad, que se regulan por el derecho público.

De ello deriva, según Laferriere, que si los actos perjudiciales de los funcionarios son actos de gestión, el Estado sea responsable por los mismos, pues su interés en estos casos no difiere del de las demás personas en su vida ordinaria, y es lógico y equitativo que su accionar se rija por las normas del derecho privado. Si, por el contrario, el perjuicio resulta de un acto de autoridad, el Estado es irresponsable pues no ha actuado en defensa de sus intereses patrimoniales, sino que actúa en ejercicio de su derecho de soberanía, y por lo tanto, debe imponerse a los administrados sin dar lugar a estos a reclamación alguna.

Con el correr del tiempo, Francia dejó de lado la distinción entre acto de gestión y acto de autoridad para determinar la responsabilidad del Estado, y llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede generar responsabilidad del Estado, pero ello se subordina a la falta de servicio público.

Ahora bien ¿Cuándo hay falta de servicio? Cuando no se cumple, o cuando se cumple en forma deficiente o tardíamente. Si el funcionario ha puesto todo su empeño en prestar el servicio en forma eficiente y aún así se produce el daño, entonces el Estado es directamente responsable.

Si, en cambio, el funcionario se extralimita en sus funciones, hay falta personal. Cuando el agente realiza un acto con la intención de causar un daño, realiza un acto que sabe no le corresponde y lo mismo lo lleva a cabo, entonces la responsabilidad pasa a ser del funcionario y no del Estado.

Aquí se plantea la idea de una mejor defensa de los derechos particulares, exigiendo una reparación al Estado, cuando es el Estado el que perjudica al poner en movimiento su actividad.

El Estado es considerado, en este caso, como persona, la cual se hace responsable por sus actos.

La responsabilidad del Estado funciona en forma pura en caso de falta de servicio o por hecho lícito que exija obligación de indemnizar, mientras que la falta personal imputable a la persona o agente que la comete, da origen a la responsabilidad personal.

Responsabilidad directa del Estado:

En la actualidad, existe una corriente doctrinaria que afirma la responsabilidad directa del Estado, sin necesidad de conocer previamente, si el daño fue culpa del agente o de la administración.

El traspaso al Estado de las obligaciones emanadas de la responsabilidad de los funcionarios, tiene por fin poner al acreedor frente a un deudor cuya solvencia en cualquier caso es indiscutible.

El fundamento de esta teoría radica en que, en última instancia, es el Estado el que forma a los funcionarios, los coloca en su puesto, les indica las funciones y, en definitiva, se compromete a la adecuada prestación del servicio para lo cual se vale de dichos funcionarios.

En la Argentina, el criterio de la Corte Suprema fue variando y ya en 1933, a partir de la sentencia "Tomas Devoto y Cía. S.A. C. Gobierno Nacional, por daños y perjuicios", aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado, aún actuando como persona de derecho público, pero sólo en los casos en que los daños provocados resulten de la irregular actividad estatal.

Por fin, se llega a una tercera interpretación, en línea con la corriente jurisprudencial del resto del mundo, en la que se acepta la responsabilidad extracontractual del Estado, actuando como persona de derecho público, con prescindencia de si los perjuicios contra los administrados resultan de un obrar irregular, admitiéndola incluso, cuando el Estado actúa en el ejercicio legal de sus poderes, sentándose la responsabilidad amplia del Estado, por los actos realizados por él o por sus agentes.

Breve reseña de la evolución de la responsabilidad del Estado en nuestro país:

Hasta mediados de 1930, la regla aplicable en nuestro país era la total "irresponsabilidad del Estado", basada en el principio de la inmunidad soberana, según el cual sólo se reconocía el deber de reparar del Estado por sus incumplimientos contractuales en el ámbito del derecho privado.

Desde entonces, mucho se ha evolucionado hasta la admisión de la responsabilidad del Estado, con los alcances que hoy se reconocen, sin mayores discrepancias. Sin embargo,

se advierte que nos encontramos transitando una nueva etapa que se vincula a lo que se conoce como internacionalización del derecho local y la operatividad extraterritorial de las normas extranjeras sobre derechos humanos, cuyo desarrollo y evolución imponen el reemplazo del modelo de pensamiento jurídico afianzado y la renovación de los códigos interpretativos vigentes.¹

Muy sucintamente cabe citar tres fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que marcaron hitos en este recorrido.

Es usual, en el estudio de la evolución de la jurisprudencia argentina respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado, afirmar que los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, no admitían en la primera etapa, la responsabilidad del Estado y luego de ello, con el caso Devoto, se comienza a admitir la responsabilidad del Estado.

Hubo un fallo del siglo pasado y, que además fue el primero sobre este aspecto, que admitió la responsabilidad extracontractual del Estado y luego de ello, se pasó a una etapa de irresponsabilidad del accionar del Estado, y posteriormente con el fallo "Devoto", se inicia el camino hacia el reconocimiento de la responsabilidad estatal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, se expidió por primera vez respecto de la responsabilidad del Estado en el año 1864. El litigio fue iniciado por la firma Bates Stokes y Cía. c/ Gobierno Nacional, la cual solicitaba cobrar el importe de las galerías que habían sufrido algunos efectos, debido a una inundación, en los almacenes de aduana, ocasionada por un temporal. Después de varios trámites seguidos ante el Gobierno Nacional, quien aceptó las obligaciones en que había incurrido la Provincia. En esa oportunidad la Corte declaró la responsabilidad del Estado, dando por supuesto que podía demandarse y exigirse al Estado indemnización en razón de los perjuicios causados por sus agentes. Es dable recordar que nuestro Máximo Tribunal, admitió en el referido caso, que puede existir culpa en la acción administrativa.

Unos meses después de dictado el fallo recién citado, la corte Suprema de Justicia de la Nación, produce un cambio total con respecto a su anterior pronunciamiento, en el caso "Seste y Seguich c/ Estado Nacional" (1864) estableciendo el principio de una no demandabilidad del Estado ante tribunales nacionales. Asimismo el Alto Tribunal puso de manifiesto que uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, aquel por medio del cual el que la inviste no puede ser arrastrado por particulares ante los

¹ VEGA, Juan Carlos y Graham, Marisa A. "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales", Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, Pág.28.

tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, con el objeto de responder de sus actos y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y tiene por garantía su buena fe.

Los hechos se plantearon en ocasión de la guerra que la Provincia de Buenos Aires sostuvo y ganó contra el Gobierno del Paraná, Vicente Seste y Antonio Seguich se engancharon como personeros de guardias nacionales, siendo destinados a la legión Militar.

Concluida la guerra y dados de baja en Agosto de 1863, esos individuos se presentaron al Gobierno Nacional pidiendo una indemnización por el mayor tiempo que habían servido. Diciendo ellos que el enganche y el premio recibido habían sido estipulados por el tiempo que durase la guerra; que la guerra había concluido con la Batalla de Pavón; que sin embargo ellos habían sido detenidos en el servicio militar hasta el mes de Agosto de 1863; que por consiguiente tenían derecho a una compensación o aumento del premio.

Sosteniendo sus fundamentos en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, los jueces sostuvieron que "...reconocer como principio, que el Gobierno Nacional no puede ser demandado ante los tribunales...que el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera, y administración con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República,... que es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante los tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares...".

A partir de este fallo, el principio era que el Estado era irresponsable, y que además era indemandable, salvo una disposición expresa del Estado con el fin de que esas cuestiones sean ventiladas en un juicio.

Podríamos afirmar entonces, que hasta la década del 30, la Corte no admitió la responsabilidad del Estado. Esto, sustentado en la redacción original del artículo 43 del Código Civil, el cual expresaba: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas"; así, se incurría, entonces, en una virtual denegación de justicia.

Esta era la situación hasta el año 1933 en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habría de dar un paso fundamental en la admisión de la responsabilidad extracontractual del estado, en el caso "Devoto".

a) Caso “Devoto”:

En un campo que alquilaba la Sociedad Anónima de Tomás Devoto, en la Provincia de Entre Ríos, se produjo un incendio como consecuencia de unas chispas que emanaban de un brasero, el que era utilizado por unos empleados del Telégrafo Nacional, cuyas funciones eran unir los hilos de la línea telegráfica que pasaba por el campo de la referida firma. Al producirse el incendio se provocaron graves daños para la citada sociedad anónima, la que con posterioridad interpuso una demanda contra el Estado Nacional por los daños y perjuicios sufridos.

Finalmente la Corte hizo lugar a la demanda de la citada firma. Así puso su manifiesto: “Que en nada influye para definir la responsabilidad del Estado por el desempeño negligente de sus empleados que aquéllos en el caso de autos, no hayan procedido intencionalmente, o que la causa generadora del incendio sea causal, desde que la casualidad sólo puede equipararse al caso fortuito, en cuanto en ambas circunstancias importan sucesos que no han podido preverse ni evitarse (art. 511 del Cód. Civil)” y finalmente agrega nuestro Máximo Tribunal: “Pero el estrago de autos ha podido ser previsto y evitado desde que él ha ocurrido por falta de atención de los agentes del Gobierno y en tanto éstos ejecutaban trabajos bajo su dependencia (reparación de una línea telegráfica nacional).

La Corte tuvo por probada la culpa o negligencia de los empleados por el incendio del campo, y consideró que la responsabilidad se extendía al Estado por ser la persona bajo cuya dependencia se encontraban los autores de los daños (responsabilidad aquiliana). Por lo que el Alto Tribunal invocó las disposiciones de los arts. 1109 y 1113 del C. Civil, es decir, que resolvió el problema de la responsabilidad, aplicando disposiciones del derecho privado y de acuerdo con el sistema de responsabilidad subjetiva e indirecta que consagra el C. Civil en ese articulado. Es decir, se admite la responsabilidad extracontractual del Estado, pero para ello es menester acreditar la culpa de los operarios.

Luego del caso “Devoto”, se inicia por parte de la jurisprudencia argentina el camino hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

En síntesis, la Corte dejó de lado el texto del art. 43 del C. Civil, que en su antigua redacción establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas, lo cual imposibilitaba toda acción que persiguiera responsabilizar al Estado.

b) Caso “Ferrocarril Oeste”:

En el caso Ferrocarril Oeste, la tesis de la Corte se apoya ahora en el art. 1112 del Código Civil y en su fuente doctrinaria para admitir la responsabilidad de la provincia demandada por falta de servicio. Así el Alto Tribunal dijo: "Que la disposición del art. 1112 del Código Civil, correlacionada con el 1113, significa la aceptación del principio de la responsabilidad del Estado, cuando concurren las condiciones anteriormente indicadas, tanto por lo que se desprende de su texto mismo, cuando porque interpretada así concuerda con la teoría expuesta por Aubry Rau, citada por el codificador en su nota al art. 1112".

Este fallo es de suma importancia ya que la Corte decide modificar el factor subjetivo de atribución, al hablar de la "falta de servicio" del Registro de la Propiedad que había extendido un certificado de dominio con error, sin incluir un embargo, y eso dio origen a un daño para el particular. Pero mantiene todavía la imputación indirecta o la tesis de la responsabilidad indirecta.

Del mismo modo Juan Carlos Cassagne², señala el error de este pronunciamiento, al decir que: "El defecto más grande es nuevamente aquí la invocación al art. 1113 del C.C. y la consecuente construcción de la responsabilidad indirecta que presupone una suerte de presunción de culpa del Estado por la responsabilidad en la elección de los agentes que desempeñan las funciones públicas. La idea de falta de servicio es objetiva, se independiza de la culpa y permite responsabilizar al Estado aun cuando no se individualice al autor del daño".

¿Cuáles fueron los avances que implicaron el dictado del fallo ferrocarril Oeste c/ Prov. de Buenos Aires?

En primer lugar, se abandona la aplicación del art. 43 en el caso de responsabilidad del Estado, así se expresó: "Que el Estado provincial impone la obligación de munirse del certificado del registro para escriturar toda operación que versare sobre transmisión de inmuebles, cobrando un derecho especial de sellado, lo que lógicamente, presupone la obligación de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se ha de asegurar. Que cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de Correos y Telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza, y, siendo así, la invocación del art. 43 no es pertinente"

² CASSAGNE, Juan Carlos. "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado". ED 00:937.

En segundo lugar, se establece un recaudo en cuanto a la prestación de un servicio público y su consecuente responsabilidad en el caso de no cumplirse. Así el servicio debe prestarse de manera regular, y su irregular prestación o la omisión en su prestación generan responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados.

¿Qué ocurrió luego del caso Ferrocarril Oeste?

Luego del mismo, se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de los arts. 1112 y 1113 del C. Civil, así se consideró que la Provincia de Buenos Aires resultaba responsable por los daños ocasionados por un informe erróneo expedido por el Registro Inmobiliario, en tal sentido se expresó que: “la demanda promovida es procedente de acuerdo con la reiterada doctrina del tribunal, pues ha mediado en el caso una conducta culpable o dolosa del personal de la demandada que, en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado provincial ha causado el daño de que se trata lo que torna aplicables los arts. 1112 y 1113 del C. Civil”.

c) Caso “Vadell”:

Hemos visto en los fallos anteriores que la Corte para hacer responsable al Estado hace referencia al art. 1112 del C. Civil; sin embargo, en el caso de Vadell del año 1984, también del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, con aplicación exclusivamente del art. 1113 del C. Civil, entiende que en el caso es una responsabilidad objetiva y directa, porque los funcionarios actuando en el ejercicio de su función son órganos del Estado y, por lo tanto, lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo (teoría del órgano).

En el considerando 5º del citado fallo entiende que la idea de falta de servicio es objetiva y encuentra su fundamento en el art. 1112 del C. Civil.

Asimismo nuestro Máximo Tribunal desecha la aplicación del art. 1113, poniendo de manifiesto que: “...la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del C. Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva y concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrinas que sus integrantes actuales no comparten. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.

El caso "Vadell", reviste particular importancia, porque se recepta la idea objetiva de la falta de servicio y se aplica directamente el artículo 1112 del C. Civil, y se desecha la aplicación del artículo 1113 del referido cuerpo normativo para sostener la responsabilidad extracontractual del Estado.

Se desplaza la culpa como factor de atribución; ya no resulta necesario acreditar la culpa del agente, sino que basta con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permite atribuir responsabilidad.

El tránsito de la responsabilidad subjetiva a la objetiva supone una conceptualización de la responsabilidad del Estado mucho más garantista para el particular administrado que, básicamente deberá probar la prestación defectuosa del servicio.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS Y PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

1) Los fundamentos.

1.1) Fundamentos de tipo político: En primer lugar debemos dar un concepto relativo a qué entendemos cuando hablamos de *responsabilidad*.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el término "responsabilidad" indica la "obligación de reparar y satisfacer un daño o perjuicio". Otra acepción, según la Academia, es el que se refiere a la responsabilidad como "la deuda u obligación que resulta de un posible yerro."

Jurídicamente el término admite dos conceptos principales, capacidad de responder ciertos actos en abstracto, y necesidad de responder otros concretos e imputables a determinado sujeto. En un caso hablamos, por ejemplo, de la que tiene en la realización de determinados actos jurídicos un mayor de edad. En el segundo caso se refiere, en cambio, a las consecuencias por actos realizados.

Landi-Potenza dice que: "Se entiende por responsabilidad, la posición del sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de un hecho lesivo de un interés protegido".³

³ LANDI-POTENZA, citado por LIENDO, Horacio Tomás en "La responsabilidad del Estado Nacional en el derecho positivo". La Ley 1983-B, pág. 951.

Se advierte así que el concepto de responsabilidad está relacionado íntimamente con el de *juridicidad*, y con el sometimiento a la ley, siendo el cumplimiento de las obligaciones que surgen a cargo de los sujetos responsables indispensable para la realización de la justicia y el logro de la paz social.

Le responsabilidad del Estado se imbrica necesariamente en esta idea, superados que fueron las épocas en las que se consideraba al Estado irresponsable.

Más allá de las diversas teorías que se han elaborado para dar fundamento a la responsabilidad del Estado, sobre las que volveré más adelante, coincido con quienes postulan que ello no es otra cosa que la manifestación más cabal del Estado de Derecho. No puede decirse que alguien está sometido al derecho si no es responsable por los daños que ocasiona, y el Estado, obviamente no es ajeno a esta regla esencial⁴.

Del mismo modo Cassagne ha sostenido que “No se trata, pues de hallar un fundamento positivo sino un principio de derecho natural que constituye a su vez un principio general de Derecho Administrativo, con abstracción de hallarse o no incorporado al ordenamiento escrito. Este principio, no es otro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado”.⁵

Ello, por cuanto, el principio de no dañar a otro, o el que nadie debe enriquecerse en detrimento ajeno, o el respeto a la persona y su integridad física y moral, o su dignidad y libertad son de aplicación al Estado, persona ética por excelencia.

Se ha dicho que “El Estado Nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan”.⁶

El Estado es un sujeto de derecho, es una persona jurídica y, en consecuencia, toda su actuación está regulada por el derecho: tanto en su estructura, como en su funcionamiento, tanto en la forma de expresar su voluntad como en los efectos que se siguen de ella. No hay sujetos de derecho irresponsables.⁷

Por su parte, a poco que se profundice sobre la evolución de la responsabilidad del Estado se advierte que ella es contemporánea con la evolución del Derecho

4 BIANCHI, Alberto. “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”. La Ley 1996-A-Sec. Doctrina, pág. 922.

5 CASSAGNE, Juan Carlos; op. cit.

6 V. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, en dictámenes 79:77; 83:180; 85:135; 177:168; entre otros.

7 SOTO KLOSS, Eduardo. “La responsabilidad pública: enfoque político”, en Recopilación de trabajos sobre “Responsabilidad del Estado” Ed. UNSTA, 1982, pág. 38.

administrativo, con el fortalecimiento del Estado de Derecho que se basa, fundamentalmente, en el sometimiento por igual del Estado y los ciudadanos a la ley.

1.2) Fundamentos de tipo jurídico: Sentadas las bases de la justificación política de la institución de la responsabilidad del Estado, es del caso revisar las distintas teorías que desde lo jurídico se han elaborado para darle fundamento. En punto a ello, debe destacarse que existe una divisoria entre quienes justifican la responsabilidad del Estado con una fuerte influencia del Derecho Civil y quienes lo hacen desde el Derecho Público, defendiendo la autonomía del derecho administrativo.

Fundamentos con base en el Derecho Privado: Los principios civiles dan respuesta a la responsabilidad de los funcionarios por actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, ya sea que exista texto expreso o a falta de éste, por aplicación de las disposiciones generales sobre responsabilidad por dolo o culpa. Es por esta razón que la primera responsabilidad que se consagró fue la directa del funcionario, una vez que se removieron los obstáculos de orden político.⁸

Otras teorías “sofisticadas y artificiales” al decir de Bianchi⁹, han intentado justificar la responsabilidad del Estado en los riesgos sociales que genera el Estado, que, de producirse deben ser indemnizados¹⁰. Esta teoría –que postula la responsabilidad objetiva- se opone naturalmente a la de quienes ven en la noción de culpa el fundamento de la responsabilidad estatal

En el mismo sentido, Soto Kloss antes citado expuso con claridad que “...la responsabilidad del Estado no persigue sancionar a un Estado culpable sino algo mucho más simple, como es reparar un daño producido a una víctima en circunstancias de realizar el Estado sus funciones de bien común, funciones que aún pueden haber sido llevadas a cabo sin que se produjere negligencia o malicia de alguno de sus agentes; víctima que no tiene por qué sufrir un daño si ella se encuentra en una situación completamente adecuada a Derecho, y en una posición jurídica que le habilita para ejercer un derecho a no ser lesionada”.

Esta postura es rescatada de los fundamentos del “Plenario Ricci” en el que se sostuvo que “...el responder –o el reparar – se asienta en el daño que constituye el auténtico

⁸ REIRIZ, María Graciela. “Responsabilidad del Estado”, Ed. Eudeba, 1969, Cap. II, pág. 18.

⁹ BIANCHI, Alberto, op. cit. Pág. 928

¹⁰ DUGUIT, León; citado por Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo IV. Ed. Abeledo Perrot, Cuarta Edición Actualizada, Buenos Aires, 1987, pág. 703

control de gravedad del sistema. La revalorización de este presupuesto de la responsabilidad entre otras causas obedece al hecho de que el fundamento de ella (la responsabilidad) ya no es el castigo, el reproche o la censura de las escuelas voluntaristas y moralistas medievales, de la escuela racionalista de derecho natural o del positivismo jurídico que inspiró al Código civil francés de 1804. Hoy día la responsabilidad reposa en las ideas de justicia y de responsabilidad social".¹¹

Fundamentos con base en el Derecho Público: Un hito en el intento de independizar la responsabilidad del Estado del derecho civil lo constituye el famoso "arret Blanco", en el que el Consejo de Estado decidió que "...la responsabilidad que incumbe al Estado por los daños causados a los particulares por los actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones entre particulares.

Esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus propias reglas que varían de acuerdo con las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos de los particulares".

Con posterioridad, han surgido distintas tesis que intentan explicar, desde el derecho público, la noción de responsabilidad estatal. Entre ellas: la teoría de la expropiación, la del sacrificio especial, la del enriquecimiento sin causa, la de la solidaridad humana, la de los derechos adquiridos, la falta de servicio, etc.

Breve referencia a las teorías o tesis propias del Derecho Público sobre responsabilidad del Estado: Como ya dijimos, se han intentado diversas teorías para construir un sistema de responsabilidad estadual. Unas, basadas en disposiciones constitucionales y legales, no referidas expresamente a la responsabilidad del Estado, pero que sirven como punto de partida; y otras basadas en los principios generales del Derecho. Entre las primeras, encontramos:

- Teoría de la expropiación: Según la cual, el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en la garantía del derecho de propiedad. Y así como el Estado sólo puede avanzar sobre ese derecho de

¹¹ CNCiv., En pleno 3/3/88, "Ricci, Carlos c/ MCBA", JA 1988- II, 347-361.

los particulares mediante el procedimiento expropiatorio, de manera similar cualquier otro ataque a la propiedad deberá ser indemnizado.

Crítica: En la expropiación no hay un supuesto de "responsabilidad", sino simplemente de ejercicio, por el Estado, de un derecho propio reconocido en la Constitución Nacional (artículo 17); en cambio, cuando la Administración causa un perjuicio v.gr. por un acto culpable de un funcionario, hay responsabilidad y no expropiación, ya que no hubo una previa calificación legislativa de la utilidad pública de tal acto culposo.

- Teoría del sacrificio especial: Esta se funda en la obligación de indemnizar que contrae el Estado cuando causa un daño, aunque el acto estatal sea legal, siempre que se haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada con respecto a los demás.

- Teoría de la igualdad ante las Cargas Públicas: Se fundamenta en principios de derecho público.

Así, el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que dice: "Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios".

Es decir que los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en el interés de todos, y que los daños causados por el Poder Público a particulares, deben imputarse a la cuenta de gastos generales de los servicios públicos, es decir soportados por toda la colectividad que se beneficia con ese servicio.

Pero luego, esta teoría postula un fundamento que constituye una contradicción con relación al primero, al establecer que los ciudadanos deben sufrir, sin derecho a indemnización, aquellos perjuicios emergentes de actos del estado en el ejercicio legítimo y regular del Poder Público y del funcionamiento normal de los servicios públicos de interés general.

- Teoría del enriquecimiento sin causa: Considera el tema de la responsabilidad desde el punto de vista del legislador y de los jueces, concluyendo que, el legislador debe arbitrar en la ley, los principios

necesarios que reglen la responsabilidad del Estado, y el juez, aplicará esas normas legales.

A falta de dichas normas, esta teoría analiza la jurisprudencia y hace una distinción entre los casos de daños causados por culpa del estado, los producidos sin su culpa y que no le producen ningún beneficio y los producidos sin su culpa, pero que le otorgan un enriquecimiento.

- Teoría de los derechos adquiridos: Esta teoría es considerada como uno de los primeros intentos de fundamentación de la responsabilidad del Estado. Se basa en el principio del derecho natural de la inviolabilidad de los derechos adquiridos, según el cual toda vez que se produzca un perjuicio a un individuo en violación de sus derechos, nace contra el Estado un derecho a indemnización, si es que la misma ley no ha fijado resarcimiento.

Crítica: Al basarse en el derecho natural, carece de relevante valor dentro del derecho positivo.

De todos modos, podemos encontrar en la primera parte de nuestra Carta Magna la consagración de los derechos adquiridos, de los que gozamos todos los habitantes de la Nación (a la libertad personal, a la propiedad, a ejercer industrias lícitas, etc.), y como éstos surgen de la Constitución, ningún poder, salvo ella misma, puede cercenar o anular dichos derechos.

- Teoría del seguro contra el riesgo social: Esta teoría toma como punto de partida un criterio objetivo del riesgo, es decir ajeno a toda idea de culpa o ilegalidad.

Se fundamenta en la creación de un seguro contra el riesgo social, proveniente del funcionamiento de los servicios públicos. Parte del presupuesto de que no puede tratarse de un problema de imputabilidad, sino de saber realmente cuál es el patrimonio que debe soportar efectivamente el riesgo por la actividad estatal.

Crítica: sólo se le puede imponer responsabilidad por el riesgo creado, a quien se beneficia con la actividad que es fuente del riesgo. El Estado, no tiene por fin el lucro, sino el bien común.

Como señala bien Bianchi¹², ninguna teoría puede pretender explicar el fenómeno unívocamente, ni alcanzar todos los supuestos posibles. Y, en aras de encontrar una respuesta al interrogante planteado al inicio, inevitablemente se vuelve al punto de partida. “La única forma posible de asentar sólidamente el progreso constitucional de la Nación consiste en orientar la responsabilidad del Estado de acuerdo con la actualidad, porque si no se plantea la cuestión en este punto de vista y sólo se acepta la responsabilidad en casos determinados, llegaremos a consagrar la impunidad de los gobernantes, que, aprovechando de la irresponsabilidad, olvidarán el principio fundamental de que ellos son los primeros servidores del país y que ocupan la posición a que han llegado para trabajar por él y no por sus intereses personales”.¹³

Finalmente, la Corte Suprema ha tenido oportunidad de señalar que el principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de la reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.¹⁴

Conclusión: En la actualidad consideramos superada la discusión doctrinaria en torno a la aplicación de normas de derecho público, o si por el contrario es aplicable el régimen de la responsabilidad prevista en el Código Civil; hoy ya no se cuestiona que el ordenamiento normativo aplicable más eficaz, es una conjunción de ambos sistemas, publicista y privatista, sin desconocer, por supuesto, las particularidades que presenta el régimen en sus diferentes órbitas, todo esto, claro está, debido a la falta de regulación específica sobre la materia, ya que lo más adecuado, a nuestro entender, sería una normativa expresa consagrando la responsabilidad del Estado y los supuestos en que ésta opera.

Para fundamentar la responsabilidad del Estado aplicando normas del Código Civil. Marienhoff señala que hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas civilistas: “una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como

¹² BIANCHI, Alberto, op. cit. Pág. 929.

¹³ GARCÍA MARTINEZ, Roberto, “La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho”. La Ley 1986-B-106.

¹⁴ Fallos 308:1118 in re “Gunther, Fernando Raúl v. Nación Argentina” (consid. 14).

expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo”.

De todos modos, generalmente, cuando el derecho administrativo toma principios del derecho común, no los mantiene con sus caracteres originales, sino que los adapta, integrándolos a sus principios y normas.

Por lo precedentemente expuesto, consideramos que, fundar la responsabilidad del Estado exclusivamente en principios del derecho civil, sería un error, porque ambos sistemas normativos (público y privado) están destinados a regular distintas situaciones humanas.

En este sentido autores reconocidos de nuestra doctrina nacional han concluido en que “...el fraccionamiento puede llevar a resultados absurdos”..., agregando que “...la teoría unitaria que proponemos tiene la ventaja de unificar tecnologías y criterios para un examen interdisciplinario de la responsabilidad...”.¹⁵

Este criterio fue acogido ampliamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del derecho comparado.

2) Presupuestos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado:

Enunciación: Para que nazca el deber de reparar en cabeza del Estado es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) la existencia de un daño cierto –no hipotético – real y resarcible;
- b) la existencia de factores de atribución (con las salvedades que veremos a continuación);
- c) la posibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado, y;
- d) la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio.

Analizaré en detalle cada uno de los presupuestos enunciados:

- a) El Daño: El concepto de daño es el punto de partida para el nacimiento de la responsabilidad estatal. El concepto técnico de lesión resarcible, a los

¹⁵ MOSSET ITURRASPE, KEMELMAJER DE CARLUCCI Y PARELLADA, pág. 25 y ss.

efectos de la responsabilidad requiere un perjuicio patrimonialmente evaluable y ausencia de causas de justificación, no en su comisión sino en su producción respecto del titular del patrimonio contemplado.

Quedan excluidos, entonces, los daños eventuales o simplemente posibles pero no actuales, dada su falta de efectividad. Por su parte, debe tratarse de un daño concreto, individualizable en el patrimonio del reclamante y que exceda lo que pueden considerarse las cargas comunes de la vida social.¹⁶ El autor consultado cita la doctrina del Consejo de Estado español por la cual "...los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad; sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para algunos de los administrados, se convierte en una lesión indemnizable en razón de la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa, sobre el patrimonio del perjudicado".

Justamente, en el caso "Columbia", y para los casos de responsabilidad del Estado por actuación o *actividad lícita*, la Corte agregó otro requisito constituido por la necesidad de que se configure un "sacrificio especial" en el perjudicado por el accionar legítimo del Estado junto a la ausencia del deber de soportar el daño.

- b) Factor de atribución: La responsabilidad extracontractual del Estado, puede nacer, tanto de su actividad lícita o ilícita. De esta clasificación deriva que hablemos de factores de atribución y no antijuridicidad, ya que únicamente ella rige frente a la responsabilidad por actos ilícitos y no lícitos.

A diferencia del Derecho Privado, donde la antijuridicidad, como regla, constituye un presupuesto básico de la responsabilidad, ésta deja de ser un presupuesto general de la responsabilidad en el Derecho Público, ya que ésta también puede derivar de la competencia general que a éste asiste para sacrificar derechos patrimoniales por razones de bien común (actuación lícita). El concepto que subyace en la institución de la expropiación

16 GARCÍA DE ENTERRIA Y FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas S.A., Cuarta edición, Madrid, 1993; cap. XXI, págs. 355-427

contemplada en el art. 17 de la Constitución Nacional –sacrificio de intereses patrimoniales privados por razones de bien común – habilita una competencia estatal de ejercicio normal. Por eso, en el Derecho Administrativo la responsabilidad sin antijuridicidad no es, como se ha dicho de igual fenómeno en el Derecho Privado, un apéndice anormal de la responsabilidad. En el campo privado, aún cuando el particular tiene libertad *a priori* y no necesita, por ende, de una norma habilitante para actuar (arts. 19 y 53 Cód. Civil), él no puede normalmente sacrificar derechos patrimoniales ajenos. Esta alternativa es, pues, para el particular excepcional y *sólo derivable de causales de justificación*, las que, ineludiblemente, deben concurrir aunque sea de modo implícito.¹⁷

Por lo tanto, los factores de atribución, difieren según nos encontremos: frente a la responsabilidad generada por actividad lícita (ausencia del deber jurídico de soportar el daño, la existencia de un sacrificio especial) de los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita, el cual esta dado por la “falta de servicio”, el cual, sí, presupone falta al orden jurídico establecido (antijuridicidad), lo cual no acontece en los supuestos de responsabilidad por actividad lícita donde el daño surge de una conducta *secundum legem*.

- c) La imputabilidad: Para que nazca el deber de reparar del Estado, es preciso que ese daño resarcible sea jurídicamente atribuido al Estado. La imputación funciona así, como un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, sobre la base de la relación existente entre aquél y éste.

Distintas son las formas que adquiere esta imputación. La más sencilla es la de la causación material del daño por el sujeto responsable. La imputación se produce entonces automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido.

Tradicionalmente se ha sostenido que la culpa o el dolo son los principales factores de atribución en el derecho privado.

¹⁷ COMADIRA, Julio R. “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima – Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, ED Supl. de Dcho. Adm. 31-X-2002.2.

En materia de responsabilidad estatal, por el contrario, comienzan a jugar otros presupuestos de imputación, ya que el objetivo último que se persigue en esta materia no es tanto el de identificar a una persona como autora del hecho lesivo, sino el de localizar un patrimonio con cargo al cual podrá hacerse efectiva la reparación del daño causado. Esta situación produce la disociación entre la imputación y la causalidad, de suerte tal que será siempre necesaria la prueba del nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido. En este punto resulta del caso hacer mención a la teoría de la “falta de servicio”, creación del Consejo de Estado francés, por la cual la integración del autor material del daño en la organización administrativa implica que no sea necesario localizar al agente para imputar el daño a la propia Administración. Basta con comprobar que el servicio ha funcionado mal, o que no ha funcionado, o lo ha hecho defectuosamente (téngase presente que la noción de “falta de servicio” tuvo expresa recepción por la Corte Suprema en los casos “Ferrocarril Oeste”, y con mayor énfasis en “Vadell”).

- e) La relación de causalidad: Finalmente, la relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el deber de resarcir dicho daño.

Distintas son las teorías que se han elaborado para identificar si una determinada actividad guarda relación causal con la producción del daño. Una primera respuesta ha sido dada por la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual cualquiera de los hechos o condiciones contribuyen a producir el resultado final de modo que, si uno faltara, el resultado no se produciría.

Por su parte, se ha dicho que para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, vale decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo (Teoría de la Causalidad Adecuada), Aún, sin excluir la teoría de la causalidad adecuada, se menciona en la doctrina una nueva explicación –de fuente francesa – de la relación de

causalidad: la teoría del seguimiento o de la impronta continua del mal.¹⁸ La relevancia de esta tesis se advierte en los casos en que los daños se producen “en cascada”, y para determinar la causa eficiente del perjuicio es menester investigar cada uno de los eslabones de la cadena hasta llegar al punto en que uno es la causa idónea. La novedosa teoría del profesor Dejean de la Batie, impone que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del precedente hasta la aparición eventual de una ruptura en la cadena causal.

3) Los fundamentos y presupuestos de la responsabilidad por omisión:

Las conclusiones antes arribadas acerca de que la responsabilidad del Estado se asienta sobre la concepción del Estado de Derecho y se inserta en el ámbito del derecho público son plenamente aplicables al supuesto especial de la omisión estatal. Antes bien, es en este campo en donde se visualiza con mayor claridad una interrelación entre lo jurídico y lo político.

En efecto, la adopción por parte de un Estado de obligaciones hacia sus ciudadanos, instrumentadas en su Constitución, por una parte, y en compromisos internacionales derivados de la ratificación de tratados que consagran derechos civiles y políticos, o económicos, sociales y culturales, por la otra, entraña la necesaria consecuencia de su exigibilidad, sin que el Estado pueda justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.

Definido así que el Estado es titular de diversas obligaciones, tanto positivas como negativas, considero del caso traer el esquema interpretativo que propone Van Hoof, en el señalamiento de niveles de obligaciones estatales. De acuerdo con este autor, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: una obligación de respetar, una obligación

¹⁸ Comentada por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, en “Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad”, en La Ley 1991-E, Sec. Doctrina, pág. 1378.

de proteger, una obligación de garantizar y una obligación de promover el derecho en cuestión.

En el marco de esa clasificación, las obligaciones de promover, proteger y asegurar involucran un mayor activismo estatal y por ende parecen asemejarse a lo que la doctrina privatista entiende por obligaciones de medios.¹⁹

Si bien es cierto que estas obligaciones positivas se relacionan habitualmente con la disponibilidad de fondos; ellas no necesariamente se agotan en obligaciones que consistan en reservas presupuestarias. Antes bien, algunos derechos se caracterizan por la obligación estatal de establecer algún tipo de regulación; en otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas o les imponga obligaciones de algún tipo; y, finalmente, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, ya sea en forma exclusiva, o con cobertura mixta que incluyan además de un aporte estatal, aportes de personas privadas.

Para anticipar una conclusión a lo expuesto entiendo que el origen político de las obligaciones estatales resulta insoslayable a la hora de derivar su exigibilidad. Así como sucede con el estudio del fundamento de la responsabilidad del Estado en general, la interrelación del ámbito político con el jurídico es de estricta aplicación al problema de la omisión estatal.

Por último, y en lo que se refiere a los presupuestos de la responsabilidad por omisión, también corresponde aplicar lo ya enunciado, de suerte que para hacer nacer la responsabilidad estatal en ese ámbito es preciso: la imputabilidad al Estado de la omisión de sus funciones; la existencia de una omisión antijurídica; la comprobación de un daño cierto y actual, y una relación de causalidad efectiva entre la omisión y el daño.

¹⁹ MARIENHOFF, Miguel S. ha criticado la aplicación de tal calificación al ámbito del derecho público; en "Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública, y distinción entre obligaciones de "medio" y de "resultado". En ED 157:759. Para Marienhoff, esta distinción entre obligaciones de medio y de resultado tiene origen privatista y resulta inaplicable al Derecho Público, desde que "...en lo atinente a deberes 'propios' del Estado e inherentes al mismo, es inoperante e improcedente en derecho público, en especial tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado surgida de su comportamiento en ese ámbito".

CAPÍTULO III

LA OMISIÓN

Concepto: Comenzaremos haciendo un análisis filosófico de este concepto, para luego sí, caracterizarlo jurídicamente.

Desde la filosofía de la acción humana podemos encontrar diversas teorías que intentan caracterizar la omisión.

Como punto de partida tomaremos las palabras de Carlos Nino, quien expresa que: "La caracterización del concepto de omisión es sumamente obscura, como se advierte por el hecho de que estemos tentados tanto a ver a la omisión como una negación de la acción como a considerarla una especie o modalidad de la acción".²⁰

Básicamente, surge de las palabras de Nino, que el principal entuerto consiste en determinar si las omisiones son individuos lógicos distintos de las acciones o si ellas constituyen descripciones especiales de las acciones, es decir, si hay actos-casos omisivos o sólo actos-tipos omisivos. Esto está de algún modo asociado a la admisibilidad de hechos e incluso de entidades negativas.

Carlos Nino, en la obra ya citada, hace referencia a dos posturas diferentes y opuestas que intentan caracterizar la omisión.

Así, encontramos a Mackie, quien sostiene por ejemplo, que una omisión corresponde a lo que él llama "acto" en lugar de acción, lo que empleando otra terminología se podría identificar con acto genérico o el hecho de que una acción individual sea subsumible en un acto genérico. Agrega que una omisión es un aspecto negativo de un acto concreto y positivo.

En sentido opuesto, Von Wright define la omisión como la ocasión en que el agente podía hacer la acción omitida. Esta noción es criticada por Nino por insuficiente.

En efecto, una de las cosas que pasa por alto es que la expresión "omisión", como lo han advertido claramente los penalistas, es ambigua tanto en el lenguaje ordinario como en contextos más formales de atribución de responsabilidad; esa expresión tiene un sentido distinto cuando se emplea en frases del tipo "Juan omitió" y cuando se utiliza en

²⁰ NINO, Carlos Santiago. "Introducción a la filosofía de la acción humana". Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1987, págs. 95 y ss.

frases del tipo “Juan hizo X por omisión”. En el primer caso, cuando se dice por ejemplo “Juan omitió presentarse al servicio militar” los juristas hablan de una omisión “propia”; en el segundo caso, cuando se dice por ejemplo, “Juan mató por omisión”, se llama omisión “impropia o de comisión por omisión”. (Analizadas más adelante).

Se advierte que el concepto que maneja Von Wright, además de insuficiente, es extremadamente amplio. Para este autor, omitimos hacer todo lo que es diferente a lo que estamos haciendo. En base a estas críticas recibidas, el autor acotó el concepto a toda acción que se espera que el agente haga y no hace, como por ejemplo cuando existe el deber de hacerlo. Nino agrega que esta nueva visión es la que perciben los penalistas al decir que la omisión se da en función de una acción esperada o debida. La omisión se convierte así en un concepto subjetivo.

El segundo aspecto que considero fundamental de la teoría nineana es el de su caracterización del fenómeno de la causación. Durante mucho tiempo en filosofía de la acción humana se discutió si la omisión tenía entidad para causar, dado que es un “no hecho” y, en consecuencia no tendría impacto sobre la realidad.²¹

Muchas veces se ha puesto en duda que las omisiones puedan causar, puesto que si ellas consisten en entidades o hechos negativos, son nada y de la nada, nada puede resultar.

Esto se relaciona con el primer punto tratado: si se describe un hecho por la omisión de otros actos, estos actos serían infinitos, a menos que exista un deber. Del universo de actos que no sucedieron, sólo algunos son deberes, entonces, sólo en ese caso se podría predicar que la causalidad existe dado que lo que no sucedió no es cualquier cosa que pudiera haber pasado sino que es lo que debía suceder. Este deber, para Nino puede derivar de una norma, o también de la regularidad de una conducta.

En conclusión, la responsabilidad por omisión, bajo este análisis, sólo puede derivar de una omisión entendida como un deber violado, o la regularidad de una conducta alterada. No habría omisión, por ende, si solo no se realizó un acto que no era debido.

Una vez analizada la “omisión” desde el plano filosófico, pasaremos a conceptualizarla desde el campo jurídico.

Ante todo, establecer le responsabilidad por conductas omisivas constituye, para la doctrina, uno de los problemas más difícil de la teoría general de la responsabilidad (civil y penal).

²¹ NINO. Op. cit., pág. 98.

La responsabilidad puede ser consecuencia tanto de un acto positivo como de una inacción que podría evitar un perjuicio. Entre la responsabilidad proveniente de la omisión, se distingue en doctrina, según las enseñanzas derivadas del derecho penal, la simple omisión, en donde la figura delictiva consiste en “no hacer” lo que la ley manda, de los supuestos de comisión por omisión, en donde ésta, la omisión, constituye un “medio” para cometer el delito; el agente prevé como causa adecuada del resultado buscado omitir una conducta debida; el ejemplo académico más conocido es el de la madre que mata no amamantando a su hijo.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci indica que la doctrina suele distinguir entre omisión e inactividad y, también, en omisión y abstención. En general, la omisión implica un olvido, una negligencia, en tanto la abstención trae aparejada la idea de inactividad; aunque en realidad, lo cierto es que casi en su totalidad se utiliza el término en sentido genérico, comprensivo de cualquier circunstancia que no se manifieste en un acto positivo.

El C. Civil en su artículo 1074 establece que: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

Más allá de la aplicabilidad del mencionado artículo al ámbito de la responsabilidad estatal –tema que se analizará más adelante – creo de utilidad revisar lo que los doctrinarios del Derecho Civil postularon en relación con el concepto de omisión, en comentario a esta norma.

Tradicionalmente se han distinguido tres nociones vinculadas a la teoría general del hecho ilícito²²:

1. Delito de comisión o de actividad: Es aquél en el cual el objeto de la prohibición es un hecho positivo, de tal modo que el evento que lo consuma es el resultado del modo de obrar.
2. Delitos de omisión simple: En éstos el objeto prohibido es una omisión, una abstención: el delito consiste en omitir.
3. Delitos de comisión por omisión: En este caso, el autor comete el delito, no por medio del actuar positivo, sino absteniéndose de hacer lo que se esperaba que hiciese.

²² SOLER. “Derecho Penal Argentino” I, n21, VII, pág. 282.

Mientras que en los delitos de omisión, lo punible es la omisión misma, en los de comisión por omisión, la omisión misma no es punible, lo es cuando constituye un medio para causar el daño.

Siguiendo el razonamiento apuntado, se han sostenido distintos criterios con relación a la responsabilidad por omisión.

En primer término, la tesis extrema de la irresponsabilidad indica que la omisión en cuanto tal no se encuentra vinculada causalmente con el daño. Se ha criticado esta teoría con la inteligencia que "Negar el poder causal de la abstención sería desconocer la posibilidad y el deber de iniciativa del hombre; negar a su vez la libertad y su inserción en el mundo, que constituyen su misterio y su grandeza; sería asimilarlo a una cosa".

Llambías, por su parte ha afirmado que para que opere la responsabilidad, la abstención tiene que ser la causa del daño, y esto ocurrirá toda vez que un juicio de probabilidades nos indique que esa abstención influyó como concausa del daño producido, partiendo del supuesto que la acción de quien se abstuvo habría bastado para evitar el daño ocurrenciente.²³

En segundo lugar, se ha postulado la responsabilidad sólo cuando existe ley o contrato que imponga la obligación de cumplir el hecho del que se ha abstenido (Tesis *restrictiva*). Resulta indispensable que la pasividad sea ilegal, pues de lo contrario quien se abstiene ejerce la libertad de no obrar garantizada por la propia Constitución Nacional al asegurarle que no "será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe"(art. 19).

La crítica que se ha esgrimido contra esta teoría radica en su excesivo individualismo. Por su parte, otro sector de la doctrina se enrola en la teoría que hace nacer la responsabilidad sólo cuando existe obligación jurídica de obrar, sustituyendo el criterio de una disposición legal por el de la obligación, la que puede surgir no sólo de la ley sino también de la razón, el estado de las costumbres, etc. Esta teoría ha sido criticada por imprecisa y peligrosa.

Desde otro sector, se elaboró la tesis de la aplicación pura y simple de la idea de la culpa, en la que no se efectúa distinción entre la culpa comitativa y la omisiva.

Finalmente, es de mencionar la teoría de la aplicación del principio del abuso del derecho. Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad de abstenerse, de permanecer

23 LLAMBÍAS, Joaquín. "Tratado de las obligaciones". Ed. Perrot. Tomo III, N° 2221, nota 39.

inactivo aún a riesgo de dañar a otro, sin otro motivo que el de no existir una disposición expresa que le imponga la obligación de obrar, es un acto abusivo.

En el derecho argentino se ha esbozado con claridad una tesis restrictiva, (seguida por Machado, Salvat, Acuña Anzorena y Tejerina, entre otros) que exige una disposición expresa que importa la obligación de cumplir el hecho; y una tesis amplia, (seguida por Llerena, Colombo, Borda, Spota, Cammarota, entre otros) a la que adhiere la mayoría de la doctrina y que exige la existencia de una obligación jurídica de obrar. Para esta tesis amplia, el art. 1074 no debe ser entendido literalmente sino con amplitud: hay responsabilidad por omisión toda vez que quien se abstiene de actuar infringe así una obligación jurídica de obrar, entendiendo por tal no solo que la ley consagra de modo específico sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico, y que está impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos.

“También debe tenerse en cuenta a los efectos de una correcta interpretación de la norma el art. 1071 del C. Civil cuando la abstención excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres no hay ejercicio regular del derecho de abstenerse de obrar. Mosset Iturraspe caracteriza las omisiones antijurídicas como toda transgresión de una obligación jurídica de obrar, que abarca los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público al igual que los dictados por la buena fe. La omisión puede ser antijurídica por ilicitud pero puede serlo además, por ser abusiva”.²⁴

Dentro de esta línea de pensamiento, algunos autores postulan que la apreciación de la culpa es distinta según exista o no una disposición legal que imponga la obligación de cumplir con el hecho omitido; si existe, basta la omisión para el nacimiento de la responsabilidad, de lo contrario, es menester efectuar una evaluación de las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Para finalizar, creo del caso extraer conclusiones liminares, de lo que se ha estudiado en esta parte, lo que nos aproxima al problema planteado al inicio de este trabajo. La omisión estatal en cuanto tal, es apta para generar la responsabilidad del Estado en las mismas condiciones que su accionar. Sin embargo, presenta características propias, lo que hace más dificultoso extraer reglas generales que permitan deducir cuándo una

²⁴ HUICI, Héctor. “La responsabilidad del Estado por omisión”. La Ley 1993-D-sección Doctrina, pág. 838.

omisión da lugar al nacimiento de responsabilidad en cabeza del Estado. Soy de la opinión, que dada la especial naturaleza del instituto no es posible predicar la necesidad de una ley que indique la conducta debida para cada situación particular, de suerte tal que su incumplimiento entrañe la configuración de la omisión. Antes bien, considero que ello se verifica por la oposición de la inacción estatal con el ordenamiento jurídico en general. Me hago cargo de lo riesgoso de esta postura, ya que puede llevar a la extensión de la responsabilidad estatal. Bien que esto es posible, con una interpretación caso por caso, se evitarán los excesos a los que la doctrina que se opone a esta línea de pensamiento teme tanto.

Clasificación de la responsabilidad del Estado por omisión:

La clasificación tradicional de este tipo de responsabilidad se realiza según la función estatal omisiva:

- a) Omisión legislativa, que consiste en la omisión del legislador a un mandato constitucional de legislar;
- b) Omisión administrativa. En este supuesto, la administración pública omite el dictado, a través de los órganos competentes, de reglamentos o de actos administrativos; o por la inactividad material de los mismos órganos.
- c) Omisión judicial, por el incumplimiento de las funciones propias de los jueces.

ENCUADRE NORMATIVO

Ley aplicable a la omisión:

Nos enfrentamos ahora con el problema de determinar si la responsabilidad del Estado por omisión tiene su regulación normativa en el derecho público, o bien, debe aplicarse por analogía (*“Procedimiento interpretativo al que se recurre cuando en el ordenamiento jurídico no se halla norma aplicable al caso”*); constituyendo un

procedimiento que tiende a buscar que las mismas situaciones jurídicas se rijan por idénticos principios jurídicos.) alguna previsión que al respecto contenga el derecho privado.

Señala Marienhoff que la Constitución Nacional utiliza la palabra omisión en los artículos 43 (dos veces) respecto de la acción de amparo, y 86 con referencia al Defensor del Pueblo.²⁵

En cuanto al derecho privado, señala el autor consultado que el Código Civil hace referencia a la omisión en los artículos 1073, 1074, 1107 y 1112, todos ellos vinculados al instituto de la responsabilidad.

De tal análisis desprende que, no existiendo un texto específico en el ámbito del derecho público el artículo 1074 resulta aplicable en mérito a lo establecido en el artículo 16 del Código Civil. La primera de las normas nombradas, "...cuya amplitud conceptual comprende o involucra a la generalidad de los supuestos omisivos que pueden presentarse..."²⁶, resultaría de aplicación para casos generales, en tanto que para supuestos específicos de responsabilidad de funcionarios públicos, entraría a jugar el artículo 1112.

Sin perjuicio de lo expuesto, e independientemente de la aplicación analógica del artículo 1074 del Código Civil, Marienhoff reivindica la pertenencia de la responsabilidad del Estado al derecho público.

La distinción que efectúa este autor entre los artículos 1112 y 1074, basada en que el artículo 1112 se aplicaría para casos de responsabilidad de los funcionarios únicamente, en tanto que para los casos de omisiones genéricas-por llamarlas de algún modo- sería de aplicación el artículo 1074, si bien mayoritaria, no es pacífica en doctrina.

En efecto, se ha señalado que "Así como la mayor parte de los autores se han inclinado por una interpretación del art. 1112 del Cód. Civil, conforme al cual este precepto regula la responsabilidad directa de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de la función para la cual han sido designados, constituyendo esta normativa el principio en cuya virtud los mismos responden frente a terceros por el desempeño defectuoso de las obligaciones legales que le han sido impuestas"

"La excepción a esta amplia corriente doctrinaria está constituida por las opiniones de Linares y Cassagne, quienes han sostenido que el artículo 1112 mencionado consagra

²⁵ MARIENHOFF, Miguel Santiago. "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público". ED 169:1093

²⁶ MARIENHOFF, op. cit., pág. 198.

un sistema de responsabilidad especial directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes en ejercicio de la función pública, cuando su actividad provoca un funcionamiento irregular o defectuoso de la respectiva función.”²⁷.

“No cabe así duda que lo que Vélez quiso reglar con su art. 1112 era la responsabilidad del Estado por las faltas de servicio del funcionario, que corre a cargo del Estado.”²⁸

“Qué sentido tendría hablar de la responsabilidad personal de funcionario en el 1112 si el principio general, del cual los funcionarios no constituyen una excepción, está sentado en el art. 1109? Una interpretación distinta de la analizada *ut supra* llevaría necesariamente a considerar al art. 1112 como una disposición superflua; y no debe olvidarse por otra parte que con ello el codificador pretendió seguramente atenuar el principio de irresponsabilidad de las personas jurídicas reglado por el art. 43...”²⁹

Por su parte, el Codificador al final de la nota al artículo en comentario después de ejemplificar las responsabilidades especiales agregó: “y de todos los empleados de la administración del Estado”, con lo que debe entenderse que generalizaba la responsabilidad estadual a todos los funcionarios.

En una posición que podríamos llamar conciliadora de ambos extremos, señala Gordillo que para aplicar el artículo 1074 a la inactividad estatal resulta necesario concordar dicha norma con lo establecido por el artículo 1112. Ello por cuanto la omisión que genera la responsabilidad del funcionario existe con referencia a una regular ejecución de las obligaciones legales, la del particular, en cambio, exige un hecho expresamente ordenado.³⁰

De allí surge que la omisión que genera responsabilidad no es la que deriva de la obligación legal del artículo 1074, sino de la previsión más amplia del artículo 1112, conforme al cual debe existir una regular ejecución de las obligaciones legales. Aunque el hecho omitido no estuviera expresamente ordenado por una norma jurídica, de todos modos se configuraría el irregular ejercicio de la función.

Advierte el autor consultado que el hecho de que el funcionario sea responsable por omisiones que no harían responsable a un particular, proviene de la especial situación en

27 BONPLAND, Viviana. “Responsabilidad extracontractual del Estado” La Ley 1987-A, Sec. Doctrina, pág. 789.

28 LINARES, Juan Francisco. “en torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público”. La Ley 153, pág. 606.

29 BONPLAND, Viviana, op. cit., pág. 784

30 GORDILLO, Agustín “Tratado de derecho administrativo” T. II, Cap. XXI. Ed. Macchi, Buenos Aires, 1980, Págs. 11 y 12.

que se encuentra y que la ley o el reglamento manden a menudo más deberes que a un particular, pero sobre todo del artículo 1112.

En otros términos, la omisión generadora de responsabilidad no existe con relación a una obligación legal de cumplir el hecho omitido sino, antes bien, se desprende de un conjunto de regulaciones que hacen a la ejecución de las obligaciones legales del funcionario.

Otra cuestión que subyace al planteo de la ley que rige la materia que nos ocupa es la de la existencia de un régimen autónomo de responsabilidad del Estado, perteneciente al derecho público.

Desde el derecho privado se han elaborado argumentos que sustentan la inexistencia de tal autonomía y, por el contrario, postulan una única teoría de la responsabilidad. Bien que reconocen diferencias entre la posición que asume el Estado y la que afrontan los particulares, consideran que los principios comunes (relacionados con los presupuestos de la responsabilidad y de la distinción de las órbitas contractual y extracontractual) no pueden ser desconocidos, dividiendo al derecho en compartimentos estancos.³¹

En la posición contraria se encuentra Reiriz, quien reivindica la autonomía del derecho administrativo y sus instituciones, en particular la de responsabilidad del Estado.³²

La circunstancia que para resolver los "casos administrativos no previstos"³³ se recurra a lo que se dio en llamar la extensión de las fuentes del derecho administrativo no autoriza a olvidar la autonomía de la disciplina en estudio produciendo lo que Reiriz califica de "complejo de soluciones jurídicas realmente asistemático".³⁴

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha sostenido en forma categórica que la responsabilidad del Estado no es cuestión de derecho común.³⁵

En efecto, y con relación al artículo 1112 del Código Civil, el precedente en comentario agregó que "...más allá de la inconveniencia que existe —desde el punto de vista sistemático— de incluir una norma federal en un código de derecho común, desde una óptica constitucional esa solución no ofrece reparos".

Soy de la opinión que la institución de la responsabilidad del Estado es, quizá, la noción más típicamente pública del Derecho Administrativo. Prueba de ello es que si se revisa

31 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, op. cit., pág. 214.

32 REIRIZ, María Graciela, op. cit., pág. 220.

33 LINARES, Juan Francisco. "Caso administrativo no previsto", Ed. Astrea. Buenos Aires, 1976, págs. 30 y ss.

34 REIRIZ, María Graciela, op. cit., 220.

35 Causa n° 31.318/94: "Amiano, Marcelo Eduardo t otro c/ E.N. Ministerio de justicia y otro s/ Proceso de conocimiento", 1999. Sala IV Contencioso Administrativo Federal.

la evolución de este instituto se encuentra un paralelo indiscutible con la evolución del propio Derecho Administrativo. Ello no implica negar que, para su estudio e interpretación puedan ser necesarios elementos provenientes del Derecho Civil. Ahora bien, coincido con Reiriz en que la aplicación de las normas del derecho privado debe ser efectuada por analogía, respetando los principios propios que informan el derecho público.

Si ello es así, desde que el artículo 1112 del Código Civil se refiere no sólo a la responsabilidad del Estado, ésta es –a mi entender- la norma específica en materia de responsabilidad estatal.

Al carecer el Derecho Público nacional de una norma específica relacionada con la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o de abstención y al hallarse en el Código Civil una norma específica al respecto; el mencionado artículo resulta aplicable análogamente para resolver, en derecho público, lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado.

No puede ser otra la conclusión si se advierte que la norma en cita trae claramente el término omisión en su texto, lo que permite sin grandes esfuerzos interpretativos guiar el sistema de responsabilidad por omisión.

CAPÍTULO IV

LA OMISIÓN EN LOS TRIBUNALES ARGENTINOS:

JURISPRUDENCIA:

1. La omisión y el poder de policía:

- El caso “Roberto Ángel Frank c/ Provincia de Buenos Aires”.³⁶

En este caso el actor se presenta por sí y por sus dos hijos menores demandando a la Provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios que les ocasionó la muerte de su esposa y de tres de sus hijos, debidas al

36 Fallos 275:357

nafragio de la lancha colectiva de pasajeros en que viajaban en el arroyo Espera en el Delta, por el choque de ésta contra el tronco de un árbol hundido en el cauce de la vía navegable mientras realizaba maniobras de amarre.

El demandante imputó la responsabilidad del Estado provincial sobre la base que el citado arroyo pertenecía al dominio público provincial y competía a la Dirección de Hidráulica dependiente de ella, mantener en debidas condiciones las rutas navegables y remover los obstáculos que impiden el normal desarrollo del transporte fluvial.

La Corte, si bien no se pronunció explícitamente sobre la responsabilidad del Estado por omisión, hizo a la demandada responsable basándose en que el arroyo donde se produjo el accidente era del dominio público provincial, en virtud de los artículos 1113 y 1133 del Código Civil.

De acuerdo a los comentarios que sobre este fallo realiza Héctor Huici³⁷, surge del texto del fallo que el fundamento para condenar a la provincia ha sido la existencia de una obligación legal incumplida.

Con similares fundamentos, encontramos el caso "Pose c/ Provincia de Chubut s/ Daños y perjuicios"³⁸. En el caso, el actor se accidentó por utilizar un aparato de uso deportivo instalado en la Provincia en la playa, para uso del público. Se admitió la demanda parcialmente, por considerar que hubo culpa del actor, y se condenó a la provincia por considerársela responsable al no vigilar debidamente las instalaciones ubicadas en sus bienes de dominio público.

- El caso "Ruiz, Mirta E. y otros c/ Provincia de Buenos Aires".³⁹

La actora demandó los daños y perjuicios derivados de la muerte de uno de sus familiares producida como consecuencia de la colisión con un caballo suelto en una ruta provincial por la que circulaba. El fundamento alegado residió en la responsabilidad que le incumbe a la provincia por la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales.

³⁷ HUICI, Héctor, op. cit., pág. 843.

³⁸ Fallos 315:2834.

³⁹ La Ley 1990-C, 430.

La Corte Suprema aceptó la defensa de falta de legitimación para obrar de la Provincia, basada en que al no revestir el carácter de dueña ni guardadora del animal que ocasionó el daño no debía responder por este.

Asimismo, agregó que "...el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependientes tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa...".

Bustamante Alsina cuestionó la decisión por entender que en el caso existía una verdadera obligación legal de actuar dada por el ejercicio del poder de policía, el que no fue ejercido adecuadamente. Ello por cuanto "...el poder de policía instituido para preservar el bien común constituye un atributo irrenunciable del Estado".

Agrega, por otra parte, que "... es una función esencial que la autoridad pública tiene el deber de ejercer para que se cumplan aquellos objetivos. Si, como en el caso resuelto, se trata del ejercicio del poder de policía en orden a la seguridad de las personas en el tránsito por las rutas del país, ese poder consiste en la vigilancia y custodia de ellas, imponiendo en sus reglamentos todas las restricciones a la libertad de circulación que sean necesarias para lograr esa finalidad de bien común".⁴⁰

Por su parte, argumenta que la circunstancia que la provincia no sea guardadora ni propietaria del animal no obsta a su responsabilidad, la que deriva no de esa condición, sino del art. 1112 del Código Civil, que estatuye la responsabilidad del funcionario cuya omisión comprende la responsabilidad objetiva del Estado.

- "Salvador Colavita, y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros", del 7 de marzo de 2000.⁴¹

⁴⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía" en La Ley 1990-c-430.

⁴¹ Fallos 323:318.

Se trató de una demanda por la interposición sorpresiva de dos caballos en la ruta 2, que provocó daños al vehículo de los actores.

El ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad de un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa. Y agregó: “la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora”. Que sentado lo expuesto respecto de la responsabilidad estatal, “forzoso es concluir que tampoco cabe atribuírsela a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario –por la delegación de funciones propias de la concesión – derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que –conforme a los términos pactados – las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública”. Como se observa, el presente caso se resuelve igual que el mencionado caso “Ruiz”, eximiéndose de responsabilidad al concesionario.

- “Ferreira, Víctor D. y otro c/ VICOV S.A.”, del 21 de marzo de 2006.

Sin embargo, y a pesar de los casos recién citados, podemos decir que en materia de responsabilidad civil de los concesionarios viales, particularmente por daños causados por animales sueltos, se verifica un cambio de rumbo en la doctrina jurisprudencial de la Corte, dados los sendos pronunciamientos en las causas “Ferreira”, luego confirmada en la causa “Bianchi”.

A través de estos casos, el Máximo Tribunal fija la responsabilidad de los concesionarios viales en accidentes provocados por animales sueltos, con fundamentos en que el vínculo que se establece entre el concesionario y el usuario de una ruta de peaje es una relación de Derecho Privado y de naturaleza contractual, que hace nacer una obligación objetiva de seguridad por resultado a cargo del primero, de manera que enlaza al usuario con el

concesionario vial una típica relación de consumo, por lo cual la responsabilidad del último se encuadra en el régimen contractual. Entendió que el caso se encuentra comprendido por las previsiones de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y hace operativa la protección otorgada por el art. 42 de la Constitución Nacional.

En su consecuencia, la naturaleza de esa relación determina la responsabilidad objetiva de la concesionaria, quien asume frente al usuario una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (1198 C. civil.) y el deber de custodia que sobre ella recae. El cumplimiento de este último deber se inscribe dentro de las prestaciones que se encuentran a su cargo, como resultan las de vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos, y alejar a los animales que invadan la ruta dando aviso, de inmediato, a la autoridad pública correspondiente (voto del Dr. R. Zaffaroni, consid. 23).

En orden a ese fundamento objetivo, el concesionario debe responder ante el usuario por los daños provocados por animales que invaden la carretera concesionada, salvo que demuestre la mediación de eximente en punto a la ruptura del nexo causal. Para que proceda dicha eximición, debe acreditar el acaecimiento del caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por la que no debe responder.

Si bien la mayoría de cinco votos se pronunció por la inadmisibilidad del recurso extraordinario por ausencia de arbitrariedad en la interpretación de que el peaje genera una típica relación de consumo, se abren otras dos mayorías. Una dice más explícitamente que la relación de consumo es una exégesis válida (voto de la Dra. Highton de Nolasco); otra (voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti) decididamente sostiene que ese encuadre de derecho constitucional es el único aplicable. De ahora en adelante los tribunales inferiores podrán interpretar la responsabilidad en este tema sin estar constreñidos por la fuerza vinculante de la doctrina anterior. Es que las sentencias y los precedentes de la Corte Nacional en cuestiones no federales tienen peso e incidencia vinculante para los jueces de grado, quienes para apartarse de esa jurisprudencia deben añadir nuevos argumentos. Y ello es muy gravitante en esta materia, porque, a diferencia de otros tópicos de

derecho común, los tribunales reiteradamente han acudido a la doctrina de "Colavita" para eximir a los concesionarios de su responsabilidad por la presencia de animales sueltos en la ruta. Ahora tres de los cinco miembros de la mayoría -la "segunda" y la "tercera mayoría"- sostiene que "puede" y "debe", respectivamente, acudirse al emplazamiento de la relación de consumo.

Desde "Ferreyra" se ensancha el margen interpretativo de los jueces de grado, ya que a diferencia de lo que ocurrió antes -cuando la anterior composición de la Corte casó la sentencia de la sala F de la Cámara Nacional Civil (causa "Greco")-, ahora se sostiene que no constituye un acto judicial descalificable interpretar que el derecho de consumo conforma la matriz jurídica de la responsabilidad de los concesionarios viales.

- **“La República Compañía de Seguros Generales S.A. c/ United Airlines y otro s/ incumplimiento de contrato”, del 17 de febrero de 2004.**

La sala 2, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó la sentencia del juez de grado que hizo lugar a la demanda y condenó en forma concurrente a United Airlines Inc., y al Estado Nacional -Fuerza Aérea Argentina -, a abonarle a la actora una suma de dinero, fijando la medida de la obligación indemnizatoria de cada codemandado en el 50 % del total.

De los hechos, surge que United Airlines había asumido el transporte desde Buenos Aires a Nueva York, de dos bultos conteniendo contactos de oro despachados por Cramicol S.A. Mientras la mercadería era trasladada desde el depósito hacia el avión en una camioneta de la empresa aérea, dentro del ámbito del Aeropuerto Internacional de Ezeiza, el vehículo fue abordado por dos sujetos armados que robaron la carga y se dieron a la fuga. La actora -aseguradora de la partida - abonó a Ceramicol la suma asegurada, e invocando haberse subrogado en los derechos de su asegurada, promueve juicio contra la empresa aérea y contra el Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina).

Para confirmar la atribución de responsabilidad a la empresa aérea, el tribunal advirtió que, si bien ésta no se hallaba obligada a transportar la carga desde el depósito hasta el avión, lo cierto es que destacó a dos de sus empleados para que efectuaran el traslado en un vehículo propio, prescindiendo del servicio de "handling" que allí se presta y que se encontraba pago, resultando entonces indudable que asumió la custodia del cargamento y, por ende, la obligación de adoptar las medidas necesarias para su arribo a la bodega de la aeronave.

Dijo que debía saber que el traslado era riesgoso, porque el trayecto a cubrir –en horas nocturnas – estaba poco iluminado y carecía de puestos de vigilancia o instalaciones de seguridad de la Policía Aeronáutica Nacional. Señaló que, aunque tenía contratado un servicio de seguridad de seguridad privado, no le solicitó guardia adicional, así como tampoco le pidió a la Policía Aeronáutica un servicio de apoyo o de custodia armada por razones de seguridad.

Conforme a ello concluyó que la aerolínea no se comportó con la previsión exigible a un transportista diligente, incurriendo por ello en culpa (art. 512 Cód. Civil), de modo que no podía cobijarse en la eximente prevista en el art. 20, inc. 1 de la Convención de Varsovia de 1929 ("el transportador no será responsable si prueba que él y sus representantes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptarlas"). En cuanto a la responsabilidad del Estado Nacional, el tribunal consideró que la comisión del ilícito y las circunstancias que rodearon al caso, pusieron de manifiesto que la P.A.N. desatendió los deberes que le competían en orden al cumplimiento de sus funciones de contralor, vigilancia y mantenimiento de la seguridad (omisión de la Policía Aeronáutica). Se trata –dijo – de la idea objetiva de servicio que encuentra su fundamento en la aplicación, por vía subsidiaria, del art. 1112 del Cód. Civil.

Dicho servicio de seguridad y vigilancia, no fue debidamente cumplido, y, en consecuencia, atribuyó responsabilidad al Estado Nacional, no sobre la base de disposiciones de la Ley Nº 21.521, sino sobre la idea objetiva de "falta de servicio", que es un tema de derecho común, y que, conforme a precedentes del tribunal, encuentra su fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil.

Además, consideró, que el caso fortuito y la fuerza mayor requieren que el suceso sea imprevisible, o insuperable, o inevitable, es decir que la situación no sea, en definitiva, imputable a quien lo invoca a título de culpa, concluyendo que en la especie, conforme a las circunstancias analizadas, el robo no configuró un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor susceptible de liberar de responsabilidad.

Contra este pronunciamiento, el Estado Nacional y la empresa aérea interpusieron recurso extraordinario, los cuales fueron concedidos, y luego rechazados por el Máximo Tribunal, por mal concedidos.

- “Sykes, Violeta y otros c/ Banco Central de la República Argentina”⁴².

En esta causa se analizó la responsabilidad del Estado en la supuesta omisión de adoptar medidas con relación a una entidad financiera que estaba en una situación comprometida para seguir funcionando, lo que provocó perjuicios a los ahorristas.

El tema central del caso es la responsabilidad que le cabe al Banco Central de la República Argentina en el ejercicio del poder de policía financiero, en no haber dispuesto la revocación de la autorización para funcionar correspondiente a un banco en que las actoras habían realizado un depósito en dólares.

La Cámara entiende que “...si el Estado no fue el autor de un acto lesivo sólo le puede caber responsabilidad cuando esté obligado a impedir el daño: sólo tiene sentido su responsabilidad si incumplió su deber legal que le imponía obstar al evento lesivo. En estos casos, de conducta antijurídica por omisión, la responsabilidad tendrá base subjetiva, salvo que el propio derecho la regule como de responsabilidad objetiva. Lo contrario llevaría a resultados absurdos: la víctima de un asalto haría responsable al Estado por no haber cumplido con su control policial de seguridad. El Estado sería así un ente asegurador”.

⁴² Causa 8809, 1985 CNFCont.Adm, citada por Gambier en: “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad por omisión, a la luz de la jurisprudencia”. La Ley 1990-E-Sec. Doctrina, pág. 617.

Asimismo, "...en caso de que haya omisión de la accionada, ella será condición y no causa del daño. Condición porque es un evento que no ocurrió, y que si hubiera ocurrido hubiera impedido el resultado lesivo; para que sea causa tiene que ser un factor que genere el daño. Sólo las características de la omisión de la demandada –negligencia o impericia (culpa) o dolo – indicarán si hubo o no responsabilidad. Estamos, pues, ante una responsabilidad subjetiva, y es que la responsabilidad derivada de la teoría del riesgo creado presupone una acción positiva del Estado que coloca al particular en riesgo, y no de una omisión”.

Dentro de esta estructura de análisis, se concluye que la conducta del Banco central no fue negligente ni dolosa, sino que se ejerció en el marco de sus facultades discrecionales y se rechazó la demanda.

Se ha cuestionado este decisorio sobre la base de entender que el acto ilícito positivo o negativo, la acción y la omisión se deben regir por los mismos principios, y no considerando que la responsabilidad por comisión es objetiva y por omisión subjetiva.

Lo relevante será la determinación de la existencia de un deber de actuar.

- **“Clara Marta Gothelf c/ Provincia de Santa Fe”**, del 10 de abril de 2003.43

Se demandó por daños y perjuicios al Estado provincial por el apuñalamiento del marido de la actora en la Unidad Carcelaria N° 1 de Coronda. La Corte sostuvo que la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del art. 18 de la Constitución Nacional, la de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas de control penitenciario. Por lo tanto, corresponde responsabilizar a la provincia por la muerte de un recluso, si el sumario pertinente concluyó en la aplicación de sanciones a los agentes penitenciarios por pérdida de control directo, pues el comportamiento de sus dependientes importa la omisión de

43 Fallos 326:1268.

los deberes primarios de la misma y constituye una irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad.

- **“Antonio Rafael Cebollero y otros c/ Provincia de Córdoba”** del 11 de junio de 2003.⁴⁴

Se demandó daños y perjuicios a la provincia por la existencia de grandes pozos en la ruta provincial 4 que ocasionaron la pérdida de control del vehículo y el desvío hacia la banquina dando varios tumbos. El fallo sostuvo que: “...en el precedente de fallos: 315:2834, la Corte ha señalado que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos; de ahí que la demandada debió adoptar las elementales medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios del estado peligroso de la ruta”. (Considerando 4º)

Entonces, si las condiciones de la ruta provincial condujeron a crear un riesgo imprevisible para el conductor, aparece como manifiesta la responsabilidad por omisión del Estado provincial, que tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del mismo.

- **“Menéndez S.A. c/ Banco Central de la República Argentina”**⁴⁵.

Del mismo modo que en Sykes, la Cámara entendió que el Estado debe responder por un acto lesivo ajeno cuando está obligado a impedir el daño y, que en tal supuesto es menester que exista culpa o dolo en tanto el derecho no exija una responsabilidad objetiva. Nuevamente se expresa que ante el ejercicio de facultades discrecionales no nace la responsabilidad, en tanto no se juzgue tal ejercicio como arbitrario.

- **“Vargas, Pablo c/ Club Náutico Acoja. Daños y perjuicios”**, del 23 de febrero de 2000.

⁴⁴ Fallos 326:1910.

⁴⁵ La Ley 1990-D-413. sentencia de la Cámara Fed. Cont. Adm.

Se demandó por la muerte de un menor que cayó en una laguna que se había formado por una excavación realizada por el demandado y autorizada por la municipalidad de Tigre. El demandado estaba obligado a la construcción de un cerco perimetral, y esta obligación no fue controlada en su realización por el Estado municipal. Por lo tanto, este último es responsable, pues “no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población”.

- **“Santarelli, Vicente y otros c/ Departamento General de Irrigación”⁴⁶.**

Los demandantes iniciaron una demanda de daños y perjuicios derivados de una inundación de su propiedad, producida por las deficiencias en el mantenimiento de canales de desagüe.

La Suprema Corte de Mendoza consideró que la obligación de mantener los cauces limpios pertenecía al Departamento demandado, ello de conformidad con los arts. 187 y 189 bis de la Constitución provincial. Sostuvo que “...si la Dirección General de Irrigación es guardián, porque la Constitución y la ley le otorgan el control sobre estos cauces, mal puede decirse que no tiene obligación respecto de su limpieza, pues ese deber deriva del más amplio de conservar y cuidar la cosa para que no provoque daños”.

La diferencia de este caso con el caso “Torres” ya comentado estriba en que en este último la omisión imputable al Estado era la realización de grandes y costosas obras, en tanto que aquí la obligación derivaba de mantener en buen estado las obras existentes.

- **“Lanati, Marta N. y otros c/ Dirección Nacional de Vialidad”⁴⁷.**

Los actores demandaron a la entidad autárquica por los daños sufridos en un accidente en una ruta provincial al que atribuyeron como causa, la falta de

⁴⁶ Suprema Corte de Mendoza, 1991, La Ley 1991-E-210
⁴⁷ C.S.J.N. 2 de julio de 1991, en La Ley 1992-A-201.

una adecuada señalización que advirtiera sobre el grave deterioro de la ruta en esa zona.

El juez de Grado hizo lugar a la demanda, la que fue rechazada por la Cámara.

El Alto Tribunal revocó la decisión del “a quo” en la inteligencia que la responsabilidad por omisión surgía del incumplimiento del deber (obligación jurídica y no mera directiva) de conservar y vigilar el estado de la ruta.

El ministro Barra, por su voto, agregó que administración pública está obligada a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, a través de una entidad descentralizada, “...cuyo principal cometido es proveer y promover el bienestar general, deber que también ha de pesar, es oportuno ahora recordarlo, a sus concesionarios delegados en los cometidos y responsabilidades propias de la administración concedente”.

- **“Coco, Fabián Alejandro c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, del 29 de Junio de 2004.48**

Durante un vuelo en una aeronave rentada en Quilmes, el actor perdió la mano y demanda por la omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad a la Nación, la Provincia y la Municipalidad. La corte sostuvo en el presente caso: “que la responsabilidad de la Prefectura surge de la omisión del deber de seguridad que le imponía el ámbito jurisdiccional en el cual operaba el aparato. El organismo tenía pleno conocimiento de las actividades...”. En el caso de la municipalidad y la Provincia de Buenos Aires, se las exoneró por no tener intervención directa en el asunto.

2. La omisión estatal y el deber de seguridad:

- **“Compañía de Gas de Rosario c/ Provincia de Santa Fe”⁴⁹.**

48 Revista La Ley 2004-F, 885, con nota de Folchi, Mario, “Temas importantes de Derecho Aeronáutico”.

49 Fallos 124:315.

La empresa actora demandó a la Provincia por los daños sufridos por la destrucción de faroles y otros elementos de alumbrado por parte de obreros amotinados en ocasión de una huelga general. Fundó la demanda, en lo que concierne a la materia en análisis, en una ordenanza de la Municipalidad de Rosario por la que ésta por sí o requiriendo el auxilio de la policía provincial haría vigilar los artefactos de la empresa destinados al alumbrado público; y, por otra parte, en la responsabilidad por omisión del Estado al no haber la legislatura dictado una ley de presupuesto con provisiones suficientes para la existencia de policía en las proporciones requeridas.

Destaca el Alto Tribunal por una parte, la inexistencia de norma que imponga la obligación de hacer a la provincia, y, por la otra, que la prestación del servicio de seguridad policial había sido realizado con razonabilidad, calificando los hechos acaecidos como caso fortuito.

En efecto, en esa oportunidad se dijo que "...la provincia de Santa Fe no ha omitido en la medida de sus recursos y circunstancias los servicios de seguridad y garantía de la empresa actora, afectada por un hecho que según lo reconoce el propio demandante, asumió los caracteres de una huelga general revolucionaria (...) es el caso fortuito sobre el que legislan los arts. 513 y 514 del Código Civil, esto es, el acontecimiento imprevisto y que, aún previsto no ha podido evitarse, pues de las constancias de autos resulta evidente que la provincia de Santa Fe ha hecho todo cuanto era compatible con las circunstancias anormales creadas por esa huelga para evitar los excesos como los que fundan esta demanda...".

- **"Morales, Restituto c/ Club Atlético Vélez Sarsfield"**⁵⁰.

En este caso se condenó a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por las lesiones sufridas por un espectador de un partido de fútbol como consecuencia de haber sido alcanzado por el disparo de un arma de fuego. Se atribuyó responsabilidad en forma exclusiva a la comuna por haber

⁵⁰ La Ley 1981-B-523, con comentario de Llambías, Jorge J.

efectos personales, privación de libertad, lucro cesante y perjuicios psíquicos y físicos, sobre la base de considerar, entre otros argumentos, que el estado Argentino no tomó la decisión de evacuarlos ni intentó hacerlo, fuera de las zonas de las hostilidades.

El juez de Grado rechazó la acción y lo propio hizo la Cámara.

Para así decidir, el tribunal hizo mérito de la circunstancia que "...no procede responsabilizar al Estado por los daños que no son consecuencia de su obrar (...) lo contrario extendería sin límite el deber de indemnizar todo daño injusto que el Estado no pudiera evitar por insuficiencia de medios, cargando con la obligación sobre un erario cuya grave penuria se corresponde con dicha insuficiencia y eliminando tajantemente el riesgo empresario de aceptar encomiendas en territorios irredentos; posibilidad ajena al derecho, cuyos límites están fijados por la realidad de cada tiempo y país, que la ley puede concurrir a transformar, pero no a preterir". Tawil manifiesta su concordancia con la resolución del caso, en líneas generales y agrega que "...el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal exige entre otros presupuestos la acreditación de una relación o nexo causal (...) directa, inmediata y también exclusiva entre la conducta cuestionada y el perjuicio reparable de modo tal que conforme al curso natural y común de las cosas, la primera resulte idónea para producir el daño cuya reparación se pretende".

3. La omisión y las actividades prestacionales del Estado:

- **El caso "Torres"⁵⁵.**

Se trataba de una demanda de daños y perjuicios originados por una crecida que arrasó la defensa aluvional –considerada insuficiente– que había sido construida por la Provincia de Mendoza, como consecuencia de ella, fueron destruidos plantíos y otros bienes del actor.

⁵⁵ La Ley 1989-C-511. S.C. Mendoza, abril, 1989.

El actor fundó su demanda en el artículo 128 de la Constitución provincial que impone al Estado la vigilancia y seguridad del territorio y sus habitantes; en la falta de servicio, y en los artículos 1109 y 1112 del Código Civil. Obtuvo sentencia favorable en la Primera Instancia, la que fue confirmada por la Cámara.

El Superior Tribunal, con voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci consideró que la procedencia o no de la acción dependía de determinar la existencia en el caso de una omisión antijurídica.

En lo que respecta a la normativa aplicable, el Tribunal recurre al art. 1074 del Cód. Civil, partiendo de la base que analizará el caso desde la órbita de la integridad del sistema normativo.

Destaca que en el caso no se trata de una obra hidráulica que haya perjudicado al actor, sino antes bien, se le imputa al demandado una omisión en la realización de grandes obras. Refiere el art. 1074, adhiriendo a la postura según la cual la norma sólo comprende los ilícitos por omisión simple, y no los de comisión por omisión.

Por su parte, y a los efectos de caracterizar la omisión, el fallo hace suya cierta doctrina italiana para la cual el ilícito omisivo no responde al principio del "*neminem laedere*", lo que no significa que se requiera una omisión típica, a la manera del delito penal. Lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar; esa obligación no es menester que sea expresa sino que alcanza con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa;
- b) La necesidad material en actuar para tutelar un interés;
- c) La proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

Sostiene el tribunal que del artículo de la Constitución provincial no puede deducirse la obligación legal de efectuar las obras hidráulicas, por ser ésta una norma genérica que legitima el ejercicio del poder de policía y la policía

de aguas, pero de ningún modo impone específicamente al Estado la obligación de construir efectivamente las defensas aluvionales necesarias para asegurar los bienes de todos los habitantes.

Sin embargo, razona el sentenciante que la inexistencia de norma expresa no invalidaría el nacimiento de responsabilidad estatal si se cumplieran los recaudos antes enunciados. En este sentido, entiende que está presente el segundo de los requisitos.

Con respecto al primero y al tercero, se expresa que el interés del actor no es cualitativamente relevante (por no tratarse del derecho a la salud y a la vida sino exclusivamente un derecho de carácter patrimonial).

De ello se desprende, a criterio del Tribunal, que, por tratarse de intereses puramente patrimoniales de ambas partes, declarar que existe omisión antijurídica exige demostrar la existencia de intereses cuantitativamente superiores. Esta circunstancia resulta desvirtuada por el Estado provincial, para quien la realización de las obras resulta más costoso que los bienes que protegería.

En consecuencia, frente a la inexistencia de norma expresa y al conflicto de intereses de igual naturaleza, el actor debió acreditar que la omisión era abusiva y, al no haberlo hecho, su planteo fue desestimado.⁵⁶

- **“Martelli, María c/ Municipalidad de San Fernando”⁵⁷.**

La actora interpone una acción de amparo contra el citado municipio, requiriendo el restablecimiento del servicio de agua potable que la accionada provee mediante la entrega diaria con camiones cisternas.

El juez de primera instancia declaró procedente la acción intentada e hizo lugar a la medida con fundamento en las garantías que surgen de normas constitucionales y pactos internacionales.

La Cámara revocó el fallo por entender que no existía obligación de la Municipalidad de prestar el servicio, que estaba a cargo de Obras Sanitarias de la Nación. En consecuencia, la ausencia de norma expresa que reglamente la prestación impide y no surgiendo que la prestación asistencial

⁵⁶ CASSAGNE, “Responsabilidad del Estado por omisión). La Ley 1989-C-512.

⁵⁷ ED 137:821

no fuera cumplida se concluye que es facultad discrecional de la autoridad adaptar el suministro de agua potable a sus reales posibilidades de cumplimiento, no pudiendo someterse a revisión judicial tal desempeño, ni el acierto o error con que tales funciones propias son llevadas a cabo.

• **“Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social”⁵⁸.**

La actora promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, a los efectos que el Estado ejecutase la totalidad de las medidas necesarias para completar la producción de la vacuna “Candid I”, contra la fiebre hemorrágica argentina; asimismo, se demandó el inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el virus.

La Cámara hace lugar a la medida partiendo del objetivo preambular de promover el bienestar general y la justicia social, lo que definió como “ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”.

Entiende el tribunal que la declaración de derechos de nuestra Constitución Nacional “...es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas”.

Resulta interesante destacar lo dicho en materia de responsabilidad estatal para con los ciudadanos, en punto a que “Cuando en un caso determinado no está previsto –por razones de conveniencia económica o interés comercial – que las personas o instituciones privadas atiendan a la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad”.

El decisorio, reviste particular importancia para el tema en análisis, desde que, si bien no se trata de una indemnización por daños en la que se reconoce la responsabilidad del Estado, deja en claro una vez más que el problema de

⁵⁸ La Ley 1998-F-304. Cám. Nac. en lo Contenc. Adm. Fed. Sala IV, junio 1998.

la responsabilidad estatal se conecta inexorablemente con los roles que le asignan al estado. Así, en el caso, la demanda se satisfacía antes que con la declaración de responsabilidad en el caso concreto, con una actividad prestacional a cargo del Estado.

Es como si los jueces hubieran dictado la sentencia sobre la base de un pacto preexistente entre los gobernantes y la sociedad (...) el Estado debe cumplir aquello a lo que quedó comprometido con la sociedad, circunstancia de la que, indudablemente, no se encuentran excluidos ninguno de sus órganos.

CAPÍTULO V

LA DOCTRINA:

Bajo este título, pretendo desarrollar algunos temas que han sido analizados y reflexionados por doctrina muy clasificada y especializada, directamente vinculados con el tema que constituye el objeto de este trabajo; así, por ejemplo, qué se entiende por “falta de servicio” como fundamento para atribuir responsabilidad al Estado; por otro lado, el poder de policía y sus límites; también, el análisis sobre la antijuridicidad de la omisión, y algunos otros temas trascendentes para entender la cuestión.

- *La omisión como un supuesto de “falta de servicio”:*

Cassagne⁵⁹, al comentar el caso “Torres” –ya citado –, entiende que la determinación de una conducta exigible por el administrado constituye la médula de la configuración de la omisión antijurídica, y, de suyo, la posibilidad de encuadrar el caso en la falta de servicio. Señala este autor la diferencia existente entre el mero deber administrativo, que opera en dirección genérica, donde los particulares disponen –a lo sumo – de un poder destinado a garantizar su cumplimiento sin derecho a exigirlo directamente (v.gr. mediante la solicitud de sanciones administrativas y políticas), y la obligación que traduce el poder jurídico del particular orientado a exigir en forma directa dicho cumplimiento.

⁵⁹ CASSAGNE, op. cit., pág.512

En la misma línea de pensamiento, Beltrán Gambier postula que "...no debe caerse en excesos a la hora de responsabilizar al Estado pero tampoco deben dejarse sin protección determinados supuestos fácticos generadores de responsabilidad.⁶⁰

Bajo la premisa antes expuesta, analiza el autor en consulta que si bien es cierto que el Estado tiene a su cargo la prestación a los ciudadanos de salud, defensa, seguridad, educación, entre otros cometidos que –a juicio de Gambier son consecuencia de la intervención estatal en la economía –, ello no significa que la no consecución de esos fines, incluso aparejando daños a los particulares, nos coloquen frente a supuestos de responsabilidad estatal.

Trayendo la clásica distinción entre obligaciones de medios y de resultados, sintetiza Gambier que "...el Estado debe disponer los medios para proteger a los ciudadanos (...) pero de ningún modo puede garantizarse a éstos el resultado..."

En cuanto a su encuadre jurídico, estima que a la omisión generadora de responsabilidad estatal debe darse el mismo tratamiento que a la falta de servicio, y, en punto a ello, analizar caso por caso si se ha cumplido de manera irregular con los deberes legales.

- *Poder de Policía y omisión:*

La omisión guarda, por su parte, estrecha relación con la institución del poder de policía. En este sentido, se ha dicho que: "Toda vez que la Administración debe ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos que lo requieren, cuando aparece omitido, o ejercido en forma insuficiente, excesiva o abusiva, esa falta o mal ejercicio hace encuadrar la conducta de sus agentes dentro del campo de la ilicitud".⁶¹

Partiendo de la base que la función de policía se debe cumplir obligatoriamente ya que no se trata de una facultad acordada por la ley, el autor considera que entre los presupuestos de la responsabilidad debe hacerse especial hincapié en la relación de causalidad, de suerte de poder demostrarse que la abstención estatal ha actuado como factor eficiente de la consumación del resultado final.

Ahora bien, ¿qué se entiende por poder de policía?

Si bien es cierto que el Estado tiene a su cargo, por ejemplo, la seguridad de los ciudadanos, su educación, la preservación de la salud, la defensa de la Nación, ello no

60 GAMBIER, Beltrán. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión...". La Ley 1990-E Sec. Doctrina, pág. 617.

61 LOPEZ CABANA, Roberto M. "Responsabilidad civil del Estado derivada del ejercicio del poder de policía". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 747 y ss.

significa que la no consecución de esos fines, incluso aparejando con ello daños a los particulares, nos coloquen frente a supuestos de responsabilidad estatal. De esta forma, sería probable que alguien pretenda responsabilizar al Estado porque fue víctima de un robo por la deficiente prestación del servicio público de seguridad.

La doctrina ha determinado que el "poder de policía" es una potestad atribuida por la Constitución al órgano o poder legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes.

La noción de "policía" aparece en Francia a principios del siglo XV, pasando luego a Alemania a fines del siglo; la expresión "poder de policía" es de creación moderna, pues aparece en 1827 en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norte América, a través de una sentencia del Juez Marshall, quien en su voto se refirió al "police power".

El trabajo del Dr. Bustamante Alsina, en un comentario especial para la revista *La Ley* elabora un reproche al criterio con que los Ministros de la Corte resolvieron un conflicto que perseguía el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por la muerte de una persona que conducía un automóvil en la ruta provincial N° 36, hecho que se precipitó al colacionar su vehículo con un caballo suelto que se hallaba en la ruta.

La familia del muerto inició acción promoviendo la acción contra la Provincia de Buenos Aires, de cuyo estado depende la Policía local que tenía a su cargo la vigilancia del tránsito en las rutas que atraviesan el territorio provincial, fundando su derecho en las normas relativas a los hechos ilícitos atribuyendo la responsabilidad a la provincia demandada por la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales que le incumbe.

La provincia opone excepción de falta de legitimidad para obrar por entender que al no ser dueña ni guardiana del animal que ocasionó el daño no debe responder por éste.

La Corte admite la excepción y considerando "Que el poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos dependientes tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad genera orden en la prevención de los delitos, pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos por su intervención directa".

El autor plantea que en el derecho administrativo el concepto de policía designa el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el

orden público y garantizar la integridad física de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva.

Y que en el ejercicio de ese poder la Constitución limita la libertad individual hasta donde sea necesario para mantener el orden público o sea hasta donde lo dispongan las reglas establecidas para preservar la seguridad de las personas y de los bienes y la integridad física y moral de todos los habitantes.

Por lo tanto el poder de policía se encuentra instituido para el bien común constituyendo un atributo irrenunciable del Estado. Siendo una función esencial que la autoridad pública tiene el deber de ejercer para que se cumplan aquellos objetivos. Si, como en el caso comentado, se trata del ejercicio del poder de policía en orden a la seguridad de las personas en el tránsito por las rutas del país, ese poder consiste en la vigilancia y custodia de ellas, imponiendo a sus reglamentos todas las restricciones a la libertad de circulación que sean necesarias para lograr esa finalidad de bien común.

Por ello el razonamiento de Alsina Bustamante es que si “Esa actividad del Estado no solamente es lícita sino que su ejercicio constituye un deber implícito en la constitución y explícito en las respectivas leyes orgánicas de la policía provinciales. De allí que el incumplimiento de ese deber, omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en lícita esa abstención. El daño que resulte para terceros de aquellas omisiones, responsabiliza al agente u órgano del Estado que no lo cumplió, su deber absteniéndose de ejercer la vigilancia y custodia de las rutas para que se observen los reglamentos de seguridad del tránsito”

Una posición diversa es la sostenida por el Doctor Marienhoff, en la obra cita infinidad de veces, en ella estima que fue bien desestimada por los Magistrados de la Corte, aunque no comparte los argumentos expresados por los mismos.

Con respecto al poder de policía su posición se orienta en que “no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud.” Y para sostener su tesis argumenta que “Estos aspectos dependen ya sea del lugar, del objeto o índole de la actividad o de las personas; en fin depende de las circunstancias específicas del caso”.

Por ello cuando el poder de policía sobre las vías públicas se refiera a la vigilancia de las mismas para afianzar la seguridad de los viajeros, no debe ser ejercitada con la misma intensidad. De esta forma tratándose de carreteras que unen y atraviesan poblaciones separadas por extensas zonas rurales, el poder de policía es menos intenso en las partes en que tales caminos atraviesan zonas rurales donde el movimiento normal justifica en estas secciones que la vigilancia sea menos atenuada, mientras se necesitara

una vigilancia más rigurosa cuando la carretera atraviesa la zona urbana. Por ello "Si bien es razonable pretender que el Estado impida que animales sueltos penetren en la carretera y causen daños al colisionar con automotores que circulen en esa parte de la vía pública, no sería razonable pretender que el Estado, a lo largo de la carretera, en plena zona rural, también deba impedir que animales sueltos accedan a la carretera y provoquen esos daños".

Y prosigue sosteniendo que responsabilizar al Estado por las consecuencias de que un caballo acceda a una carretera y embista a un automotor, en plena zona rural de un extenso país como el nuestro, sería inapropiado. Quizás en un ambiente rural europeo la solución podrá ser distinta. "En nuestro país tal solución sería antijurídica: trataría de la adopción y aplicación de un derecho ajeno a los hechos, de un derecho no querido por éstos y ajeno a los mismos".

Al llegar a esta etapa del ensayo corresponde expresar mi humilde opinión al respecto, considerando lo expuesto por los autores y mi sentido común me llevan a reflexionar de la siguiente forma, el único modo de impedir los accidentes ocurridos por animales sueltos en la vía pública sería hacer vallados a lo largo de toda la ruta, distinguiendo así entre qué es el debido cuidado y mantenimiento de autopistas urbanas y de rutas rurales. A la inversa, parece igualmente claro que el accidente emergente de un mal estado de la ruta es responsabilidad exclusiva del Estado o concesionario. A ello es equiparable la falta de iluminación adecuada a lo largo de la autopista, de divisoria entre ambas manos, de control suficiente y adecuado del tránsito, de seguridad en zonas que lo requieren, etc., de modo tal que la autopista esté construida y funcionando según las reglas del arte.

Con acierto el Doctor Gordillo sujeta, en su tratado, que la responsabilidad estatal existirá si el animal está muerto; o había un animal suelto, le avisaron y no hizo nada; o cuando el accidente se produce por un mal mantenimiento de la ruta o autopista (CN. Civ., Sala F. LL. 1992-D-194).

Cuando la autopista atraviesa zonas de riesgo, donde de hecho los vallados existen, es responsabilidad del Estado no solamente construir sino también mantener y custodiar el vallado y el lugar, lo que de hecho puede efectuarse abonando en su caso un servicio adicional de seguridad a la fuerza policial.

La omisión constituye un defectuoso cumplimiento de sus obligaciones que debe generar responsabilidad, si existe causalidad directa o concurrente de tales infracciones que generan un accidente en la autopista o ruta. La víctima que maneja correctamente

tiende derecho a que el Estado haga lo razonable para que exista una igual conducta de los demás usuarios.

La importancia del valor en juego, que más que la responsabilidad civil ulterior es la prevención de la pérdida de vidas humanas, justifica que esta carga preventiva y de control recaiga en el Estado; además, desde luego, de la responsabilidad del conductor que manejaba culposamente.

- *La antijuridicidad de la omisión:*

Interesante aporte para la definición de “omisión antijurídica” efectúa Tawil⁶², al entender que el alcance que debe atribuirse a la exigencia de la existencia de una obligación legal de actuar tiene, como hipótesis de mínima a toda ley en sentido material, que en virtud del principio de legalidad, atribuya competencia a órganos a entes estatales.

En efecto, continúa desarrollando Tawil, “...si el ejercicio de la competencia atribuida de ese modo constituye una obligación para los sujetos mencionados, su incumplimiento debe ser calificado como objetivamente antijurídico y apto para generar –en caso de existir una relación de causalidad adecuada entre la conducta esperada y el daño producido – la responsabilidad estatal. (...) el Estado dependerá necesariamente para obrar, de la atribución previa de potestades, sean éstas regladas o discrecionales”.

El problema que enfrenta la determinación de la antijuridicidad por omisión en función de las reglas de la competencia es el de la llamada normas genéricas. El inconveniente consiste en dilucidar si la norma en cuestión atribuye efectivamente la competencia cuya falta de ejercicio podría derivar en responsabilidad estatal, o, por el contrario, se trata de una norma genérica destinada a plasmar, en el ordenamiento jurídico, ciertos objetivos o aspiraciones políticas frente a cuyo incumplimiento los ciudadanos carecen, en principio, de remedios para obtener su cumplimiento.⁶³

En la categoría de normas genéricas, el autor en cita incluye los artículos 14 bis y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional. Para justificar tal clasificación, se plantea “...imaginar, aunque sea por un instante, la magnitud de la deuda que (...) arrastraría el Estado por no haber podido asegurar a la población retribuciones justas, viviendas dignas, prosperidad, adelanto o ilustración”.

⁶² TAWIL, Guido S. op. cit., pág. 367.

⁶³ TAWIL, Guido S. op. cit., pág. 368.

Concordantemente con lo expuesto, concluye Tawil en que “No es de extrañar que en temas tales como la responsabilidad del Estado –donde la resolución de las causas se encuentra íntimamente vinculada a factores económicos, políticos o sociológicos ajenos a la materia jurídica – la jurisprudencia nacional y extranjera evite, como regla, incurrir en generalizaciones exageradas que actúen en detrimento de una razonable *flexibilidad judicial*”.⁶⁴

- *La omisión y la discrecionalidad administrativa:*

Si la discrecionalidad administrativa puede ser definida como el margen de apreciación concreto del interés público que tiene la Administración, y, se manifiesta en una comparación entre ese fin de bien público y los medios elegidos para alcanzarlo, parecería que en el ámbito de lo prestacional, que es el que más comúnmente hace nacer la responsabilidad del Estado por omisión, la ponderación discrecional de la medida adoptada excluye la posibilidad de responsabilizar al Estado.

Sin embargo, la negativa a cumplir las prestaciones debidas en forma imperiosa y permanente por supuestas facultades discrecionales importa transformar la discrecionalidad administrativa en omisión irrazonable y arbitraria.

En consecuencia, si el Estado omite la ejecución de obras o prestaciones necesarias para prevenir daños personales o patrimoniales a los habitantes, debe reparar los perjuicios derivados.

- *El nuevo fundamento de la responsabilidad del Estado por omisión: Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.*

La Corte interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velásquez Rodríguez” (sentencia del 29 de junio de 1988) ha sostenido que:

“El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En

⁶⁴ TAWIL, Guido S. op. cit., pág. 373.

efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma convención.”

Como dice Bidart Campos, en la sentencia mencionada se puede leer que “...la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

Los artículos 1.1 y 2º. Del Pacto de San José de Costa Rica se constituyen en fundamento legal de la responsabilidad del Estado por omisión en el derecho interno argentino, y posteriormente, si esa responsabilidad fuese desconocida por los órganos jurisdiccionales del tratado internacional de derechos humanos.

La segunda cuestión que quiero plantear se refiere a la interrelación de los ordenamientos jurídicos internacionales y a la posible colisión de los mismos con el derecho interno. Ante esa colisión, la cuestión es determinar qué derecho prevalece. Y eso se resuelve en función de la prevalencia de los órdenes públicos internacionales implicados.

Como he sostenido en otra oportunidad, tanto el preámbulo de la convención a Americana sobre Derechos Humanos, como reconoce y establece la Convención Europea (no debe olvidarse que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la causa “Loizidou c/ Turquía”, del 23 de marzo de 1995, consagró formalmente la noción de orden público europeo al calificar al Convenio Europeo de los Derechos Humanos como “instrumento constitucional del orden público europeo”), “...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...”. Ello significa el reconocimiento, y la aceptación de los países miembros, de que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales, y que no se obtienen por la pertenencia de la

persona humana a un determinado Estado; estableciéndose, a su vez, una subordinación de esos Estados al sistema de protección de los derechos humanos previstos en la Convención. Tal declaración permite fundar el orden público de los derechos humanos que se antepone jerárquicamente al orden público interno de los Estados miembros y al orden público internacional emergente de los tratados entre las naciones.

Este conflicto de órdenes públicos establece, a su vez, un principio hermenéutico: el orden público internacional de los derechos humanos prevalece sobre cualquier otro orden público, inclusive sobre el internacional general.

Por lo tanto, el tercer elemento mencionado más arriba que conforma el concepto jurídico de inactividad, esto es, esos conceptos abiertos, variables y mutables, como son el propio interés público y la realidad sobre la que se define, cede a su vez ante la presencia de este cuarto elemento, que denominé provisionalmente como derecho prevalente, y que comprende tanto una faz cualitativa como cuantitativa. Ese derecho designa a los mencionados derechos fundamentales, con las consecuencias ya establecidas.

Por ello, reitero, en el actual régimen jurídico de la República Argentina, y para el caso específico de la omisión de ejercicio del poder de policía estatal, se puede sostener que tal omisión no genera responsabilidad, siempre y cuando no provoque la lesión de un derecho humano reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) y por la norma constitucional original.

CAPÍTULO VI

TEMAS ESPECÍFICOS:

A través de este capítulo, intentaré relacionar los conceptos vertidos en los acápites precedentes a casos en concreto, paradigmáticos, que pueden hacer nacer la responsabilidad por omisión.

Responsabilidad del Estado por omisión del poder de policía que debe ejercer la Superintendencia de Seguros:

Bajo este título trataremos de analizar, lo más brevemente posible, el poder de policía y la actividad de policía que ejerce el Estado en relación a la temática del seguro, para luego tratar de reflexionar acerca de la eventual responsabilidad patrimonial de aquél, frente a supuestos en que su actitud omisiva en el control de las aseguradoras pueda provocar perjuicios a los asegurados o a terceros en general, ante la insolvencia de las compañías de seguros.

Convencidos de que la Superintendencia de Seguros de la Nación cuenta con amplísimas potestades para ejercer sus competencias específicas, nos interesa ahondar en el análisis de la cuestión planteada frente a la realidad, de público conocimiento, de una gran cantidad de compañías de seguros que han sido o están siendo liquidadas, dejando tras de sí cuantiosos siniestros sin cobertura, los cuales deberán ser afrontados por el asegurado o implicarán que ante la imposibilidad de éste, queden sin cubrir, perjudicando al damnificado por el evento.

Tratándose de una actividad que recepta el ahorro de la población y se sustenta en la confianza pública, pues quien recurre a una aseguradora lo hace con el convencimiento que, llegado el caso, obtendrá el respaldo que contrata, se evidencia la necesidad que la actividad sea controlada por el Estado.

Es por ello que es de nuestro interés, adentrarnos en esta cuestión, tratando de analizar las aristas más relevantes que la misma presenta, para así exponer, al final, el criterio que proponemos para la ponderación de la eventual responsabilidad estatal por la omisión en el control de las aseguradoras por parte del ente de control específico creado a tal efecto.

a) La Superintendencia de Seguros de la Nación

Antecedentes. Nza. Jurídica: La SSN fue creada por el art. 150 de la Ley N° 11.672, reglamentada por el Decreto N° 23.350/39, la cual reglaba la materia hasta el dictado de la Ley 20.091.

Posteriormente, se dictó la Ley N°20.091, "De los Aseguradores y su control" 65, reglamentada por la Resolución N°21.523/92 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, para regir el ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en todo el territorio de la Nación.

Dicha ley contiene un capítulo específico relativo a la autoridad de control en la materia 66, disponiéndose en su art. 64° que "el control de todos los entes aseguradores se ejerce por la Superintendencia de Seguros de la Nación...".

Seguidamente, en relación a la naturaleza jurídica del ente de control, se establece que el mismo es una entidad autárquica con autonomía funcional y financiera, en jurisdicción del Ministerio de Economía y Finanzas 67, a cargo de un funcionario con el título de Superintendente de Seguros de la Nación, que es designado por el Poder Ejecutivo Nacional.

De tales caracteres con que fue creado el organismo de control, se desprende lo siguiente 68:

- a) En virtud de la autarquía, puede administrarse a sí mismo de acuerdo a la norma de su creación y ejercer sus atribuciones sin dependencia de un organismo administrativo superior. Encontrarse en el ámbito del Ministerio de Economía no implica una subordinación jerárquica con ese Ministerio, sin perjuicio que, en la práctica, la Administración Central le imparta directivas sobre política aseguradora.
- b) La autonomía, únicamente funcional y financiera, implica que se administra y gestiona conforme sus propias decisiones. La Superintendencia afronta su funcionamiento con recursos propios, que obtiene de las fuentes previstas en la Ley 20.091.

Acerca del ente de contralor y encontrándose vigente el régimen estatuido por la Ley N°11.672, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "la Superintendencia de Seguros de la Nación es una entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Economía, que tiene por función el control de los aseguradores en toda la República, en lo relacionado con su régimen económico y técnico, en salvaguardia de la fe pública..."

65 Publicada en el B.O. el 7/2/73, con vigencia a partir del 21/4/77.

66 Cap.II, Sección I.

67 La denominación actual del Ministerio es "Ministerio de Economía y producción".

68 PIEDECASAS, Miguel A., "Responsabilidad civil por la Liquidación de Empresas de seguros", 2002. Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 658, 659.

69. Luego, rigiendo ya la Ley N°20.091, tuvo ocasión de reiterar tales afirmaciones en los precedentes “Reaseguradora Argentina” 70y “Superintendencia de Seguros” 71.

Antes de entrar en el análisis específico de la cuestión debemos conceptuar a lo que se conoce como “Poder de Policía”.

Canda Fabián ha dicho que el Poder de Policía “es aquél ejercido por el Congreso de la Nación, por medio del dictado de leyes en sentido formal o, excepcionalmente por el Poder Ejecutivo por vía de reglamentos con rango de ley, cuyo objeto es la adecuada tutela de ciertos bienes jurídicos calificados por posibilitar la vigencia de otros derechos de los particulares, con fundamento en el Art. 14 de la CN y respetando el límite que surge del Art. 28 de ésta”⁷²

En consecuencia, de la definición puede derivarse y concluirse que el Estado ejerce el poder de policía en materia de seguros, a través de leyes dictadas por el Poder Legislativo, como la ley N°20.091, y asimismo, por el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto N°1251/97 antes mencionado, en tanto, la actividad de policía en la materia es llevada adelante por la Superintendencia de Seguros de la Nación, a través de la reglamentación de la ley citada efectuada por la Resolución 21.523/92, y los distintos actos administrativos que emite en ejercicio de las potestades reglamentaria, de control, fiscalización y sanción conferidas al organismo.

Ahora bien, al igual que el sistema bancario, el negocio del seguro supone una contratación en masa, mediante la utilización de contratos tipo formulario, con cláusulas predispuestas, que se sustenta en la confianza pública, pues las empresas de seguros acumulan grandes masas del ahorro de la población.

Una de las características del seguro es su mutualidad. Es decir, el asegurador debe agrupar los riesgos para reunir un fondo de primas que le permita cumplir con la prestación a la que se compromete. De esa manera, el seguro:

“Socializa los riesgos, pues la personas sometidas al mismo riesgo soportan, mediante el pago de las primas, los siniestros que sufren algunas de ellas”.

“Crea capitales, por la constitución de grandes reservas por los aseguradores para afrontar los pagos de las indemnizaciones, con las pequeñas sumas pagadas por primas, y que deben ser invertidas”.

69 CSJN, 1976, “Córdoba Compañía Argentina de Seguros S.A. c/ Nación Argentina s/ demanda Contencioso Administrativa” (consid. 3).

70 CSJN, 1990, “Reaseguradora Argentina S.A. c/ Estado Nacional”.

71 CSJN, 1994, “Superintendencia de Seguros de la Nación s/ situación económica financiera de La Concordia Compañía de Seguros S.A.”.

72 CANDA, Fabián O. “Régimen jurídico de la actividad de policía”, 2003 Ed. RAP, pág.134.

“Crea crédito, porque refuerza la garantía de los acreedores”⁷³.

En consecuencia, todo ello justifica la necesidad de que exista un riguroso control estatal sobre quienes receptan dicha confianza y fondos públicos, para el cumplimiento de un negocio que, como vimos, es muy ventajoso para la sociedad .

Se impone así, y como veremos así lo prevé la Ley N° 20.091, un seguimiento oportuno y estricto de la actividad de los aseguradores, en orden a que mantengan su capacidad técnica, económica y financiera, resultando así solventes durante toda su existencia, para poder afrontar las obligaciones asumidas.

La Superintendencia ejerce su competencia en relación a la actividad aseguradora desarrollada en todo el país, en forma exclusiva y excluyente.

Dicho control se limita a todos los aspectos concernientes al seguro de conformidad con las previsiones contenidas en la normativa específica, y se extiende desde antes que el asegurador comience a operar, interviniendo en la constitución de las compañías de seguros y reaseguros y en la aprobación de los estatutos sociales, hasta su definitiva finalización, con la liquidación de la entidad.

Potestades de la Superintendencia de Seguros y fines del control por parte del Estado.

La Superintendencia desarrolla esta fiscalización mediante una serie de medidas directas e indirectas⁷⁴:

1) Directamente mediante: a) la fijación de capitales mínimos; b) la aprobación de los planes y elementos técnicos y contractuales; c) la formación e inversión de las reservas técnicas; d) los planes de regularización y saneamiento por pérdidas en los capitales mínimos; e) el régimen de sanciones; y

2) Indirectamente mediante: a) el control de los balances; b) la aplicación de primas suficientes; c) la limitación del número de aseguradores de acuerdo a las necesidades del mercado; d) el régimen del reaseguro.

En cuanto a los fines del control por parte del Estado encontramos los siguientes:

⁷³ HALPERÍN, Isaac, “Seguros”, .ª edición actualizada y ampliada, ed, De Palma, 2001, pág. 23.

⁷⁴ Enumeradas en Halperin, I. y Morando, J.C.F. *Seguros Exposición Crítica de las Leyes 17418 y 20091*, T. I, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1983, págs. 102 y ss.

1) Dado que el asegurador recibe una masa de capitales que debe invertir y reservar para afrontar sus obligaciones, el fin del control del Estado en este aspecto es velar por la capacitación económico – financiera del asegurador para cumplir con sus obligaciones existentes y eventuales hacia los asegurados.

2) Por otra parte, al utilizarse en el negocio del seguro la técnica de los contratos tipo o formularios, el Estado debe procurar la defensa del asegurado, controlando que existan condiciones equitativas de póliza, precios adecuados a los riesgos asumidos y cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas por parte del asegurador.

b) Responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación por omisión en el control de las aseguradoras:

La cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión en el control de las aseguradoras por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación, ha motivado varios trabajos de parte de autores especializados, en su mayoría, en seguros y en responsabilidad civil.

En esta parte de nuestro trabajo, repasaremos los fallos más importantes sobre la materia –por cierto escasos-, las posiciones sostenidas por tales autores y, por último, daremos nuestra opinión sobre el tema.

c) Jurisprudencia:

- “Sorba, Luis Esteban c/ Superintendencia de Seguros de la Nación y Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”⁷⁵:

El actor, así como sus abogados, reclamaron al estado Nacional y a la Superintendencia el pago de los daños y perjuicios producidos a los mismos, como consecuencia de no poder cobrar la indemnización y los honorarios, respectivamente, correspondientes a otro proceso en el que reclamaron el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Sr. Sorba por un accidente de tránsito en el que falleciera su hijo. Ello por cuanto la aseguradora Olimpia Compañía Argentina de Seguros S.A. no hizo frente a tales créditos, por haberse ordenado a su respecto la revocación de la autorización para operar en seguros y su disolución automática, asumiendo la Superintendencia la liquidación forzosa de la compañía.

⁷⁵ El fallo de 1ª instancia (Jdo Federal N°2 de Mar del Plata) fue dictado con fecha 6/3/98, el del tribunal de alzada (Cám. Fed. de Mar del Plata) con fecha 2/3/00 y el de la CSJN, con fecha 24/6/04.

Es importante señalar que fundaron su reclamo al Estado y a la Superintendencia, en el art. 1113 del Código Civil, alegando la función de garantía y solidaridad social que cumple el seguro.

En primera instancia les fue rechazada la demanda, con sustento en que de la Ley 20.091 no se derivaba la función de garantía y solidaridad que invocaban los actores, y en que no se había imputado ni al Estado ni a la Superintendencia culpa o negligencia en su actividad, ni ejercicio irregular de sus funciones.

En Cámara, se revocó el fallo del a quo y se hizo lugar a la demanda, por entender (vía aplicación de la regla *iura novit curia*) que se configuraba la responsabilidad de la Superintendencia y del Estado, al existir una falta de servicio por parte del organismo estatal, invocándose el art. 1112 del Código civil y, asimismo, una omisión imputable al Estado, pues, con fundamento en el art. 1074 del Código Civil, se verificaba un deber de actuación y una obligación legal en cabeza del ente de control, que había sido incumplida. Al respecto, juzgó que el art. 31 de la Ley 20.091, que regula el supuesto de déficit de capital mínimo, le imponía imperativamente una actuación determinada que fue desoída.

A su turno, el Alto Tribunal dejó sin efecto el pronunciamiento de la alzada, haciendo suyas las afirmaciones del Procurador General de la Nación, con sustento en que con el pretexto de aplicar la regla procesal de *iura novit curia*, se habían modificado los términos de la demanda, afectándose así el principio de congruencia y, por ende, el derecho de defensa de los demandados. Ello pues, la originaria pretensión se basaba en la responsabilidad de la Superintendencia como garante de la relación entre asegurado y aseguradora, en tanto el fallo fundó tal responsabilidad en el accionar ilícito u omisivo en el ejercicio del poder de policía sobre las entidades aseguradoras.

La resolución de la Cámara ha sido elogiada por STIGLITZ y COMPIANI⁷⁶, quienes señalaron que “El reconocimiento de la protección jurisdiccional a estos sujetos importa la adecuada protección de sus intereses económicos ante la frustración de su derecho al cobro de la indemnización debida por la aseguradora, como consecuencia del irregular ejercicio del poder de policía por parte de la autoridad administrativa de control”.

76 STIGLITZ, Rubén S. y COMPIANI, M. Fabiana. “La responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del poder de policía: su recepción jurisprudencial en materia de control de las compañías aseguradoras”, en *Rev. De resp. Civil y seguros*. Ed. La Ley, Año II, N° III, mayo-junio 200, Págs. 78 y ss., citado por PIEDECASAS...op. cit., pág. 710.

Por nuestra parte, si bien compartimos el análisis fáctico y jurídico que efectúa el tribunal de Alzada, en tanto ubica el fundamento normativo de la responsabilidad estatal en la noción de falta de servicio –sin perjuicio que también analiza la procedencia de la responsabilidad estatal a la luz del art. 1074 del Código Civil- y tiene en cuenta que el enorme tiempo transcurrido desde que se detectó el déficit de capital mínimo hasta que se revocó la autorización para operar de la aseguradora, creemos que, al igual que lo hace la Corte Suprema, la regla procesal de *iura novit curia* no alcanza para facultar al juez a corregir los defectos de la demanda transformando en otra la pretensión, con lo cual, todo lo demás que se analice quedará limitado al campo doctrinario.

- “Compañía de Transportes Río de la Plata S.A. c/ E.N. (M° de Economía - Secretaría de Hacienda y otro s/ Daños y perjuicios” 77:

La actora accionó contra el Estado y la Superintendencia, a fin de reclamar los daños y perjuicios padecidos con motivo de la insolvencia de la aseguradora con la que había contratado determinadas pólizas (Previsión del Hogar cooperativa de Seguros Limitada). Imputó al ente el ejercicio tardío de sus facultades de control, lo cual permitió el vaciamiento de la aseguradora con anterioridad a su liquidación.

En primera instancia se le rechazó la demanda, confirmándose dicho pronunciamiento en la Alzada.

Este último tribunal, consideró que la apelación no cumplía con los requisitos exigidos por el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no obstante lo cual sostuvo que no se probó en el caso, la relación de causalidad entre la omisión del órgano y el daño, ni tampoco se acreditó ni individualizó de modo concreto, cómo se produjo el ejercicio irregular de la función estatal. Debíó puntualizarse, en el criterio del Tribunal, qué comportamientos importaron omisión o imprudencia en la adopción de medidas que en ejercicio de la policía de control le correspondía legalmente adoptar.

d) La posición de la doctrina específica.

Como adelantáramos, la temática tratada en el presente trabajo ha sido analizada por distintos autores con especialidad, mayormente, en seguros o en responsabilidad civil, en trabajos muchos de ellos enjundiosos y profundos.

77 CNACAF, Sala II, 1/6/00.

La mayoría de dicha doctrina coincide en calificar la responsabilidad estatal presente en este supuesto, como objetiva, directa y con fundamento en la noción de falta de servicio (Halperín, Piedecasas, Stiglitz, etc.).

Otros autores, adoptan una posición subjetiva y, en consecuencia, toman como factor de atribución a la culpa (Schiavo, Correa, etc.).

Ahora bien, en varios de dichos trabajos puede verse claramente, como idea fuerza que guía el análisis de la procedencia de la responsabilidad estatal en este supuesto, la concepción de que el Estado garantiza la solvencia de las aseguradoras.

En ese sentido, se ha afirmado que "El Estado asume, por tanto, una obligación jurídica de garantía que asegura el correcto funcionamiento de todo el sistema asegurativo, a fin de no frustrar la efectiva reparación de los damnificados para el caso de una eventual insolvencia de la empresa aseguradora". Ello con sustento en las amplias atribuciones de la Superintendencia, su idoneidad técnica y que ejerce un control exclusivo y excluyente sobre las entidades de seguros.

No obstante ello, coinciden todos en que la clave para resolver el planteo en análisis finca en determinar si existe o no, y en su caso en qué supuestos, una obligación legal de actuar por parte del ente de control.

Al respecto, luego de analizar detenidamente las potestades que el ordenamiento confiere a la Superintendencia de Seguros, STIGLITZ sostiene que la omisión de ejercer las mismas, importa la configuración de una falta de servicio, la cual se desprende de la "apreciación del carácter correcto o defectuoso del servicio, en relación a lo que debe ser su funcionamiento, por aplicación de las normas que lo rigen" 78. Y tales faltas, en su criterio, en tanto atinentes al control de la solvencia de las aseguradoras, pueden implicar la causa adecuada de un daño cierto a asegurados, consistente en la privación del resarcimiento o prestación debida, generándose así la responsabilidad del Estado.

Desde un enfoque propio del Derecho Administrativo, DAVID HALPERIN distingue entre potestades regladas y discrecionales en cabeza de la Superintendencia, aclarando que en ciertos supuestos la norma contiene conceptos jurídicos indeterminados. Luego, coincidiendo con la doctrina que citamos al tratar la distinción de la naturaleza de las potestades de la Administración, afirma que en caso de potestades discrecionales deben controlarse los hechos determinantes del caso, la consistencia técnica del acto

78 STIGLITZ, op. cit., pág. 86.

administrativo y la razonabilidad del mismo. En otros supuestos, el análisis deberá realizarse desde un criterio más técnico para cotejar si el accionar del ente de control o su omisión, fue correcto.

Por su parte, PIEDECASAS postula que la responsabilidad del Estado por el actuar de sus órganos o funcionarios se basa en un factor de atribución objetivo, lo cual “desemboca en que, probado el daño y el nexo de causalidad, la SSN para excusar su responsabilidad deberá probar en el caso de insolvencia de una aseguradora, que desempeño una conducta diligente y, además, que la misma se produjo por una causa extraña a su propia actividad; esto es, por causas ajenas a su actividad de control”⁷⁹.

Opinión personal:

En primer lugar, a fin de aclarar en qué posición nos ubicamos para analizar esta temática, con el mayor de los respetos por quienes postulan esa posición, nos permitimos disentir con quienes entienden que el Estado, en materia de seguros y en base al régimen actual, mantiene una obligación de garantía para con los asegurados y los terceros damnificados.

Ello así pues, por el contrario, entendemos que tal obligación no tiene sustento normativo en el régimen actual y, además, desde esa perspectiva, el criterio para apreciar la configuración de la responsabilidad estatal por omisión en el control a cargo de la Superintendencia se vuelve excesivamente amplio.

Y si a ello sumamos que el factor de atribución de la responsabilidad sea la configuración de la falta de servicio, por su ejercicio irregular, teniendo a éste por producido ante la mera constatación de la insolvencia de la aseguradora, la consecuencia será la efectiva vigencia de un estado asegurador (Tal extremo fue descartado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Sykes”).

De prosperar este criterio, se retornaría a la situación que se suscitó en la época de vigencia del Instituto Nacional de Reaseguros, en la que, ante el monopolio estatal en el reaseguro, muchas entidades aseguradoras no se preocupaban en mantener su capacidad económico-financiera, pues, finalmente, siempre respondería el reasegurador estatal.

⁷⁹ PIEDECASAS, op. cit., pág. 700.

En la práctica, sería como tener por configurado, en los hechos y como producto de la interpretación pretoriana, un fondo de garantía, que es una de las propuestas válidas que la doctrina ha hecho para tratar de solucionar el grave problema de la insolvencia de las empresas de seguros.

Aclarado ello, nos parece que el análisis de la procedencia de la responsabilidad estatal por la omisión en el control de las aseguradoras por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación, debe realizarse de acuerdo a las siguientes pautas:

- a) Si bien no propiciamos que tal responsabilidad quede comprometida en forma automática, por la mera imposibilidad de cobro de un damnificado con motivo de la insolvencia de la aseguradora, tampoco creemos que corresponda extremar la rigurosidad en el análisis de los casos planteados ante los jueces, al punto de considerar irrevisable el criterio adoptado por el ente de control so pretexto de que el mismo lo fue en ejercicio de potestades discrecionales en el marco del ejercicio del poder de policía del Estado, ni siquiera por tratarse de supuestos de discrecionalidad técnica, o no encontrar en ningún supuesto configurado el deber jurídico de actuar en cabeza del organismo.
- b) Ello así pues, debe tenerse especialmente presente la naturaleza de la actividad de que se trata, en la que se encuentra comprometida la confianza de la población que deposita su dinero en las compañías aseguradoras esperando que éstas cumplan, llegado el caso, con la prestación comprometida, lo cual tiene una función esencial en la economía que, como vimos, justifica sobradamente el control estatal. Entonces, el análisis de la problemática planteada en este trabajo respecto a este supuesto de la responsabilidad estatal, debe considerar que está en juego, en la adecuada satisfacción de aquella, "la efectividad misma del Estado de Derecho, que no es siquiera concebible por grandes que sean la representatividad y legitimidad popular de los gobernantes si una parte de las decisiones de éstos escapa al control de los jueces y tribunales independientes o si alguna de las consecuencias lesivas de su actuación queda al descubierto sin posibilidad de compensación".
- c) La ponderación de la configuración o no de una omisión antijurídica en los casos que se debatan en los tribunales, debería partir del presupuesto que el ejercicio de la competencia constituye una obligación del órgano que la tiene a su cargo (art. 3° de la

Ley 19.549)⁸⁰. Más aún tratándose de un supuesto de poder de policía y actividad de policía por parte del Estado.

Y ello teniendo fundamentalmente en cuenta los fines para cuya consecución se atribuyeron potestades específicas, pues conforme la noción de falta de servicio que actualmente tiene en cuenta la Corte Suprema como factor de atribución de la responsabilidad estatal por actividad o inactividad ilegítima, 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 perjuicios causados de por su incumplimiento o ejecución irregular.

Además, es en función de dichos fines que las potestades atribuidas resultan necesariamente controlables.

Tales fines, como vimos en este capítulo, además de haberse previsto en la Ley N°20.091, fueron refirmados a través del Decreto N°1251/97. En esa norma, al referirse a la visión del organismo de control, el propio Estado reconoció la problemática de la cuestión relativa al control de la actividad del seguro y especialmente que no se tomó una política de acciones preventivas, pues era impensada la ruina de una aseguradora.

Como consecuencia de ese diagnóstico, redeterminó la orientación del organismo, definiendo su misión, sus responsabilidades y su modelo de gestión, con la finalidad de potenciar la actividad su fiscalizadora de la solvencia y eficiencia de los operadores del mercado.

La estructura orgánica - funcional de la Superintendencia fue luego sustituida por el Decreto 1084/04, al que también aludiéramos, en el que además de fijarse sus objetivos se regló con precisión, la responsabilidad primaria y las acciones a cargo de cada órgano dentro del ente de control.

Así, fijó como objetivos más relevantes “ejercer la supervisión integral sobre el mercado de seguros y reaseguros en la REPUBLICA ARGENTINA con el propósito de promover una plaza solvente, estable y eficiente...” y “realizar las actividades de evaluación, control e inspección de los operadores del mercado con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales y regulaciones vigentes en protección de los intereses de los asegurados, poniendo especial atención en las tareas preventivas de riesgo de insolvencia”.

⁸⁰ TAWIL, Guido, op. cit., pág. 367.

A la luz de tales objetivos, ya contenidos en la Ley N°20.091, se determinaron, según nuestro criterio, las siguientes acciones más importantes a cargo de los órganos internos de la Superintendencia:

1.- Gerencia de Asuntos Jurídicos: “Ejercer el control legal de la actividad aseguradora en lo referente al funcionamiento y a las condiciones operativas de las personas y/o entidades participantes, impulsando las actuaciones verificadas por el incumplimiento de la normativa vigente e instruyendo, en su caso, los sumarios administrativos pertinentes y promoviendo las medidas correctivas, cautelares y disciplinarias que corresponda adoptar”.

2.- Gerencia de Evaluación: “Efectuar el seguimiento de la situación económico-financiera de las entidades aseguradoras conforme con las normas de procedimiento de evaluación de entidades aseguradoras y reaseguradoras”.

“Evaluar periódicamente el diseño y contenido de las fórmulas de estados contables y otros documentos informativos vigentes, proponiendo las modificaciones que considere de interés”.

“Promover acciones preventivas frente a la detección de eventuales situaciones de incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias de acuerdo con los parámetros que fijen las normas de procedimiento de evaluación de entidades aseguradoras y reaseguradoras vigentes o por la sola verificación de situaciones de inconsistencia en la información recibida o razones de inteligencia de mercado”.

3.- Gerencia de Inspección: “Supervisar las fiscalizaciones dispuestas en los planes de inspecciones programadas verificando el cumplimiento de los cronogramas correspondientes”.

“Supervisar la elaboración de los informes mínimos que sean requeridos en las normas de procedimientos de inspección de entidades aseguradoras y reaseguradoras que se encuentren vigentes e informar a la Superioridad de toda circunstancia que considere de interés en prevención de comportamientos con las disposiciones legales o reglamentarias vigentes”.

“Informar de inmediato a la Superioridad en cualquier momento de una inspección la detección de elementos que pudieran presumir situaciones de insolvencia o de ejercicio irregular de la actividad, al margen de los previstos en el punto precedente”.

“Supervisar el cumplimiento de las normas sobre política y procedimiento de inversiones y el encuadramiento de las mismas dentro de los criterios de prudencia que deben ajustarse”.

Con la delimitación de las acciones a cargo de cada órgano, y aún cuando no sea necesario individualizar al funcionario que ha cometido la omisión específica, pues la responsabilidad comprometida es directa y se basa en la falta de servicio, se vuelve más fácil identificar las omisiones en que, eventualmente, incurra el organismo a los efectos de juzgar la responsabilidad derivada de las mismas.

d) Creemos que resulta útil para ponderar la configuración o no de la responsabilidad extracontractual del Estado en el supuesto en análisis, seguir el *standard* contenido en el fallo “Zacarías” del Alto Tribunal, en el que luego de reafirmar la noción de la falta de servicio como factor de atribución de dicha responsabilidad, se fijaron pautas para su determinación, acudiéndose también a criterios que implican considerar, en definitiva, cómo era esperable, razonablemente, que actúe la Administración⁸¹.

Así, se expresó en dicho precedente que “la falta de servicio es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”, para luego concluir que no mediaba responsabilidad del estado provincial en atención a que 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.

De esta manera, en supuestos en los que la potestad no sea reglada y se trate, entonces, de una potestad discrecional o se encuentre contenido en la norma un concepto jurídico indeterminado, habrá que ponderar en cada caso concreto si existe una omisión antijurídica, la cual se verificará cuando haya sido razonable esperar que se actuara en un determinado sentido de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

No se nos escapa que el Alto Tribunal, pese a sostener como factor de atribución la falta de servicio, parece también ponderar un factor subjetivo al mencionar la diligencia y previsión adecuadas en el accionar de la Administración. No obstante ello, nos quedamos con el resto de lo resuelto y tomamos esa parte como un criterio para determinar cómo debía actuar el órgano estatal en un momento determinado, para así tener más elementos para analizar si hubo o no un irregular cumplimiento del servicio. En los casos de potestades discrecionales y en virtud de las amplísimas atribuciones con que cuenta la Superintendencia de Seguros, no es completamente libre la apreciación

⁸¹ Criterio expuesto por Gambier, ya citado.

que puede realizar el organismo pues, siempre se encontrará limitado por el marco de juridicidad que circunscribe su actuación, siendo las normas principales, como vimos, la Ley N°20.091, La Resolución N°21.523/92, el Dto. N°1251/97 y el Dto. N°1084/04, debiendo siempre elegirse lo mejor para el objeto que debe satisfacerse.

Según nuestro modo de ver, las atribuciones puestas a cargo de la Superintendencia son claras y determinantes en la mayoría de los supuestos, lo cual provocará que su confrontación con los hechos de cada caso, con la realidad propia de cada uno de ellos, ponga en evidencia la falta incurrida por el ente de control.

Del análisis de las potestades de la Superintendencia que hemos realizado, así como de su naturaleza y distribución en los distintos órganos del ente, puede colegirse en qué casos quedará puesta de manifiesto la responsabilidad estatal.

Ello es así, pues, el ordenamiento exige la inspección y evaluación permanente de la entidades aseguradoras, así como el monitoreo de su capacitación económico financiera y su solvencia, debiéndose adoptar las medidas que cada caso amerite.

Así, por ejemplo, en el caso "Sorba", transcurrieron casi tres años desde que registró un déficit de capital mínimo hasta que el ente de control resolvió su disolución y liquidación. Ello implica claramente que no se actuó conforme lo establece el art. 31 de la Ley 20.091.

Esa norma prevé, en su redacción actual, muy claramente cómo debe proceder el organismo de contralor ante un supuesto de pérdida de capital mínimo y exige que hasta tanto sean cumplidas las medidas de regularización y saneamiento, la autoridad disponga como medida precautoria la prohibición de cualquier acto de disposición o los de administración que indique respecto de las inversiones y, asimismo, la prohibición de emitir nuevas pólizas de seguros.

Si tal atribución se ejerce a tiempo, porque se evaluó a tiempo los balances que trimestralmente debe presentar cada entidad y con ello se detectó a tiempo la irregularidad, la actividad logrará su objetivo preventivo, evitando luego la consumación de los daños a los damnificados.

En definitiva, se trata de detectar a tiempo luego de evaluar la información recibida de las aseguradoras, los indicadores patrimoniales y financieros y de gestión que como parámetros fija el ente de control, para así ejercer a tiempo las potestades conferidas y cumplir la finalidad de la entidad de contralor.

De no ser así, podrá quedar expuesta una omisión antijurídica por parte de la Superintendencia de Seguros que, si se acreditan los demás presupuestos de

procedencia, comprometerá la responsabilidad estatal frente a quien resulte perjudicado por tal actitud.

e) Por último, en relación a esos presupuestos de procedencia de la responsabilidad del Estado, nos queda efectuar algunas precisiones en torno a la relación de causalidad entre la omisión antijurídica y el daño producido.

En relación a la responsabilidad por omisión del Estado, la doctrina ha hecho especial hincapié sobre este aspecto, pues resulta de suma relevancia su ponderación en atención al carácter objetivo de dicha responsabilidad.

Según hemos dicho anteriormente, el Alto Tribunal ha exigido que la relación de causalidad sea directa e inmediata y, en otro caso, también exclusiva.

La exigencia de este último requisito excluiría la responsabilidad estatal en el supuesto en análisis, pues el daño consistente en no recibir la prestación comprometida por la aseguradora no se debe exclusivamente a la omisión estatal, sino también a la insolvencia de dicha entidad.

En nuestra humilde opinión, ese parámetro no sería aplicable en este caso, pues aún cuando es la compañía de seguros la que no afronta el pago de la indemnización comprometida debido a su insolvencia, esta situación se produce sólo por cuanto no se ha efectuado el control que debía realizarse en tiempo oportuno, de modo que si se hubiera cumplido con el mismo, el daño no se hubiera producido.

En efecto, si el ente estatal que tiene asignada la competencia de controlar la actividad aseguradora, no adoptó las medidas que le imponía la norma atributiva de competencia o las que eran razonablemente esperables de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, resultando entonces abusivo y arbitrario su no ejercicio, tal comportamiento omisivo se constituirá en la causa del daño.

Resulta evidente, en casos como el analizado en el fallo "Sorba" por ejemplo, que "de haber mediado el ejercicio regular del poder de policía antes del siniestro, los asegurados o tomadores hubieran verosímelmente seleccionado otro asegurador para perfeccionar el contrato, o hubieran rescindido el existente, o adoptado las medidas pertinentes para resguardarse frente a su eventual insolvencia"⁸².

Entonces, si a la luz de la teoría de la causalidad adecuada adoptada por el Código Civil, la causa es únicamente aquella condición que según el curso natural y ordinario de las

82 STIGLITZ, Rubén S. y COMPIANI, María F., ... op. cit. Cap. VI, punto d)..

analogía a las normas contenidas en el Derecho Civil. En dicho cuerpo normativo existen dos normas de aplicación a la cuestión: El art. 1074 y el art. 1112. La doctrina, en su mayoría, se inclina por una u otra norma de modo principal, sin descartar el análisis que implica la otra posición 84 a los efectos de estudiar el factor de atribución de la responsabilidad estatal. La jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recurre a la noción de falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado, con fundamento el art. 1112 del Código Civil. No obstante ello, en casos como el del precedente "Zacarías" pareciera agregarse al análisis de la falta de servicio, un criterio un tanto subjetivo, al ponderarse la diligencia y previsión del actuar de la Administración.

(ix) Del ordenamiento normativo actualmente vigente no cabe derivar una obligación de garantía por parte del estado, en lo que respecta a la responsabilidad estatal por omisión en el control de las aseguradoras.

(x) A fin de analizar la procedencia de la responsabilidad por omisión de la Superintendencia de Seguros, debe considerarse especialmente que: 1) el ejercicio de la competencia atribuida al órgano estatal es una obligación conforme el art. 3° de la Ley 19.549; 2) la existencia o no de una falta de servicio por parte del organismo deberá analizarse a la luz de la naturaleza de la potestad de que se trate y de los fines que el ordenamiento le ha conferido al mismo; 3) resulta de utilidad para este análisis, aplicar el *standard* contenido en el precedente "Zacarías" del Alto Tribunal, en la medida que aporta interesantes parámetros para apreciar cómo era esperable, razonablemente, que actué la Administración, de modo de analizar si existe o no un ejercicio irregular del servicio; 4) debe hacerse especial hincapié en el análisis de la relación de causalidad entre el daño y la omisión antijurídica, encontrándose ésta configurada cuando la Superintendencia no obró como debía de acuerdo a las normas que le atribuyen su competencia, y ello es condición idónea y adecuada para provocar el daño, de modo que si se hubiera ejercido la potestad en cuestión el daño no se hubiera producido.

84 Como excepciones y según lo hemos visto, nos parece que los profesores MARIENHOFF y GORDILLO son más terminantes en las posiciones que asumen.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada por la ley 23.054, norma de rango supranacional y al mismo tiempo interno incluye también previsiones directa o indirectamente vinculados al tema. Así el art. 10 sobre derecho a ser indemnizado conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial, art. 7, apartado 3 sobre derecho a no ser sometido a detención arbitraria, art. 24 de igualdad ante la ley y art. 25 sobre protección judicial ante violaciones a los derechos fundamentales aun cuando éstas provengan de funcionarios oficiales.

Resulta oportuno quizás recordar aquí con relación a la previsión contenida en el art. 10 de la ley 23.054 la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema respecto a la operatividad de algunos derechos contemplados en la norma citada. Así ha reiterado "in re" "Horacio Conessa Mones Ruiz c/ Diario Pregón s/ Recurso de inconstitucionalidad y casación", la posición adelantada en la causa "Ekmekdjian c/ Sofovich" (Fallos: 315:1492) respecto, por ejemplo, a la plena operatividad del derecho a réplica, "lo cual significaba que los jueces tenían la obligación de aplicarlo a los casos concretos sin importar que el Congreso de la Nación no lo hubiese aún reglamentado" (Confr. voto mayoritario de los jueces Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano, voto en disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor y voto en disidencia del juez Levene).

El art. 488 del Código Procesal penal (ley 23.984), dispone a su vez que "...La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial...". La normativa aunque importante, se limita al reconocimiento en sede penal del error judicial así declarado como consecuencia de la interposición de un recurso de revisión previsto en la norma.

Entre los ordenamientos jurídicos provinciales, a su vez, algunos de ellos han reconocido, antes aún que la legislación nacional, en forma explícita o implícita le responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios que pudieran ocasionar sus magistrados. Tal es el caso, por ejemplo, de las provincias de Formosa, Jujuy, La Pampa, Río Negro, Santa Fe, Tierra del Fuego, Ciudad de Buenos Aires, Neuquén, Salta, Córdoba, Chubut, Chaco y Misiones, que admiten este tipo de responsabilidad en sus propias Constituciones Provinciales, aunque por supuesto con distinta extensión.

Así, por ejemplo, en las siete primeras la reparación se limita a condenas erróneas en el ámbito penal.

En el caso de Neuquén, el reconocimiento de la responsabilidad, si bien se circunscribe al ámbito penal, es más amplio que en las provincias antes mencionadas, por cuanto no se limita a las condenas, con lo cual somos de la opinión de que en dicha provincia esta norma serviría de sustento para indemnizar las prisiones preventivas cuando a la postre hubieren resultado injustas, ya sea por haberse absuelto o sobreseído definitivamente al imputado. (Art. 40 de la Const. de Neuquén: "... la provincia indemnizará los perjuicios que ocasionen las privaciones de la libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales").

Por su parte, en Salta y Chubut los errores judiciales que dan lugar a indemnización no se limitan al fuero penal, pudiéndose responsabilizar al Estado por los errores en el ejercicio de la función judicial cometidos en los restantes fueros. (Art. 50 de la Constitución de Salta prescribe: "El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales"; Art. 60 de la Const. de Chubut dispone: "El Estado garantiza la plena reparación de los daños causados por error judicial, sin otro requisito que su demostración. Especialmente indemniza los daños ocasionados por la indebida privación de la libertad, su indebido agravamiento o por incumplimiento de los preceptos referidos al tratamiento de detenidos y presos"; por su parte, el art. 168 expresa: "Es obligación de todos los magistrados y funcionarios judiciales sustanciar y fallar los juicios dentro de los términos legales y conforme a derecho". Como puede observarse, el error judicial abarca todas las ramas del derecho y no solo la penal. Por otra parte, una privación de la libertad que se extienda más de lo estrictamente necesario debería quedar encuadrada en ambos artículos.).

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires cubre un particular aspecto de la responsabilidad por deficiente administración de justicia, cual es la demora excesiva en la resolución de las causas de cualquier fuero, al disponer que "las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen faltas graves".

En las provincias de Chaco y Misiones, sus respectivas Constituciones dan pie para interpretar que deben responder no sólo por condenas erróneas, sino también por el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

La Constitución de la Provincia de Chaco dispone en su art. 24: "Si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la provincia tomará a su cargo el pago de la indemnización de los daños causados". Por otra parte, el art. 76 establece que "la provincia y sus agentes son responsables del que éstos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, a menos que los actos que los motiven hubieren sido ejecutados fuera de sus atribuciones en cuyo caso, la responsabilidad será exclusiva del o los agentes que hubieren originado el daño...".

El art. 27 de la Constitución de la Provincia de Misiones, prescribe: "Si por vía de revisión de una causa criminal se declarase la inocencia de un condenado, estará a cargo de la provincia la indemnización de los daños emergentes de la condena y su ejecución". En tanto que el art. 80 determina que: "La provincia y sus agentes son responsables del daño que éstos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones".

Cabe resaltar que en Santa Cruz el art. 17 de su Constitución dispone que "una ley establecerá indemnización para quienes habiendo estado detenidos por más de sesenta días fueren absueltos o sobreseídos definitivamente", siendo éste el único caso en que una norma reconoce de manera expresa indemnización para quienes sufrieron detenciones privativas de la libertad y luego resultaron absueltos o sobreseídos definitivamente.

Finalmente, en ciertas provincias, como en Córdoba y Santiago del Estero, se dispone que no es necesario el previo juicio político y la remoción para demandar a los magistrados civilmente, lo cual constituye a nuestro entender un acierto, pues se trata de distintos tipos de responsabilidades.

La legislación comparada ofrece interesantes previsiones normativas vinculadas al tema. Así, la Constitución Española de 1978 prevé que "...los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley" (art. 121). La norma comentada no se circunscribe pues al tradicional planteamiento de la responsabilidad por error judicial, sino que introduce el más amplio de "funcionamiento anormal de la administración de justicia".

Dentro de la doctrina más calificada en el ámbito del Derecho Administrativo nacional, se ha propiciado el reconocimiento de la responsabilidad del Estado derivada de la administración de justicia, en algunos casos aún sin culpa atento que, como se ha

señalado, su fundamento debe buscarse en la necesidad de mantener el principio de igualdad ante los daños causados por actos jurisdiccionales.

Fallos: C.S.J.N., Mayo 4-95, "De Gandia, Beatriz c/ Prov. de Buenos Aires":

Hechos: La actora inició una acción de daños contra la provincia de Buenos Aires responsabilizándola por el perjuicio moral sufrido como consecuencia de la detención e incomunicación personal que sufriera derivada de la omisión del juez interviniente en dejar sin efecto el pedido de secuestro de su automóvil, en la causa incoada para investigar el robo de éste.

Conforme acreditó la accionante en su reclamo, el magistrado, pese a haber dispuesto la entrega definitiva del vehículo omitió ordenar el levantamiento de la orden de secuestro y no libró tampoco la comunicación respectiva para hacer saber aquella medida a los organismos administrativos correspondientes.

Como consecuencia de ello fue la detención e incomunicación de la accionante.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo efectiva –a través de este fallo- la responsabilidad del Estado por la omisión procesal del magistrado de la que se derivó en forma directa e inmediata el daño moral reclamado.

Está implícito en el ejercicio de la función el hacerlo en forma regular. Por ello se ha afirmado que "...la omisión origina responsabilidad no por haber sido el hecho expresamente ordenado, sino por construir un irregular ejercicio de las obligaciones legales...".⁸⁷

En el caso, la omisión del magistrado en el dictado de actos procesales, que sirviera de fundamento a la Corte para determinar la responsabilidad estatal devino como consecuencia del irregular ejercicio de la función jurisdiccional.

La sentencia, también determina la obligación del Estado de responder por la omisión de uno de sus magistrados sin encuadrar a la responsabilidad imputada como directa o indirecta.

El fallo anotado resuelve también una novedosa cuestión en el ámbito del Derecho Público en general: la sentencia obliga al Estado a reparar los "daños morales que se derivaron como consecuencia de la omisión del magistrado en el dictado de actos procesales que lo hubieran evitado.

⁸⁷ GORDILLO, Agustín t.II, cap. XXI, citado por Farah, en La Ley 1996-D-86.

Se sigue así la más moderna doctrina nacional sobre el tema, quien casi pacíficamente ha reconocido la procedencia de admitir la reparación del daño moral.

Este fallo constituye, en este sentido, un valiosísimo precedente dentro de una temática poco explorada como lo es la responsabilidad del Estado por omisión judicial. Es que la extensión de las hipótesis vinculadas a los hechos posibles de generar la obligación estatal de indemnizar debe buscarse también, como lo hace en este fallo la Corte, en el anormal o irregular ejercicio de la función jurisdiccional.

Es de esperar que de este fallo se derive la anhelada expansión. Sobre reconocimiento de la reparación de daños derivados de la actuación judicial. Sobre todo considerando que, a falta de una ley que contemple en toda su amplitud el problema, será la jurisprudencia la que tenderá a salvar tal vacío.⁸⁸

La Corte Suprema ya se había pronunciado en otras ocasiones sobre la responsabilidad del Estado por el irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia y la originada en errores judiciales.

Uno de esos casos fue "Hotelera Río de la Plata SACI c/Provincia Buenos Aires s/ restitución de dólares" de fecha 4 de junio de 1985. ⁸⁹ En el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación evaluó las consecuencias de una irregular orden emanada del presidente de un tribunal colegiado responsabilizando al Estado por aquella "...toda vez que ella implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias...", fundándose en la idea objetiva de la falta de servicio atento "...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, siendo responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución...".

Hechos: En este caso, la actora promueve demanda contra la Provincia de Buenos Aires por restitución de u\$s 311.638, más intereses compensatorios, punitivos y costas.

Dice que fue demandada por ante el tribunal de Trabajo de la ciudad de Mar del Plata en los autos "Nuñez y otros c/ Hotelera Río de la Plata S.A. s/ indemnización por despido", proceso en el cual el mencionado tribunal la condenó al pago de la suma de \$ 308.226.306.

⁸⁸ BOSCH, Jorge Tristán en: "La responsabilidad del Estado en Inglaterra y los Estados Unidos de América". La Ley 57-894 y sigtes.

⁸⁹ Fallos: 307:824 y sigtes. La Ley 1986-B, 108.

Que para acceder a los recursos extraordinarios interpuestos para ante el superior tribunal local, en cumplimiento de normas procesales depositó a embargo el equivalente de la suma indicada en bonos externos, a lo que el tribunal dispuso librar oficio al banco de la Provincia para que efectuare su depósito y guarda.

Refiere luego las alternativas de los recursos extraordinarios deducidos en la caus hasta la decisión final del pleito.

Practicada la liquidación definitiva, efectuó el pago correspondiente y requirió la restitución de los bonos, de lo que deriva la imposibilidad de cumplir la restitución debida.

Los bonos habían sido convertidos a moneda argentina en virtud de oficio librado por el Presidente del tribunal Dr. Carlos Aronna.

Sostiene (la actora), que ese acto constituyó una disposición de bienes de cuya propiedad no se había desprendido, señalando la diferencia entre la suma depositada en la cuenta abierta y el valor que se obtendría de la negociación actual de los bonos.

La C.S.J.N., decidió responsabilizar al Estado por aquella orden librada por el Tribunal, toda vez que ella implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias a la Provincia; fundándose en la idea objetiva de la falta de servicio atento; quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución.

Otro aspecto a destacar de este decisorio, es que la Corte abandonó en este fallo –con fallo dividido- el tradicional fundamento de derecho positivo para hacer efectiva la responsabilidad del art. 1113, hasta entonces expuestos por los precedentes jurisprudenciales en la materia., señalando que no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se comprometía sino la propia del Estado que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

Uno de los pronunciamientos más recientes de la Corte Suprema sobre esta cuestión, fue realizada el 23 de marzo de 2006, in “re” **“Tortorelli, Mario Nicolás v./ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”**, en donde el Máximo Tribunal condenó al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a un juez de Lomas de Zamora y a un abogado, a indemnizar a un hombre al que le detectaron la quiebra, dispusieron su inhibición de bienes y le prohibieron salir del país confundiéndolo con un homónimo. Según resolvió por unanimidad el máximo tribunal, Mario Nicolás Tortorelli, el

damnificado, deberá recibir una indemnización de 30 mil pesos más intereses por el “daño moral” que le produjeron.

Según se tuvo por probado, Mario Nicolás Tortorelli, cuando procedía a cruzar la frontera con Chile se le informó que estaba imposibilitado para ello, toda vez que se le había declarado la quiebra en la provincia de Buenos Aires.

Una vez en dicha jurisdicción, solicitó el levantamiento de las medidas y aclaró que él no era la persona del deudor sobre la que se entabló el pedido de quiebra, sino que se trataba de una homonimia.

Consta del fallo, que se inició un pedido de quiebra hacia Mario Tortorelli por Néstor Hugo Fernández, en 1988. Dicha causa quedó radicada en el Juzgado Civil y Comercial n° 2 de Lomas de Zamora, a cuyo cargo se encontraba Alberto Edmundo Rezzónico.

Sin otros datos que su nombre y su domicilio se solicitó que se libren oficios al Registro Electoral y al Registro Nacional de las Personas, que le hacen saber al magistrado que no tienen datos de Mario Tortorelli, sino de Mario Nicolás Tortorelli, el que poseía un domicilio diferente que el denunciado en autos. Aun cuando subsistía la duda, se tuvo la acción enderezada contra Mario Nicolás Tortorelli.

Por otra parte, en el Juzgado Nacional en lo Comercial n° 18, a cargo de Javier Fernández Moores, se inició una ejecución contra Mario Tortorelli que, luego de salir favorable a la actora sufrió los efectos del fuero de atracción del anterior pedido de quiebra.

El Juzgado Nacional pidió informes al juzgado de la quiebra sobre la identidad del demandado Mario Nicolás Tortorelli, a lo que el secretario de este último respondió que Mario Nicolás Tortorelli y Mario Tortorelli era la misma persona.

A esto, el apoderado de la actora del juicio ejecutivo solicitó la quiebra de Mario Nicolás Tortorelli; la que atento a la falta de respuesta del pedido por parte del actor – cédulas que recibió el mismísimo Mario Tortorelli, pero se encontraban al nombre de Mario Nicolás Tortorelli – , procedió a dictar la quiebra, y la inhibición general de bienes y la prohibición de salida del país, producto del dictado de la resolución, medidas que se inscribieron satisfactoriamente sobre la persona de Mario Nicolás Tortorelli.

Volviendo al momento que el afectado Mario Nicolás Tortorelli solicitó que se dejen sin efecto las medidas, el auxiliar letrado del Juzgado de Rezzónico suscribió la nota de la siguiente forma “...se deja constancia que el Sr. Mario Tortorelli ha firmado el escrito que antecede en mi presencia”.

Además, el propio magistrado, en su resolución que perseguía dejar en claro el error por homonimia, a fin que se dejen sin efecto las medidas, escribió: "...disponer la regularización del trámite mediante el pertinente levantamiento de las medidas de interdicción trabadas conforme constancias de fs. 58/63 respecto del ciudadano *Mario Nicolás Tortorelli...*, y consiguientemente el correspondiente libramiento de los oficios ordenados a fs. 28/29 para ser diligenciado en relación a la persona del fallido *Mario Nicolás Tortorelli...*".

Debido a que pasado tiempo prudencial Mario Nicolás Tortorelli se encontraba impedido todavía de salir al exterior y que se encontraba con inhabilitación general de bienes, procedió a interponer demanda contra Rezzónico, Fernández Moores, la actora y el apoderado en el trámite ejecutivo, contra el verdadero Mario Tortorelli, el acreedor que solicitó el primer pedido de quiebra, el síndico de la quiebra, y contra el Estado Nacional y Provincial por deficiencia de servicio de justicia.

Todos los demandados plantearon excepción de prescripción. Fernández Moores opuso excepción de falta de legitimación pasiva, al no ser desaforado. Rezzónico, fiel a sus principios, renunció a sus prerrogativas como juez y se sometió a la decisión de la Corte.

La Corte (por competencia originaria), hizo lugar a la demanda determinando los distintos grados de responsabilidad, seguida contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, por los perjuicios sufridos por la prohibición de salir del país como consecuencia de la quiebra indebidamente decretada, dado que las irregularidades procesales que se manifestaron en los juicios tramitados tanto ante la justicia provincial como nacional __auto de identidad de persona – comportan el cumplimiento defectuoso de diligencias sustanciales del proceso.

La posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad estatal por omisión, reconocida en los fallos "DeGandia c/ Prov. de Bs. As.", "Tortorelli Mario N. c/ Prov. de Bs. As.", etc., ha originado en los últimos tiempos en nuestro país variadas reflexiones vinculadas a su procedencia y alcance.

La cuestión ofrece interesantes perspectivas de análisis, una vez delimitadas las condiciones que debe revestir el daño para obligar al Estado a responder. Así cabe preguntarse: ¿La mera omisión del Estado en cumplir con las obligaciones que le están impuestas genera su responsabilidad? ¿Resulta similar la cuestión en caso de

cumplimiento tardío? ¿Es necesaria para hacer efectiva la responsabilidad estatal la existencia de una norma expresa que imponga la obligación de hacer? ¿Se requiere además que exista una norma que prevea algún tipo de sanción o que determine expresamente la obligación de responder frente a la no acción? ¿Generará también responsabilidad del Estado por omisión el dictado de sentencias más allá de los plazos procesalmente fijados al efecto?

Como vemos, son innumerables las cuestiones que pueden plantearse a raíz del citado decisorio, y sin pretender agotarlas, haré una breve referencia a alguna de ellas.

En primer lugar, es necesario dejar en claro que no toda la actividad jurisdiccional revocada o anulada genera responsabilidad estatal. Por los daños derivados de resoluciones que se deriven de la aplicación del derecho no corresponde responsabilizar al Estado en tanto no se verifique el carácter de antijuridicidad en el comportamiento jurisdiccional necesario para poner en funcionamiento tal sistema.

En los supuestos de responsabilidad del Estado por omisión judicial la cuestión puede ofrecer menos dificultades en los supuestos en que exista una norma expresa que prevea la obligación de obrar en determinado sentido.

Pero aún no siendo así la obligación del Estado de resarcir los daños causados por omisión existe en tanto ésta presupone un irregular ejercicio de la función. No es necesario pues a nuestro juicio que exista una obligación legal de cumplir el hecho omitido (art. 1074, Cód. Civil) o que la omisión verse sobre una cuestión expresamente ordenada por una norma jurídica.

Está implícito en el ejercicio de la función el hacerlo en forma regular. Por ello se ha afirmado que "...la omisión origina responsabilidad no por haber sido el hecho expresamente ordenado (...) sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales

En el caso, sin embargo, la omisión del magistrado en el dictado de actos procesales, que sirviera de fundamento a la Corte para determinar la responsabilidad estatal devino como consecuencia del irregular o anómalo ejercicio de la función jurisdiccional.

Al igual que cuando hicimos referencia a la responsabilidad del Estado en general, no es necesaria la determinación de culpas individuales para hacer efectiva la responsabilidad estatal por omisión judicial. Esta se pondrá en juego como consecuencia de omisiones irregulares o anormales, aún casuales, de las que se deriven en forma directa perjuicio, sin importar si existió o no dolo, culpa o negligencia del magistrado o si la omisión fue accidental.

Es que, "...ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 lo soluciona afirmativamente; aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad...". 90

Por otra parte la responsabilidad en el caso del agente se pone en funcionamiento aún cuando el hecho omitido no estuviera expresamente ordenado por una norma jurídica, bastando que constituya un irregular ejercicio de las obligaciones legales por lo que no resulta necesario que se omita cumplir con una obligación legal que imponga un hecho concreto sino que la omisión se verifique aun cuando el hecho no estuviere especificado ni previsto expresamente por la ley pero que resulte necesario para llenar correctamente la función asignada.

Por último, cabe preguntarnos si existe algún tipo de límites. Podrá atribuirse responsabilidad al Estado en aquellos supuestos de omisión o tardanza en el dictado de actos procesales, incluyendo la sentencia?

Podemos afirmar, que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve seguramente conculcado como consecuencia de dilaciones anormales en el dictado de actos procesales en forma oportuna. Y ello, no sólo en el ámbito penal.

Entonces, ¿se hará lugar en estos casos a eventuales responsabilidades patrimoniales del Estado?

En mi opinión, no creo que se pueda imputar a nuestros jueces responsabilidad en los casos de lentitud o tardanza en la administración de justicia por omisión en el dictado de los actos judiciales necesarios para impulsar el procedimiento (incluyendo el retraso en el dictado de la sentencia); considero que el origen de este problema debe buscarse en otro lado como lo es la necesidad de crear un número razonable y suficiente de juzgados, brindarles medios, recursos y personal suficiente y adecuado, etc.

Podríamos decir, que la mayoría de los casos encuentran su justificación en deficiencias estructurales en la administración de justicia.

Sin embargo, no debemos olvidarnos que tales dilaciones (omisiones al fin) constituyen un anormal funcionamiento de la justicia que, en muchos casos, ocasionan perjuicios a los particulares y que son imputables no ya a un juez en particular sino al sistema judicial y por ende al Estado.

90 GORDILLO, Agustín A., ob. cit. T.II, cao. XXI, pág. 11.

Como resultado de todo lo analizado, podemos decir que a partir del fallo comentado se abren nuevas puertas para aplicar de modo amplio y progresivo una institución de tanta entidad como lo es la responsabilidad del Estado por omisiones judiciales o mal funcionamiento de la administración de justicia.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIÓN

El propósito inicial de este trabajo fue indagar acerca de la problemática de la omisión estatal como entidad autónoma para el nacimiento de la responsabilidad del Estado.

En principio, y como primera conclusión, podemos afirmar, que la omisión estatal es plenamente apta para generar responsabilidades, de la misma manera que las genera su accionar; aunque debemos decir, que es un instituto que contiene características propias que hacen que se deba analizar con mucho cuidado cada caso en particular. Es una materia que debido a la innumerable cantidad de casos que podrían suscitarse, se hace imposible pensar en una posible legislación (es imposible legislar las conductas debidas para cada caso).

Como principio general, podemos concluir afirmando que, para que la omisión tenga aptitud suficiente para responsabilizar al Estado, es necesario demostrar la existencia de un deber legal, ya sea que se busque en una norma expresa del ordenamiento que imponga el deber de actuar por parte del Estado (doctrina minoritaria), o en previsiones más genéricas tales como el regular cumplimiento de las obligaciones.

Como quedo demostrado a lo largo de todo el trabajo, en el derecho público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o abstención. Por ello, es que para el tratamiento de la cuestión, gran parte de la doctrina considera de aplicación normas del derecho privado, más específicamente del derecho civil, a las cuales se acude en auxilio, a través del sistema de la analogía.

El tema que reviste mayor complejidad, es el de tratar de determinar los límites de ese “deber de actuar” que tiene el Estado.

La jurisprudencia comentada y la doctrina consultada, marcaron la preocupación de que ese límite se extienda al punto de convertir al Estado en un “ente asegurador”. En función de evitar que ello suceda, se idearon distintas fórmulas, tales como la distinción entre obligaciones de “medios” y de “resultados”; la imposibilidad que se genere responsabilidad de la actividad discrecional de la Administración; la diferencia entre lo pragmático –que no implicaría un deber estatal – y lo operativo –que sí lo hace nacer – entre otras.

Si aplicáramos las normas de los artículos 1074 y 1112 del Código Civil con un concepto amplio respecto de la actividad del Estado en el ejercicio del poder de policía, no existiría prácticamente acto ilícito frente al que no pudiera hacerse jugar la responsabilidad de éste por omisión del ejercicio de ese poder. En la actualidad, asistimos diariamente al reclamo de ciudadanos que responsabilizan al Estado en forma indiscriminada y colectiva por la inseguridad derivada de la delincuencia, por los accidentes en la vía pública, por los alimentos o medicamentos en mal estado, la pornografía en la televisión, la contaminación ambiental, loterías y casinos, etc.; *no deberíamos olvidar que los recursos estatales para hacer frente a las posibles acciones de reparación son finitos.*

Es urgente la necesidad de establecer algún tipo de regulación para estos casos de omisiones por parte del Estado; esto requiere una concientización por parte de los ciudadanos y un compromiso por parte del Estado en ejercitar sus funciones de manera adecuada. Además, hoy en día el estado debido a las privatizaciones ya no tiene a su cargo todos los servicios públicos, por lo tanto su deber es meramente de control; lo cual parecería, en principio, una tarea más sencilla y de menor complejidad.

Pero si bien es cierto que es muy riesgoso, y que no debe caerse en excesos a la hora de responsabilizar al estado, pero tampoco deben dejarse sin protección determinados supuestos fácticos generadores de responsabilidad.

En fin, lo que se pretendía demostrar con este trabajo, era no sólo el conflicto jurídico relativo al tratamiento de la omisión como causa suficiente de responsabilidad estatal; sino, además, una vez estudiado ello, plasmar los grandes riesgos que trae aparejada la responsabilidad del Estado y la extrema urgencia de obtener límites que pongan freno a las demandas contra el Estado.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, séptima edición, Buenos Aires, 2002.
- Dromi, José Roberto, "Derecho Administrativo", Argentina, Ed. Astrea, 1992.
- García de Entierra y Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas S.A., cuarta edición, Madrid, 1993; cap. XXI.
- Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho administrativo", T. II, cap. XXI, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1980.
- Halperín, Isaac, "Seguros", 3ª edición actualizada y ampliada por Barbato Nicolás, Ed. Desalma, 2001.
- Kemelmajer de Carlucci, "Responsabilidad del Estado (Una búsqueda de principios comunes para una teoría general del responder)", Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Linares, Juan Francisco. "Caso administrativo no previsto", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976.
- López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad civil del Estado derivada del ejercicio del poder de policía". Ed. Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Llambías, Joaquín, "Tratado de las obligaciones", Ed. Perrot. Tomo III, n° 2221, nota 39.

- Marienhoff, Miguel S. **“Tratado de Derecho Administrativo”**. Tomo IV. Ed. Abeledo Perrot, Cuarta Edición Actualizada, Buenos Aires, 1987.
- Nino, Carlos Santiago, **“Introducción a la filosofía de la acción humana”**, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1987.
- Piedecasas, Miguel A., **“Responsabilidad por la liquidación de Empresas de Seguros”**, Ed. Rubinzal-Culzomi, 2002.
- Reiriz, María Graciela, **“Responsabilidad del Estado”**, Ed. Eudeba, 1969, Cap.II.
- Soler, Santiago, **“Derecho Penal Argentino”** I, n° 21, VII
- Soto Kloss, Eduardo, **“La responsabilidad pública: enfoque político”**, en recopilación de trabajos sobre **“Responsabilidad del Estado”** Ed. UNSTA, 1982.
- Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa A. **“Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”**, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996.
- Bianchi, Alberto, **“Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”**, La Ley 1996-A-Secc. Doctrina, p.922.
- Bonpland, Viviana, **“Responsabilidad extracontractual del Estado”**, La Ley 1987-A, Sec. Doctrina, pág. 789.
- Bustamante Alsina, Jorge, **“La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”**, La Ley 1990-C-430.

- Bustamante Alsina, Jorge, "Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad", La Ley 1991-E, Sec. Doctrina, Pág. 1378.
- Cassagne, Juan Carlos, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado". ED. 99: 937.
- Cassagne, Juan Carlos, "Responsabilidad del estado por omisión", La Ley 1989-C-512.
- Comadira, Julio R. "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima -Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado", ED Supl. de Derecho Administrativo 31-X-2002.2.
- Gambier, Beltrán, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad por omisión, a la luz de la jurisprudencia", La Ley 1990-E-Sec.Doctrina, p. 617.
- García Martínez, Roberto, "La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho". La Ley 1986-B-106.
- Hitters, Juan Manuel, "Responsabilidad del Estado por error judicial", La Ley, 17/9/04.
- Huici, Héctor, "La responsabilidad del Estado por omisión", La Ley 1993-D-Sec. Doctrina, pág. 838.
- Hutchinson, Tomás, "La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional", ED 84:845.
- Liendo, Horacio Tomás, "La responsabilidad del Estado Nacional en el derecho positivo", La Ley 1983-B-951.

- Marienhoff, Miguel S., **“Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública, y distinción entre obligaciones de “medio” y de “resultado”**. ED 157:759.
- Marienhoff, Miguel Santiago, **“Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho público”**, ED 169:1039.
- Rejtman Farah, Mario, **“Responsabilidad del Estado por omisión judicial: Una tendencia que se expande”**, La Ley 1996-D-79.
- Tawil, Guido, **“Omisión, guerra y responsabilidad del Estado”**, La Ley 1991-D-362.