

DERECHO ADMINISTRATIVO y REGULACIÓN ECONÓMICA

Liber Amicorum

Gaspar Ariño Ortiz

Coordinadores:

Juan Miguel de la Cuétara Martínez

José Luis Martínez López-Muñiz

Francisco J. Villar Rojas

FUNDACION
ACS


"la Caixa"

FUNDACIÓN
Sacyr Vallehermoso

ARIÑO Y ASOCIADOS
Abogados

gasNatural 
fenosa

E
fundación endesa

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

CONSEJO DE REDACCIÓN

Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO (*Presidente*)

José María ASECIO MELLADO

Julio BANACLOCHE PALAO

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES

Antonio CAYÓN GALIARDO

Guillermo GUERRA MARTÍN

Eugenio LLAMAS POMBO

Manuel LÓPEZ PARDIÑAS

Blanca LOZANO CUTANDA

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

Enrique ARNALDO ALCUBILLA (*Secretario*)

Director General de LA LEY: Alberto Larrondo Ilundain
Director de Publicaciones: José Ignacio San Román Hernández
Coordinación editorial: Gloria Hernández Catalán
César Abella Fernández
Diseño de cubierta: Raquel Fernández Cestero

1.ª edición: Septiembre 2011

Edita: LA LEY
Edificio La Ley
C/ Collado Mediano, 9
28230 – Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 42 00 10 – Fax: 902 42 00 12
<http://www.laley.es>

© Wolters Kluwer España, S.A., 2011

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ISBN Edición Gráfica: 978-84-8126-926-0

Depósito Legal: M. 36.940-2011

Printed in Spain

Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS POR LA OMISIÓN DEL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES DE VIGILANCIA

Pablo E. PERRINO

Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de la Plata y de los cursos de postgrado en Derecho administrativo de las Universidades de Buenos Aires, Universidad Austral, Universidad Católica Argentina, Universidad Católica de La Plata y Universidad Católica de Cuyo. Socio del estudio jurídico Cassagne Abogados

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
 - 1. Origen y desarrollo jurisprudencial
 - 2. Responsabilidad directa
 - 3. Responsabilidad de base objetiva
 - 4. Reparación plena
 - 5. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal
- III. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN
 - 1. La falta de servicio por omisión
 - 2. La responsabilidad por omisión y el distinto alcance de los deberes a cargo de la Administración

3. Valoración en concreto del comportamiento administrativo. El test de razonabilidad

IV. LA RELACIÓN CAUSAL

V. EXAMEN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES QUE ABORDARON LA RESPONSABILIDAD DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA Y LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN

1. Causas en las que se demandó al Banco Central de la República
2. Causas en las que se demandó a la Superintendencia de Seguros de la Nación

IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente uno de los capítulos más complejos de la responsabilidad estatal es el concerniente a los daños que pueden derivarse de la omisión de ejercer la tarea de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico confía a órganos o sujetos que ejercen la función administrativa (entre los que se encuentran los entes reguladores de servicios públicos y otras autoridades administrativas encargadas de fiscalizar el funcionamiento de otros sectores, tales como el financiero, bancario y asegurador).

Se trata de perjuicios que, normalmente, son ocasionados por personas privadas a otros sujetos privados, pero que la víctima demanda su reparación al Estado, porque considera que si este hubiera ejercitado correctamente su labor de fiscalización no los habría padecido y que, generalmente, se atribuyen a actuaciones estatales adoptadas en ejercicio de potestades de naturaleza discrecional o por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y sobre cuestiones que suelen tener un alto componente técnico. En efecto, son perjuicios que, usualmente, se atribuyen al incumplimiento de normas que solo señalan fines o directrices, pero que no imponen conductas concretas o no establecen los criterios en base a los cuales la Administración debe atenerse al momento de definir los medios a emplear para alcanzar un determinado objetivo y que, además, suelen requerir para su aplicación de conocimientos especializados.

Todas estas circunstancias inciden decisivamente en la configuración de la responsabilidad estatal ya que, en muchos casos, acarrearán dificultades para la configuración de dos de los presupuestos que deben concurrir para

que sea procedente su deber de responder, como son el factor de atribución y el nexo de causalidad⁽¹⁾.

Los problemas indicados se reflejan claramente en los fallos dictados por tribunales argentinos, en particular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por diversos tribunales federales, en los que, si bien con interesantes excepciones⁽²⁾, se ha afianzado una tendencia restrictiva al reconocimiento de la responsabilidad estatal por omisión del ejercicio de potestades administrativas de control⁽³⁾.

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

- (1) Bien ha señalado nuestro homenajeado, en un profundo y meditado trabajo sobre los problemas que suscita el control judicial de las decisiones de las entidades reguladoras, que si bien en el orden de los principios no se discute que tales actos están sometidos a la Ley y al Derecho y son, por tanto, justiciables (no hay exentos del control judicial), la realidad demuestra que cuando estas decisiones llegan a los tribunales los jueces tienen grandes dificultades para adentrarse en su contenido y someter a juicio el fondo de las mismas pues para ello es menester apreciar reglas y conceptos técnicos, que pueden requerir conocimientos especializados, ajenos al saber jurídico como a la experiencia común del hombre medio (Gaspar ARIÑO ORTIZ, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *RAP* núm. 182, pág. 9 y ss.). Como veremos más adelante, estas mismas dificultades también las padecen los órganos judiciales al momento de examinar si la actuación de las mencionadas autoridades administrativas es susceptible de comprometer su responsabilidad patrimonial.
- (2) CSJN, causas: «Franck, Roberto A. c/Provincia de Buenos aires», Fallos: 275:397; «Coco, Fabián A. c. Provincia de Buenos Aires y otros», Fallos: 327:2722; «Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro»; Fallos: 330:2748 y «Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo», LL 13/09/10; entre otros.
- (3) CSJN, causas: «Ruiz, Mirtha E. y otro c/ Prov. de Buenos Aires»,; Fallos: 312:2138; «Vaca, Emilio y otra c. Provincia de La Rioja», Fallos: 315:1480; «Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, provincia de y otros s/sumario», Fallos: 321: 1124; «Colavita, Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros», Fallos: 323:318; «Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios», Fallos: 329: 2088; «Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros», Fallos: 329:4944), «Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios», Fallos: 330:653; «Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios», Fallos: 332:2328; entre otros muchos.

los particulares y convierten a la responsabilidad estatal en una suerte de paraguas contra todos los males que puede deparar la vida en sociedad⁽⁴⁾.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Para una adecuada comprensión del tema objeto de este trabajo consideramos conveniente efectuar una breve descripción de las notas que caracterizan el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho argentino en su faz extracontractual.

1. Origen y desarrollo jurisprudencial

Al igual que ha ocurrido en numerosos países europeos⁽⁵⁾ y latinoamericanos⁽⁶⁾, la formulación del sistema de responsabilidad estatal es de origen esencialmente jurisprudencial⁽⁷⁾.

- (4) BOTASSI, Carlos, «Responsabilidad del Estado por omisión», *Documentación Administrativa*, núm. 269-270, pág. 339. Es que, como afirmaba COMADIRA: «La atribución de responsabilidad al Estado no puede ser tanta como para agotarlo o inhibirlo en la gestión del interés público, ni tan poca como para expoliar al particular bajo la apariencia de dicho interés», «La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público», obra colectiva *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, RAP, núm. 326, pág. 574.
- (5) Vgr. Francia (de Laubadère, André *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit y Jurisprudence», París, 1980, pág. 693; MOREAU, Jacques, «Evolución reciente de la responsabilidad de la Administración en el Derecho francés», *Documentación Administrativa* núm. 239, pág. 175 y ss., ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *La responsabilité administrative*, Hachette, París, 1992, págs. 9 y ss. SEMPÉ, Françoise, «La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia», en la obra colectiva, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, editado por Tecnos y la Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pág. 969 y ss.), Italia. (Clarich, Marcello, «La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes», en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, págs. 1005 y ss.) y Alemania (Ossenbühl, Fritz, «la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, págs. 931 y ss.).
- (6) Vgr. Colombia (BARRERA MUÑOZ, William, «La responsabilidad del Estado en el derecho colombiano», en *Rev. de Der. Adm.* núm. 70, pág. 977 y ss.) y Chile (CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, Lexis-Nexis, Santiago, Chile, 2003, pág. 7 y ss.).
- (7) Ver: REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Bs. As., 1969, pág. 83 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 9ª ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, t. I,

No obstante carecer nuestra Constitución Nacional de disposiciones específicas en la materia⁽⁸⁾, como ocurre, por ejemplo, en España⁽⁹⁾, Brasil⁽¹⁰⁾, Colombia⁽¹¹⁾, México⁽¹²⁾, Venezuela⁽¹³⁾, Uruguay⁽¹⁴⁾ y Chi-

cap. V, pág. 525 y ss.; USLENGHI, Alejandro J., *Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita*, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, pág. 49 y ss. y PERRINO, Pablo E. «La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino», *R.A.P.* núm. 237, págs. 9/14.

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

- (9) Art. 106.2 de la Constitución Española.

- (10) Art. 37, párr. 6º de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil; ver: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe, «A responsabilidade civil extracontractual do Estado. Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público», *RAP* núm. 370, pág. 331 y ss.

- (11) Art. 90 de la Constitución Política de 1991. ver: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, «Antecedentes y fundamento constitucional y legal de la responsabilidad patrimonial del Estado», publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, coordinada por Isaac Augusto DAMSKY (h), Miguel Alejandro LÓPEZ OLIVERA y Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica núm. 104, México 2007, www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/16.pdf.

- (12) Art. 113, 2º párrafo de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; ver: CASTRO ESTRADA, Álvaro, «La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo», publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, coordinada por Isaac Augusto DAMSKY (h), Miguel Alejandro LÓPEZ OLIVERA y Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica núm. 104, México 2007, www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/29.pdf.

- (13) Art. 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ver: BADELL MADRID, Rafael, «La responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1999 y su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia», publicado en la obra colectiva *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pág. 109 y ss.

- (14) Art. 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay; ver: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La responsabilidad hacia la Administración en el derecho administrativo uruguayo», *RAP*, núm. 370, págs. 81 y ss.

le⁽¹⁵⁾, ello no ha constituido un valladar para que por vía pretoriana se considerara que la responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional. En efecto, con apoyo, principalmente, en las cláusulas de la Constitución Nacional que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17)⁽¹⁶⁾ y en los arts. 19⁽¹⁷⁾, del cual deriva la regla que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*) y 16⁽¹⁸⁾, que consagra el principio de igualdad en

(15) Art. 38, 2do. párr. de la Constitución Política de la república de Chile; ver: CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para su sistematización*, LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, págs. 22 y ss. y 36 y ss.

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

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

(18) La cláusula del art. 16 de la Constitución Nacional juega un papel fundamental para dar sustento a la obligación estatal de resarcir los daños ocasionados por su actuación legítima (Ver CSJN, «García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires Pcia. de s/ Indemnización de daños y perjuicios», Fallos 315:1892; «Azzetti, Eduardo Narciso c/ la Nación — Estado Mayor General del Ejército s/ accidente en el ámbito militar y f. seguridad»,

las cargas públicas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de una doctrina judicial que reconoce ampliamente la responsabilidad estatal por los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes públicos.

Sin embargo, a diferencia de lo que acontece en otros sistemas jurídicos que han regulado expresamente la responsabilidad estatal (como el español⁽¹⁹⁾, el peruano⁽²⁰⁾, el mejicano⁽²¹⁾ el norteamericano⁽²²⁾ y el del Reino Unido⁽²³⁾), en el ordenamiento jurídico argentino —tanto nacional como provincial—, no existe, al menos con carácter general, una regulación orgánica sobre este instituto. Solo median previsiones normativas en áreas específicas y respecto de aspectos muy puntuales de esta materia, como ocurre por ejemplo con los daños ocasionados en el marco de relaciones contractuales⁽²⁴⁾, empleo públi-

Fallos 321:3363; «Pistone, Ciro Alberto c/Estado Nacional s/daños y perjuicios», Fallos: 330:2464).

- (19) Arts. 139 a 146 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, del 13 de enero.
- (20) Art. 238 de la Ley 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por el Decreto Legislativo 1029 de fecha 24 de junio de 2008, ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo*, 8ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pág. 751 y ss.
- (21) «Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado», *DOF* del 31/12/04 (Última reforma publicada *DOF* 12/06/2009).
- (22) Federal Tort Claims (28 U.S.C, §1346 (b), 2671-2680); ver: BIANCHI, Alberto B., «Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado», *LL*, 1996-A, pág. 922.
- (23) Crown Proceedings Act 1947; ver: WADE, William y FORSYTH, Christopher, *Administrative Law*, 9ª ed., Oxford University Press, pág. 814 y ss. y BIANCHI, Alberto B., «Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado», *LL*, 1996-A, pág. 922.
- (24) Arts. 62, inc. a, art. 64, inc. b de la Ley 6021 (t.o. por decreto 536/95), Obras Públicas de Públicas de la Provincia de Buenos Aires; art. 71 del decreto 3300/72, Reglamento de Contrataciones de la Provincia de Buenos Aires; art. 9, incs. a y c de la ley 9254, Concesión de obras públicas provinciales, y art. 11, incs. a y b) ley 9645, Concesión de obras públicas municipales.

co⁽²⁵⁾, error judicial en materia penal⁽²⁶⁾ y los generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad nacional⁽²⁷⁾. De ahí que pueda afirmarse sin equivocaciones que la responsabilidad estatal carece en el Derecho argentino de un tratamiento normativo sistemático y unitario.

Esta carencia de una legislación general y orgánica sobre la responsabilidad estatal, junto con una interpretación sumamente amplia de la condición de «derecho común» y uniforme para toda la República del Derecho civil (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional), trajo aparejado que se aplicara al Estado durante mucho el régimen de la responsabilidad extracontractual previsto en el Código Civil para las personas jurídicas (art. 43 del Código Civil)⁽²⁸⁾.

- (25) Ley 19.101, modificada por la Ley 22.511, orgánica de las Fuerzas Armadas; Ley 19.349, modificada por Ley 22.534 Orgánica de la Gendarmería Nacional y Ley 12.992, con sus modificatorias, Leyes 20.281 y 23.028, orgánica de la Prefectura Naval; Ley 11.757, Estatuto del empleado municipal (arts. 9, inc. b.2, último párrafo; y 24), Ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30); Decreto-Ley 9550 (t.o. 1995), del personal de la policía de la Provincia de Buenos Aires bonaerense, (art. 116, inc. e).
- (26) Art. 10 del Pacto de San José de Costa Rica, normativa de jerarquía constitucional en el derecho argentino a tenor de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 488 del Código Procesal Penal de la Nación.
- (27) Art. 34 de la Ley 23.554, de Defensa Nacional.
- (28) El examen de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación revela que el alto Tribunal desde los primeros tiempos acudió a las disposiciones de la legislación civil para justificar tanto la responsabilidad contractual, como la extracontractual del Estado. En rigor, en un primer momento, la posibilidad de responsabilizar al Estado con base en las normas del Código Civil, dependía de que se considerara su comportamiento como *jure imperii* o *jure gestionis*. Solo en este último caso se admitía la aplicación de las normas del Código Civil que regían la responsabilidad de las personas jurídicas privadas por incumplimientos contractuales. Como consecuencia del dogma de la inmunidad del soberano, en boga en la Argentina a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, no era posible responsabilizar al Estado por los daños derivados de sus comportamientos de «Poder Público» (*actos jure imperii*) (conf. CSJN, causas: «Seste, Vicente y Seguich, Antonio», el 29/9/1864, Fallos: 1:317 y «Gómez, José Cándido, el 1/6/1865, Fallos: 2:36). A su vez, la responsabilidad extracontractual por actos *jure gestionis* era rechazada porque se afirmaba, con sustento en una interpretación gramatical de la errónea redacción del texto originario del art. 43 del Código Civil (modificado en el año 1968 por el Decreto-Ley 17.711), que las personas jurídicas no respondían por los actos ilícitos de sus representantes (ver: CSJN «Araoz, Luis F. c/ Municipalidad de Tucumán», Fallos: 52:371; «Donaire de Cabrera, Encarnación c/ Gobierno de la Nación», Fallos 99: 22; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, 8ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, t. II, págs. 74 y ss. y BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 4ª, Abeledo Perrot, Bs. As., 1983, pág. 423 y ss.). Solo en aquellos supuestos particulares que una ley expre-

No obstante que dicho recurso fue una solución loable en su momento ya que posibilitó responsabilizar al Estado por los perjuicios que ocasionaba, constituye una respuesta equivocada, porque salvo los daños provocados

samente lo permitía el Estado respondía en su esfera extracontractual, ya se trate de actos *jure gestionis* o *jure imperii* (CSJN, causa «Brown, Francisco c/ Gobierno Nacional», Fallos: 130:62).

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

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

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

por comportamientos estatales en relaciones de Derecho privado, la responsabilidad del Estado es una típica institución perteneciente al Derecho público, regida por principios propios, que son por su naturaleza y fines, en gran medida, diferentes de los que imperan en el Derecho privado⁽²⁹⁾.

Por tal motivo, hoy en día, ante la falta de una normativa en la materia, no obstante continuarse acudiendo en diversos aspectos a la legislación civil para resolver los problemas que presenta la responsabilidad estatal, se lo hace extensivamente a los efectos de cubrir la laguna normativa existente en la materia mediante la técnica de la interpretación analógica⁽³⁰⁾ o por vía de subsidiariedad⁽³¹⁾. Ello es así porque, si bien no puede negarse que existen principios y elementos afines entre la responsabilidad patrimonial del Estado y la de los sujetos privados⁽³²⁾, ciertamente median aspectos

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

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

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

(32) En ambos campos la responsabilidad opera como un instrumento de garantía cuyo objeto principal es la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima y deben concurrir una serie de presupuestos indispensables para que surja el deber de reparar (como son

diferenciales no menores que no permiten un tratamiento absolutamente homogéneo. Tal es lo que ocurre con el mismo fundamento del deber de reparar, como a diversos tópicos que derivan de la singular posición de las autoridades estatales en las relaciones con particulares, en cuanto titulares de prerrogativas asignadas para el logro del bien común, como así también por la complejidad del obrar de los poderes públicos y la forma en que el mismo se desarrolla⁽³³⁾.

Probablemente, el ámbito en el cual con mayor claridad se advierte la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente las normas del Derecho privado es el de la responsabilidad lícita, pues en tales supuestos el factor de atribución que justifica el deber estatal de indemnizar no es propio de las relaciones entre sujetos particulares ya que radica en la existencia de un sacrificio o daño especial⁽³⁴⁾, derivado de la quiebra del principio constitucional de

el daño, la imputabilidad, la causalidad y un factor de atribución); Ver en este sentido: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, «La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado», en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado*, UNSTA, Tucumán, 1982, pág. 55 y ss. y su voto como jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la causa «Torres Francisco c/Pcia. de Mendoza», LL, 1989-C, pág. 511.

- (33) Como bien dice SOTO KLOSS, «el Estado no es una persona jurídica, sujeto de derecho, como las regidas por el derecho privado: su misión es muy diferente, su estructura bien distinta, su actuar diverso; se rige, en fin por leyes o normas propias, específicas a él, lo que conduce obviamente a plantear también su responsabilidad a través de un enfoque diferente». Por tal motivo, concluye el citado autor, la responsabilidad estatal debe tener un tratamiento distinto respecto de la responsabilidad privada, pues en la primera «hay un problema de lo justo público (igualdad de proporción, dada las funciones supraordenadoras del Estado), en cambio en el ámbito privado se da lo justo de intercambio, de conmutación, en un plano de posiciones jurídicas equiordenadas (SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, t. I, pág. 274/275). En línea con lo dicho, señala CASSAGNE que: «mientras en el Derecho civil la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el Derecho público (constitucional y administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima, armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad» (CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, pág. 539).

- (34) La teoría del sacrificio especial constituye una construcción desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), causas: «Establecimientos Americanos Graty S.A. c/ Nación, Fallos: 180:107; «Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», Fallos 293:617; «Cruppi Hnos. S.A. c/ Fretes Néstor, Luis y otro, Fallos 310:943; «Buenos Aires Eximport S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas) y otros s/ ordinario», Fallos 316:397; «Columbia S.A. de

igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Constitución Nacional), que el afectado no está obligado a soportar. Esta clase de responsabilidad, por su propia naturaleza y fundamento, no tiene parangón en el Derecho privado en el cual el deber de responder por un comportamiento válido resulta algo excepcional⁽³⁵⁾.

2. Responsabilidad directa

Al igual que en la generalidad de los países iberoamericanos la responsabilidad estatal es directa⁽³⁶⁾, ya que no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los agentes públicos⁽³⁷⁾. La imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados al Estado se explica a través de la teoría del órgano. Consecuentemen-

Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios», Fallos 319:2658, entre otros; ver: BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, .cit., pág. 55 y ss. y MURATORIO, Jorge I, «Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita», obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, pág. 77).

- (35) Conf. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, pág. 538; como destaca. COMADIRA, Julio R., si bien en el derecho civil se reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar, «los fundamentos y las circunstancias que los justifican son en verdad diferentes. Más aún: de acuerdo con alguna doctrina estas situaciones se desplazan del ámbito de la responsabilidad civil» (*Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo Perrot, Bs. As., 2003, pág. 369).
- (36) CSJN, causas: «Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos: 306:2030 y «Reynot Blanco, Salvador Carlos c/Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios, Fallos 331:1690, entre otros muchos.
- (37) Cabe destacar que, hasta el año 1984 la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenía que la responsabilidad estatal era indirecta, ya que entendía aplicable el art. 1113, 1º párr. del Código. Civil, que regula la responsabilidad por el hecho de los dependientes (CSJN: causas «Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional», Fallos: 169:111; «F. C. Oeste de Buenos Aires c/ Prov. de Bs. Aires», Fallos 182:5, «Sirota y Cía., S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos: 259:261; «Cortese de Fadda, Rosa c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos 270:404; «Provita S.A.I.F. c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos 278:224; «Sánchez Puppulo, Eduardo Luis y otros c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos: 288:362, entre otros muchos). A fines de ese año al fallar el caso citado caso «Vadell» (Fallos: 306:2030), siguiendo las enseñanzas de la doctrina administrativista (BIELSA, Rafael, «Responsabilidad del Estado como poder administrador», *JA*, t. 43, pág. 416; MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. IV, pág. 715, entre otros muchos) y con sustento en la teoría del órgano, modificó su postura y sostuvo que la responsabilidad estatal es siempre directa y no refleja o indirecta.

te, cualquiera sea la posición jerárquica que tenga el agente en la estructura administrativa se identifica con la propia autoridad estatal. Él es una parte integrante del aparato administrativo, por lo que no constituye una persona diferenciada del Estado, sino que en su condición de órgano se confunde como parte integrante suya⁽³⁸⁾.

3. Responsabilidad de base objetiva

No se discute que la responsabilidad estatal con sustento en el factor de atribución riesgo creado es de índole objetiva⁽³⁹⁾. Lo mismo sucede con la responsabilidad estatal derivada de comportamientos lícitos. En ambos casos está ausente la idea de culpa o falta o de reproche por una actuación irregular o defectuosa⁽⁴⁰⁾.

Sin embargo las explicaciones no son coincidentes cuando el deber de responder deriva de la existencia de una falta de servicio, que es el factor de atribución cuantitativamente más relevante. La mayoría de la doctrina⁽⁴¹⁾ afirma que se trata de responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para que aquella se configure. La culpa o dolo del funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema o del

- (38) GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2009, t. I, cap. XII, pág. 2.
- (39) TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPANUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, Hammurabi, Bs. As., 1986, T. 2ª, pág. 25.
- (40) DEL PILAR AMENÁBAR, María, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 393.
- (41) CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 503; 548/551 y; «Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración», *LL*, 2005-D, 1268; TAWIL, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Bs. As., 1993, pág. 109; MATA, Ismael «Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía», obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, pág. 176); MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 2001, págs. 63 y ss. y BONPLAND, Viviana M., «Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegetico de las citas del codificador al art. 1112 del Código Civil)», *LL*, 1987-A, págs. 784 y 786; En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, «Los daños producidos por el Estado», *Jus* núm.38, pág. 63 y REIRIZ, «Responsabilidad del Estado» en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, pág. 226.

aparato administrativo⁽⁴²⁾. Por eso se afirma que, como en Francia⁽⁴³⁾, la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, pues no es preciso individualizar a su autor⁽⁴⁴⁾.

Debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la responsabilidad por falta se predica de conductas y no de resultados. Lo que con ello se quiere significar es que, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa «un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio»⁽⁴⁵⁾.

En efecto, la responsabilidad por falta exige efectuar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados.

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

De ahí que, no baste acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal para dar lugar al pago de una

(42) Ver PERRINO, E., «La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio», *ED* 185— 781.

(43) DE LAUBADÈRE, André, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit y Jurisprudence, París, 1980, pág. 721. Es que, como ha señalado PAILLET: «tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica de su autor» (PAILLET, Michel, *La responsabilidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, impreso en Argentina, 2001, pág. 169).

(44) Ver GALLI BASUALDO, Martín, «La falta de servicio y la falta personal», *EDA*, 2008-653.

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

indemnización⁽⁴⁶⁾, sino el anormal o irregular funcionamiento de la Administración⁽⁴⁷⁾.

Como se puede apreciar, el régimen argentino difiere en este aspecto del sistema español⁽⁴⁸⁾ y de aquellos que lo han tomado como modelo (vgr. Colombia⁽⁴⁹⁾ y México⁽⁵⁰⁾) que han consagrado un sistema de responsabilidad objetiva más amplio que se sustenta básicamente en la idea del daño anti-jurídico, esto es aquel que no se está jurídicamente obligado a soportar⁽⁵¹⁾.

4. Reparación plena

En los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita la indemnización es amplia ya que puede abarcar los daños de carácter

- (46) Esta característica de nuestro régimen de responsabilidad del Estado es común con lo que acontece en los sistemas francés, italiano y alemán (ver MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 177/185 y 258/259) y lo distingue del modelo español, en el cual el concepto de lesión resarcible y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación de indemnizar (REBOLLO, Luis Martín, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999).
- (47) CSJN, causa «Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, provincia de y otros s/sumario», Fallos: 321: 1124, también en LL 1998-C, pág. 317, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, «Es responsable la Asociación del Fútbol Argentino por los daños que se generan en ocasión de las competencias que organizan sus entidades afiliadas», y en *J. A.*, t. 1999-I, pág. 380, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix A. «El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario».
- (48) Art. 106.2 de la Constitución Española y arts. 139 a 146 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, del 13 de enero.
- (49) Art. 90 de la Constitución Política; ampliar en: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 172 y ESQUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional*, obra colectiva *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII, *Procesos constitucionales orgánicos*, coordinada por Eduardo FERRER MAC GREGOR y Arturo ZALDIVAR LELO DE LARREA, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal y Marcial Pons, México 2008, ISBN 970-32-5383-8, www.bibliojuridica.org/libros/6/2553/34/pdf.
- (50) Art. 1º Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.
- (51) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, t. II, pág. 375 y ss.

patrimonial y extrapatrimonial, presentes y futuros, comprendiendo no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante⁽⁵²⁾.

En los casos de perjuicios ocasionados por el Estado mediante comportamientos lícitos la cuestión ha da lugar a profundas discusiones acerca del alcance de la indemnización. Durante mucho tiempo la Corte Suprema de Justicia⁽⁵³⁾, en posición compartida por un relevante sector de la doctrina⁽⁵⁴⁾, entendió que en tales supuestos debía aplicarse, por analogía, las disposiciones de la legislación de expropiaciones⁽⁵⁵⁾ que excluye el pago del lucro cesante⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, la actual integración del Alto Tribunal ha expresa-

(52) MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit., pág. 128.

(53) Causas: «Laplacette, Juan Y Otros C/ Provincia De Buenos Aires», Sent. Del 26/2/43, Fallos: 195:66; «Corporación Inversora Los Pinos S.A. C/ Municipalidad De La Ciudad De Buenos Aires», Sent Del 22/12/1975, Fallos: 293:617; «Cantón, Mario Elbio C/ Nación», Sent Del 15/6/1979, Fallos: 301:403; «Motor Once S.A.C.I. C/ Municipalidad De La Ciudad De Buenos Aires», Sent. Del 9/5/1989, Fallos: 312:649 Y «Petruccelli, Fidel Primo Y Otra C/ Municipalidad De La Ciudad De Buenos Aires», Fallos: 312:956.

(54) *Conf.* MARIENHOFF, Miguel S., «El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado», *ED* 114-949; «Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado»; HUTCHINSON, Tomás «La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público», *AA.VV. Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 535 y ss. COMADIRA, Julio R., «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado», *ED, supl. de Der. Adm.*, serie especial del 31/10/2002; «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, págs. 297 y ss.; «Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación», *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, pág. 461 y ss.; *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo Perrot, Bs. As., 2003, págs. 358/381; 38/416; «La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público», *RAP*, núm. 326, pág. 559.

(55) Art. 10 de la Ley nacional de expropiaciones, núm. 21.499.

(56) Esta postura parte de la base de que la Constitución Nacional no contiene ninguna disposición que consagre expresamente el principio de integralidad del resarcimiento y que, tanto en la expropiación, como en los casos de perjuicios causados por la actividad válida del Estado, existe un comportamiento estatal legítimo que produce el sacrificio de derechos de particulares en aras del interés general. En consecuencia, como en ambos supuestos el perjuicio es el resultado del ejercicio válido de una potestad ablatoria, ante el vacío normativo existente en la materia, debe aplicarse por vía analógica la solución consagrada en la normativa expropiatoria, que margina la indemnización del lucro cesante.

do claramente su opinión favorable, como principio, al reconocimiento del resarcimiento del lucro cesante en tales casos⁽⁵⁷⁾.

Dichos argumentos han sido rebatidos por otro importante sector de la doctrina y también en pronunciamientos de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación con arreglo a las siguientes razones: a) existe una regla interpretativa que prohíbe aplicar en forma extensiva las soluciones normativas que restringen o limitan derechos y b) más allá de los puntos en común que existe entre la expropiación y los supuestos de perjuicios causados por la actividad lícita estatal median importantes diferencias, pues mientras la primera está rodeada de un conjunto de garantías previstas en el art. 17 de la Constitución Nacional (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad con dinero efectivo y no mediante la entrega de títulos de la deuda —bonos de consolidación—, etc.) que están ausentes en la segunda, por lo que no es correcto asimilar sus consecuencias jurídicas. Lo contrario, importaría admitir, en la práctica, la expropiación por la sola actuación de la Administración, soslayándose las garantías consagradas por la Constitución para el ejercicio de la potestad expropiatoria (*conf.* Miguel A. BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1980, págs. 502/503; CASSAGNE, *El Contrato administrativo*, 2ª ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Bs. As., 2005, págs. 158/160 y 162/163; TAWIL, Guido Santiago, «El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita», obra colectiva *Responsabilidad del Estado*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, págs. 239 y ss.; BARRA, Rodolfo C., «Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos», *ED* 122-861; BIANCHI, Alberto B., «Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado», *ED*, 111-550 y «Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa», *Revista de Administración Pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, pág. 9; FONROUGE, Máximo, «La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad», obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 554; PRITZ, Osvaldo Ángel F., «El rescate», obra colectiva *Contratos Administrativos*, antes cit. pág. 243 y ss.; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., «Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos», obra colectiva *Servicio Público y Policía*, dirigida por Juan Carlos CASSAGNE, págs. 187 y ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, cit., pág. 131 y ss.; BOTASSI, Carlos A., *Contratos de la Administración provincial*, Scotti editora, La Plata, 1996, págs. 92; BUJ MONTERO, Mónica, «Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral», obra colectiva *Contratos administrativos*, dirigida por Ismael FARRANDO, Lexis-Nexis - Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, pág. 551 y ss., «El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita», obra colectiva, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2008, pág. 239 y ss. PERRINO, Pablo E., «El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público», obra colectiva, *La contratación pública*, t. II, dirs.: Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007, pág. 1119 y ss. y «La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante», sup. de Der. adm de JA del 11/11/09).

- (57) CSJN, causas «El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional», Fallos: 328:2654, y «Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional — P.E.N. — Dto. 1583/1996 s/ daños y perjuicios», Fallos: 328:2654.

Compartimos dicha postura⁽⁵⁸⁾, pues entendemos que de los artículos de la Constitución Nacional (arts. 14, 16, 17 y 19) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽⁵⁹⁾ (arts. 21 y 24) que protegen los derechos de propiedad e igualdad y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema de Justicia nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de otro, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser «justa»⁽⁶⁰⁾, lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado⁽⁶¹⁾, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa⁽⁶²⁾. Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas⁽⁶³⁾.

(58) Ver PERRINO, Pablo E., «La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante», Sup. de Der. adm, JA del 11/11/09.

(59) Dicho tratado internacional tiene jerarquía constitucional en el Derecho argentino en virtud de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

(60) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia expropiatoria considera que el principio de «justa» indemnización, basado en la garantía de la propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (CSJN «Benítez, Fructuoso y otra c/ Dirección Nacional de Vialidad», Fallos: 317:377 y «Agua y Energía Eléctrica S.E. c/ Montelpare, Gustavo s/ expropiación -incidente de desindexación», Fallos 326:2329).

(61) Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué emitido en el caso «Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. / Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios.», sentenciado el 23/11/1989, (Fallos: 312:2266) para fundar la indemnización del lucro cesante. En dicha causa se consideró responsable a la provincia demandada por la inundación de un establecimiento de campo, causado por las obras realizadas para evitar que las aguas afectaran sectores de alta productividad y centros poblados.

(62) Conf. TAWIL, «El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita», antes cit. pág. 245.

(63) Si bien como regla el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación, ello no significa que no pueda ser equitativamente restringido en su extensión, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso. Pues, así como nos parece irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos, ya que acarrearía el despojo del derecho de propiedad del afectado también lo es reconocerlo sin limitación alguna (Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué antes citado). Es que la reparación en tales casos no puede constituirse en una fuente de beneficios o enriquecimiento para el afectado, quien no puede pretender que se le resarza más que el equivalente de lo que en realidad pierde por la actuación estatal lícita lesiva de sus derechos (En igual sentido: BIANCHI, «El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general»,

5. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal

En general, la doctrina⁽⁶⁴⁾ y la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁶⁵⁾ entienden que para que pueda condenarse al Estado a indemnizar los perjuicios ocasionados por su actuación deben reunirse los siguientes requisitos: a) daño o perjuicio cierto en cuanto a su existencia⁽⁶⁶⁾, evaluable económicamente y subsistente⁽⁶⁷⁾; b) la posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó; c) la existencia de un factor de atribución, siendo los más importantes la falta de servicio y en menor medida el riesgo creado⁽⁶⁸⁾ y la existencia de un sacrificio o daño especial, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la

obra colectiva *Servicios públicos. Regulación 1er. Congreso nacional*, Ediciones Dike, Mendoza, 2004, pág. 131 y ss.; conf. CSJN causas: «Nación c/ Dubini, José y Dubini, Ángel», Fallos: 184:142; «Lustig, Ladislao c/ Dubcosky, Jaime - De la Plaza de Castañeda Vega, Silvia c/ Provincia de Córdoba, Fallos 202:81 y «Bco. Hipotecario Nacional c/ Ratto de Prats, María E.», Fallos 237:316).

(64) CASSAGNE, Juan Carlos, «La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)», *LL*, del 18/11/09. y MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit, pág. 103 y ss.

(65) CSJN, causas: «Agencia Marítima Rioplat S.A. c/ cap. y/o arm. y/o prop. bq. Eleftherotria s/ ordinario», Fallos: 315:2865; «Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL. c/ Santa Fe, Provincia de s/ ordinario», Fallos 320:266; «Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de conocimiento», Fallos 321:1776; «Giménez Zapiola Viviendas S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios», Fallos 321:2144; «Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios», Fallos 328:2546, entre otros.

(66) CSJN, causas: «Brumeco S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes», Fallos 313:907; «Mascaró de Manuilo, Martha Esther c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios», Fallos 313:1465; «Magar Sociedad en Comandita por Acciones c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios», Fallos 316:1891; «Grissia, Guillermo y otra c/ Iraola Pebe, Luis s/ daños y perjuicios», Fallos 316:2137; «Vara, Norma Elida c/ Buenos Aires, Provincia de s/ ordinario», Fallos 317:536, entre otros.

(67) TRIGO REPESAS, Félix, «Subsistencia del perjuicio como requisito del resarcimiento del daño patrimonial», obra colectiva *Temas de responsabilidad civil*, Platense, La Plata, 1981, pág. 31 y ss.

(68) CASSAGNE, Juan Carlos, «Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad de la Administración», *LL* 2005.D, 1268; PERRINO, Pablo E. «La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas», en obra colectiva *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Bs. As., 2005, pág. 503 y ss. y «La responsabilidad por riesgo creado del Estado», obra colectiva *Estudios de derecho administrativo X*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Dike, Mendoza, 2004.

Const. Nac.), que el afectado no está obligado a soportar⁽⁶⁹⁾ y d) la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión estatal y el perjuicio⁽⁷⁰⁾.

III. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN

1. La falta de servicio por omisión

La mencionada falta de regulaciones en la materia que nos ocupa dio lugar a que numerosas opiniones de calificados juristas⁽⁷¹⁾ y pronunciamientos judiciales⁽⁷²⁾ consideraran aplicable a los supuestos de daños derivados de la inactividad administrativa la norma del Código Civil que regula la responsabilidad por omisión (art. 1074)⁽⁷³⁾. Ello no obstante, se ha impuesto claramente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, particularmente a partir del año 2007⁽⁷⁴⁾, el criterio que postula

- (69) CSJN, causas: «S. A. Corporación Inversora Los Pinos c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.», Fallos: 293:617, y «García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires Provincia de. de s/ Indemnización de daños y perjuicios» y Fallos: 315:1892; ver: MURATORIO, Jorge I, «Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita», obra colectiva, *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, pág. 77.
- (70) SANMARTINO, Patricio M. E., «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», obra colectiva, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Bs. As., 2008, pág. 438 y ss.
- (71) MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud «omisiva» en el ámbito del Derecho Público*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 78; TRIGO REPRESAS, Félix A, «Hecho ilícito por omisión», *RCyS*, 2006, 27; TAWIL, Guido Santiago, «Omisión, guerra y responsabilidad del Estado», *LL*, 1991-D, 362-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 1027; MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública*, cit. pág. 252, entre otros.
- (72) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, causa «Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza», sent. del 04/04/1989, *LL* 1989-C, 514, con nota de CASSAGNE, Juan Carlos, «La responsabilidad del Estado por omisión»; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contencioso-administrativa, causa «Macías, Miguel Eduardo y otra c. Municipalidad de la Ciudad de Concepción», *LLNOA* 2008 (diciembre), 1105; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, causa «Montiel, Victoriana y otra c. Municipalidad de la Ciudad de Corrientes», *La Ley Online AR/JUR*/8625/2008, entre otros muchos.
- (73) El art. 1074 del Cód. Civ. dispone: «Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido».
- (74) CSJN, causa «Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios», Fallos: 330:653 y *LL*, 2007-B, 261 y causa «Serradilla, Raúl Alberto c/Mendoza, Provincia de y otro s/daños y perjuicios», Fallos: 330:27487.

el encuadramiento de los supuestos de inacción estatal dañosa dentro de la figura de la falta de servicio⁽⁷⁵⁾, el cual constituye el factor de atribución cuantitativamente más importante en el Derecho argentino⁽⁷⁶⁾.

A pesar de que la falta de servicio es una noción de contornos imprecisos y susceptible de múltiples apreciaciones, que hemos adoptado del Derecho francés, se entiende que ella se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública o, como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por «una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular»⁽⁷⁷⁾.

- (75) Así lo sostenían con anterioridad al citado caso «Mosca»: GAMBIER, Beltrán, «Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia», LL, 1990-E, págs. 617 y ss., en especial pág. 626; ver: COMADIRA, Julio R. y CANDA, Fabián, «Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso-Administrativa)», nota al fallo de la Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa «Wellcome Argentina Limited», LL, 1996-A, pág. 600; CAPUTI, María Claudia, «Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso “Amiano”)», LL 2000-C, 750; PERRINO, Pablo E., «La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio», ED, 185— 781. Al respecto ver CANDA; Fabián O., «La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)», obra colectiva *Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público*, RAP, Bs. As., 2008, págs. 156/161.
- (76) Al respecto ver GALLI BASUALDO, Martín, «La falta de servicio y la falta personal», EDA, 2008-653.
- (77) CSJN, causa «Zacarías, Claudio H. c/Provincia de Córdoba y otros, Fallos: 321: 1124 y también en LL 1998-C, pág. 317; *idem* causa «Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios», Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261. Concorde con ello en más de una ocasión el Alto Tribunal ha expresado que «quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular» (CSJN causas: «Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos: 306:2030; «Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c/ Provincia de Buenos Aires», Fallos 307:1942; «Mascaró de Manuilo, Martha Esther c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios», Fallos 313:1465; «Agencia Marítima Rioplat S.A. c/ cap. y/o arm. y/o prop. bq. Eleftherotria s/ ordinario», Fallos 315:2865; «España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios», Fallos 316:2136; «Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios», Fallos 317:1921; «Menkab S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios», Fallos 318:1800; «Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL. c/ Santa Fe, Provincia de s/ ordinario», Fallos 320:266; «Lew, Benjamín Jorge y otro c/ Estado Nacional — Ministerio del Interior — Policía Federal s/ beneficio de litigar sin gastos», Fallos 320:1999, entre otros).

Según lo ha resuelto dicho máximo tribunal⁽⁷⁸⁾, el fundamento normativo de la responsabilidad por falta de servicio se encuentra en el art. 1112 del Código Civil⁽⁷⁹⁾ el cual contempla la responsabilidad por «los hechos y las

- (78) CSJN, causa «Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires», Fallos: 306:2030 y en ED t. 114, pág. 215 y ss. con nota de CASSAGNE, Juan Carlos «La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte».
- (79) Es justo señalar que la fundamentación de la responsabilidad directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes en el ejercicio de la función pública en el art. 1112 del Código Civil había sido expuesta con anterioridad al pronunciamiento de la Corte nacional *in re* «Vadell» por Juan Francisco LINARES, en un trabajo publicado en la revista *La Ley* titulado: «En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público» (LL, t. 153, pág. 601), publicado en el año 1974, y por Juan Carlos CASSAGNE, en dos trabajos publicados en la revista *El Derecho* titulados: «En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado» (ED, t. 99, pág. 987) y «La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo» (ED, t. 100, pág. 986), publicados en los años 1982 y 1983, respectivamente, y, con posterioridad, en la primera edición del tomo I de su obra *Derecho Administrativo* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 298/299). A juicio de estos autores, y contrariamente a la opinión tradicional de la doctrina (AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos*, t. II, pág. 68; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, «Inaplicabilidad del art. 1112 del Código Civil a las relaciones entresí de los funcionarios públicos», *J.A.*, t. 61, pág. 531; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1980, t. IV-B, pág. 113 y ss. y *Código Civil anotado*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, t. II-B, comentario al art. 1112, pág. 449; BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, t. III, pág. 271; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, t. II, pág. 486 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado», dirigido por BELLUSCIO, Augusto C., coordinado por ZANNONI, Eduardo A., comentario al art. 1112, Astrea, Bs. As., 1884, t.5, págs.403/421; GUASTAVINO, Elías P., «Responsabilidad del funcionario y de la Administración»; *ED*, t. 116, pág. 398; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed. ampl. y act., Astrea, Bs. As., 1993, págs. 472 y ss.; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed. aument. y actual., Platense, La Plata, 1996, t. V, pág. 736 y ss. COMPANUCCI DE CASO, Rubén H., «Manual de obligaciones», Astrea, 1997, pág. 652, y entre los administrativistas cabe citar a: BIELSA, ob. cit. t. III, pág. 274 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T.E.A., Bs. As., 1951, t. III, págs. 543 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1978, t. III-B, pág. 381 y ss.; DÍEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Plus ultra, Bs. As., 1971, t. V, págs. 122 y ss.; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 2ª ed., Bs. As., 1976, t. I, pág. 872 y ss.; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 9ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2009, t. II, cap. XIX, pág. 3 y ss. y VÁZQUEZ, Adolfo R., *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, Abaco, Bs. As., 1990, págs. 324 y ss.), VÉLEZ SARFIELD, autor del proyecto de Código Civil, en el art. 1112 no reguló la responsabilidad del funcionario, sino la del Estado. Prueba de ello —afirman— es que en la fuente de este precepto, que es el comentario de Aubry y Rau al art. 1384 del Código Civil francés, no existe una sola palabra sobre la responsabilidad del agente, sino exclusivamente a la del Estado. Se-

omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas»⁽⁸⁰⁾.

Esa actuación anormal o inadecuada que da lugar a una falta de servicio puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traduzcan en la emisión de actos de alcance individual o general, o en operaciones materiales de los agentes estatales, como también por la omisión o inactividad administrativa.

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

La inactividad administrativa generadora de una falta de servicio trasunta una infracción a deberes normativamente impuestos, en forma expresa o razonablemente implícita. De ahí que, la clave para determinar la existencia de una falta de servicio por inacción radica en la configuración de una omisión antijurídica, la cual se genera cuando, impuesto un comportamiento determinado por el ordenamiento jurídico (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc., incluso los principios generales del Derecho), la Administración se abstiene de actuar pese a que existía su deber de hacerlo.

Es sumamente relevante tener en consideración, para determinar si en un caso concreto se produjo un quebrantamiento a deberes que el ordena-

gún LINARES y CASSAGNE el codificador utilizó como fuente de la mencionada disposición la 4ª edición del *Cours de Droit Civil Français* de Aubry y Rau, editado en París en 1871, en el cual en el tomo t. IV, párr. 447, pág. 758 se expresa: «El Estado representado por los diversos ministerios y administraciones o entidades públicas es, como todo comitente, responsable por los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio». Respecto de la fuente doctrinaria del art. 1112 utilizada por Vélez Sarfield ver BONPLAND, Viviana M., «Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código Civil)», *LL*, 1987-A, págs. 779 y ss. y GUASTAVINO, ob. cit., págs. 399/401).

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

miento jurídico ha puesto en cabeza de la Administración, que los mismos suelen tener un distinto alcance y determinación, pues mientras que en algunos casos son genéricos o difusos en otros son precisos y determinados. Según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta diferente forma con que pueden ser establecidos los deberes de actuación, cuyo incumplimiento puede lesionar derechos o intereses jurídicamente protegidos, incide sustancialmente para determinar la responsabilidad estatal, pues, cuando se imputa la inacción de mandatos indeterminados es preciso que se efectúe «un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar»⁽⁸¹⁾. De ahí que, como lo ha entendido el citado máximo tribunal, la diferente configuración con que pueden ser atribuidos los deberes estatales no puede ser desconocida al momento de apreciarse si se ha producido una omisión antijurídica susceptible de calificarse de falta de servicio. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que en el ámbito de la inactividad estatal debe distinguirse entre «los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible»⁽⁸²⁾.

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

(82) Causa «Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios», sent. del 6/3/07, Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261; ver: Canda, Fabián O., «Responsabilidad del Estado por omisión ante el incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso “Mosca” de la CSJN», *Rev. Der. Adm. Austral*, núm. 1, págs. 339 y ss.

Aunque el Alto Tribunal no lo mencione expresamente, el distingo que efectúa en sus fallos acerca del contenido y alcance de los deberes estatales y la forma en que debe ser apreciado su cumplimiento se conecta con la clásica distinción entre potestades regladas y discrecionales. Evidentemente, los mandatos expresos y determinados son, básicamente, el producto de una potestad reglada, supuesto en el cual el ordenamiento jurídico fija de modo integral todas las condiciones para su ejercicio, por lo que en su empleo la actividad de la Administración se reduce a la constatación del supuesto de hecho, normativamente definido⁽⁸³⁾. En cambio, los mandatos indeterminados bien pueden tener su origen en una potestad discrecional, supuesto en el cual el ordenamiento jurídico confiere al órgano administrativo «un margen de maniobra» para elegir una solución entre varias alternativas igualmente justas⁽⁸⁴⁾, como también traducir la existencia de conceptos jurídicos indeterminados⁽⁸⁵⁾ en los cuales, en su zona de incertidumbre o halo conceptual, generan un cierto marco de apreciación en favor de la Administración⁽⁸⁶⁾.

(83) Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, pág. 453; CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., 2009, pág. 185.

(84) CASSAGNE, Juan Carlos, «La discrecionalidad administrativa y el control judicial», *LL*, supl. del 8/9/08 y *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As. 2009, pág. 193; conf.. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 304; SESIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., LexisNexis-Depalma, Bs. As., 2004, pág. 133.

(85) Para un relevante sector de la doctrina los conceptos jurídicos indeterminados admiten una única solución justa (ver: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, pág. 457 y ss. y CASSAGNE, Juan Carlos; *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., 2009, pág. 185). Otros autores consideran que el margen de apreciación que surge de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad no se diferencian cualitativamente [BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 204/205; DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 124 y ss.; SESIN, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, cit. pág. 184 y ss. y LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Bs. As., 2005, t. I, pág. 210/215].

(86) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, págs. 460/462.

Más allá de las diferencias que median entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados y de las diversas opiniones existentes al respecto, cuyo abordaje escapa a este trabajo, lo relevante para el tema objeto de nuestro estudio es que en ambos casos la Administración cuenta con un ámbito de apreciación (que, obviamente, no está fuera del control judicial⁽⁸⁷⁾) que se verifica en situaciones tales como aquellas en las que el legislador se limita a regular fines y objetivos para cuya consecución habilita a la Administración a buscar la solución más idónea, o cuando la apodera para llevar a cabo ciertas actuaciones o adoptar determinadas decisiones, pero sin definir en concreto (o haciéndolo parcialmente) los criterios que han de guiar dicha actuación⁽⁸⁸⁾.

Parece innecesario destacar por su obviedad que, mientras que la determinación de si una autoridad administrativa incumplió un mandato expreso y determinado puede resultar una tarea muy sencilla para los jueces, ya que basta confrontar la conducta desplegada con la que fue predeterminada normativamente, no suele ocurrir lo mismo cuando se atribuye la violación de un mandato indeterminado producto de una potestad discrecional, en cuyo marco, en algunos casos, no actuar puede ser una de las distintas decisiones válidas que en uso de su potestad discrecional la Administración puede adoptar⁽⁸⁹⁾. Una situación análoga también puede acontecer frente a conceptos jurídicos indeterminados en los cuales, a pesar de que como regla general no admiten más que una solución justa, en su halo conceptual puede darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas⁽⁹⁰⁾.

Teniendo presente lo expuesto, es evidente que, ya sea que la inacción sea el fruto de una decisión discrecional o producto del margen de apreciación que se suscita en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, para que se configure una falta de servicio generadora de responsabilidad estatal será imprescindible demostrar que ha mediado en el caso una omisión contraria a Derecho, para lo cual será fundamental examinar

(87) CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., págs. 215/216.

(88) Ver DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano*, cit., pág. 86 y ss.

(89) CHAPUS, René, *Droit administratif général*, 11ª ed., Montchrestien, París, 1997, pág. 950.

(90) CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., pág. 185.

si dicha inacción fue irrazonable⁽⁹¹⁾ o violatoria de los principios generales del Derecho⁽⁹²⁾ o de la finalidad de interés público para lo cual se confirió la pertinente potestad.

3. Valoración en concreto del comportamiento administrativo. El test de razonabilidad

Concorde con lo antes expresado, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad⁽⁹³⁾, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar⁽⁹⁴⁾.

Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva a ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles⁽⁹⁵⁾) como

(91) Ver GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 168.

(92) COMADIRA *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, cit., págs. 512/514.

(93) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, «Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema», *La Ley*, 2000-D, 1219; COMADIRA, Julio R. y CANDA, Fabián O., «Responsabilidad del Estado por omisión (Actos ínter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso-administrativa)», nota al fallo de la sala I de la CNFed. Cont. Adm., «Wellcome c. Estado Nacional», sent. del 6.6.95; LL, 1996-A, 600; BOTASSI, Carlos, «Responsabilidad del Estado por omisión», *Documentación Administrativa* núm. 269-270, pág. 339.

(94) CSJN, causa «Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, provincia de y otros s/sumario», sent. del 28/4/1998, Fallos: 321: 1124 y «Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios», Fallos: 330:653.

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

también los estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño⁽⁹⁶⁾. Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas⁽⁹⁷⁾.

Ante todo habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, «el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible»⁽⁹⁸⁾. Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa⁽⁹⁹⁾.

De lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios⁽¹⁰⁰⁾, lo cual podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado, transformando a este último en una especie de

(96) VEGA, Susana Elena y ROTAECHE, María Josefina, «La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso "Mosca"», obra colectiva *Responsabilidad del estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA y Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, págs. 319/320.

(97) Ver dictamen de la Procuración de la Corte en la causa «Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios» al cual se remitió el máximo Tribunal en la Sentencia del 20/10/09, Fallos: 332: 2328.

(98) NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 121.

(99) REBOLLO PUIG, Manuel, «Servicios Concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho del otro», *Poder Judicial*, núm. 20, pág. 50.

(100) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que, cuando la Administración regula las actividades privadas, imponiéndoles a las personas que las llevan a cabo determinados deberes, la extensión hasta la cual ella supervisa y controla el cumplimiento de estos últimos depende, salvo disposición en contrario, de una variedad de circunstancias como el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que se trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles (Causa «Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios», sent. del 30/5/06, Fallos: 329, P. 2088).

asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad⁽¹⁰¹⁾. Lo cual es inadmisibile.

IV. LA RELACIÓN CAUSAL

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

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

La importancia de este requisito resulta evidente pues, además de servir para determinar la autoría del daño (su atribuibilidad material), permite establecer las consecuencias por las cuales se debe responder (extensión del resarcimiento)⁽¹⁰²⁾.

El Código Civil argentino, aplicable análogamente al ámbito de la responsabilidad estatal⁽¹⁰³⁾, ha receptado la teoría de la causalidad adecuada

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

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

(103) CASSAGNE, «Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema», LL, 2000-D. 1219; CSJN, «Garda Ortiz,

(art. 906 del Código Civil), la cual exige para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Únicamente deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir *per se* el daño⁽¹⁰⁴⁾.

De tal modo, es preciso distinguir entre causa y condición. Es causa adecuada aquella condición que normalmente resulta idónea para producir el resultado. En cambio, condición son los demás antecedentes o factores en sí irrelevantes de ese resultado. No basta que un hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua non* del daño, sino que se requiere además que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño⁽¹⁰⁵⁾.

No se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, no solo por la actividad o inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales supuestos, el Estado responde proporcionalmente a su participación en el evento dañoso. En cambio, se lo exonera de toda responsabilidad en la hipótesis de que la concatenación causal sea totalmente interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados⁽¹⁰⁶⁾.

La acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión. El examen de los repertorios jurisprudenciales pone de resalto que en un número muy alto de pleitos los tribunales recha-

Enrique c/ Nación Argentina», Fallos: 308:2095 y «Fenni de Basílico, Cármen Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, Fallos 315:2319, disidencia de los jueces. Barra y Fayt.

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

(105) LÓPEZ MESA, Marcelo J., «El mito de la causalidad adecuada», *LL*, 2008-B, 861.

(106) SANMARTINO, Patricio M. E., «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», obra colectiva, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Bs. As., 2008, págs. 452/456.

zan pretensiones indemnizatorias fundadas en la inacción estatal por considerar que no se ha acreditado debidamente el vínculo causal, destacando que el mismo no se presume⁽¹⁰⁷⁾.

V. EXAMEN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES QUE ABORDARON LA RESPONSABILIDAD DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA Y LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN

El estudio de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nación y de Tribunales inferiores exhibe una tendencia restrictiva, al reconocimiento de la responsabilidad estatal en pleitos promovidos contra entes descentralizados de regulación y vigilancia de los sectores bancarios y financieros y de seguros, como son el Banco Central de la República⁽¹⁰⁸⁾ y la Superinten-

(107) Fallos: 312:1382; Fallos: 315: 1480, 1902 y 2330; 316:2136, entre otros; Cont. Adm. Fed., Sala II, causa «Transportes Río de La Plata S.A. c/Secretaría de Hacienda y otro», sent. del 1/6/2000, LL, t.2000-D, pág. 534, con nota de BIANCHI, Alberto B. «La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores».

(108) El Banco Central de la República Argentina es una entidad autárquica nacional, cuya misión primaria y fundamental es preservar el valor de la moneda (arts. 1 y 3 de la Ley 24.144). Entre otras funciones le corresponde vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y demás normas que se dicten, actuar como agente financiero del Gobierno Nacional, concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos, y propender al desarrollo y fortalecimiento del mercado de capitales y ejecutar la política cambiaria. Cabe destacar que la supervisión de la actividad financiera y cambiaria las efectúa el Banco Central por intermedio de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, que depende directamente del presidente de la institución (art. 43 Ley 24.144). El art. 46 de la Ley 24.144 enuncia las siguientes funciones de este órgano desconcentrado, dependiente del Banco Central:

- a) Calificar a las entidades financieras a los fines de la Ley de Entidades Financieras;
- b) Cancelar la autorización para operar en cambios;
- c) Aprobar los planes de regularización y/o saneamiento de las entidades financieras;
- d) Implementar y aplicar las normas reglamentarias de la Ley de Entidades Financieras, dictadas por el directorio del banco;
- e) Establecer los requisitos que deben cumplir los auditores de las entidades financieras y cambiarias.

A su vez, en el art. 47 se establecen como facultades propias del superintendente las siguientes:

- a) Establecer el régimen informativo y contable para las entidades financieras y cambiarias;
- b) Disponer la publicación de los balances mensuales de las entidades financieras, estados de deudores y demás informaciones que sirvan para el análisis de la situación del sistema;

dencia de Seguros de la Nación⁽¹⁰⁹⁾. Dichos entes descentralizados han sido demandados en más de una ocasión a raíz a fin de que se los condene a

- c) Ordenar a las entidades que cesen o desistan de llevar a cabo políticas de préstamos o de asistencia financiera que pongan en peligro la solvencia de las mismas;
- d) Dictar normas para la obtención, por parte de las entidades financieras, de recursos en moneda extranjera y a través de la emisión de bonos, obligaciones y otros títulos, tanto en el mercado local como en los externos;
- e) Declarar la extensión en la aplicación de la Ley de Entidades Financieras a personas no comprendidas en ella, cuando así lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria, cambiaria o crediticia, previa consulta con el presidente del banco;
- f) Aplicar las sanciones que establece la Ley de Entidades Financieras, por infracciones cometidas por las personas o entidades, o ambas a la vez, a las disposiciones de la misma;
- g) Ejercer las demás facultades que las leyes otorgan al banco relativas a la superintendencia, con excepción de las expresamente atribuidas por esta ley al directorio del banco;
- h) Aplicar las disposiciones legales que sobre el funcionamiento de las denominadas tarjetas de crédito, tarjetas de compra, dinero electrónico u otras similares, dicte el H. Congreso de la Nación y las reglamentaciones que en uso de sus facultades dicte el Banco Central de la República Argentina».

(109) La Superintendencia de Seguros de la Nación es una entidad autárquica encargado de ejercer la supervisión de las entidades de seguros y reaseguros en la República Argentina con el propósito de procurar un mercado solvente, estable y eficiente (art. 64 y 65 de la ley 20.091). De acuerdo al art. 67 de la Ley 20.091 «son deberes y atribuciones de la Superintendencia:

- a) Ejercer las funciones que esta ley asigna a la autoridad de control;
- b) Dictar las resoluciones de carácter general en los casos previstos por esta ley y las que sean necesarias para su aplicación;
- c) Objetar la constitución, los estatutos y sus reformas, los reglamentos internos, los aumentos de capital, la constitución y funcionamiento de las asambleas y la incorporación de planes o ramas de seguro, de todas las entidades aseguradoras sin excepción constituidas en jurisdicción nacional o fuera de ella, que no estén de acuerdo con las leyes generales, las disposiciones específicas de esta ley y las que con carácter general dicte en las citadas materias la autoridad de control, cuidando que los estatutos de las sociedades de seguro solidario no contengan normas que desvirtúen su naturaleza societaria o importen menoscabo del ejercicio de los derechos societarios de los socios;
- d) Impugnar, en su caso, las contribuciones que se hagan por aplicación del inciso h) del art. 29 que no sean proporcionadas a la capacidad económico-financiera de la entidad o al giro de sus negocios;
- e) Adoptar las resoluciones necesarias para hacer efectiva la fiscalización respecto de cada asegurador, tomar las medidas y aplicar las sanciones previstas en esta ley;
- f) Fiscalizar la conducta de los productores, agentes, intermediarios, peritos y liquidadores no dependientes del asegurador, en la forma y por los medios que estime procedentes, conocer en las denuncias pertinentes y sancionar las infracciones;

resarcir los daños ocasionados por no haber cumplido las tareas de control sobre los sectores bajo su supervisión.

En materia financiera ello ha acontecido cuando un ahorrista no ha podido recuperar las sumas de dinero que había depositado en una entidad bancaria o financiera debido a la insolvencia y posterior liquidación de la misma⁽¹¹⁰⁾. A su vez, en el ámbito asegurador la cuestión la cuestión objeto

- g) Asesorar al Poder Ejecutivo en las materias relacionadas con el seguro;
- h) Proyectar anualmente su presupuesto, el que elevará al Poder Ejecutivo para su aprobación;
- i) Recaudar los fondos a que se refiere el art. 81 y disponer de ellos;
- j) Nombrar, contratar, promover, separar y sancionar a su personal, y adoptar las demás medidas internas que correspondan para su funcionamiento;
- k) Tener a su cargo:
 - Un Registro de Entidades de Seguros, en el que se anotarán por orden numérico las autorizaciones para operar que confiera y en el que se llevarán también las revocaciones.
 - Un registro de antecedentes personales actualizado sobre las condiciones de responsabilidad y seriedad, de los promotores, fundadores, directores, consejeros, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia en su caso, liquidadores, gerentes, administradores y representantes de las entidades aseguradoras sometidas al régimen de la presente ley, estando facultada a tal efecto la Superintendencia para requerir los informes que juzgue necesarios a cualquier autoridad u organismo, nacional, provincial o municipal;
 - Un Registro de profesionales desautorizados para actuar en tal carácter ante la Superintendencia.
 - Un Registro de sanciones en el que se llevarán las que se apliquen de conformidad con el régimen previsto en los arts. 58 a 63.

La Superintendencia puede iniciar acciones judiciales y actuar en cualquier clase de juicios como actor o demandado, en juicio criminal como querellante, y designar apoderados a estos efectos».

- (110) Dejamos de lado los casos de responsabilidad del Banco Central de la República fundados en el derogado, por la Ley 24.144, art. 56 de la Ley 21.526, por el cual se disponía, con la finalidad de evitar las bruscas alteraciones que en la composición de la base monetaria y de los recursos financieros pudieran provocar los retiros masivos de dinero en caso de crisis de la entidad financiera, que en los supuestos de quiebra o liquidación de la entidad receptora del depósito, el Banco Central estaba obligado a reintegrar al depositante el monto de la inversión efectuada. En estos casos la responsabilidad del ente de control provenía de una decisión del legislador y no se la juzgaba a la luz de los principios generales de la responsabilidad estatal.
- El fin tuitivo del art. 56 de la Ley 21.526 condujo a la Corte Suprema, hasta el año 1992, a entender que, salvo que una connivencia entre el depositante y el banco receptor de los depósitos fuera «terminantemente probada», el Estado debía hacer efectiva la garantía. Sin embargo, para la autoridad monetaria resultaba muy difícil —si no imposible— acreditar terminantemente la connivencia entre el titular del depósito y la entidad depositaria, pues tratándose de un caso de simulación, el tercero perjudicado carecía de

de este trabajo se ha planteado cuando, verificado un siniestro o recaída una sentencia de condena contra el asegurador, este no podía responder debido a su insolvencia, con lo cual el asegurado o el tercero damnificado veían frustrados sus legítimos derechos.

Como puede advertirse, las dos situaciones indicadas tienen un punto en común: la insolvencia de la entidad privada obligada al pago de la suma de dinero debida y una decisión estatal de dejar sin efecto la autorización para operar, adoptada —a juicio de los demandantes— tardíamente, lo cual había dado lugar a la situación de daño. En todos estos casos los actores entendieron que mediaba responsabilidad estatal porque, no obstante la comprometida situación por la que atravesaba el banco o la aseguradora oportunamente no se había revocado la autorización que aquellas tenían para funcionar. Salvo alguna excepción, en la generalidad de los casos los tribunales intervinientes desestimaron la responsabilidad de los entes de control, en base a los siguientes argumentos:

la prueba directa del negocio encubierto, situación que llevó a que casi la totalidad de los depósitos ilegítimos que eran cuestionados en sede judicial por el Banco Central quedaran virtualmente amparados por el régimen de la garantía del art. 56 de la Ley 21.526. En atención a ello, el alto Tribunal comenzó, a partir de 1992, a modificar su criterio para tornar procedente la citada garantía legal. Es así, que en la causa «De Seta, Juan C. C/Banco Central», resuelta el 6/10/1992 (LL,1993-D, 288, con nota de Mario R. Micele) los jueces Barra y Fayt, en su disidencia, expresaron que si la operación financiera no se hallaba contabilizada era razonable que el Banco Central exigiera —en sede administrativa— la disponibilidad del dinero invertido al tiempo del depósito; además sostuvieron que las irregularidades en las que había incurrido la entidad depositaria eran — en el contexto de aquel expediente— oponibles al inversor, lo que constituía una modificación sustancial respecto de los principios que en esta materia había sentado la Corte. Cabe señalar que aunque la demanda contra el Banco Central fue admitida, el precedente «De Seta» constituye uno de los primeros pasos de flexibilizar el rígido estándar sentado por la Corte en su anterior composición. El cambio definitivo de criterio tuvo lugar en la causa J.77.XXII, «Jiménez Ripa, Heráclito c/Banco Central de la República Argentina s/ cobro de pesos», fallada el 18/2/1997, en la cual se rechazó una demanda contra el Banco Central de la República Argentina por el régimen de la garantía legal de los depósitos. En dicho fallo se sostuvo que la garantía legal no es automática y que solo comprende a los depósitos genuinos y legítimos. La mayoría del tribunal consideró que correspondía atender a la prueba indiciaria para probar la simulación del depósito y, esencialmente, que las irregularidades observadas en la entidad depositaria eran oponibles al titular del certificado cuando la prueba producida revela la existencia de una actividad ilegítima que no hubiera podido llevarse a cabo sin la voluntaria participación del inversor.

a) El comportamiento de la entidad estatal no era susceptible de configurar una falta de servicio ya que no había mediado una omisión antijurídica que genere del deber de reparar del Estado. En muchos pronunciamientos se consideró que la decisión del ente de disponer la liquidación de una entidad financiera o una compañía de seguros trasuntaba el ejercicio de facultades discrecionales que habían sido ejercidas en forma razonable.

b) El otro argumento esgrimido en numerosos fallos para desestimar la responsabilidad estatal consistió en la falta de acreditación de la existencia de una inacción antijurídica⁽¹¹¹⁾, como también del pertinente nexo de causalidad.

A continuación efectuaremos una breve reseña de algunas de las decisiones judiciales que han abordado la cuestión en estudio.

1. Causas en las que se demandó al Banco Central de la República Argentina

El primero de los fallos que localizamos fue el dictado por la Sala IV de la Cámara Federal Contencioso-Administrativo en la causa «Sykes, Violeta»⁽¹¹²⁾, el 2 de julio de 1985, el cual tuvo lugar con motivo de la imposibilidad de cobro de un certificado de depósito en moneda extranjera de un cliente del Banco de Intercambio Regional, institución que estaba fuera del régimen de garantía de los depósitos⁽¹¹³⁾. Los actores entendieron que mediaba responsabilidad estatal porque, no obstante la comprometida situación por la que pasada el Banco de Intercambio Regional, no se había revocado oportunamente la autorización que aquella tenía para funcionar. El reclamo fue rechazado. Entre otras razones, en el voto del juez Hutchinson que hizo mayoría, se expresó que la responsabilidad omisiva estatal es de carácter subjetiva y que la omisión endilgada al Banco Central era una condición y no la causa del daño. El tribunal, después de efectuar un pormenorizado análisis de los informes técnicos obrantes en la causa, concluyó que el comportamiento discrecional de la entidad estatal, de no revocar

(111) CNFed. Cont. Adm. Fed., Sala II, «Transportes Rio de La Plata S.A. c/Secretaría de Hacienda y otro», sent. del 1/6/2000, LL, t.2000-D, pág. 534.

(112) CNFed. Cont. Adm. Fed., Sala IV, causa núm. 8809, «Sykes, Violeta y otros c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de dólares», sin publicar.

(113) Al respecto ver nota 110.

la autorización para operar del banco en el cual los demandantes habían colocado sus ahorros, no había sido arbitrario o irrazonable.

Con posterioridad dicho criterio fue reiterado por la Sala I de la misma Cámara, el 30 de mayo de 1990, *in re* «Menéndez S.A.»⁽¹¹⁴⁾ y por la Sala III de igual Cámara, el 27 de noviembre de 1992 en los autos «Farraoni de Eleonori»⁽¹¹⁵⁾.

El primero de los casos indicados se demandó al Banco central el pago de los daños y perjuicios sufridos por un cliente del Banco Mesopotámico Cooperativo Limitado, quien no pudo recuperar el importe que había depositado a plazo fijo a raíz de la revocación para funcionar y liquidación dispuesta por el Banco Central. La actora adujo que la entidad estatal demandada era responsable por los perjuicios padecidos debido a su accionar negligente en los trámites de liquidación del banco receptor del depósito. La sala no hizo lugar a la acción entablada pues entendió que no hubo culpa, negligencia o dolo del Banco Central y citó los argumentos vertidos en la causa «Sykes».

En el otro pronunciamiento referido se desestimó una demanda deducida contra el Estado Nacional y el Instituto Nacional de Acción Mutua del Personal de la Junta Nacional de Granos entablada por un ahorrista que pretendía que le abonarán la diferencia entre la suma que le fue devuelta y el valor total que había depositado⁽¹¹⁶⁾. El tribunal desestimó la demanda pues entendió que no se había acreditado una conducta omisiva culposa o negligente del Estado y que no mediaba relación causal. Igual suerte y por análogas razones corrieron otras pretensiones indemnizatorias promovidas con posterioridad contra el Banco Central⁽¹¹⁷⁾.

(114) CNFed. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa «Menéndez, S.A. c/ Banco Central de la República Argentina», sent. del 30/5/1990, LL, 1990-D, pág. 413.

(115) Causa núm. 18.687, «Farraoni de Eleonori E. y otro c/Estado Nacional y otros s/cobro de pesos», sin publicar.

(116) Esta entidad también estaba fuera del régimen de garantía de los depósitos. Ver nota 110.

(117) Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa 6.997/00, Balberde, Norma Isabel y otros c/Banco Central de la República Argentina s/proceso de conocimiento», sent. del 21/2/2006, sin publicar, y Sala II causa núm. 18.057/2004, «Romagnoli Jorge Alfredo c/B.C.R.A. s/proceso de conocimiento», sent. del 26/11/09, RCyS 2010-VI, 70, con nota de BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, «La responsabilidad del Banco Central: la apariencia engaña».

2. Causas en las que se demandó a la Superintendencia de Seguros de la Nación

También las distintas Salas de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal se pronunciaron en forma desfavorable respecto de la responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación por incumplimiento de sus deberes de control.

Así lo ha hecho la Sala III en la causa «Guerci, Dardo Oscar»⁽¹¹⁸⁾, resuelta el 23 de marzo de 1999, la Sala II *in re* «Transportes Río de La Plata S.A.»⁽¹¹⁹⁾, decidida el 1º de junio de 2000 y con posterioridad la Sala IV en los autos «Olavarría Olivares»⁽¹²⁰⁾, fallada el 14 de febrero de 2002.

En la primera de las sentencias indicadas se confirmó la decisión de la instancia anterior que había desestimado la demanda por la que se pretendía el resarcimiento de perjuicios que se alegaba se habían causado por el ilícito comportamiento de la Superintendencia de Seguros de la Nación en su rol de vigilancia de las entidades aseguradoras. La Cámara entendió que para la procedencia de la pretensión era necesario demostrar: a) la puntual omisión de control de la demandada sobre la aseguradora en la época de contratación de la póliza y el siniestro, y b) que la disminución de la capacidad económico financiera de aquella, alegada por la actora, fuese suficiente para la aplicación de las sanciones que establece el art. 58 de la Ley 20.091. El tribunal consideró que ninguno de dichos extremos se había acreditado en autos y, valorando la prueba pericial concluyó que con ella no se demostraba un actuar negligente de la demandada en el ejercicio de su función de control.

En el segundo pleito referido, al igual que en la causa anterior, la empresa actora demandó a la Superintendencia de Seguros de la Nación el pago de una indemnización imputándole responsabilidad por violación de los deberes de policía que le competen respecto de las compañías asegu-

(118) Causa núm. 11.970/1993, «Guerci, dardo Oscar c/SSN s/juicio de conocimiento», publicada en Abeledo Perrot online.

(119) Causa «Transportes Río de La Plata S.A. c/Secretaría de Hacienda y otro», LL, 2000-D, pág. 534, con nota de BIANCHI, Alberto B. «La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control».

(120) Causa núm. 284040/1998, «Olavarría Olivares Richard Omar y otro c/Estado Nacional y otro s/daños y perjuicios», sin publicar.

radoras. La demandante alegó que la citada entidad ejerció tardíamente las facultades que le asigna la Ley 20.091, lo cual permitió que se produjera el vaciamiento de los activos de la aseguradora. La alzada desestimó el recurso de apelación. Para así decidir sostuvo que el escrito carecía de la fundamentación exigida por la legislación procesal y que no se había probado el nexo causal y tampoco la falta que se le atribuía a la demandada, ya que la actora se limitó a efectuar una genérica imputación de negligencia, sin puntualizar que comportamientos importaron omisión o imprudencia en la adopción de medidas que en ejercicio del poder de policía le correspondía legalmente adoptar.

A su vez, el tercer fallo citado se dictó en un pleito promovido contra la Superintendencia de Seguros de la Nación y el Estado Nacional por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su función de policía, por haber dispuesto tardíamente la liquidación de la aseguradora Arcadia S.A. En dicho pronunciamiento se entendió que era razonable la actitud de la demandada de haber dado en el año 1994 una oportunidad a la compañía aseguradora para que regularizara su situación económica, y revocar después la autorización para funcionar cuando aquella se convirtió en irreversible.

Un criterio contrario al hasta ahora expuesto y más laxo fue seguido la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en la causa «Sorba, Luis», fallada el 3/3/00⁽¹²¹⁾, en la cual se consideró que se reunían todos los requisitos necesarios para condenar a la Superintendencia de Seguros por no ejecutar oportuna y razonablemente las medidas de control a que estaba por la Ley de seguros. El caso tuvo lugar a raíz de la liquidación de «Olimpia Compañía de Seguros S.A.», hecho que imposibilitó que los actores cobraran los créditos que tenían contra dicha entidad. El tribunal atribuyó responsabilidad a la Superintendencia de Seguros porque entendió que durante largo tiempo la aseguradora había funcionado en estado de cesación de pagos y el organismo de control no había tomado las medidas adecuadas al efecto. Para ello apoyó sus argumentos en el art. 1112 del

(121) Causa «Sorba, Luis E. y otros c/Superintendencia de seguros de la Nación y otro», JA, 2000-II, pág. 698, con nota de Rubén S. STIGLITZ; ver también: PRIERI BELMONTE, Daniel A., «Responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio: acerca de los fallos por reclamos a la Superintendencia de Seguros de la nación», JA-2001-II, pág. 1303.

Cód. Civ., al entender que «(...) en tanto norma de Derecho público prevé expresamente la falta de servicio en la función materialmente administrativa y establece para dicho supuesto un régimen de responsabilidad extracontractual, directa y objetiva, que se independiza de la noción de culpa y que no requiere la individualización del autor del daño (...)». Sin embargo, dicho pronunciamiento fue revocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por entender que la alzada se había pronunciado *ultra petita*, en violación del principio procesal de congruencia⁽¹²²⁾.

VI. CONCLUSIÓN

A fin de no tornar ilusorios los principios constitucionales en los que se sustenta el deber estatal de reparar los perjuicios irrogados (arts. 14, 17 y 19 de la Const. Nac.) y el de tutela judicial efectiva (art. 18 de la Const. Nac.), ante las serias dificultades explicadas, que en determinados supuestos suscita la acreditación de la falta de servicio por omisión y el nexo causal, puede ser necesaria la utilización de criterios o técnicas que aligeren su carga probatoria para la víctima⁽¹²³⁾. Ejemplo de ello es la llamada

(122) CSJN, Fallos: 327:2471. En el dictamen del Procurador General, al cual se remitió la Corte se expresó: «de la sentencia de primera instancia más la lectura de la demanda y de las presentaciones de excepciones previas y sus resoluciones no surge en punto alguno que la Superintendencia de Seguros de la Nación o el Estado Nacional, ni siquiera subsidiariamente fueran demandados por un accionar ineficiente u omisivo relacionado con la liquidación de la compañía aseguradora. En esas condiciones, el decisorio de la alzada que revoca la anterior, con la invocación del principio *iura curia novit*, se revela falta de congruencia con los términos de la demanda, de tal forma que, lejos de limitarse a suplir una omisión del litigante, viene a modificar la acción originariamente deducida. Los jueces no pueden alterar las bases fácticas del litigio y la causa petendi; lo que acontece cuando la pretensión originariamente deducida, basada en la responsabilidad de la Superintendencia como garantía de la relación entre asegurado y aseguradora, se convierte en otra en virtud de la cual se la termina condenando como responsable de un accionar ilícito y omisivo en el ejercicio del poder de policía sobre las entidades aseguradoras». Con base en ello se concluyó: «que el pronunciamiento de la alzada al fundarse en un hecho que no fue objeto de demanda —la responsabilidad por supuesta falta de control adecuado en el ejercicio del poder de policía— se aparta del principio de congruencia con mengua del derecho de defensa en juicio de los recurrentes, por no constituir el punto de controversia de las partes y por ser motivos ajenos a la demanda, careció de debate ante ella».

(123) Ver: MAYO, Jorge y PREVOT, Juan Manuel, «La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil», LL, supl. del 15/09/2010 y ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., «Carga de la prueba en las obligaciones de medios.

doctrina de las cargas probatorias dinámicas⁽¹²⁴⁾, la cual «importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos»⁽¹²⁵⁾. Tal es la situación en la que, en muchos supuestos, se encuentra la autoridad estatal, particularmente, en aquellos casos en los que su decisión de no actuar ha sido emitida en el marco de una apreciación discrecional o se basó en un concepto jurídico indeterminado y sobre cuestiones complejas que requieren la valoración de cuestiones técnicas para lo cual es preciso contar con conocimientos especializados.

(Aplicación a la responsabilidad profesional)», LL, 1989-B, 942-LLP 1989, 499-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t I, 1117-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales. t. I, 715.

(124) PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., «Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”», E.D., t. 107, p. 1006.

(125) Conclusiones de la V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en octubre de 1992, citadas por PEYRANO, Jorge W., «Un proceso civil sin certezas suficientes», LL, 2009-F, p. 1189, nota 42.