

IGNACIO M. de la RIVA

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO EN HOMENAJE AL
PROFESOR JULIO RODOLFO COMADIRA



BUENOS AIRES
2009

Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje
a Julio Rodolfo Comadira / dirigido por Juan Carlos
Cassagne. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley: Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos
Aires, 2009.
704 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1541-4

1. Derecho Administrativo. I. Juan Carlos Cassagne
dir.

CDD 342

Copyright © 2009 by Facultad de Derecho U.B.A.
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2009 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, ncluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor.

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 350 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1541-4

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *Centenario - 1908 - 7 de Octubre - 2008*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 46.

SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA Riestra.
- 6.- *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RIO.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RIO.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y Estudios*, por HECTOR P. LANFRANCO.

Para ello señaló que en la ley 24.411 se contemplaban dos situaciones diferentes, de las que se deducían sendas categorías o grupos de legitimados para acceder al beneficio acordado en el precepto.

Destacó que el primero de ellos alude a personas en situación de desaparición forzada, a quienes se les reconoce el derecho a percibir un beneficio extraordinario y respecto de los cuales, dada su particular situación, la norma prescribe que la percepción del beneficio se realizará por medio de sus causahabientes.

La segunda situación contemplada por la norma se refiere a los fallecidos como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad o grupos paramilitares. En este caso, entendió el Alto Tribunal que el beneficio no se reconoce al fallecido, ni éste lo percibe por medio de sus causahabientes, sino que son estos últimos los destinatarios directos de la indemnización, pues ninguna acción o derecho puede nacer sino en cabeza de personas vivas.

Manifestó la Corte que la situación contemplada para estos casos resulta equiparable a los supuestos de indemnizaciones de daños y perjuicios sufridos por los parientes de una persona fallecida a causa de un homicidio, en los que la acción se ejercía *iure proprio* y no *iure hereditatis*.

En razón de ello, y en tanto se encontraba probado que en el caso se había producido el fallecimiento de la persona por nacer respecto de la que la actora reclamaba la indemnización, consideró que no existían razones para negarle el derecho a acceder al beneficio contemplado en la ley 24.411.

Finalmente, destacó que en situaciones como la planteada debe imponer un criterio amplio pues el propio legislador así lo impone en el artículo 6° de la norma al señalar que, en caso de duda sobre el otorgamiento de la indemnización, debe estarse a lo que sea más favorable al beneficiario o a sus causahabientes o herederos, conforme al principio de la buena fe.



LINEAMIENTOS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

POR PABLO ESTEBAN PERRINO

SUMARIO: I. - EL CARÁCTER IUSPUBLICÍSTICO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y LA FACULTAD DE REGULACIÓN DE LAS PROVINCIAS. II. - EL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL LÍCITA. III. - LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN.

Como es sabido, debido a la inexistencia de una regulación orgánica, el régimen jurídico de la responsabilidad estatal en nuestro país se ha ido delineando a través de los fallos judiciales, particularmente los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ahí, entonces, la importancia de su conocimiento.

Pues bien, en los últimos años el máximo tribunal de la República ha emitido relevantes pronunciamientos sobre aspectos cruciales de la responsabilidad del Estado, respecto de los cuales se han expedido en forma no siempre coincidente la doctrina y también sentencias de diversos tribunales nacionales y provinciales.

Por tal motivo, estimamos que, tales fallos constituyen un material fértil para efectuar algunas reflexiones y, de este modo, tributar un justo homenaje al Dr. Julio Rodolfo Comadira, quien dedicó profundos y agudos estudios sobre la responsabilidad estatal (1).

(1) "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, Madrid, INAP, n° 237-238, p.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", AA.VV, *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, p. 461 y ss.; *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Buenos Aires., 2003, ps. 358/381; 38/416; "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público", AA.VV, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado, RAP n° 326, p. 559 y "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa)", en coautoría con Fabián O. Canda, LL 1996-A, 600.

Los temas sobre los que se expidió la Corte nacional y que hemos seleccionado para ser objeto de nuestro comentario son los siguientes: 1) la condición de la responsabilidad estatal de instituto de derecho público y de regulación provincial, 2) el quantum de la indemnización en los supuestos de daños ocasionados por actividad estatal lícita y 3) el fundamento y alcance del deber de reparar del Estado por su actuación omisiva.

I - EL CARÁCTER IUSPUBLICÍSTICO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y LA FACULTAD DE REGULACIÓN DE LAS PROVINCIAS.

Como es sabido, existe una añeja discusión en nuestro derecho acerca del fundamento y encuadramiento en el derecho público o privado de la responsabilidad estatal (2).

En efecto, una corriente doctrinaria, sostenida sustancialmente por autores iusprivatistas, predica que en esta materia es de aplicación el régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas reglado en el Código Civil (art. 43 (3)). Así, se entiende que la responsabilidad estatal es una especie o tipo especial de la responsabilidad civil por lo que la misma debe abordarse a la luz de los principios del derecho privado. Además, se afirma que el moderno derecho de daños efectúa un enfoque unitario del deber de responder que tiene por objeto la reparación de todo daño injustamente sufrido por la víctima (4). Con base en ello se concluye que el régimen de responsabilidad legislado en el Código Civil es aplicable a todos los sujetos productores de perjuicios, sin importar que se trate de personas públicas o privadas (5).

Dicha postura ha sido replicada por la generalidad de la doctrina administrativista argentina (6) que considera que la responsabilidad estatal es

(2) Ver: PERRINO, Pablo E., "Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado", AA.VV, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008.

(3) El art. 43 del Código Civil, reformado por el decreto-ley 17.711 dispone: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o as cosas, en las condiciones establecidas en el título "De las obligaciones que nacen de os hechos ilícitos que no son delitos".

(4) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 27 y ss.

(5) Ver en tal sentido el libro de Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. X (Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004) dedicado a la responsabilidad del Estado, en el cual desarrolla la visión civilista y efectúa numerosas críticas al enfoque iuspublicista. Una síntesis de su opinión puede verse en su trabajo "Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado", AA.VV, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, dirigida por Gabriel Stiglitz.

(6) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. IV, p. 719; CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 8ª ed., Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 460 y ss. y "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad

una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son por su naturaleza y fines, diferentes de los que imperan en el derecho privado (7).

Esa autonomía es consecuencia de las sensibles diferencias que se encuentran en la base de sustentación de los ordenamientos jurídicos privatis-

del Estado por actividad de la Administración, *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Ediciones Dike, Mendoza 2005, p.54.; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, ps. 717/718; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado", *Estudios de Derecho Administrativo XII*, p.25; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª. ed., Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p.357 y ss.; URRUTIGORITZ, Javier, "Responsabilidad del Estado por actividad judicial, *Estudios de Derecho Administrativo XII*, p. 186; NALLAR, Daniel M., "Análisis sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario público en las provincias argentinas (con especial referencia a la Provincia de Salta)", AA.VV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 441 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, "Breve análisis acerca de la responsabilidad administrativa ambiental", AA.VV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 237 y ss.; Responsabilidad del Estado. Su jurisdicción", AA.VV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 419; BARRESE, María Julia, "Responsabilidad del Estado ¿materia incluida o excluida de la acción procesal administrativa". Especial referencia a la Provincia de Neuquén", *Estudios de Derecho Administrativo XI, la responsabilidad del Estado*, Dike, Mendoza, 2004, p. 57 y ss.; PÉREZ HUALDE, Alejandro y BUSTELO, Ernesto N., "Barreto: la responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales", LL. Supl. de Der. Adm. del 6/9/06; GALLI Basualdo, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p.33 y ss. y "La falta de servicio y la falta personal", Supl. de Der. Adm. ED del 31/10/08; SALOMONI, Jorge Luis, "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)", ED serie especial de Derecho Administrativo, 29-III-00; PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED, t. 185, p. 781 y "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", AA.VV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., p. 59 y ss.

(7) CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad de la Administración, *Estudios de Derecho Administrativo XII*, Ediciones Dike, Mendoza 2005, p.54. Así, Marienhoff ha señalado: "la responsabilidad "extracontractual" del Estado, cuando este actúa en el ámbito del derecho público, se rige, sustancialmente por normas o principios de derecho público, y no por normas o principios de derecho civil. De ahí que el Código Civil no tenga aplicación en tal caso. Ya el Dr. Dalmacio Velez Sársfield advirtió que en el Código Civil sólo se legisla sobre el derecho *privado* (nota al art. 31)" ("Responsabilidad "extracontractual" del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad "lícita" desplegada en el ámbito del derecho público. A propósito de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, t. 167, p.965). Sólo en los pocos supuestos en los que el Estado no actúe con sujeción a su derecho propio o común, que es el derecho público, sino por disposiciones del derecho civil o comercial, la responsabilidad que en dicho marco se pueda suscitar estará gobernada por las disposiciones del derecho privado (Conf. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, t. IV, p. 719).

tas y publicistas, pues "mientras el Derecho Privado se inspira en las ideas de autonomía, igualdad y limitación de los poderes jurídicos que el ordenamiento otorga a las personas, el Derecho Administrativo, si bien sobre la base de criterios de equilibrio y justicia, se articula con normas y principios que derivan de la posición preeminente del Estado y de los intereses comunes que él debe proteger y promover" (8).

Pues bien, a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 21 de marzo de 2006, en la causa "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios" (9) dicha discusión ha sido claramente zanjada en forma favorable a la posición iuspublicista.

En dicha causa se demandó, con sustento en el art. 1112 del Código Civil, a la Provincia de Buenos Aires y aun miembro de las fuerzas policiales con motivo de la muerte de una menor causada por el disparo de un arma de fuego de un suboficial de la Policía Bonaerense en el ejercicio de sus funciones.

A través del referido pronunciamiento el alto tribunal, al modificar su doctrina, sentada a partir de las causas "Sedero de Carmona" (10) y "De Gandia, Beatriz Isabel" (11), sobre el concepto de "causa civil" al que se refiere el art. 24, inc. 11, del decreto-ley 1285/58 para determinar su competencia originaria (arts. 116 y 117 de la Const. Nac.), reconoció diáfananamente que la responsabilidad estatal es un instituto cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y, por tanto, ingresa en la órbita de las competencias normativas de los gobiernos locales (art. 121 de la Const. Nac.). Consecuencia de ello es que, al no suscitarse una "causa civil" cuando se demande a un Provincia para hacer efectiva su responsabilidad patrimonial generada en relaciones de derecho público no será posible su juzgamiento en la competencia originaria del alto tribunal.

Cabe recordar que en los dos casos antes mencionados se había ampliado considerablemente la noción de "causa civil" al considerarse que encuadraban en tal concepto y, por ende, eran susceptibles de ser enjuiciados por la Corte Suprema de Justicia en su competencia originaria, los pleitos de da-

(8) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, cit., t. 1, p. 141.

(9) Fallos: 329:759, Dicho criterio ha sido reiterado, entre otros en las siguientes causas C. 4500, L. XLI, Originario "Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios"; Z. 110, XLI, Originario "Zulema Galfetti de Chabaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios"; A. 820, XXXIX, Originario "Krinsky, Dina Ruth c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios"; M. 1569, XL, Originario "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios"; L. 171, XLI, Originario "Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero s/ daños y perjuicios"; B. 798, XXXVI, Originario "Blackie, Paula Yanina y otros c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencias del 18 de abril, 9, 16 y 30 de mayo, 20 de junio, 11 de julio y 8 de agosto de 2006 respectivamente.

(10) Fallos: 310: 1074.

(11) Fallos: 315:2309.

ños y perjuicios contra las provincias fundados en normas del Código Civil (vgr. arts. 1112, 1113, etc.) promovidos por vecinos de otra provincia o de la Capital Federal o por extranjeros.

Más allá de las razones de política judicial, atinentes a la significativa expansión de la competencia originaria por el conocimiento de pleitos que son ajenos a la trascendente labor institucional de la Corte, invocadas en primer lugar para justificar el cambio de rumbo jurisprudencial (considerando 5º), el fundamento de fondo de la decisión reside en la consideración de que las causas en las cuales se pretenda atribuir responsabilidad patrimonial a una provincia por los daños y perjuicios derivados de una presunta "falta de servicio" constituyen una materia de derecho público. Y al ser ello así su regulación corresponde al Derecho Administrativo y resulta del resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional (12).

Concorde con ello, y tal como lo hemos sostenido en numerosas ocasiones (13), expresamente aclaró la Corte que no obstaba a tal solución la circunstancia de que para resolver el pleito "se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal (Código Civil) no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.)".

El alto tribunal también destacó, si bien con cierta imprecisión terminológica, que no se modificaba lo expuesto por el hecho de que "ante la ausencia de normas de derecho público se apliquen subsidiariamente disposicio-

(12) Ver: REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996; GAUNA, Juan O., "La responsabilidad del Estado, La competencia originaria de la CSJN y la revisión de la noción de causa civil", AA.VV., *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 Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 323 y ss. y GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?, JA, 1996-IV, p. 795.

(13) GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?, JA, 1996-IV, p. 795; PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED, t. 185, p. 781; PERRINO, Pablo E., Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

nes de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo".

Decimos que se incurrió en el fallo en imprecisiones terminológicas porque la forma en que cabe recurrir a la legislación civil frente a una laguna en el ordenamiento jurídico administrativo no es subsidiariamente sino por la técnica de la analogía (14), la cual conlleva una tarea de adaptación de las soluciones previstas en la disposición que se utilice con los principios y normas del derecho público (15).

Así lo ha sostenido también en algunas ocasiones la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de: a) nulidades del acto administrativo (16) b) contratos administrativos (17); y también con relación a la responsabilidad del Estado (18).

Aplaudimos el nuevo criterio del máximo tribunal que reconoce en forma clara y sin vacilaciones la naturaleza iuspublicística de la responsabilidad estatal y se ajusta al sistema constitucional de reparto de competencias entre la Nación (19) y las provincias, según el cual éstas conservan todo el poder

(14) Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959; conf. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, cit. p.365.

(15) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, cit. t.I, p. 142; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. I, cap. VIII, p.3; REIRIZ,, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, cit. p.366; GAMBIER, BELTRÁN y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?, JA, 1996-IV, p 795; PERRINO, Pablo E., Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

(16) Fallos: 190:142; 205:200; 241:385 (ver en especial disidencia de los jueces Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 293:133 y 301:292.

(17) Fallos: 300:679; 301:292; 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312:696 y causa "S.A. Organización Coordinadora Argentina", en ED t. 177, p.749, con nota de COMADIRA, Julio Rodolfo, "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento".

(18) Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959.

(19) Las competencias del Gobierno Nacional son aquellas que la Constitución le ha atribuido expresa o implícitamente (arts. 75, 99 y 109 de la Const. Nac.), tal como las pertinentes para el dictado de la legislación en materia penal. Civil, comercial, laboral y de minería (art. 75, inc. 12 de la Const. Nac.). El Gobierno Federal, como consecuencia de sus facultades asignadas por la Constitución, dicta leyes y reglamentos en materia administrativa federal. En efecto, "para el cumplimiento de los respectivos fines puestos a su cargo por la Constitución, la Nación goza de todas las consiguientes potestades de carácter administrativo, del mismo modo que, en sus esferas, las provincias gozan de tales potestades" (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2a. ed., actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, t. I, p.152 y DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, 2a. ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1974, t. I, ps.245/246).

no delegado al Gobierno federal (art. 121) (20) y poseen la plenitud normativa correspondiente a su calidad de estado autónomo, que incluye la atribución de darse sus propias instituciones y de regirse por ellas (21). Uno de aquellos poderes no delegados por las provincias concierne a la facultad de establecer las regulaciones de las instituciones propias de su régimen administrativo local; es decir para legislar en materias de derecho público (22). Y dentro del cúmulo de esas materias que las Provincias están habilitadas a legislar está, claramente, la responsabilidad estatal de derecho público (23).

Por ende, no podría afirmarse sin violentar las autonomías provinciales que la responsabilidad estatal suscitada en el marco de relaciones de derecho público es un materia propia del derecho civil (24).

(20) Ver: BALBÍN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 180 y ss. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en más de una ocasión que, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (Fallos: 304:1186; 320:619, entre otros). De tal modo, si bien no es posible definir apriorísticamente y en forma acabada cuáles son los contenidos o contornos del derecho provincial, la Constitución contiene una pauta esencial que debe guiar al operador jurídico al momento de discernir la competencia normativa de la Nación y de las provincias como es la que emerge del citado art. 121, que indica en palabras de Joaquín V. González que el poder conferido a la Nación "es expreso, limitado y excepcional." (*Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1983, p.645).

(21) Fallos: 311:100 y 2004; 314:312 y 1459; 317:1195 y 1671, 322: 2817, entre muchos otros. La carencia de precisión de nuestra carta magna de las materias que ingresan en la órbita de legislación local tiene una conocida razón histórica que la justifica, pues como lo explica Clodomiro Zavallía: "Cuando la Constitución de 1853 se dictó, la Nación como entidad política no existía; las provincias concurren como entidades aisladas, con su personería indiscutible, dispuestas a delegar una parte de su poder soberano para hacer posible la existencia de la Nación, para formar el acervo de atribuciones de que estaría investido el Estado general o poder central.. al formalizarse esta delegación, se cuidó de enumerar de una manera expresa y limitativa las facultades de que las provincias se despojaban, circunscribiendo de un modo intergiversable el poder de la Nación, cuya extensión venía así a estar prevista, mientras la extensión de las atribuciones de cada provincia debía quedar forzosamente ilimitada, sujeta a las necesidades que la evolución social determinara. Que ese fue el concepto que los hombres de la organización, es cosa que no se discute". (*Derecho Federal*, Buenos Aires, 1921, p.12).

(22) De allí que se afirme que, como consecuencia del régimen federal adoptado por el constituyente (art. 1 de la Const. Nac.) el derecho administrativo en nuestro país tiene una característica propia: es, esencialmente, un derecho local (MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. t. I, p. 152; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, cit. p. 696).

(23) Lo mismo ocurre respecto de la contratación pública, el empleo público, servidumbres administrativas, expropiación, etc. A nadie escapa en nuestro país que tales institutos, en cuanto contenido del derecho público, son de regulación provincial y por ello se acepta sin cuestionamiento su reglamentación por las Provincias, incluso por quienes postulan la tesis privatista de la responsabilidad estatal que criticamos. En efecto, los institutos antes mencionados son materias en las cuales todas las provincias han dictado legislación específica y nunca ha sido cuestionada su validez constitucional para hacerlo. (Ver: GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E., ¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?, JA, 1996-IV, p.793.).

(24) Como lo ha expresado el alto tribunal nacional: "La delegación que han hecho las provincias en la Nación para dictar los códigos de fondo, solo significa que aquéllas,

II - EL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL LÍCITA

Otro aspecto de la responsabilidad estatal que ha despertado un arduo debate en nuestra doctrina ha sido sin duda alguna el del alcance de la indemnización en los casos en los que el deber de resarcir deriva de una actuación estatal válida.

En efecto la falta durante mucho tiempo de regulaciones en el ámbito nacional sobre la extensión de la indemnización en los supuestos de extinción contractual por motivos de interés público o de daños por actuaciones estatales válidas en relaciones extrancontractuales dio lugar a dos posturas doctrinarias.

Para una posición, de carácter restrictiva, a la que adhería Julio R. Comadira (25), en tales casos sólo corresponde abonar el daño emergente. Quienes se enrolan en ella consideran que (26), ante la falta de una norma que contemple la cuestión cabe aplicar los principios establecidos en la legislación expropiatoria (art. 10, ley 21.499).

A su juicio, tanto en la expropiación como en la extinción del contrato por inoportunidad media un comportamiento estatal legítimo que produce el sacrificio de derechos de particulares en aras del interés general.

Por tal motivo, al ser el perjuicio en ambos supuestos el resultado del ejercicio válido de una potestad ablativa, ante el vacío normativo, postulan que debe aplicar la solución consagrada en el art. 10 de la ley de expropiaciones (27), aplicable por vía analógica, que excluye la indemnización del lucro cesante.

Asimismo, señalan que en la Constitución Nacional no existe ninguna disposición que consagre el principio de integralidad del resarcimiento.

En lo que respecta a los Códigos Civil y de Comercio, han querido un régimen uniforme en materia de derecho privado; y es seguramente caprichoso interpretar que, además, han tenido la voluntad de limitar también las facultades de derecho público de que no se desprendieron en beneficio de la Nación" (Fallos: 234:568 y 235:571, disidencias del Dr. Orgaz, y Fallos: 243:98).

(25) *Derecho Administrativo...* cit., p. 383 y ss.; y

(26) 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", AAVV. *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.000, p. 535 y ss.

(27) El art. 10 dispone: "La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".

Otros autores entienden que cuando la Administración extingue un contrato por razones de oportunidad corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios comprensivo del lucro cesante (28), pues el contratista tiene al momento de celebrar el contrato tiene una expectativa de lucro que integra su derecho de propiedad que la Constitución garantiza (arts. 14 y 17).

A su entender, la falta de texto legal expreso que establezca la extensión del quantum resarcitorio no permite efectuar una aplicación extensiva por vía de la analogía de las disposiciones de la ley de expropiaciones, porque existe una regla interpretativa que prohíbe aplicar en forma extensiva las soluciones normativas que restringen o limitan derechos.

Asimismo, afirman que más allá de los puntos en común que existen entre la expropiación y la revocación por inoportunidad, la primera está rodeada de un conjunto de garantías (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, la imposibilidad pagar la indemnización mediante la entrega de bonos de consolidación (29), etc.) que están ausentes en la segunda, por lo que no es correcta asimilar sus consecuencias jurídicas (30).

La cuestión en examen también fue abordada en numerosas ocasiones por la Corte Suprema de la Nación. El estudio de sus pronunciamientos re-

(28) BERCAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, ps. 502/503; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato administrativo*, cit., ps. 158/160 y 162/163; 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", E.D., 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", *Revista de Administración Pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 9; Máximo FONROUGE, "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", AAVV. *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.000, p. 554; PRITZ, Osvaldo Angel F., "El rescate", AAVV. *Contratos Administrativos*, antes cit. p. 243 y ss.; VALDEZ, Oscar R. Aguilar, "Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", AAVV *Servicio Público y Policía*, dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, p.187 y ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 131 y ss.; BOTASSI, Carlos A., *Contratos de la Administración provincial*, Scotti editora, La Plata, 1996, p.92; BUJ MONTERO, Mónica, "Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral", AAVV *Contratos administrativos*, dirigida por FARRANDO, Ismael, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 551 y ss. y TAWIL, GUIDO S., "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", p. 239 y ss.

(29) Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca "Las Pavas" s/ expropiación", sentenciada el 5/4/95 (Fallos: 318:445).

(30) BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED 122-861; BIANCHI, Alberto B., "El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general", AAVV. *Servicios públicos. Regulación 1er. Congreso nacional*, Dike, Mendoza, 2004, p. 131 y ss.

vela también la existencia de dos posturas antagónicas, aunque sólo respecto de los daños causados por el Estado en faz extrancontractual (31).

Así, en un número relevante de asuntos se dispuso la aplicación analógica de las disposiciones de la ley de expropiaciones que al determinar la extensión del resarcimiento en tales casos excluyen el pago del lucro cesante. El primer caso en el que se plasmó este criterio fue "Laplacette, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires", resuelto 26/2/43 (32), originado a raíz del reclamo de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de inundaciones causadas a un campo por obras realizadas por la provincia de Buenos Aires, el alto tribunal recurrió a la aplicación por analogía de la ley de expropiaciones para fijar el alcance de la indemnización, limitándola al daño emergente.

Dicho parecer fue receptado al fallar en el año 1975 la causa "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", decidido el 22/12/75 (33), en el cual la Corte entendió que la indemnización por la revocación de un permiso de habilitación de un inmueble para funcionar como hotel alojamiento se circunscribían al daño emer-

(31) La cuestión atinente al alcance de la reparación cuando se extingue un contrato en virtud de una decisión estatal legítima fundada en razones de interés público fue objeto de examen por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en pocas ocasiones. En todas ellas consideró, como principio, que el lucro cesante era indemnizable. El primero de los fallos indicados se dictó el 20/9/73 en la causa "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos" (Fallos: 286:333). Allí el alto tribunal con sustento en lo dispuesto en el art. 1638 del Código Civil, según el cual si el dueño de la obra desiste de su ejecución, por su sola voluntad, corresponde indemnizar todos los gastos al locador, incluido "la utilidad que pudiera obtener por el contrato", reconoció la procedencia de la reparación del "lucro cesante" bajo la denominación "utilidad frustrada indemnizable".

Nuevamente el máximo tribunal se vio obligado a examinar la cuestión al decidir el 20/9/84 el conocido caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. v. Dirección Nacional de Vialidad" (Fallos: 306:1409) originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte —si bien por mayoría— admitió la reparación del lucro cesante.

La decisión se sustentó, en sustancial síntesis, en los siguientes argumentos.

a) El principio de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se traduce en el derecho a una "indemnización plena" por parte del damnificado;

b) La ley de obras públicas 13.064 no contiene normas que limiten en el caso la reparación del lucro cesante.

c) El art. 18 del decreto-ley 19.549 al no determinar el alcance de la indemnización, funda la concesión del lucro cesante antes de su prohibición, pues el principio jurídico que rige toda indemnización es el de su integridad.

d) No corresponde para determinar la indemnización aplicar analógicamente la ley de expropiaciones, porque "la expropiación supone una restricción del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio"

(32) Fallos: 195:66.

(33) Fallos: 293:617.

gente, consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que la habilitación sería mantenida, pero con exclusión de todo valor o ganancias frustradas como lucro cesante.

El mismo criterio fue reiterado en el año 1979 en la sentencia pronunciada en el caso "Cantón, Mario Elbio c/ Nación" (34), fallado el 15/6/79, el cual se demandó al Estado Nacional el resarcimiento de los perjuicios irrogados por un decreto que había prohibido la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, afectando un contrato de crédito documentado concluido y pagado y una operación de compraventa internacional. La Corte para fijar la indemnización aplicó por analogía el art. 10 de la Ley 21.499 y solo reconoció la reparación del daño emergente.

La cuestión fue nuevamente examinada por el máximo tribunal de la República en 1989 al resolver la causa "Motor Once S.A.C.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", resuelto el 14/5/87 (35). Tratábase allí de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado derivado de una disposición municipal que impedía la continuidad en la explotación de una estación de servicio (almacenamiento y venta de combustible) por parte de la actora. En el dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Graciela Reiriz, al cual adhirió la mayoría de la Corte, se concluyó que debía acudir por vía de la analogía a la solución establecida en el régimen expropiatorio por lo que indemnizar el valor objetivo de la cosa y el daño emergente (art. 10 de la ley 21.499). Para así concluir, se sostuvo que no era aplicable al caso la doctrina que la Corte había sentado en el año 1984 in re "Sánchez Granel" —en la cual se había receptado la tesis de la reparación integral— pues en esta última causa la cuestión jurídica controvertida tenía "un marco legal definido —ley de obras públicas y previsiones conexas—, dentro del cual debía ser construida la solución". Así se afirmó que en la causa "Eduardo Sánchez Granel" se trataba de "un sacrificio patrimonial que la Administración decidió, en el curso de una relación especial de origen convencional, autorizada por el plexo normativo del contrato, según relaciones singulares anteriormente constituidas y que se liquidan en el seno de las mismas". En cambio, en dicho caso la medida adoptada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que había originado la demanda indemnizatoria "consiste en un acto imperativo", producido "en el ámbito de una relación de supremacía general, justificado por el poder de policía de seguridad". Asimismo, se resalta que no había allí norma expresa que estableciera para el caso los rubros a indemnizar, razón por la cual debía recurrirse a los principios de leyes análogas, esto es, el art. 18 del decreto-ley 19.549, aplicable a la Municipalidad de la

(34) Fallos: 301:403.

(35) Fallos: 312:649. El criterio sentado en "Motor Once" fue reiterado poco tiempo después por el alto tribunal in re "Petruccelli, Fidel Primo y otra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", decidido el 13/6/89 (Fallos: 312:956).

Ciudad de Buenos Aires en virtud de lo dispuesto por la ley 20.681, que se limita a establecer que la revocación de un acto administrativo regular es legítima, "indemnizando los perjuicios que causare a los administrados". Luego, la ley 21.499 era la que guardaba mayor analogía con el caso en examen, toda vez que refiere a las "intromisiones estatales autorizadas" por razones de interés público, que es el ámbito propio en el que se desenvuelven la expropiación y la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Esta actuación del Estado sólo podía regirse por el derecho público; pues las normas regulatorias de la responsabilidad de derecho común persiguen la composición de conflictos entre intereses privados, en los que está ausente el interés público y sus disposiciones sobre actos ilícitos fracasan ante la conducta estatal conforme a derecho.

En cambio, en otros casos en los también se suscitó del deber del Estado de reparar los daños ocasionados por comportamientos legítimos en el ámbito extracontractual, concorde con la postura plasmada en los supuestos de daños causados por comportamientos válidos en el ámbito contractual, el alto tribunal reconoció, sin debate alguno acerca de la extensión del resarcimiento, indemnizar el pago del lucro cesante. Así ocurrió en numerosas causas en las que se reclamó el pago de los daños y perjuicios sufridos por propietarios de inmuebles que fueron ocupados por aguas derivadas por obras públicas llevadas a cabo para controlar inundaciones que amenazaban centros urbanos (36), en las cuales se dispuso que la indemnización fijada comprendía tanto el daño emergente como el lucro cesante, calculándose este último sobre la base de estimaciones de productividad.

En este marco, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sentenciar la causa "El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional" (37), el 28 de julio de 2005, expresamente fijó su posición con relación al alcance del resarcimiento en los casos de responsabilidad por actuación estatal válida.

El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT. 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrati-

(36) Causas: "Juncalán" Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", sent. del 23/11/89 (Fallos: 312:2266); "Cachau, Oscar José c/ Bs.As., Pcia. de s/ daños y perjuicios"; "Discam S.A. c/ Bs.As., Pcia. de s/ daños y perjuicios" y "Don Santiago S.C.A. c/ Bs.As., Pcia. de s/ daños y perjuicios", sentencias del 16 de junio de 1993 (Fallos:316:1335); "Terrero, Felipe y otros c/ Bs.As., Pcia. de s/ daños y perjuicios", sentencias del 10 de agosto de 1995, (Fallos:318:1440); "Pronar S.A.M.I. y C. c/ Bs.As., Pcia. de s/ daños y perjuicios", sentencia del 25/11/97 (Fallos:320:2551); "Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 24/2/04 (Fallos:327:247). Con anterioridad a dichos pronunciamientos la Corte admitió el pago del lucro cesante in re "Boccará, Armando c/ Nación", fallada el 17/7/70 (Fallos: 277:225).

(37) Fallos: 328:2654.

vas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondría a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del art. 18 del decreto-ley 19549.

La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar "que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación", afirmó, con cita del fallo recaído in re "Eduardo Sánchez Granel", que "no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, consids. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)".

Lo llamativo del fallo es que seguidamente el tribunal, al examinar el material probatorio obrante en la causa, concluye que, como el caso el demandante no acreditó los daños por los que reclamaba, debía rechazarse la pretensión. Textualmente el alto tribunal afirmó: "no se ha probado en este litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la cámara sobre el punto".

Evidentemente, esta sola circunstancia bastaba para rechazar el recurso ordinario de apelación sin necesidad de tener que pronunciarse sobre una cuestión que tanto debate ha suscitado en nuestro país. Sin embargo, la mayoría de la Corte optó por el camino contrario y sentó su doctrina al respecto.

En una medulosa disidencia, la Dra. Highton de Nolasco sostuvo que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir por vía analógica a las soluciones de la ley nacional de expropiaciones, la cual en su art. 10 excluye la indemnización del lucro cesante.

Asimismo, destacó que dicho criterio también ha sido receptado en un vasto conjunto de normas de Derecho Público, tales como las leyes 12.910 (art. 5), 13.064 (arts. 30, 38 y 54 inc. f, ley 23.554 (art. 35); el derogado decreto 5.720/72 (inc. 88), decretos 436/00 (art. 96), 1023/01 (art. 12 inc. d) y las leyes 25.344 (14) (art. 26) y 25.453 (art. 11) (38).

(38) A su entender la analogía mencionada debía fundarse en principios de Derecho Público porque "la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados". Más adelante expresó: "A diferencia del Derecho Privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el Derecho Público

En suma, según se desprende de los claros términos del considerando 9° del fallo en comentario el alcance de la reparación en los supuestos de perjuicios causados por actuaciones estatales lícitas comprende también el lucro cesante. Pero, claro está, siempre y cuando sea demostrado en forma fehaciente. Ello es razonable pues, es evidente que, los beneficios futuros, cuya realización esté asegurada conforme al curso ordinario y natural de las cosas gozan de la protección constitucional del derecho de propiedad (art. 17 Constitución Nacional y art. 21, inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos) (39). De ahí que, cuando el Estado sacrifique los derechos de un particular por motivos de interés público debe abonar una

se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva" y que la diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula relaciones entre particulares fundamentadas sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad presentada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución".

Respecto al argumento empleado por la mayoría del alto tribunal en el caso "Eduardo Sánchez Granel" consistente en el instituto de la expropiación supone una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso, por lo que no corresponde su aplicación analógica a casos como el allí examinado, se adujo que "admitida la facultad de la Administración de limitar el derecho de los particulares fundándose en propósitos de bien común, es razonable que las consecuencias de su ejercicio sean similares a las que se producen cuando dicha limitación se origina en una ley. No se advierte una diferencia sustancial entre una actividad lícita del Estado basada en ley y una basada en normas de inferior jerarquía, en un todo de acuerdo con la relación de que se trate".

Por último, expresó que aun de considerarse por vía de hipótesis, aplicables las disposiciones del Derecho Civil a supuestos de responsabilidad propios del Derecho Público —tal la derivada del obrar estatal ilícito— tampoco se podría reconocer la indemnización integral a favor del administrado, pues "la actuación lícita del Estado que causa daños constituiría, dentro de este ámbito del Derecho Privado, un supuesto de ejercicio regular de los derechos (conf. art. 1071 CCiv.)", el cual no genera responsabilidad. Además, si "en el ámbito de la ilicitud existen diferencias —en cuanto a las consecuencias resarcibles— entre los delitos y los cuasidelitos (arts. 903, 904 y 905 CCiv.), resulta razonable que, cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los administrados sea diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima. En el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático".

(39) Conf. CSJN, causa "F.F.C.C. Entre Ríos v Gobierno de la Nación", sent. del 28/12/36 (Fallos: 176:363). Afirma Luis Lozano que "el lucro cesante no es de reparación obligatoria cuando se trata de una mera expectativa, pero es difícil de soslayar, desde el ángulo constitucional, cuando se trata de un derecho, puesto que haciéndolo se estaría despojando al titular, de ese derecho, en términos inadmisibles para el Artículo o para el Artículo 16 de la Constitución, o para ambos según fuera el caso" ("La reparación del lucro cesante provocado por el obrar lícito del Estado, la ley de expropiaciones y los concesionarios de servicios", XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado RAP n° 326, p. 381 y ss.).

indemnización "justa" (40), lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado (41).

Pero es preciso aclarar que, si bien entendemos que 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, también lo es reconocerlo sin limitación alguna (42). Es que la reparación no puede constituirse en una fuente de beneficios o enriquecimiento para el afectado. Este no puede pretender que se le resarza más que el equivalente de lo que en realidad pierde por la por la actuación estatal lícita lesiva de sus derechos (43).

III. - LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN

Probablemente uno de los capítulos más complejos de la responsabilidad estatal es la que puede derivarse de la omisión de órganos o sujetos administrativos del ejercicio de las funciones de control o vigilancia.

El examen de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los que se ha abordado esta cuestión pone de relieve una tendencia restrictiva a su reconocimiento producto de considerarse, en la generalidad de los casos, la falta de configuración de dos de los presupuestos que deben concurrir para que sea procedente el deber de responder estatal (44), como son el factor de atribución falta de servicio y el nexo causal adecuado (45).

(40) 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 (Fallos: 317:377 y 326:2329).

(41) Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué emitido en el caso "Jucalán Forestal, Agropecuaria SA. / Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios.", sentenciado el 23/11/89, (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.

(42) En igual sentido: BIANCHI, Alberto B., "El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general". AAVV *Servicios públicos. Regulación 1er. Congreso nacional*, Ediciones Dike, Mendoza, 2004, p. 131 y ss.

(43) Arg. de Fallos: 184:142; 202:81 y 237:316.

(44) Ver: PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia", AAVV, *Servicio público, policía y fomento*, RAP, Buenos Aires, 2004, p. 609.

(45) Fallos: 312:2138 ("Ruiz"); 313:1636 ("Sarro"); 315: 1480 ("Vaca"); 323:318 ("Colavita"); 329:4944 ("Bianchi"), entre otros. En tal sentido, en los pronunciamientos recaídos en los precedentes de cita al rechazar la responsabilidad estatal afirma: "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resuelta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependientes tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad

Si bien esta línea jurisprudencial no ha variado, (46) la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del pronunciamiento emitido en la causa "Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios" (47), fallado el 6/03/2007 se ha detenido a explicar con mayores fundamentos que los que había dado hasta ese momento los motivos en los que sustenta su cautelosa y estricta posición en la materia.

Sintéticamente los hechos del caso fueron los siguientes: una persona que se encontraba en la vía pública, en las inmediaciones de un estadio de fútbol donde se disputaba un partido de fútbol profesional, es alcanzado por un elemento contundente en el rostro a la altura del ojo izquierdo arrojado por simpatizantes del club Atlético Lanús. Como consecuencia de ello promovió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, una acción de daños y perjuicios contra el club donde se había realizado el evento y la Asociación de Fútbol Argentino, en su carácter de organizadores y beneficiarios de aquél, y la Provincia de Buenos Aires, a la que le imputó la defectuosa prestación del servicio de seguridad a cargo de la Policía local. La Corte admitió la demanda con relación al club y la asociación codemandadas. En cambio, la rechazó respecto de la Provincia de Buenos Aires.

Para así resolver, en primer lugar, la Corte, reiterando el criterio sentado a partir del conocido caso "Vadell" (48), con base en la teoría del órgano sostuvo que la responsabilidad estatal suscitada por la actuación de sus agentes es siempre directa. Textualmente expresó: "la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes, no es indirecta ni basada en la culpabilidad", ya que "aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 321:1124)".

Seguidamente, el alto tribunal encuadró la responsabilidad por omisión atribuida a la Provincia de Buenos Aires en el factor de atribución falta de

general en orden a la preservación de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos producen con motivo de hechos extraños a su intervención directa".

(46) Así lo demuestra el fallo dictado en la causa F. 539. XXXVII; "Ferrell, Patrick Martín c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", del 06/05/2008, posterior a la resolución del caso "Mosca", en el cual se reitera el criterio sentado en los pronunciamientos citados en la nota anterior.

(47) Fallos: 330:653 y LL, 2007-B, 261; ver CANDA, Fabián O., "Responsabilidad del Estado por omisión ante el incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso "Mosca" de la CSJN", Rev. Der. Adm. Austral n° 1, p. 339 y ss.

(48) Fallos: 306:2030.

servicio (49), la cual la define, como ya lo había hecho en la sentencia recaída in re "Zacarías, Claudio H. c/Provincia de Córdoba y otros" (50) "como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular" que "entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124)".

En el párrafo que sigue, la Corte se pronunció sobre un punto que ha dado lugar a diferentes posiciones doctrinarias, como es el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad por falta de servicio. El máximo tribunal, partiendo de la base de que el deber de reparar derivado de una falta de servicio no conlleva "un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio", concluye que "la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva".

También la mayoría de la doctrina afirma que la responsabilidad por falta es de base objetiva (51), por entender que no es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para que aquella se configure. Es que la culpa o dolo del funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema o del aparato administrativo (52).

(49) Adviértase que la Corte no invocó el art.1074 del Código Civil; ver: CANDA, Fabián O., "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN), AAVV, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 156/161.

(50) Fallos: 321: 1124, también en LL 1998-C, p. 317, con nota de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "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, p. 380, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix A., *El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario*.

(51) CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, ps. 503; 548/551 y "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad de la Administración, Estudios de Derecho Administrativo, cit.; TAWIL, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 109; MATA, Ismael, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía", AAVV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p.176; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Abaco, Buenos Aires, 2001, ps. 63 y ss.; BONPLAND, Viviana M., "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)", LL, 1987-A, ps. 784 y 786 y GALLI BASUALDO, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", Supl. de Der. Adm. ED del 31/10/08. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, "Los daños producidos por el Estado", Jus n°38, p. 63 y REIRIZ, "Responsabilidad del Estado" en AAVV, *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p.226. y SÁENZ, Juan Ignacio, "Bases del Régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia", AAVV, *Responsabilidad del Estado*, ABERASTURY, Pedro (Dir.), Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 83 y ss.

(52) Ver: PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita", cit.

De ahí que se diga que, como en Francia (53), la falta de servicio puede ser anónima e impersonal (54), pues no es preciso individualizar a su autor. Como ha señalado Paillet: "tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente inclinarse sobre la condición psicológica de su autor" (55).

Pero debe quedar bien en claro y así surge de la lectura del fallo recaído in re "Mosca", que la calificación de objetiva de la responsabilidad no significa que se trata de una responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues el comportamiento desplegado por la Administración no es irrelevante para la configuración de la falta de servicio. Al contrario, para determinar si se ha configurado una actuación susceptible de ser encuadrada como falta de servicio debe efectuarse una valoración en concreto de la actividad desplegada por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad y las circunstancias de tiempo, modo y lugar (56).

Es elocuente al respecto lo afirmado por la Corte en el citado pronunciamiento recaído en la causa "Zacarias" al expresar, después de describir y hacer mérito de la actuación que habían llevado a cabo las fuerza policiales, acerca de que "la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar".

Y ello es así porque la responsabilidad por falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. 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 indemnización (57), sino el anormal o irregular funcionamiento de la Administración.

(53) LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, 8ª ed., Librairie Générale de Droit y Jurisprudence, París, 1980, p.721.

(54) GALLI BASUALDO, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", Supl. de Der. Adm. ED del 31/10/08.

(55) PAILLET, Michel, *La responsabilidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Buenos Aires, 2001, p. 169.

(56) De ahí que en un trabajo anterior hemos señalado que si bien no es preciso demostrar la culpa del funcionario para que sea viable el deber estatal de resarcir por falta de servicio, si lo es acreditar la falta o culpa del "sistema administrativo", la falta o culpa de la "organización administrativa" (*La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita*, cit.).

(57) 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, ps.177/185 y 258/259) y lo distingue del modelo español, en el cual el concepto de lesión resarcible y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación de indemnizar (REBOLLO, Luis Martín, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", Documentación Administrativa, Madrid, INAP, n° 237-238, p. 11 y ss.).

Como explica la Corte, el examen valorativo de la conducta desplegada por los órganos estatales, que debe efectuarse para determinar si se ha configurado una falta de servicio, exige realizar una apreciación en concreto de la actuación estatal. Y a tal fin es preciso considerar cuatro aspectos: a) la naturaleza de la actividad, b) los medios de que dispone la Administración, c) el lazo que une a la víctima con el servicio y c) el grado de previsibilidad del daño.

Con relación al primero de ellos, la Corte efectuó precisiones sumamente relevantes. Inicialmente reconoció el carácter restrictivo con que ha aceptado la responsabilidad estatal por omisión al afirmar que era convenientes "diferenciar las acciones de las omisiones", porque "si bien con frecuencia ha admitido la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con la segundas".

Seguidamente, el máximo tribunal estableció una pauta sumamente relevante para apreciar la concurrencia de una falta de servicio cuando el daño se atribuye a la inactividad estatal. Dicha pauta exige valorar el contenido de los deberes administrativos y su extensión.

Según la Corte en el ámbito de la inactividad estatal debe distinguirse entre "los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible".

La importancia de esta distinción radica en el distinto tratamiento que cabe efectuar en ambos supuestos para determinar la existencia de responsabilidad estatal, pues, a juicio del tribunal, 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".

El distingo trazado por la Corte acerca del contenido y alcance de los deberes administrativos y la forma en que debe ser apreciado su cumplimiento se conecta, aunque no se lo mencione expresamente en la sentencia, con la clásica distinción entre potestades regladas y discrecionales.

Evidentemente, los mandatos expresos y determinados son 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 en su empleo la actividad de la Administración se reduce a la constatación del supuesto de hecho, normativamente definido (58).

(58) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 453.

En cambio, los mandatos son indeterminados bien pueden tener su origen en una potestad discrecional (59), la cual ocurre cuando el ordenamiento jurídico confiere al órgano administrativo "un margen de maniobra" para elegir una solución entre varias alternativas igualmente justas (60).

Entre otros supuestos, nos encontramos en el ámbito del ejercicio de las potestades discrecionales cuando el ordenamiento jurídico no establece en cabeza de la Administración un deber de obrar en forma concreta y específica, sino que lo hace de manera genérica y difusa, limitándose a regular fines y objetivos para cuya consecución se habilita a la autoridad administrativa a buscar la solución más idónea, o cuando se apodera a la Administración a llevar a cabo una determinada decisión, pero sin definir en concreto (o haciéndolo parcialmente) los criterios que han de guiar su propia actuación (61). Dichas situaciones se verifican claramente en materia de policía de la seguridad respecto de la cual el ordenamiento jurídico si bien suele trazar los fines y objetivos a alcanzar, no delimita con absoluta precisión los cursos de acción a seguir o los instrumentos o medios a emplear por las autoridades policiales.

Asimismo, parece conveniente resaltar que en algunos casos no actuar puede ser una de las distintas decisiones válidas que en uso de su potestad discrecional la Administración puede adoptar (62). En tales hipótesis no podría calificarse a la inacción estatal como antijurídica, pues —como lo ha destacado Gómez Puente— "no hay ilegalidad, cuando la realización de las conductas se halla entregada a la libre disposición de la Administración y la pasividad no entraña un uso arbitrario o falto de objetividad de aquel poder" (63).

Parece innecesario destacar por su obviedad que, mientras que la determinación de si un órgano administrativo incumplió un mandato expreso y determinado puede resultar una tarea muy sencilla, pues basta confrontar la conducta desplegada con la que fue predeterminada normativamente, no ocurre lo mismo cuando se atribuye la violación de un mandato indeterminado producto de una potestad discrecional. De ahí, la diferente valoración que exige la Corte para ambos supuestos.

(59) Claro está que también podrían traducir la existencia de un concepto jurídico indeterminado, los cuales se entiende, en principio, admiten sólo una decisión justa, aunque en su halo conceptual reconocen un margen de apreciación en favor de la Administración (ver: SÉSIN, Domingo, ob. cit. p. 184 y ss.).

(60) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "La discrecionalidad administrativa y el control judicial", LL, supl. Del 8/9/08.

(61) Ver DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 1999, p. 86 y ss.

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

(63) GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 168.

Pero, además, no debe olvidarse que, dado que la discrecionalidad entraña para la Administración un espacio de valoración y elección entre distintas soluciones todas ellas válidas para el Derecho (64), en la medida en que su ejercicio no sea antijurídico, ya sea por ser irrazonable (65) o violatorio de los principios generales del derecho (66) o de la finalidad de interés público para lo cual se confirió la potestad discrecional, no puede dar lugar a la configuración de una falta de servicio generadora de responsabilidad patrimonial.

Pues bien, en la sentencia recaída in re "Mosca" la Corte Suprema al valorar la naturaleza del deber cuyo incumplimiento se fundaba la responsabilidad estatal después de sostener que el servicio de seguridad "no está definido de modo expreso y determinado y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros", concluyó que sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger, agregando que no puede afirmarse "que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables" (67).

El segundo de los puntos que, a juicio de la Corte, debe tenerse en mira al efectuar el juicio valorativo en concreto de la actuación estatal concierne al examen de la razonabilidad de los medios disponibles por la Administración para el cumplimiento del servicio. Se trata aquí de valorar si las medidas o cursos de acción que ella optó por utilizar, en el marco de su potestad discrecional, son las adecuadas para la satisfacción de los objetivos o fines que debe perseguir.

Sin lugar a dudas dicha apreciación debe ser prudentemente realizada, pues de lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de in-

(64) SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 304; SÉSIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Lexis Nexis-Depalma, Bs. As., 2004, p. 133.

(65) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "la prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", LL, supl. Del 29/9/08.

(66) COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, cit., ps. 512/514.

(67) Concorde con ello, el alto tribunal, al fallar la causa "Cohen" sostuvo que el deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión 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 (Fallos: 329:2088).

demnizar todo daño que el Estado no pudiera evitar por la insuficiencia de medios disponibles (68).

En el caso que comentamos, con base en la prueba producida, la Corte consideró que la Provincia demandada había adoptado diligencias razonables en atención a las diversas medidas de seguridad adoptadas por el Estado. Así valoró la cantidad y las funciones atribuidas y cumplidas por los efectivos asignados para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estado.

Seguidamente, el alto tribunal pasó a examinar las restantes pautas integrantes del juicio de apreciación de la conducta estatal, como ser el lazo que une a la víctima con el servicio, el tribunal y el grado de previsibilidad del daño valorado conforme "a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas".

Respecto del primero, tras descartar la existencia de un deber jurídico específico de seguridad estatal basado en obligaciones preexistentes, consideró que el deber jurídico que pesaba sobre el Estado a brindar seguridad respecto de la generalidad de los ciudadanos era indeterminado, por lo que no existe un derecho subjetivo, sino interés legítimo indiferenciado a la seguridad.

Por último, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las medidas adoptadas por la Policía, la Corte entendió que se había obrado "conforme con un estándar de previsibilidad de lo que realmente acontece", por lo que no se comprometía la responsabilidad estatal.

En definitiva, el fallo que comentamos exhibe un criterio prudente del alto tribunal que intenta alcanzar, al decir de nuestro homenajeado, un "equilibrio entre el derecho individual, solidariamente concebido, y la prerrogativa estatal, como herramienta al servicio del bien común" (69).

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" (70).

(68) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en el citado caso "Cohen" 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 (Fallos: 329, P. 2088).

(69) "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público", AA.VV, XXX *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*. La responsabilidad del Estado, RAP n° 326, p. 574.

(70) "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público", AA.VV, XXX *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*. La responsabilidad del Estado, RAP n° 326, p. 574.

CAPITULO V - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

