

La responsabilidad del Estado por omisión, 13 años después

Por Gustavo Sa Zeichen()*

*“Alguna vez nos deja pensativos la
sensación de haber vivido ya ese momento”*

Jorge L Borges. Historia de la Eternidad.-

*“Cada derecho acordado por la Constitución impone un deber,
y el primero de todos es hacernos dignos de la libertad, de la igualdad y de la seguridad que
nuestra Ley Fundamental nos asegura a todos.”*

Juan María Gutiérrez. Catecismo de la Constitución de la república Argentina.-

I.- Introducción.-

Hace 13 años, en ocasión de finalizar los estudios para optar por el título de magíster en derecho administrativo de la Universidad Austral, tuvimos ocasión de elaborar nuestra tesina final acerca de un tema que -en ese entonces (1997)-, era aún incipiente, tratándose de los primeros años de la denominada “reforma del Estado”[1]. Allí deslizábamos algunos pensamientos acerca de la responsabilidad del Estado por omisión –cuestión que había ya despertado el interés de algunos doctrinarios-, aunque acotando el análisis a la interesante cuestión de los entes reguladores de servicios públicos.-

Allí remarcábamos largo y sinuoso camino de evolución de la materia de la responsabilidad del Estado, y sosteníamos que como un último paso en este desarrollo podía mencionarse el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por omisión.-

El objeto del presente –dentro de su acotado marco-, es analizar brevemente la evolución de la responsabilidad del Estado por omisión en nuestro país –en general, saliéndonos ya del específico tema de los entes reguladores-, enfocándonos básicamente en sus presupuestos y analizando cuál ha sido el posicionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años respecto de algunos de los principales puntos de análisis que surgen de la temática y, asimismo, hacer un breve seguimiento de algunas de las pautas sentadas por la doctrina en dicho periodo.-

II.- La responsabilidad del estado por omisión o inactividad.-

El daño que abre la posibilidad de reclamar por su reparación, puede encontrar motivación tanto en un hecho de comisión (acto positivo) como en una omisión de hacer (hecho negativo o pasivo). Es decir, -y sin perjuicio de remarcar sus peculiaridades y especificidades, que la diferencian en su análisis de un daño derivado de un hecho positivo- no pueden caber dudas acerca de la aptitud dañosa de una omisión ni de su lógica consecuencia, la responsabilidad que da lugar a reparación. Tanto, que –ya sea por su tipificación legal o por la gravedad de la obligación omitida- se ha podido categorizar a algunas omisiones como “comisiones” (caso de la

“comisión por omisión”, tratado profusamente por la doctrina).-

Que el Estado responde por las omisiones de sus agentes es, además, un principio sentado ya incluso en el derecho internacional[2].-

Creemos interesante en este punto de inicio glosar la definición que propone CANDIA de este tipo de responsabilidad, señalando que “existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido”. [3] Es una definición útil, ya que logra incorporar en un breve enunciado las principales notas del instituto.-

De ella surge el elemento subjetivo (el Estado), un elemento funcional (ejercicio de las funciones que le son propias), el presupuesto “omisión antijurídica” (elemento central de la figura, y a la que dedicaremos algunos párrafos), el presupuesto del daño y el presupuesto de relación causal (actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado idóneos para evitar el daño). Eso sugiere también un elemento de análisis eminentemente práctico: el daño no habría existido sin la omisión de la exigencia jurídica: de haberse ejecutado el acto obligatorio, el daño no se habría producido.-

Con estos elementos descriptos, entraremos más de lleno al análisis.-

II.1.- El principio de competencia y la responsabilidad por omisión.-

En el ámbito del derecho público no es posible dejar de tener en cuenta, a efectos de lograr un encuadre adecuado de este punto, un principio básico de nuestra organización administrativa, como es el de competencia. Es que, como indica CANDIA, “determinar cuál es la órbita de actuación estatal, como paso previo a calificar de antijurídica su actitud omisiva, exige establecer cuál es la competencia del órgano o ente omitente”[4].-

Las modernas concepciones que en doctrina hoy se sostienen respecto de la competencia, pueden ayudarnos a poner en su debida dimensión la cuestión de la responsabilidad por omisión, mostrando el justo camino a la determinación de cuándo se ha configurado una omisión por parte de la Administración que, por ser contraria a Derecho y generadora de un daño injusto, origine el deber de indemnizar.-

Dice COMADIRA[5] que “superado el planteo de la permisión expresa, se abrieron campo en doctrina criterios dirigidos a ampliar el espectro interpretativo, proponiéndose incluir en el contenido de la competencia los poderes razonablemente implícitos en los expresos o, directamente, el principio de especialidad tal como es el empleado en el derecho privado para determinar la competencia de las personas jurídicas”[6].-

Siguiendo el criterio de la especialidad, entonces, podemos decir que “éste se vincula con el fin de la competencia de cada órgano u ente, el cual surge no sólo de las atribuciones expresas o implícitas (que supone siempre un desarrollo o interpretación extensivo de las facultades

expresas) sino, fundamentalmente, de la enunciación de objetivos, principios de normación (como las atribuciones genéricas) y de las facultades inherentes, que son aquellas que, por su naturaleza, fundamentan la creación y subsistencia del órgano y sin las cuales, carecen de sentido”[7].-

Ante una eventual acción de daños y perjuicios por omisión ¿podría el Estado solicitar el rechazo de la demanda alegando que no existe norma específica que le imponga la obligación de actuar en ese caso concreto?. De hecho, de la lectura de diversos precedentes, una de las principales defensas del Estado es esgrimir dicha circunstancia. Los casos pueden ser innumerables, como pueden ser las soluciones dependiendo de las circunstancias. Sin embargo, es posible –y necesario- fijar determinadas pautas que provean de previsibilidad al sistema. Según se expone en el presente, diversas son las prescripciones normativas de las que surgen claras obligaciones de actuar por parte del Estado. Sin embargo, creemos que aún no existiendo una norma que le imponga un deber de actuar específico, es posible efectuar una interpretación amplia de la competencia de forma tal de permitir encuadrar en ella situaciones que no se encuentren expresamente previstas, pero que razonablemente puedan ser extraídas de sus funciones, integrando esa interpretación con principios generales y con otras normas expresas, teniendo siempre en miras los principios rectores establecidos en la Constitución, las leyes y los principios generales del Derecho.-

Es por ello que es preciso distinguir la inexistencia de un deber de obrar, de la existencia del mismo, ya sea expreso o razonablemente implícito[8].-

II.2.- El fundamento normativo de la responsabilidad del Estado por omisión.-

La jurisprudencia actual de nuestra Corte (luego un larga evolución que se remonta al el caso “Tomás Devoto y Cía c. Gobierno Nacional”[9](1933), pasando por “Ferrocaril Oeste c. Provincia de Buenos Aires”, de 1938[10] y concluyendo en su evolución en 1984, en “Vadell”[11]), en doctrina que se extiende hasta la fecha -por ejemplo, en el reciente caso “Bea”[12]-, reconoce que la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos ilícitos es siempre una responsabilidad directa y objetiva, fundada en la noción de “falta de servicio”, lo que provoca una ruptura con el clásico condicionamiento civilista de “no hay responsabilidad sin culpa” –condicionamiento que se ha reducido en su ámbito de influencia en tanto creció en paralelo la de la responsabilidad objetiva-. Por lo tanto, no requiere que el damnificado individualice al autor del daño, ya que la obligación de responder se va a imputar en cabeza del órgano estatal, más allá del interés que este último posea en identificar al autor material del perjuicio a efectos de intentar una eventual acción de repetición.-

Ahora bien, sentado lo antes expuesto resta considerar cuál es el fundamento normativo en nuestro país de la responsabilidad del Estado por omisión, determinando si son de aplicación los principios sentados por la jurisprudencia y la doctrina respecto a la responsabilidad del Estado por comisión, o si aquélla se guía por parámetros diferentes.-

La reforma de 1994 incorporó en la Constitución Nacional por primera vez en su historia el término “omisión”, aunque no referido precisamente a la cuestión de la responsabilidad. Lo hizo al referirse al amparo (art. 43), y cuando introduce la figura del Defensor del Pueblo (art. 86)[13].-

Aunque estas normas no hacen mención alguna a derivaciones reparatorias en cabeza del Estado en caso de omisión -como tampoco lo hace respecto de actos o hechos positivos dañosos, sin por eso restarles virtualidad indemnizatoria-, creemos que sientan una pauta interpretativa digna de resaltar. Ambas menciones fueron hechas por el constituyente al referirse a instituciones netamente protectoras de los ciudadanos.-

Este patrón de interpretación denota claramente el disvalor con el que nuestra norma fundamental trata a las omisiones del Estado que puedan provocar un perjuicio a los habitantes.-

a) La Jurisprudencia de la Corte Suprema y la inactividad de la administración.-

Un fallo trascendente en el tema que nos ocupa es el recaído en la causa “Vadell”, -ya mencionado- donde la Corte Suprema de Justicia funda por primera vez la responsabilidad extracontractual del Estado en el art. 1112 del Cód. Civil, tratándose el caso de un supuesto de responsabilidad por omisión[14].-

En un fallo anterior a “Vadell”, la Corte nacional en el caso “Franck”[15], -en el que se ventilaba una acción de daños y perjuicios en contra del Estado por un naufragio ocurrido en el Delta a causa de un tronco de árbol sumergido-, había fundado la responsabilidad del Estado provincial por omisión en el art. 1113 CC, aplicando la doctrina de la responsabilidad indirecta por “hechos ilícitos”, por ser el río donde ocurrió el accidente del dominio público de la provincia, y competencia de la Dirección de Hidráulica provincial mantener en debidas condiciones las rutas navegables y remover los obstáculos que impiden el normal desarrollo del transporte fluvial.-

Pero el 1113 CC, en ciertos casos y llevado a su más extrema interpretación, desintegrada de un contexto normativo que le otorgue marco de referencia, en lugar de ampliar o dar lugar a que se impute responsabilidad, podía actuar también como factor de desconocimiento de ésta. Así, en “Ruiz”[16] aflora en toda su magnitud la peligrosa consecuencia de considerar aplicable el art. 1113 a los supuestos de responsabilidad del Estado. En tal caso se rechazó la demanda indemnizatoria ya que, según la Corte, no podía responsabilizarse a la provincia demandada “de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora”.-

Pero, yendo aún más lejos, afirmaba a continuación que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado “no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad por un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”. Este criterio es reiterado por la Corte hasta la actualidad en algunos pronunciamientos[17].-

Esta última afirmación parecería echar por tierra con toda posibilidad de responsabilizar al Estado por sus omisiones antijurídicas ya que, precisamente, el concepto de “omisión” impide hablar de “intervención directa” de un organismo público. Siempre que haya “omisión” antijurídica habrá una ausencia de “intervención directa” del Estado, por lógica conceptual. Por eso, creemos que no sólo no resulta relevante para determinar si existe o no responsabilidad por omisión el hecho de la “intervención directa” del Estado, sino que resulta un análisis erróneo.-

En "Lanati"[18] siguió el mismo criterio en cuanto a la aplicación del art. 1113. Es decir que la Corte en este fallo -posterior a Vadell que, según vimos, excluye la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil por considerar suficiente el art. 1112 relativo a la falta de servicio- basa su pronunciamiento, nuevamente, en el mencionado art. 1113[19]. Disentimos con el fundamento dado por la Corte, basado en la responsabilidad indirecta el Estado, y coincidimos con Bustamante Alsina[20] en que el caso debió haberse resuelto por el principio de responsabilidad directa de la entidad autárquica por el irregular ejercicio de las funciones por parte de sus agentes (aunque este autor funda sus dichos en la responsabilidad subjetiva por culpa -art. 1109-, y la actual doctrina unánime y la jurisprudencia de la Corte, lo encuadran en el 1112 y la teoría de la falta de servicio).-

El fundamento en el art. 1112 ha sido asumido como una doctrina consolidada por la Corte, como puede verse en los recientes precedentes "Bea"[21], Morrow de Albanesi"[22] y "Gatica"[23], entre otros.-

Veremos seguidamente que la pauta seguida por la Corte, entonces, parece llevar a concluir en que el principio es la aplicación del art. 1112 y la falta de servicio, -salvo supuestos específicos en jurisprudencia que no se ha reiterado en los últimos años- en los que encuadra responsabilidad de tipo objetivo (principalmente cuando el hecho dañoso se ocasiona en lugares de "dominio público" -v.g. rutas y ríos navegables-).-

II.3.- El artículo 1074 del Código Civil y su relación con el art. 1112 del mismo cuerpo legal.-

La Suprema Corte de Mendoza[24], siguiendo una visión unitaria del derecho de daños, -en el que rigen principios comunes al derecho público y privado-, ha propiciado "la unidad en la teoría del responder como consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico". Acorde a esa concepción, ha considerado en ese caso (que ya tiene más de 20 años), que es de aplicación el art. 1074 del C. Civil, en los casos de responsabilidad del Estado por omisión. Sin embargo, conforme pudo comprobarse de los pronunciamientos de la Corte Suprema, su análisis de la responsabilidad por omisión se funda sobre todo en el art. 1112, con sustento en la falta de servicio, de modo que es posible sostener que actualmente, la Corte desestima fundar la responsabilidad por omisión en el art. 1074 CC.-

Ello no es un mero ejercicio teórico, debido a que, como han hecho notar COMADIRA y CANDA[25], las diferentes consecuencias prácticas a las que puede conducir la aplicación del art. 1112 o el 1074 son relevantes, ya que de seguirse el criterio del art. 1074 resultará indispensable, para responsabilizar por omisión, la previa existencia de una "ley" o, interpretando que el término "ley" refiere a ley en sentido material -cuestión no zanjada por la doctrina, habiendo una gran parte que entiende que debe existir una ley formal-, de una norma que expresamente establezca la obligación a la que deberá ajustarse la Administración. En cambio, si nos remitimos a las previsiones del 1112 y a la línea jurisprudencial iniciada con "Vadell" puede deducirse que basta con que la Administración incumpla de manera irregular sus deberes u obligaciones impuestos por la Constitución, la ley, el reglamento o el mismo "buen funcionamiento del servicio" para poder endilgarle responsabilidad.-

Entendemos que la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado por la ley (art. 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1112)[26]. La diferencia que apuntamos puede parecer sutil, aunque posee pleno significado e importantes consecuencias.-

Mientras se efectúe una interpretación restrictiva del 1074, sosteniendo que el término “ley” se refiere únicamente a “ley formal”, los arts. 1074 y 1112 serán de aplicación excluyente, de modo que hacer uso del primero implicará una restricción y acotamiento de los casos que puedan dar lugar a imputación al Estado por omisión, contrariamente de lo que ocurrirá de aplicar el segundo.-

MARIENHOFF[27] coincide con la postura que cree aplicable al caso de omisión el art. 1074, en mérito a lo establecido en el art. 16 del C. Civil, es decir, acudiendo a la analogía, postulando la aplicación del 1112 sólo en supuestos específicos como los hechos u omisiones de los funcionarios públicos. Agrega este autor que el art. 1112 cede en trascendencia ante el citado 1074, que es una norma genérica comprensiva de cualquier posible comportamiento omisivo, y que debe, por ello, ser considerado el fundamento formal de la responsabilidad extracontractual del Estado por sus abstenciones.-

Por nuestra parte no podemos más que coincidir con el criterio sostenido por la Corte en el fundante precedente “Vadell” –y que se proyecta claramente en sus últimos pronunciamientos-, al considerar de aplicación el art. 1112, encontrando el basamento de la responsabilidad por omisión en la falta de servicio. Por lo tanto, la sola invocación del art. 1112, creemos, basta para fundar normativamente una imputación al Estado por omisión antijurídica.-

En efecto, la Corte, recientemente, en el caso “Bea”, ha reiterado y ratificado su ya tradicional doctrina, que ya a esta altura parece pacífica, expresando que “Esta idea objetiva de la falta de servicio —por acción o por omisión— encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que 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: 312:1656; 317:1921; 321:1124 y 330:2748).”

III.- Los presupuestos de la responsabilidad del estado, con especial referencia a la responsabilidad por omisión.-

Para poder determinar la existencia de responsabilidad del Estado por sus hechos y actos ilegítimos en la órbita aquiliana, debemos analizar la existencia de los presupuestos que la configuran. Esta parte de trabajo tiene por objetivo efectuar un perfil de esos presupuestos y determinar si la responsabilidad del Estado por omisión encuentra, también, sus bases en ellos, así como analizar someramente cómo juega cada uno en el supuesto específico de la responsabilidad por omisión. Dichos presupuestos deben coincidir y verificarse en el caso a efectos de dar lugar a la responsabilidad. En caso de comprobarse la inexistencia de cualquiera de ellos, no habrá responsabilidad del Estado por su omisión.-

Ahora bien: existe cierto consenso en torno a cuáles han de ser, en general, los presupuestos de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima. Se exige, entonces: a) la antijuridicidad (ilegitimidad objetiva); b) falta de servicio; c) la existencia de un daño cierto; y d) el nexo causal entre el hecho o acto de la administración y el daño. Sin perjuicio de lo expuesto, la Corte Suprema ha optado últimamente por señalar que para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse tres, y no cuatro requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio, b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue[28], no haciendo referencia al presupuesto de “antijuridicidad” [29].-

Conforme esta enunciación, es criterio de la Corte eliminar como prerequisite “enumerado” el de la “antijuridicidad”. Pero ¿implica ello determinar que no es un presupuesto?. Es posible que no, ya que la Corte parece englobarlo en un mismo análisis con la “falta de servicio”, unificando en ese concepto tanto el “factor de atribución” como la “ilicitud”. Este elemento, sin embargo, es analizado por el tribunal de modo independiente, tal como veremos, cuando trata en diversos casos si es menester para configurar la “antijuridicidad”, la violación a un deber expreso, o si basta un incumplimiento a un deber genérico. Esto se ve con claridad, por ejemplo, en el precedente “Morrow de Albanesi”, donde la Corte, al desbrozar el elemento “falta de servicio”, incluye en el análisis que el funcionario estatal responsable del accidente “circulaba a una velocidad excesiva”.-

Es decir, en la enumeración de los prerequisites o presupuestos de la responsabilidad, la Corte adopta una postura tripartita, asumiendo el elemento “falta de servicio” como integrado por dicho concepto, tal como tradicionalmente lo ha descrito, y por la noción de “antijuridicidad”. En el caso de la responsabilidad por omisión, la “omisión antijurídica” debiera entenderse incorporada a la noción de “falta de servicio”. Esta postura teórica de la Corte parece encaminada a simplificar el análisis de los presupuestos. En efecto, es posible apreciar la vinculación que existe entre ambos conceptos, siendo que la “omisión antijurídica” es el elemento que permite configurar la “falta de servicio”.-

Sin embargo, entendemos que no resulta atinado eliminar como pauta de análisis independiente el de la “antijuridicidad”, confundiéndolo con el de “falta de servicio”. La falta de servicio equivale a lo que a nivel de teoría de la responsabilidad civil es el “factor de atribución de responsabilidad”, es decir, la razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor[30]. La antijuridicidad debe ser el primer nivel de análisis, determinándose cuál es el deber incumplido, y si existe o no una causa de justificación que permita tener al incumplimiento como “lícito” (v. gr., la existencia de una norma que permita expresamente ese accionar, el consentimiento de la lesión por el damnificado, la facultad para atacar lícitamente un derecho subjetivo, la afectación realizada en interés del tercero y en atención a su voluntad real o presumible, etc.). En estos supuestos, podría analizarse si se encuentran reunidos los supuestos para una eventual responsabilidad del Estado por hecho lícito.-

Por su parte, algunos autores, como SALOMONI, agregan otros requisitos, como el de la “ausencia de un deber jurídico de soportar el daño”, agregando, para el caso de la omisión, los de: existencia de un deber normativamente impuesto de obrar; incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa y que la actividad que se omitió sea materialmente posible[31], es decir, que sea posible evitar el daño mediante la conducta omitida.-

Pasemos a analizar dichos presupuestos.-

III.1.- La antijuridicidad. La omisión antijurídica.-

Tal como adelantamos, no es posible dejar de mencionar que la Corte, en la enumeración de los presupuestos de la responsabilidad que efectúa en recientes precedentes, ha optado por omitir este presupuesto. Sin embargo, como también dijimos, aunque integrable en el presupuesto de la “falta de servicio”, es un factor de análisis perfectamente separable desde lo conceptual, de modo que lo trataremos de ese modo.-

En el ámbito de la responsabilidad del Estado por omisión, el requisito de la ilegitimidad o antijuridicidad se traduce en la llamada omisión antijurídica[32] la que en caso de no acreditarse, impide la configuración de responsabilidad extracontractual.-

Coincidimos con CASSAGNE en cuanto a que “la clave para determinar la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares”[33] o, como indica PERRINO, “se genera cuando, impuesto por el ordenamiento jurídico (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc., incluso los principios generales del derecho), un comportamiento determinado, la Administración se abstiene de actuar pese a que existía su deber de hacerlo.”[34]

Podemos apreciar que la jurisprudencia que basa la responsabilidad por omisión en el art. 1074[35] del Cód. Civil, (en tanto se refiere a que la obligación de actuar debe derivar de la ley), interpreta dicha norma de una manera amplia, abarcando a las omisiones que constituyan situaciones dañosas contrarias a derecho. Por ello, no sólo se prevé lo prescripto en leyes en sentido formal, sino también cualquier otra norma que imponga conductas positivas al Estado.-

Pero, avanzando un poco más, podemos observar que MARIENHOFF[36] considera que no solo de la ley formal o material pueden derivarse deberes cuya omisión dé lugar a responsabilidad. Este autor, citando a doctrina civilista francesa como Demogue o Colin y Capitant, sostiene que la obligación de cumplir el acto puede resultar de un texto o de la razón, dependiendo esto de las circunstancias concretas del caso, cuyo análisis compete al juzgador.-

Por lo tanto, ante un caso del que puede sostenerse la existencia de responsabilidad del Estado por omisión, lo primero que debe establecerse con certeza es si existe o no una conducta jurídicamente exigible, por la que se pueda reclamar a la Administración ante el daño causalmente relacionado con la inacción (omisión antijurídica) de dicha conducta. Esa “conducta exigible” torna a su omisión en “antijurídica”. No puede haber antijuridicidad por omisión ilícita sin una conducta obligatoria que el Estado haya dejado de realizar y, como consecuencia de esta falta de acción, se haya producido, favorecido o creado las condiciones para la realización de un daño.-

Si bien es cierto que la responsabilidad del Estado por sus hechos omisivos, debe tomarse y analizarse con suma cautela, no es menos cierto que el requisito bajo análisis no debe acotarse

a una disconformidad del acto o hecho con el ordenamiento jurídico administrativo (incluyendo a sus principios generales)[37], sino que debe referenciarse al ordenamiento jurídico en su totalidad, abarcando toda otra normativa que imponga conductas al Estado[38], aún entendidas como obligaciones de resultado, sin que se definan específicamente las conductas debidas, sino sólo en función del resultado que se busca y que, no alcanzado en la práctica, complete el cuadro lógico-jurídico con una “omisión antijurídica” inordinada al efecto disvalioso.-

Entraremos en este interesante tema un poco más en detalle.-

III.1.1.- El requisito de la ilegitimidad objetiva y la responsabilidad por omisión. La “omisión antijurídica”. ¿Es necesaria la existencia de una previsión normativa expresa?.-

Cierto es que no cualquier omisión puede generar responsabilidad[39]. La omisión para ser sancionable debe violar un deber jurídico. Estamos de acuerdo con quien sostiene[40] que la inclusión de disposiciones en una constitución, ley o reglamento, no necesariamente obligan jurídicamente al Estado a actuar, ya que las obligaciones, para ser tales, deben señalar en forma clara o fácilmente determinable, la conducta a seguir.-

Pero creemos que esa “determinación” debe interpretarse a la luz de la doctrina que considera que la competencia del órgano incluye dentro de su contenido a los poderes razonablemente implícitos en los expresos, dándose contenido a éstos, y a los poderes inherentes, a través del principio de especialidad[41], lo que se integra con las obligaciones de resultado que pueden tener al Estado como sujeto obligado.-

Pero para que esa omisión pueda dar lugar a responsabilidad, debe existir un deber jurídico dejado de lado por el sujeto al que se le imputa responsabilidad. Concluir lo contrario sería emitir un peligroso salvoconducto en favor de la inseguridad jurídica, en forma de imputación de responsabilidad sin obligación jurídica que exija un determinado comportamiento. En definitiva, si la omisión no se referencia a un deber jurídico preestablecido que imponga un comportamiento determinado, ya sea derivada de una conducta obligatoria o de un resultado exigible, la omisión carece de sanción, aún si ésta hubiese producido un daño[42].-

Pero aquí surge una de las principales dudas: ¿en qué debe consistir ese deber jurídico?, ¿qué tan acotada debe ser la norma que lo impone como para generar responsabilidad ante su incumplimiento?.-

Por ello, nos encontramos con el primer dilema, consistente en determinar qué tipo de prescripción normativa es la que, incumplida, puede dar lugar a responsabilidad por omisión. Asimismo es necesario establecer cuál es su extensión. Al respecto se han barajado, básicamente, dos tesis[43]:

a) Una amplia: sostenida a principios del siglo XIX por la doctrina civilista francesa (Thuiller), que entendía que se debe considerar responsable como autor del daño al que, pudiendo actuar para evitar el daño, no actúa, aunque no exista norma que imponga una obligación concreta de actuar.-

b) Otra postura, restrictiva y opuesta a la anterior, entiende que quien por cualquier omisión hubiera ocasionado un perjuicio a otro, solo será responsable cuando una disposición de la ley le impusiera la obligación de cumplir el hecho omitido. Esto era sostenido por Aubry y Rau, en quienes Vélez se basó para plasmar el criterio del art. 1074 del Código Civil (ver nota a dicho artículo).-

Sin dejar de criticar la postura amplia, la que llevada a extremos puede generar situaciones disvaliosas, lindantes con la inseguridad jurídica, no podemos dejar de hacer lo mismo con la segunda, tal como ha sido expuesta por la clásica doctrina civilista decimonónica. Hoy día no puede considerarse seriamente que sea la “ley formal” la única norma capaz de prescribir conductas que, omitidas, den lugar a responsabilidad. Diversas pueden ser las normas de las que deriven conductas obligatorias, además de la “ley formal”. Algunas serán supraleales (la Constitución), otras infralegales (reglamentos), e incluso es posible derivarla de principios generales. Consideramos que esta distinción es importante en el tema bajo tratamiento. En ese sentido, MOSSET ITURRAPSE caracteriza a las “omisiones antijurídicas” como resultantes de toda transgresión a una obligación jurídica de obrar, que abarca los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe. La omisión puede ser antijurídica por ilicitud –en el sentido señalado-, pero puede serlo, además, por ser abusiva”[44].-

Por lo tanto, coincidiendo con la postura “restrictiva” en cuanto entiende necesario que exista una norma que imponga un comportamiento positivo, y con la “amplia” en cuanto a que no sólo la ley formal es fuente de obligaciones, adherimos a una postura intermedia, donde no es posible acotar la fuente del deber de obrar a la ley formal, siendo necesario ampliarla a otras normas de las que se derivará responsabilidad en caso de incumplimiento[45]. Como bien señala BUSTAMANTE ALSINA, “el individuo debe orientar sus actos de modo de respetar a sus semejantes y está librado a su sola conciencia determinar la conducta que para ello debe observar. No es necesario que la ley guíe todos sus pasos diciéndolo que es lo que en cada caso debe hacer y lo que no debe hacer. Si ha cometido un error de conducta será juzgado y sancionado por no haber obrado como un hombre prudente, honesto y respetuoso de sus semejantes debió hacerlo”[46]. Entendemos que dicho criterio es un principio general del derecho, aplicable tanto a los particulares como al Estado y a sus órganos-funcionarios. Si se impone dicha pauta de conducta a un particular: ¿cuánto más puede exigirse al Estado que a un particular al respecto?.-

La clave, pues, estará en establecer cuál es la “norma” que exige un determinado comportamiento que, incumplido, y ante el acaecimiento de un daño resarcible, da lugar a indemnización, o un resultado que el marco jurídico pone en cabeza del Estado y que, no alcanzado, y con un daño derivado, genere responsabilidad. Más abajo haremos referencia a esta cuestión, y veremos cuál es el criterio que actualmente sostiene nuestro más alto tribunal federal.-

III.1.2.- La omisión antijurídica. Amplitud del concepto.-

En nuestra tesina, citada al inicio del presente, decíamos que “La omisión antijurídica no puede responder a un principio amplísimo cual es el del “no dañar a otro”. Por ello es necesario diferenciar entre el “mero deber administrativo”, genérico e indeterminado ante el cual los

particulares tienen un poder destinado a promover su cumplimiento por parte del Estado, pero sin una acción para exigirlo, y la "obligación" que traduce el poder jurídico de exigir de manera directa su cumplimiento." Dicha aserción es correcta, aunque creemos que necesita de una precisión, sobre todo la primera parte. En efecto, nuestra intención era expresar con la mayor claridad posible que, para que exista una omisión antijurídica, debe existir una obligación previa incumplida. Desde luego que el principio de "no dañar a otro" es un fundamento general de la responsabilidad, pero ese "no dañar a otro" debe completarse con el adverbio "antijurídicamente". Por ello, si existe un daño antijurídico, debe ser resarcido.-

Esto nos lleva a avanzar un paso más en el análisis, tal como venimos haciendo, y reflexionar sobre cuáles deben ser las condiciones de la antijuridicidad que genera responsabilidad. Se trata de la omisión antijurídica.-

En nuestro país, la mayoría de los doctrinarios y la jurisprudencia[47] se inclina por una interpretación amplia del concepto de "omisión antijurídica", no ciñéndola a la inactividad ante un deber de obrar derivado de una ley formal, ya que existe responsabilidad por omisión toda vez que quien se abstiene de actuar infringe una obligación jurídica de obrar, entendiendo por tal no sólo la que la ley consagra de modo específico sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico y que está impuesta por la razón, por las costumbres y por la práctica de los hombres probos[48], incluidos los "principios generales del Derecho"[49].-

En nuestra opinión el criterio aplicable a efectos de delimitar correctamente cuándo nos encontramos ante una "omisión antijurídica" es el ya mencionado, que propugna incluir dentro de la competencia del ente no sólo lo expresamente contemplado en la norma, sino también lo implícito en ella, definiendo el contenido de éste por el principio de especialidad. En ese punto, cualquier omisión injustificada de un deber jurídico, que posea una relación adecuada de causalidad con un daño producido, da lugar a responsabilidad del Estado.-

En cuanto a la amplitud del deber jurídico, resulta interesante analizar la cuestión con la conocida categoría de "obligaciones de medio y de resultado", clasificación que creemos muy útil al efecto de analizar el presupuesto de la "omisión antijurídica", y determinar en qué casos esta puede encontrarse configurada.-

En las obligaciones de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado (opus). En la de medios, el deudor sólo compromete una actividad diligente, que tiende al logro de cierto resultado esperado, pero sin asegurar que éste se produzca[50]. Señalan ALTERINI, AMEAL y LOPEZ CABANA que, para establecer si una obligación es de resultado o de medios, debe estarse a las siguientes directivas: 1) consideración del bien jurídico involucrado, 2) onerosidad de la prestación, 3) grado de participación del acreedor en la prestación (la obligación será de uno u otro tipo según la medida de participación del acreedor en la consecución de su objeto: cuando al acreedor es ajeno a ella, se la considera de resultado); 4) asegurabilidad del riesgo (supuesto no del todo aplicable al derecho público), y 5) Quid del carácter aleatorio de la prestación (dicho carácter traduce en una obligación de medios)[51].-

En efecto, creemos que en el caso de las obligaciones de medios, la antijuridicidad surgirá de modo claro, ante el incumplimiento de los medios que normativamente deben estar establecidos con mayor o menor detalle. Por su parte, pueden existir obligaciones del Estado que sean de

“resultado”, en cuyo caso, el mero incumplimiento de ese resultado u objetivo, puede generar responsabilidad.-

En España, y con la claridad que los caracteriza, García de Enterría y Fernández enseñan que el principio de atribución expresa de potestades a la Administración debe ser matizado “con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre tu texto directo”[52].-

COMADIRA impulsor en nuestro país de la postura que aquí seguimos, refiere que “las normas que fijan las competencias de los entes parecen adherir en general, al criterio de la especialidad, en tanto atribuyen a los entes y a sus directorios la facultad de realizar todas las medidas o actos necesarios para cumplir los objetivos legales y sus funciones como entes”[53].-

Estamos de acuerdo con el profesor COMADIRA en cuanto a que el límite para delimitar qué se incluye dentro del concepto “amplio” de competencia es la licitud, la que en ningún caso puede verse vulnerada. Sin embargo cuando hablamos de las funciones de control de la prestación de los servicios públicos privatizados en favor del usuario, por ejemplo, consideramos que en caso de duda acerca de la existencia o no de la competencia en cuestión, debe estarse por la afirmativa, atendiendo a expresas garantías y derechos constitucionales (art. 42 de la Carta Magna)[54].-

Creemos, dentro de este último supuesto, que el particular usuario de servicios públicos privatizados posee claramente el derecho de exigir de manera directa la efectiva y correcta prestación de los servicios públicos (derecho contenido de manera genérica en el art. 42 de la CN, e instrumentalmente protegido por el art. 43 de la misma norma), y que los órganos estatales específicos de control poseen la competencia claramente estatuida en diversas normas que, además de otorgarles facultades, les imponen manifiestas obligaciones (v.g., la general de defender los intereses de los usuarios y de ser custodios de la correcta prestación del servicio). De ello se deriva naturalmente que ante cualquier daño padecido, producido por el mal funcionamiento de un servicio público privatizado, se le abra al usuario, en principio, la posibilidad de reclamar la reparación del daño, contra el ente regulador o, en su caso, contra el Estado concedente, siempre que concurren todos los presupuestos que permitan tener por configurada la responsabilidad estatal.-

Esta tesis, receptada por la Suprema Corte de Mendoza[55], mereció una crítica favorable de CASSAGNE, quien sostuvo que dicho pronunciamiento abre la vía en nuestro país para que pueda esgrimirse una responsabilidad estatal por omisión cuando no existe norma expresa alguna que consagre la garantía o la obligación de obrar en determinado sentido[56].-

En caso de cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 lo soluciona afirmativamente, aunque dichas normas no ordenen la comisión del hecho. Ante tales circunstancias habrá que apreciar: si la omisión supone irregular ejercicio, hay responsabilidad[57]. En este punto, resulta interesante el criterio propuesto por GAMBIER, el que entiende que la omisión será “antijurídica” cuando haya sido razonable esperar que se actuara en un determinado sentido, en aquel que tienda a evitar daños en la persona o bienes de los individuos, y no se ejerza esta actuación de un modo “adecuado”, lo que se configura no sólo con el incumplimiento de la norma legal, sino que debe analizarse en cada caso cuál es la norma conculcada y, muy especialmente, cuál es la

relación entre omisión y daño[58].-

Bien señala PERRINO[59], pues, que para que medie inactividad administrativa, deben reunirse tres condiciones;

1.- La existencia de un deber concreto, normativamente impuesto, de obrar. Ese deber, conforme se sostiene en el presente, y conforme reciente doctrina de la Corte Suprema (caso “Bea”), no requiere un deber de obrar expresado específicamente en la norma, sino que puede obedecer, por ejemplo, al incumplimiento de un deber genérico de garantía o a uno de información.-

Es por eso de importancia la distinción que efectúa la Corte en “Zacarías”, donde diferencia entre omisiones a deberes “específicos” y “genéricos”. Ambas pueden dar lugar a responsabilidad. Sin embargo, en el caso de las primeras, la mera inacción configura la falta de servicio que sustenta la responsabilidad. Por el contrario, ante el incumplimiento de un deber genérico, debe existir un juicio estricto, basado en 1) la ponderación de los bienes jurídicos protegidos; 2) las consecuencias generalizadas de la decisión por tomar.-

2.- El incumplimiento de la actividad debida.-

3.- Que la actividad que se debió cumplir haya sido materialmente posible, teniéndose para eso en cuenta los medios con los que se cuenta para su ejecución.-

Por ello, el damnificado debe probar en principio la existencia de un deber específico incumplido. Si ese deber existe, el órgano debe ejercer obligatoriamente la competencia (art. 3º LPA). Pero si tal deber específico no existe –no en tanto “deber”, sino como “específico”-, ello no obsta a la posibilidad de que se verifique un caso de responsabilidad, en cuyo caso, para determinar si el ejercicio de la competencia devenía obligatorio, deben analizarse las circunstancias del caso. Como compensación en el equilibrio de Justicia, la Corte no suele reconocer omisión cuando existe un deber absolutamente genérico, como el de seguridad[60].-

Conforme los antecedentes que se pudieron verificar –y que son citados a lo largo del presente-, la Corte parece haber tenido un criterio sinuoso en los últimos años con relación al elemento antijuridicidad, en particular, con relación a cuál debe ser el sustento jurídico que, incumplido, genera la antijuridicidad. Así, en ciertos precedentes parece abonar más un criterio amplio, donde deriva responsabilidad de un incumpliendo a un deber “genérico”, y en otros antecedentes exige una falta vinculable a un incumplimiento claro respecto de un deber concreto.-

La “omisión antijurídica” como presupuesto, ha sido puesto de relieve por la Corte, al referir, por ejemplo, que “la procedencia de la pretensión depende de la existencia o no de una omisión antijurídica, dado que en la órbita extracontractual la antijuridicidad es el primer presupuesto inexcusable del deber de responder[61].”

En general, siempre la Corte parte del criterio de que no hay norma que asegure ni prometa a los ciudadanos que sus bienes estarán a salvo de cualquier hecho dañoso. Es decir, se parte de la premisa de que no hay una garantía general por parte del Estado de que los administrados se

encuentren exentos de daños. En los términos de las obligaciones de resultado, ello significa que no es posible demandar al Estado por el acaecimiento de cualquier daño derivado de un genérico deber –generalmente de policía-, sino que se requiere de una “omisión antijurídica”.-

Ese criterio -que parece restrictivo-, se suele matizar con otro tópico reiterado por la Corte desde antiguos precedentes, cuando señala que “quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175 y 329:3065).” Aquí la Corte parece asumir que pueden existir obligaciones de resultado del Estado que generen responsabilidad.-

Por lo tanto, la Corte parece plantear los dos extremos de un abanico de posibilidades, donde de un lado se encuentra el criterio de que no hay una norma genérica que garantice a los ciudadanos la indemnidad, y en el otro extremo, el criterio que surge de su tradicional definición de la falta de servicio, donde se habla del cumplimiento del fin para el que fue instaurado el servicio, para lo cual deben disponerse los medios necesarios. Como vemos, es una cuestión que –además de interesante-, resulta de una gran complejidad, ya que torna difícil determinar la solución a priori para cada caso concreto.-

La Corte, en un caso reciente (“Roque Reymundo e Hijos SACIFAI c/ Provincia de San Luis”[62], de 2006), parece haber adoptado el criterio amplio, con base no declarada en una “obligación de resultado” al señalar que “...el Estado es responsable por las consecuencias dañosas derivadas de su comportamiento omisivo cuando no adopta las medidas de precaución que suponen las obligaciones provenientes del cuidado, manutención y conservación de las rutas, entre las cuales asume la necesidad de advertir a los transeúntes acerca de su estado peligroso”. Así, desprende obligaciones concretas de adopción de medidas de precaución, derivadas de obligaciones derivadas de un presupuesto jurídico genérico y “finalista”, como el proveniente del cuidado, manutención y conservación de rutas”.-

En este punto, resulta interesante transcribir el voto del Dr. Lorenzetti en la ya citada causa “Bea”, donde realiza un meduloso análisis de la cuestión con cita textual de lo dicho por la mayoría de la Corte en precedentes como “Parisi de Frezzini” y “Mosca”, al referir que el factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de ciertos elementos para hacer concreta la regla general (la naturaleza de la actividad, los medios que se dispone, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño). Y agrega que “resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas.-

Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, 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 determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes

jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.”

En un fallo reciente, ratificó el criterio de que “debe distinguirse entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta de servicio, 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 determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizadas de la decisión a tomar”[63].-

De este modo, claramente se establece la posibilidad de analizar la configuración de responsabilidad del Estado, tanto derivada del incumplimiento de un deber concreto como de un deber genérico, difiriendo en cada caso en el nivel de intensidad del análisis de diversos elementos que son referidos en el voto, cuestión que ya había sido sentada por la mayoría en la causa “Parisi de Frezzini”, donde dijo que “el factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de los mencionados elementos para hacer concreta la regla general”.-

Sin embargo, la Corte siempre parece detener su análisis de imputabilidad ante el incumplimiento de un deber en extremo genérico, como puede ser el derivado de “poder de policía sanitaria” o “de seguridad”. Así, en el ya citado caso “Parisi”, dijo que “... el poder de policía sanitaria, en este caso, está legalmente definido de modo genérico y no se identifica con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, 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 insosteniblemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende la actora, 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 (argumento de Fallos: 330:563, aplicable mutatis mutandi al sub lite)”.-

De ese modo, puede derivarse como un criterio de la Corte, que cuando un deber de seguridad (generalmente derivado del poder de policía, sanitaria o de seguridad, por ejemplo) no se encuentra definido de modo expreso[64], o se encuentra definido de modo genérico[65], no se genera una falta de servicio que funde la responsabilidad por omisión.-

Y agrega que “... en estos casos -de conducta antijurídica por omisión- sólo le puede caber responsabilidad al Estado Nacional si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, máxime cuando una conclusión contraria llevaría al extremo -por cierto absurdo- de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (Fallos: 329:3966, disidencia parcial de las doctoras Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).” Aquí, pues, la Corte parece volver sobre el argumento que exige la existencia de un deber legal que imponga expresamente al Estado evitar el daño, aunque ese deber no es de “medios” sino de “resultados” (obstar el evento lesivo).-

Y en caso de un deber genérico, el análisis debe detenerse en evaluar si el Estado “ha aplicado

la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar”, que permitan establecer que se ha incurrido en falta de servicio[66]. Esto lleva a que sean los tribunales, finalmente, los que determinen las pautas o estándares mínimos que, a su criterio, entiendan exigibles al Estado, conforme las circunstancias temporo-espaciales, y que permitan establecer, una vez determinados esos estándares de comportamiento mínimos, si el Estado ha incurrido en responsabilidad por haber actuado por debajo del estándar, o no haber actuado en absoluto.-

Para así determinarlo, la Corte parece apartarse de evaluaciones sobre incumplimientos a obligaciones específicas, sino que suele acudir al parámetro del “fin para el cual ha sido establecido el servicio”, pues “quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 322:2002), responsabilidad que encuentra su fundamento jurídico en el art. 1112 del Código Civil (Fallos: 321:2310).[67]”

En “Mosca”[68], señaló que “la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706).”

En el referido caso “Mosca”, la Corte incorpora el criterio de determinar si la parte actora poseía un derecho subjetivo o un interés legítimo[69], en cuyo caso no poseían legitimación para demandar por daños, criterio con el que la propia Corte parece disentir en recientes precedentes, donde deja abierta la posibilidad de abandonar la distinción entre las categorías de “derecho subjetivo” e interés legítimo” (in re “Halabi”, vr. Gr.).-

En la causa “Zacarías”, admite expresamente la violación de un deber genérico como causal de responsabilidad, lo que ratificó recientemente en “Bea”. Para efectuar esa imputación, la Corte exige previamente el análisis de los siguientes factores:

- 1.- La naturaleza de la actividad
- 2.- Los medios disponibles
- 3.- El lazo que une a la víctima con el servicio
- 4.- El grado de previsibilidad.-

En “Bianchi”[70], la Corte pone pautas para limitar la posibilidad de derivar responsabilidad de un deber “genérico”. Así, exige identificar siquiera mínimamente cuál es el deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad y explicando cómo se configuró su inobservancia. De ese modo, descarta la posibilidad de atribuir responsabilidad sobre la base de una “extrema generalidad” que impida establecer la existencia de responsabilidad por omisión “en el cumplimiento de obligaciones determinadas”. Por ello, es carga procesal del actor identificar al deber infringido o la obligación determinada incumplida, para poder de ese modo efectuar el pertinente juicio de antijuridicidad

material. Así, la propia Corte dijo que el actor posee “la carga de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos”[71].-

Es decir, que a criterio de esta doctrina de la Corte, es preciso imputar al Estado el incumplimiento de deberes que puedan ser determinados de algún modo. En ese punto, ya ha dicho al superior tribunal federal que el mero ejercicio del poder de policía no es suficiente para atribuir responsabilidad, lo que de algún modo conllevaría “a la absurda consecuencia de convertir al Estado Nacional en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito, extraño a su intervención directa y competencia”[72], aunque en el caso de inadecuado mantenimiento de un bien del dominio público que causa un daño (una ruta en mal estado), que puede generar un riesgo derivado de su indebido mantenimiento, la Corte ha reconocido la responsabilidad sobre la base de una genérica obligación de seguridad. Eso ha sido dicho, por ejemplo, en la causa “Cebollero”[73], donde refirió que “las condiciones de la ruta provincial condujeron a crear un riesgo imprevisible para el conductor; y, en ese aspecto, aparece como manifiesta la responsabilidad del Estado provincial, que tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del camino”, y acota su doctrina señalando que “el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado lato sensu) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos, de ahí que la demandada debió adoptar las elementales medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios del estado peligroso de la ruta.” Una vez más, se utiliza un criterio de “obligación de resultado”, aunque no de manera expresa.-

III.1.3.- ¿Actividad discrecional o reglada?

Ahora bien, un tema íntimamente vinculado con el de la “omisión antijurídica” es si el hecho de que una actividad sea “discrecional” o “reglada” impacta en el análisis de la configuración de la responsabilidad por omisión.-

La cuestión es de suma importancia, ya que, por ejemplo, en los Estados Unidos, el Estado no es responsable cuando actúa en ejercicio de facultades discrecionales[74], postura que, en nuestro país encuentra serias objeciones[75].-

Pensamos que -dentro del delicado tema que tratamos- la discrecionalidad que puede tener el Estado en determinados sectores de su actividad, está más ceñida al cómo actuar y a qué medidas tomar en cada caso concreto, que a la opción entre actuar o no en dicho supuesto. No podemos considerarnos ante un indiferente jurídico cuando la Administración no actúa concretamente, por ejemplo, en el ejercicio de la policía de control del servicio público. Dadas las condiciones en que la Administración debe poner en ejercicio sus facultades de control, no existe para ella la posibilidad de optar entre actuar y no actuar. En muchos casos no hay posibilidad de optar entre “actuar” y “no actuar” como si fuesen conductas indiferentes para el derecho e igualmente legítimas. El no actuar en esos casos es antijurídico, y deriva necesariamente en responsabilidad.-

Ahora bien, cabe referir qué ocurre en el caso en que la norma habilite concretamente la posibilidad de actuar o no ante un caso determinado. Se ha dicho que en ese supuesto se puede

generar una responsabilidad del Estado por omisión “lícita”, cuestión actual e interesante, pero cuyo análisis excede el marco del presente-

Existiendo un “deber de proteger” y un “deber de controlar adecuadamente algunas prestaciones” –v.gr., servicio público o salud pública- por parte de la Administración, no podría válidamente considerarse a la omisión de obrar -siempre que ésta sea arbitraria y contraria a derecho- como ejercicio legítimo de facultades discrecionales, dado el intenso interés público comprometido en la materia. Como señalan García de Enterría y Fernández “No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto”[76].-

Recientemente, en la causa “Juárez”[77], la Corte parece haber adherido a la postura que prima en los EEUU, que sostiene que no puede derivarse responsabilidad cuando el daño es atribuible causalmente a una acción u omisión estatal que se funda en facultades discrecionales.-

Señaló la Corte en ese caso que “los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama en el caso constituyen consecuencia directa de delitos sujetos, en principio, a la jurisdicción provincial. Por otra parte, no existe controversia con respecto a que, al tiempo de los sucesos que dieron lugar a la causa, el senador Carlos Juárez y su esposa habían viajado a Buenos Aires y en ningún momento su seguridad personal estuvo en juego. En tales condiciones, no cabe imputar a la Policía Federal Argentina dependiente del Ministerio del Interior de la Nación, omisión alguna en el cumplimiento de sus deberes, que pudiera significar una falta de servicio en los términos de la doctrina de Fallos: 306:2030 y 312:1656, entre muchos otros. Ello es así, **toda vez que el mantenimiento de la custodia sobre la vivienda particular de los actores constituía una actividad típicamente discrecional** pues, según la Ley Orgánica y el decreto reglamentario citados, aquéllos no estaban obligados a vigilar el patrimonio de los demandantes dentro de la jurisdicción de la provincia.” (el resaltado es propio).-

Aunque a renglón seguido, la Corte acota ese punto, señalando que, a pesar de tratarse de una actividad discrecional que, en principio no genera responsabilidad, podría darse curso a un reclamo de daños si esa facultad discrecional es cumplida “de modo irregular”. Así, se generaría responsabilidad aunque no derivada directamente de una facultad discrecional regularmente cumplida –lo que no genera responsabilidad-, sino del irregular cumplimiento de esa facultad, lo que entra en la órbita de la antijuridicidad y la falta de servicio.-

III.2.- La falta de servicio.-

La noción de falta de servicio, que vio la luz a fines del siglo pasado en Francia y de la mano de la señera jurisprudencia del Consejo de Estado, se configura básicamente cuando la Administración no cumple sino de una manera irregular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio.-

En el campo del derecho administrativo la falta de servicio como presupuesto de la responsabilidad se traduce en una imputación objetiva que prescinde de la voluntariedad del agente, dando paso a la responsabilidad del Estado siempre que se determine un incumplimiento irregular de los deberes u obligaciones establecidos por el ordenamiento jurídico, sea un reglamento, la ley o la propia Constitución Nacional.-

Por lo tanto debemos considerar a la “falta de servicio” como un factor de atribución, ya que, en definitiva, viene a sustituir en el esquema clásico civilista a la noción de subjetiva de “culpa”[78].-

No podemos dejar de coincidir con GAMBIER cuando estima que la omisión generadora de responsabilidad se encuadra principalmente dentro del presupuesto de la “falta de servicio”. [79]

Es en virtud de ello que se hace necesario determinar en cada caso, si la administración tenía la obligación de realizar la actividad por cuya omisión se pretende hacer recaer en el Estado la obligación de reparar.-

Las acciones u omisiones en este plano que dieran lugar a un perjuicio en contra del particular, permitirá a éste interponer las correspondientes acciones indemnizatorias, debiendo configurarse para ello, además, los demás presupuestos de responsabilidad.-

Ahora bien, es importante destacar que esa noción de falta de servicio es “relativa”, ya que, como dice PERRINO y se ha hecho doctrina en la jurisprudencia de la Corte, para establecer si se ha configurado, es menester considerar –no las normas en abstracto-, sino que “deben ponderarse en cada caso en particular las dificultades para el cumplimiento de la función encomendada, las circunstancias de tiempo y lugar, como así también los recursos materiales y de personal que disponía la Administración para el cumplimiento del servicio”[80].-

En “Zacarías”, la Corte definió la falta de servicio como “una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular”, y entendió que en el caso, el reproche consiste en que se habría incurrido en negligencia u omisión por no haber advertido y desactivado a tiempo el artefacto explosivo que provocó el daño al actor. De ese modo, claramente traza una relación entre la omisión antijurídica como configuradora de la “falta de servicio”, requisito de la responsabilidad integrando –como adelantamos- ambos conceptos –al menos al enumerar los presupuestos-, aunque en sus análisis suele distinguir ambas nociones, tratándolas separadamente.-

III.2.1- Elementos para el análisis de la falta de servicio en materia de responsabilidad por omisión.-

En “Bea” ha dicho la Corte “Que esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, 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. Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva (Fallos: 321:1124 y 330:563, considerando 6°)”[81].-

En el caso “Mosca”, la Corte efectúa un minucioso análisis de cada uno de estos elementos a efectos de determinar la responsabilidad de la Policía en el caso.-

Así, analiza en primer lugar “la naturaleza de la actividad”. Allí, recuerda su tradicional doctrina que señala que “la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706)”.-

Luego entiende relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas, y reitera su criterio de analizar las omisiones a mandatos expresos de los que derivan de el mandato al cumplimiento de “objetivos”, en una ratificación de utilización del criterio de “obligaciones de medios y de resultados”.-

Así, dice la Corte que corresponde “distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, 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 determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.-

En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, 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. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, 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.”

Luego, la Corte analiza si se dispusieron tales medios razonables para el cumplimiento del servicio, enumerando las condiciones en las que se desplegó el accionar policial, describiendo cantidades de hombres, móviles, etc.-

En tercer lugar, analiza el “lazo que une a la víctima con el servicio”, refiriendo que “no existe un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente, como ocurriría si hubiera existido una relación con el Estado contratado para brindar el servicio en forma específica. Se trata en cambio, de un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos quienes, en consecuencia, no tienen un derecho subjetivo, sino un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad.”

Por último, en cuarto lugar, entra en el “grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas”. Allí, concluye “la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no genera responsabilidad según el Código Civil (arts. 901 a 906).”

III.2.2.- El fundamento normativo de la “falta de servicio” en nuestro país. El art. 1112[82].-

La doctrina y la jurisprudencia nacionales encuentran el fundamento jurídico de la “falta de servicio” en el art. 1112 del Código Civil[83].-

Como bien sostienen GAMBIER y PERRINO, la Corte Suprema, “a partir del caso Vadell, modificando su criterio anterior, sostuvo que la responsabilidad estatal es siempre directa y se basa en la idea objetiva de falta de servicio, cuyo fundamento está en el art. 1112 del Código Civil -aplicable en forma supletoria- y no en el art. 1113, que prevé la responsabilidad por el hecho de los dependientes”[84].-

Ese criterio, que sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad, sino directa y basada en la falta de servicio, con base normativa en el art 1112 del Código Civil, ha sido ratificada recientemente en la causa “Morrow de Albanesi”, del 17 de agosto de 2010, donde señaló que “cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. “tal como lo ha señalado esta Corte en el precedente “Mosca” (Fallos: 330:563), en la misma línea que había desarrollado en el caso “Zacarías” (Fallos: 321:1124), la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, 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 (ver considerando 61). Esta idea objetiva de la falta de servicio por hechos u omisiones encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030 y 331:1690, entre otros).”

III.3.- La relación de causalidad.-

Este prerequisite de la responsabilidad puede describirse como el vínculo que debe existir entre el hecho o acto administrativo y el daño que se imputa.-

La relación es meramente objetiva, sin pasar a considerar la existencia de culpa en el sujeto interviniente como causante del daño, es decir, se prescinde en el análisis de toda imputación subjetiva o moral, siendo necesario únicamente atender a qué consecuencias dañosas se siguen necesariamente del hecho o acto bajo análisis.-

III.3.1.- La relación de causalidad y la responsabilidad por omisión.-

Tal vez sea éste, uno de los puntos mas arduos para analizar[85]. Ciertamente, el sector de la doctrina llegó a sostener que la omisión no puede generar responsabilidad para su autor por faltar, precisamente, la relación de causalidad entre el hecho y el daño. El que permanece inactivo, el que se limita a no intervenir, se sostuvo, no puede incurrir en responsabilidad, por que esta supondría iniciativa y, por ende, intervención en el daño[86].-

Algunos autores, como CANDIA, por su parte, prefieren hablar de “condición” antes que de “causa” en casos de omisión, ya que “normalmente la inactividad ni produce por sí el daño sino que genera las condiciones para que el ejercicio se suceda (...) pero constituye una condición idónea que la producción del evento dañoso”[87]. Por eso, este autor dice que “este requisito debe ser evaluado con mucha prudencia en el tema que nos ocupa, pues, de adoptarse un criterio laxo y considerando que directa o indirectamente el Estado tiene algo que regular y fiscalizar en múltiples actividades desarrolladas por los particulares, podría llegarse a la conclusión de que cada vez que se sucede un daño, ha habido una falla en los deberes de control y, consecuentemente, la omisión sería causa de aquéllos”[88].-

Esa noción de “relación de causalidad” merece un estudio particularizado cuando analizamos la responsabilidad por omisión, ya que es dificultoso su tratamiento en ese caso[89]. Esta dificultad surge cuando consideramos que las abstenciones no pueden nunca, en el sentido material de la palabra, ser causa de un resultado, ya que la estructura del medio exterior no cambia nunca por una mera abstención, pero a los efectos jurídicos es indudable que la conducta puramente negativa del deudor ocasiona un daño que puede originar la obligación de indemnizar[90].-

Como punto de partida para el análisis, estimamos que no puede dudarse de la virtualidad que posee la omisión para generar un daño, pudiendo válidamente estudiarse la existencia de un nexo causal entre la omisión ilegítima y la ocurrencia de un perjuicio[91]. Así, la Corte señaló como principio general en caso de omisiones que “el examen de responsabilidad requiere determinar los elementos de causalidad a nivel de autoría, es decir, si hay algún elemento que permita establecer una conexión entre el daño y el presunto autor. Cabe recordar, al respecto, que en el caso de la omisión ilegítima rigen en este caso los presupuestos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado. En consecuencia, como en toda pretensión indemnizatoria que involucre una reparación de daños y perjuicios no puede estar ausente el nexo causal entre el daño invocado y la prescindencia estatal, de manera que las consecuencias dañosas puedan serle imputadas. Así, sólo deberá responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran fracturar la vinculación causal. Dentro de este marco, quien reclame la correspondiente indemnización deberá probar, como principio, esa relación de causalidad”[92].-

Como señala LOPEZ CABANA, “Para que una conducta omisiva genere responsabilidad civil debe estar causalmente ligada con el resultado final, de modo que pueda afirmarse que la abstención ha actuado como factor eficiente de su consumación”[93], agregando el autor que “no cabe descartar que el daño pueda ser distribuido, cuando no puede imputarse al autor la totalidad del perjuicio, por incidir su omisión concurrentemente y como coadyuvante con los demás factores desencadenantes del perjuicio.”[94]

El autor de la omisión antijurídica está obligado a indemnizar el daño que se halla en conexión causal adecuada con el hecho, es decir, el que debía resultar normalmente de su omisión según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 del Cód. Civil). Por ello las indemnizaciones deberán ser fijadas prudencialmente por el juez, atendiendo a los grados de probabilidad objetiva[95].-

Señala Trigo Represas que “*causa* será únicamente la condición que según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC) era idónea para producir por sí el resultado, debía ser normal o regularmente producirlo; condiciones simplemente, son los demás antecedentes o factores en si irrelevantes de ese resultado. Para determinar pues la causa de un daño, se debe hacer ex post facto, un juicio o cálculo de probabilidades: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para provocar el daño según el curso ordinario de las cosas; si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente; si contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una conditio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no de esa forma”[96].-

Existe obligación de indemnizar el daño cuando éste se halle en conexión causal adecuada con el hecho, es decir, el que debería resultar normalmente de su omisión según el orden natural y ordinario de las cosas. Y por ello, normalmente, las indemnizaciones deberán ser fijadas prudencialmente por el juez, atendiendo a los grados de probabilidad objetiva[97].-

Resulta interesante como parámetro de análisis, el concepto de “omisión determinante”. Señala Pablo COMADIRA que “la responsabilidad del Estado por omisión en el ámbito del derecho administrativo tiene lugar, a mi juicio, cuando un poder público en ejercicio de alguna de las funciones estatales omite la realización en forma total o adecuada de la conducta a la que se encontraba obligado y esta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas”[98].-

Es de notar que, normalmente, atento las especiales connotaciones que posee un “daño derivado de una omisión”, normalmente este actuará como “concausa”, debiendo en cada caso determinarse la incidencia de éste en la realización del daño y calculase por los jueces su proporción en el total.-

En definitiva, lo que debe analizarse es si la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado, es decir, qué incidencia, de ser realizado, hubiera tenido el acto debido con respecto al resultado o a su evitación. La prueba de tal relación causal incumbe, obvio es decirlo, a quien la alega.-

Resulta de interés el planteo de Gordillo, en cuanto a que “debe haber una relación de causalidad entre la prestación irregular y la consecuencia dañosa, y esa relación falta si la regular prestación de las obligaciones no hubiese servido para proteger o de alguna forma beneficiar o ser de interés para el particular”[99].-

III.4.- El daño.-

A nuestro entender, este presupuesto de la responsabilidad por omisiones antijurídicas no difiere del que corresponde a la responsabilidad por comisión, de modo que omitimos entrar en un análisis más propio de la teoría general de la responsabilidad.-

IV.- Conclusiones.-

Como síntesis de lo expuesto, podemos señalar:

1.- El tema de la responsabilidad por omisión es, a la vez, interesantísimo y complejo, por la cantidad de variables necesarias para su análisis y, por ello, del casuismo que lo afecta. Ello, sin embargo, no impide que puedan fijarse algunos criterios de análisis, derivados del estudio de la doctrina y de los precedentes jurisprudenciales, particularmente de los emanados de la Corte Suprema, que en los últimos años ha ido fijando pautas concretas en su construcción doctrinaria.-

2.- El elemento central de análisis en el caso de responsabilidad por omisión es la “omisión antijurídica”, que se relaciona directamente con los presupuestos de la responsabilidad del Estado “falta de servicio” y “antijuricidad”, presupuestos que la Corte en sus últimos pronunciamientos viene tratándolos como un solo bajo el rótulo de “falta de servicio”. Establecer cuándo existe una omisión antijurídica es el núcleo del problema de la responsabilidad por omisión, y ello se relaciona con cuál es la norma que impone un obrar al Estado y que éste ha incumplido, derivándose un daño.-

3.- Es preciso distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, -en los que puede identificarse una clara falta del servicio-, 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. En este último caso, la determinación de la responsabilidad debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.-

4.- Ese factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de ciertos elementos para hacer concreta la regla general. Éstos son

- a.- la naturaleza de la actividad,
- b.- los medios que se dispone,
- c.- el lazo que une a la víctima con el servicio y
- d.- el grado de previsibilidad del daño.-

5.- A criterio de la Corte, en general, cuando un deber de seguridad (generalmente derivado del poder de policía, sanitaria o de seguridad, por ejemplo) no se encuentra definido de modo

expreso[100], o se encuentra definido de modo genérico[101], no se genera una falta de servicio que funde la responsabilidad por omisión.-

6.- La Corte fija las pautas para limitar la posibilidad de derivar responsabilidad de un deber "genérico". Así, exige: identificar siquiera mínimamente cuál es el deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad y explicando cómo se configuró su inobservancia.-

(*) Abogado -UBA-; Magíster en Derecho Administrativo (MDA) Universidad Austral -Premio Mención a la Tesina-; Magíster en Acción Política y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho, Universidad Francisco de Vitoria, Universidad Rey Juan Carlos, Universidad Miguel Hernández e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, España, Especialización en Derecho de la Alta Tecnología de la Universidad Católica Argentina -UCA-.

Becario de la Fundación Universitaria del Río de La Plata (FURP) -1994-, Becario de la Fundación Carolina -España- (2002/2003).

Primer Premio del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en el "Concurso en Homenaje al Dr. Carlos A. Alberti - año 2005", por investigación "El Derecho a la Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas a Través de Internet, y Responsabilidades Derivadas.", dentro del Tema " La Responsabilidad Derivada de las Nuevas Tecnologías"

Investigador de Actuar -Asociación Civil- (www.gobiernodigital.org.ar), en materia de Derecho Tecnológico, Comercio Electrónico y Gobierno Digital.

Es miembro del Instituto de Informática Jurídica del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

[1] Tesina finalmente galardonada con mención especial de la Universidad, y publicada en la Revista de Derecho Administrativo, dirigida por el Dr. Juan Carlos Cassagne, N° 27/29, Año 10, enero-diciembre de 1998, Depalma, Bs. As., pag. 155 y ss. Dirigida por el Dr. Pablo Perrino, a quien siempre agradeceré por su generosidad y buena predisposición.

[2] PINTO, Mónica. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Editores del Puerto, Bs. As., 1993, pág. 39.

[3] CANDIA, Fabián. La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN). En AAV, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Ed. Rap, 2008, pag. 147.

[4] CANDIA, Fabián. La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN). En AAV, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Ed. Rap, 2008, pag. 149.

[5] COMADIRA, Julio R. Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo. JA N° 6010, del 6/11/96, pág. 6.

[6] Agregando que, a su juicio "resulta posible una conciliación entre ambas posturas, definiendo el contenido de los poderes implícitos por medio de la especialidad, sin perjuicio de utilizar también esta última pauta para dar contenido a los poderes inherentes".

[7] CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. T° I, Abeledo Perrot. Bs. As., 1996, pág. 238.

[8] Ver Punto III.1 de este trabajo.

[9] Publicado en Jurisprudencia Argentina, Tº 43, pág. 416, con nota de Rafael Bielsa. En este fallo, en el que se debatía la responsabilidad del Estado por un incendio provocado por una cuadrilla de empleados de la empresa nacional de telégrafos en los campos que arrendaba la actora, la Corte salva un importante obstáculo que se oponía al pleno reconocimiento de este tipo de responsabilidad estatal. Nos referimos al art. 43 del Código Civil (en juego interpretativo con el art. 36), que en su versión original establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas por los actos ilegítimos de sus representantes, entre las que la antigua jurisprudencia de la Corte incluía al propio Estado. Bielsa en el comentario al fallo, resalta el cambio operado en la doctrina de la Corte al hacer lugar a una demanda contra el Estado, aún actuando éste en el caso como “poder público” y sin una norma expresa que, en el supuesto, la imponga.

[10] Fallos 182:5, La Ley, Tº 12, pág. 122. Aquí se reconoce la responsabilidad del Estado provincial por el mal funcionamiento o prestación defectuosa del servicio de registro público de propiedad inmobiliaria, al haberse incurrido en un error al emitir un certificado registral, exigido para proceder a efectuar una transacción inmobiliaria.

[11] Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo del 18 de diciembre de 1984, in re “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, en El Derecho, Tº 114, pág. 217, La Ley, 1985-B, 3.

[12] CSJN “Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo” (LA LEY 13/09/2010, 13/09/2010, 11 - LA LEY 27/09/2010).

[13] Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (...) contra todo acto u omisión”.

Art. 86: “...su misión (la del Defensor del Pueblo) es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos u omisiones de la Administración...”.

[14] “... el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias...” (del fallo de la Corte)

[15] Corte Suprema, 14/11/69, caso “Franck, Roberto y otros c. Provincia de Buenos Aires”, en La Ley, Tº 138, pág. 729.

[16] “Ruiz, Mirtha E. y otro c. Prov. de Buenos Aires”, fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 7/11/89, LL 1990-C, 430.-

[17] V.gr. “Parisi de Frezzini”, del 20/10/2009.

[18] “Lanati, Marta y otros c. Dirección nacional de Vialidad”, fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2 de julio de 1991. LL, 1992-A, pág. 201. Aquí se imputaba la ocurrencia de un accidente vial a la falta de señalización adecuada.

[19] El voto según sus fundamentos del Dr. Barra expresamente deja expuesto que “la obligación de responder establecida en el art. 1113 del Cód. Civil alcanza también a las omisiones culposas”, aunque también menciona al art. 1112 como fundamento de su pronunciamiento.

[20] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil extracontractual de una entidad autárquica. LL 1992-A, 199.-

[21] CSJN “Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo” (LA LEY 13/09/2010, 13/09/2010, 11 - LA LEY 27/09/2010).

[22] Morrow de Albanesi, Viviana c/ Estado nacional (La Ley Online AR/JUR/41946/2010. Fallo del 17 de agosto de 2010.)

[23] Del 22/12/2009 “Gatica, Susana Mercedes c. Buenos Aires, Provincia de” Sup. Adm. 2010 (marzo), 46 - LA LEY 2010-B, 327 - RCyS 2010-VI, 128 - DJ 15/09/2010, 2500, Fallos Corte:

332:2842.

[24] SC Mendoza, fallo del 4 de abril de 1989, "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", en La Ley, Tº 1989-C, pág. 514.

[25] COMADIRA, Julio R. y CANDA, Fabián O. Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa), en La Ley, Tº 1996-A, pág. 603, nota 11.

[26] GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo II, XXI-12. Macchi, Bs. As., 1986. Por lo tanto, el criterio a seguir para determinar la existencia de una omisión antijurídica no es el del art. 1074, que determina una obligación legal de actuar, sino el del art. 1112, en cuanto a cumplir regularmente la obligación legal de la función. Agrega este autor a continuación que "la diferencia (entre el art. 1112 y el 1074) es sutil, por cuanto en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero debe advertirse que en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar constantemente la función asignada". Op. cit., pág. XXI-13.

[27] 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. 19 y ss.

[28] CSJN, causa "Bea", citada.

[29] Criterio que había ya fijado en fallos anteriores, como "Morrow de Albanesi", "Parisi de Frezzini", "R,GP c. Provincia de Córdoba" (Fallos 328:2520), etc.

[30] Conf. ALTERINI, Atilio, AMEAL, Jose, LOPEZ CABANA, Roberto. Derecho de Obligaciones, 2ª Ed.. Abeledo Perrot, Bs. As, pag. 2003, pag. 159

[31] SALOMONI, Jorge. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. JA 2005-IV-1350.

[32] Ver al respecto la obra de GAMBIER, art. citado, donde desarrolla con claridad este presupuesto.

[33] CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tº I, 5ª ed. actualizada. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 301.

[34] PERRINO, Pablo. La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio, ED 185:781.

[35] V.g. Suprema Corte de Mendoza, sala I, "Norton, María c. Municipalidad de Godoy Cruz", fallo del 18/10/96, LL 1997-B, 92, con un erudito voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci acerca de la responsabilidad del Estado por omisión.

[36] 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. 25 y ss.

[37] CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho administrativo. En El Derecho, Tº 100, pág. 987.

[38] Para nosotros la responsabilidad del Estado por omisión puede extraerse del art. 1112, sin ser necesario recurrir a otras normas requiriéndose el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa.

[39] TRIGO REPRESAS, Félix. Hecho ilícito por omisión. RCyS 2006, 27.

[40] HUICI, Héctor M. La responsabilidad del Estado por omisión. LL 1993-D, 829.

[41] Ver lo dicho en Capítulo VI. Ver también COMADRIA, Julio R. Derecho Administrativo.

Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, págs. 236 y 237.

[42] Como refiere Canda, "si no es posible exigirle el ejercicio de la función administrativa, luego, no hay omisión que imputarle a los efectos de la responsabilidad". CANDA, Fabián. La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN). En AAV, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Ed. Rap, 2008, pag. 151.

[43] Conf. 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. 14 y ss.

[44] Citado por LOPEZ CABANA, Roberto, "Responsabilidad civil de estado derivada del ejercicio del poder de policía", en LOPEZ CABANA y ALTERINI, Temas de Responsabilidad Civil, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1995, pag. 216..

[45] La Corte Suprema federal en "Odol" ha dicho que para determinarse si ha existido irregularidad en el cumplimiento de las funciones públicas, es necesario considerar si ha existido una transgresión de las normas que reglamentan tales funciones. En este fallo ese tribunal reconoce finalmente la potencialidad dañosa de las omisiones del Estado contrarias a derecho, las que pueden dar lugar a un deber de reparar.

[46] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, pag 116.

[47] Ver HUICI, op. cit., pág. 832.-

[48] Conf. DEMOGUE, citado por LLAMBÍAS, Jorge J. Código Civil anotado, Tº III-B, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, pág. 318. Pero esto no significa que se requiera una omisión típica, a la manera del derecho penal. Lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar, pero esa obligación no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante (v.g. la vida y la salud de las personas, su patrimonio, etc.); b) la necesidad material en actuar para tutelar un interés; y c) la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar (Conf. DUNNI, Giovanni, "Lo stato e la responsabilita patrimoniale", Milano, 1986, pág. 55 y ss., citado por la Suprema Corte de Mendoza en el caso "Torres" LL 1989-C, 514).

[49] Conf. PERRINO, Pablo. La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio, ED 185:781.

[50] Conf. ALTERINI, Atilio, AMEAL, Jose, LOPEZ CABANA, Roberto. Derecho de Obligaciones, 2ª Ed.. Abeledo Perrot, Bs. As, pag. 2003, pag. 510 y 514.

[51] ALTERINI, Atilio, AMEAL, Jose, LOPEZ CABANA, Roberto. "Derecho de Obligaciones", cit, pag. 514/515.

[52] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tº I, quinta edición, Madrid, 1992, pág. 447.

[53] COMADIRA, Julio Rodolfo. Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 234 y ss. Agrega el profesor Comadira que esta amplia pauta competencial debe interpretarse con prudencia en el caso de los entes, pues no pueden hacer siempre todo lo necesario, porque no todo lo necesario es legítimo.

[54] Gordillo dice que "ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 lo soluciona afirmativamente, aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad. En tales supuestos hay un irregular ejercicio de las obligaciones legales impuestas al funcionario, aunque la omisión no lo sea de un hecho

expresamente ordenado” GORDILLO. Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Ediciones Macchi, B. As., 1986, cap. XXI, pág. 11.

[55] En el caso “Torres”, ya citado.

[56] CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad del Estado por omisión. LL 1989-C, 512.

[57] CN Cont. Adm. Sala II “Kessel”, citado.

[58] GAMBIER, Beltrán. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia, LL 1990-E, 617.

[59] PERRINO, Pablo. La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio, ED 185:781.

[60] Así, ha dicho en “Zacarías” (Fallos 321:1124) que el deber genérico de seguridad, por si solo, no alcanza para responsabilizar al Estado por omisión.

[61] “Iturbe, Nora del Carmen c: Pcia de Córdoba” Fallos 326:2749).

[62] Fallos 329:4170. En el caso, esa responsabilidad se funda en lo que hace a la provincia demandada, en las obligaciones de la administración respecto de las obra encomendadas a un contratista de una obra pública (art. 28, ley 3744) y en las que, de maneramas específica, le impone el deber de vigilancia sobre los trabajos realizados por un tercero en un camino público provincial sometido a su jurisdicción (art. 2º, ley 5068), que reconoció tener a su cargo de acuerdo con los informado a fs. 230. La omisión que evidencia el comportamiento descripto precedentemente indica un deficientes ejercicio del poder de policía de seguridad, el que debe preservar a los usuarios de riesgos previsibles para ellos.”

[63] CSJN, “P. de P., E.P. y otro c. Gobierno de la Provincia de Córdoba”, del 21/12/2010, La Ley, diario del 31/12/2010, pag. 3 y ss.

[64] “Mosca”.

[65] “Parisi”.

[66] CSJN “R.G.P. c: Provincia de Córdoba”, Fallos 328:2520, del 28/6/2005.

[67] CSJN “R, G.P.”, citado.

[68] “Mosca, Hugo” (Fallos 330:563).

[69] En efecto, la competencia del Ministerio implicaba un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos quienes, en consecuencia, no tenían un derecho subjetivo, sino un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a que se ejerciera el control sanitario.

[70] “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires”, del 7/11/2006, Fallos 329:4944.

[71] CSJN, “López Casanegra, Antonio c. Provincia de Santiago del Estero”, del 15/8/2006, Fallos 329:3168.

[72] CSJN “López Casanegra, Antonio c. Provincia de Santiago del Estero”, del 15/8/2006, Fallos 329:3168.

[73] CSJN 2cabollero, Antonio Rafael y otros c/Córdoba, Provincia de s/daños y perjuicios” C. 1413.XXXV. Extraído de la página web de la Corte Suprema (www.pjn.gov.ar).

[74] Conforme lo señala Mairal (MAIRAL, Héctor, Responsabilidad del Estado por falta de control de la actividad privada en el derecho argentino comparado. En AAV, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Ed. Rap, 2008, pag. 883.

[75] V.gr. BUSTELO, Ernesto. Responsabilidad de los entes reguladores por el ejercicio irregular de sus funciones de control: novedades y perspectivas. En JA 2008-III-856.

[76] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tº I, quinta edición, Madrid, 1992, pág. 453.

[77] “Juárez, Carlos A. y otra c. Poder Ejecutivo de la Nación”, fallo del 18/9/07, Fallos, 330:4113.

[78] GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, citado. Cap. XX, pág. 15.

[79] GAMBIER, Beltrán. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia. LL 1990-E, 626.

[80] PERRINO, Pablo. La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio, ED 185:781.

[81] CSJN “Bea, Hector y otro c. Estado Nacional – Secretaría de Turismo”, del 27/9/2010, Fallos 333:1623. En los mismo términos se había expresado algunos días antes en la causa “Morrow de Albanesi”, “Parisi de Frezzini, Francisca (Fallos 332:2328), “Mosca, Hugo” (fallos 330:563) y “Zacarías” (Fallos 321:1124).

[82] Incluso quienes actualmente piensan que no es correcta la aplicación directa de las normas del Código Civil en el ámbito del derecho administrativo aceptan la aplicación de dichos preceptos por vía analógica ante la ausencia de normas específicas del derecho administrativo. Conf. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E. ¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?, en JA 1996-IV, 793 y ss.

[83] CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad del extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo. En El derecho, Tº 100, pág. 990.

[84] GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E. ¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?, en JA, 1996-IV, 793.

[85] “La dificultad reside en que, rara vez, la omisión es la causa exclusiva, sino que, aún en relación causal, el daño es un efecto conjunto de la omisión del agente con el actuar de un tercero. En otros términos, aún cuando se detecte el vínculo de causalidad, el daño puede ser distribuido, cuando no puede imputarse al autor la totalidad del perjuicio, por incidir su omisión concurrentemente, como coadyuvante de los demás factores desencadenantes del perjuicio” (SC de Mendoza, Sala I, “Norton”, LL 1997-B, pág. 92).

Por eso creemos que en los casos de responsabilidad por omisión en el ejercicio de la policía del servicio público, la responsabilidad del Estado (entes reguladores) será concurrente de manera solidaria con la empresa prestadora del servicio (de darse los presupuestos de la responsabilidad respecto de cada uno de ellos). En tales supuestos quedará en manos de la prudencia judicial determinar de qué manera se distribuirá la carga indemnizatoria entre el órgano estatal y el particular prestador del servicio.

[86] Ver al respecto KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op. cit, pág. 95.

[87] CANDA, Fabián. La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN). En AAV, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Ed. Rap, 2008, pag. 141.

[88] CANDA, Fabián. La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN). En AAV, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Ed. Rap, 2008, pag. 182.

[89] Es necesario acudir a la noción de relación de causalidad para acotar los efectos que produce todo actuar, los que pueden, en caso contrario, proyectarse hasta el absurdo.

[90] VON THUR, Andreas. Tratado de las obligaciones (traducción de W. Roces), Madrid, Tº I, 1934, pág. 68.

[91] El citado VON THUR, (op. y pág. cits.), acerca claridad conceptual al análisis al manifestar que, en cuanto a los actos ilícitos, la causalidad jurídica de una omisión responde a la idea de

que el no impedir un hecho dañoso equivale, para los efectos jurídicos, a la determinación positiva del daño, siendo condición necesaria de la imputabilidad que la persona que incurra en la omisión, a más de serle posible evitar el daño, esté obligada a evitarlo.

[92] CSJN “Parisi de Frezzini” Fallos 332:2328.

[93] LOPEZ CABANA, Roberto, “Responsabilidad civil de estado derivada del ejercicio del poder de policía”, en LOPEZ CABANA y ALTERINI, Temas de Responsabilidad Civil, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1995, pag. 217.

[94] LOPEZ CABANA, Roberto, “Responsabilidad civil de estado derivada del ejercicio del poder de policía”, en LOPEZ CABANA y ALTERINI, Temas de Responsabilidad Civil, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1995, pag. 218.

[95] KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op. cit, págs. 95 y 96.

[96] TRIGO REPRESAS, Félix. Hecho ilícito por omisión. RCyS 2006, 27

[97] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. En Código Civil comentado, Dir. Augusto Belluscio, Tomo 5, Bs. As., Astrea, 2007, pag. 96.

[98] COMADIRA, Julio Pablo. Principio de juridicidad, competencia administrativa y responsabilidad del Estado por omisión. En AAVV, Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira. Bs. As., Ad Hoc, 2009, pag 1127.

[99] GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo II, XXI-24. Macchi, Bs. As., 1986.

[100] “Mosca”.

[101] “Parisi”.