

# ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

BELTRÁN GAMBIER

Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad del Museo Social Argentino (Buenos Aires)

## SUMARIO

1. Introducción; 2. La responsabilidad del Estado por omisión: 2.1. El caso "Torres", 2.2. Los casos "Sykes" y "Menéndez", 2.3. El caso "Roberto Angel Franck", 2.4. El caso "Ruiz"; 3. Reflexiones a la luz de los casos jurisprudenciales reseñados: 3.1. Los presupuestos de la responsabilidad del Estado, 3.2. La omisión generadora de responsabilidad; 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCION.

En nuestro país, el tema de la responsabilidad del Estado ha sido debidamente tratado por la doctrina<sup>1</sup>, pero la realidad indica que aún hay algunos aspectos que han quedado sin resolver o merecen un nuevo enfoque.

<sup>1</sup>Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo IV, Buenos Aires, 1987, 697 ss.; Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Tomo I, Buenos Aires, 1986, 265 ss.; Diez, Manuel María, "Derecho Administrativo", Tomo V, Buenos Aires, 1971, 17 ss.; Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, XX-1 ss. Buenos Aires, 1975; Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo", Tomo III, Buenos Aires, 1951; Reiriz, María Graciela, "La Responsabilidad del Estado", Buenos Aires, 1969; Altamira Gigena, Julio I., "Responsabilidad del Estado", Buenos Aires, 1973; Bullrich, Rodolfo, "Responsabilidad del Estado", Buenos Aires, 1920; Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", Tomo V, Buenos Aires, 1957, 1 ss.; Fiorini, Bartolomé, "Manual de Derecho Administrativo", Tomo 2, Buenos Aires, 1968, 1095 ss.; Canasi, José, "La Responsabilidad del Estado frente al ejercicio del poder de policía", La Ley, 1976-B, 298; Hutchinson, Tomás, "Los daños producidos por el Estado", Jus, Nº 36, 194; Tawil, Guido Santiago, "La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989; Alterini, Atilio A., "Lesión al crédito y responsabilidad del Estado", Buenos Aires, 1990; Vásquez, Adolfo Roberto, "Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1990.

Frente a una problemática de tal magnitud y que roza la sensibilidad popular que con justicia pretende que se reparen los perjuicios que ocasiona la actuación estatal, parece necesario reexaminar algunas cuestiones. Está en juego, en la adecuada satisfacción de ella "la efectividad misma del Estado de Derecho, que no es siquiera concebible por grandes que sean la representatividad y legitimidad popular de los gobernantes si una parte de las decisiones de éstos escapa al control de los jueces y tribunales independientes o si alguna de las consecuencias lesivas de su actuación queda al descubierto sin posibilidad de compensación"<sup>2</sup>.

Por distintas y heterogéneas razones parece vislumbrarse una tendencia restrictiva en la materia que contrasta con la evolución que ésta registra. Es cierto que no debe caerse en excesos a la hora de responsabilizar al Estado pero tampoco deben dejarse sin protección determinados supuestos fácticos generadores de responsabilidad.

Se encuentra, subyacente incluso, la idea de que es necesario encontrar soluciones que se ajusten a la realidad de las economías estatales<sup>3</sup>.

Entiendo que los problemas jurídicos deben merecer soluciones jurídicas. Ello, sin perjuicio de reconocer que, en determinados y excepcionales supuestos, se pueda ver comprometida la efectivización de una condena por la inexistencia de fondos estatales suficientes. En este caso, entonces, deben arbitrarse soluciones de emergencia.

## 2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION

Prescindiré en estas reflexiones de un análisis general de la teoría de la responsabilidad estatal pues éste ha sido realizado con mayor solvencia por nuestra doctrina nacional<sup>4</sup>.

El objetivo propuesto es, en cambio, mucho más modesto. Trataré de analizar algunos aspectos del conjunto de problemas que genera la omisión del Estado en la realización de algunas tareas que tiene a su cargo.

<sup>2</sup>Fernández, Tomás Ramón, "La responsabilidad patrimonial de la administración: fundamento y tendencias actuales", en "El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado", A. A. D. A.; Buenos Aires, 1988, 93 ss.

<sup>3</sup>Dice Macarel, aunque aludiendo a un supuesto especial, que "si el estado respondiera por el lucro cesante ilimitado cada vez que lleva a cabo una actividad lícita que provoca daños, pronto se agotarán los recursos fiscales, y hasta podrían no llegar a resarcirse las hipótesis comunes de responsabilidad estatal (v. gr. por actos ilícitos); lo que a todas luces constituiría una solución disvaliosa, pues no resulta justo que el estado se convierta en el eterno asegurador de todos los daños", ver La Ley, 1989-D, 26.

<sup>4</sup>Ver nota 1.

El encuadre que persigo debe realizarse, principalmente, dentro de la idea de "falta de servicio"<sup>5</sup> que vincula la responsabilidad estatal con la noción de servicio público<sup>6</sup>. Desde esta perspectiva, se plantea la necesidad de conceder la reparación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio<sup>7</sup>.

Ahora bien, este enfoque merece algunas precisiones preliminares. Si bien es cierto que el Estado tiene a su cargo, por ejemplo, la seguridad de los ciudadanos, su educación, la preservación de su salud, la defensa de la Nación y otros cometidos que se ha cargado sobre sus espaldas a partir de su intervención en la economía, ello no significa que la no consecución de esos fines, incluso aparejando con ello daños a los particulares, nos coloquen frente a supuestos de responsabilidad estatal.

Algunos ejemplos me servirán para ilustrar la idea que quiero exponer.

Por la omisión de indicar que un río habilitado para los bañistas está contaminado alguien podría pretender, razonablemente, responsabilizar al Estado si como consecuencia de ella se le produce al individuo un grave perjuicio en su salud. La contaminación atmosférica podría dar lugar a la responsabilidad estatal si la administración no consigue mantenerla dentro de los límites tolerables<sup>8</sup>. También

<sup>5</sup>Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., 275; ver el caso "Blanco" en "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", de Long. Weil y Braibant, et Sirey, París, 1969, 5/8.; Reiriz, María Graciela, ob. cit., 107, allí esta autora analiza el sistema francés en materia de responsabilidad del Estado poniendo énfasis en la distinción entre falta personal y falta de servicio; también Vásquez estudia este tema con profundidad (ob. cit., 271 ss.); ver, también Corte Suprema de Justicia: "Vadell Jorge c/Provincia de Buenos Aires", publicado en El Derecho, Tomo 114, 215, con nota de Cassagne; igualmente, la doctrina del caso "Ricca, Ramón R. c/ Estado Nacional" de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la que se alude y acepta la tesis de la "falta de servicio" en E. D. 127, 508 ss.

<sup>6</sup>Cfr. Leguina Villa, Jesús, "La responsabilidad civil de la administración pública", Ed. Tecnos, Madrid, 1970, 156.

<sup>7</sup>Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., 276.

<sup>8</sup>Tomos Mas, Joaquín, "Contaminación atmosférica", en "Derecho y Medio Ambiente", M. O. P. y U., C. E. O. T. M. A., Monografías: 4, Madrid, 1981, 439, señala este autor que "los poderes públicos deben conseguir que la contaminación atmosférica se mantenga dentro de los límites tolerables, pues, caso contrario, se abrirá ante ellos el instituto de la responsabilidad administrativa". Agrega luego que "la Administración debe responder de los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público", de forma que, establecida la precisa relación de causalidad entre la inactividad de la Administración y el daño efectivamente producido, surgirá el deber de resarcir a cargo de la Administración. Se trata, pues, de forzar a la administración a asumir responsabilidades, sin llegar tampoco a ver en ésta un ente que cubre de forma general todo quebranto económico individual".

frente a un accidente nuclear podrían los perjudicados reclamar por la omisión estatal en haber tomado las medidas que lo hubieren prevenido<sup>9</sup>.

Del mismo modo, si en una carta marina no se indica la existencia, por ejemplo, de una aguja rocosa en un canal de navegación, que ocasiona el hundimiento de un barco, podría responsabilizarse al Estado por los perjuicios generados por la omisión de indicar su existencia<sup>10</sup>.

Parece en cambio improbable y hasta absurdo, que se puedan reconocer los daños y perjuicios producidos en la salud de un individuo por la omisión de indicar en los atados de cigarrillos que “fumar es perjudicial para la salud”.

En otro orden de situaciones, es inviable que un ciudadano pretenda responsabilizar al Estado porque fue víctima de un robo por la deficiente prestación del servicio público de seguridad. En este último ejemplo, en particular, no debe perderse de vista que el Estado debe disponer los medios para proteger a los ciudadanos de ese tipo de delitos y de otros, pero de ningún modo puede garantizarse a éstos el resultado de que ellos no ocurran<sup>11</sup>.

Me pregunto también, ¿qué ocurre si en una ruta se omite colocar el cartel que indica la existencia de animales sueltos?<sup>12</sup>; ¿qué acontecerá si el Estado

<sup>9</sup>Ver Martín Mateo, Ramón, “Derecho Ambiental”, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, 697, señala este autor que si se opta por el aprovechamiento nuclear es “imprescindible que el ordenamiento prevea la reparación de las consecuencias de posibles accidentes. En tales supuestos no se podría recurrir ni a los clásicos esquemas de los Códigos Civiles apegados aún a la idea de culpa, ni con exclusividad a las reparaciones provenientes de los cauces normales aseguratorios. Es necesario en primer lugar objetivizar las responsabilidades y después precaver patrimonialmente la satisfacción de los daños. La enorme cuantía de éstos superará sin duda la financiación privada, desembocándose con ello en una inevitable socialización de los riesgos”.

<sup>10</sup>Cfr. Fernández, en el trabajo citado en la nota 2, allí alude a una sentencia que acoge una demanda por los daños generados por el hundimiento de un superpetrolero en el puerto de La Coruña al chocar con una aguja rocosa no indicada en las cartas marinas (v. pág. 106).

<sup>11</sup>Fallo de la Suprema Corte de Mendoza del 4/4/89 *in re* “Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza” L L, 1989-C, 518, sexto considerando, punto 5 con cita de Bandeira de Melo, se refiere a la cautela que debe tenerse al responsabilizar al Estado por actos omisivos. Entre los ejemplos de pretensiones excesivas se alude a la de responsabilizar al Estado por los asaltos en las plazas públicas. También Hutchinson en su voto en el caso “Sykes” (ver nota 18) considera absurdo que la víctima de un asalto pretenda responsabilizar al Estado por no haber cumplido con su control policial de seguridad (ver noveno considerando).

<sup>12</sup>En uno de los casos que luego comentaré (“Ruiz”) se imputaba responsabilidad al Estado por un accidente en la ruta producido por el choque de un automóvil contra un animal suelto.

no indica a los automovilistas que se están desarrollando trabajos en la ruta y como consecuencia de tal omisión se produce un accidente?<sup>13</sup>.

Como puede advertirse, existen interrogantes que aún no han tenido una respuesta categórica por parte de la doctrina y oscilante en lo que a la jurisprudencia se refiere, como veremos, a continuación, en algunos precedentes.

### 2.1. *El caso "Torres"*

En un fallo de la Suprema Corte de Mendoza recaído en la causa "Torres, Francisco c/Provincia de Mendoza" que mereció el comentario de Cassagne<sup>14</sup>, se analizan los presupuestos para que se configure la responsabilidad del Estado por omisión.

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

El tribunal—mediante el voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci—consideró que la procedencia o no de la acción dependía sustancialmente de la existencia o no de una *omisión antijurídica*.

Para analizar tal antijuricidad, el Tribunal acude a la norma contenida en el art. 1074 del Código Civil en cuanto dispone "que toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido"<sup>15</sup>.

Añade a tal argumento las ideas de DUNI<sup>16</sup> quien expone cuáles son los presupuestos para que se configure un ilícito omisivo. Para que se entienda que el Estado está obligado a actuar deben darse tres requisitos: (a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; (b) la

<sup>13</sup>Ver el fallo citado en nota 11, pág. 514 y ss., especialmente 516.

<sup>14</sup>Cfr. Cassagne, J. C., "La responsabilidad del Estado por omisión", LL, 1989-C., 512/514.

<sup>15</sup>He analizado la aplicación de normas del derecho civil a supuestos de responsabilidad del Estado al comentar el caso "Beccan, Manuel de Jesús c/Municipalidad de Buenos Aires" fallado por la Corte Suprema el 9 de Mayo de 1989, en la Revista Régimen de la Administración Pública N° 136, 26 y ss. El trabajo se titula "La responsabilidad estatal por causas vinculadas con emprendimientos urbanísticos (autopistas urbanas) y el art. 2620 del Código Civil en un fallo de la Corte".

<sup>16</sup>No he tenido acceso al libro de Giovanni Duni titulado "Lo stato e la responsabilità patrimoniale" (ed. Giuffrè, Milano, 1986).

necesidad material en actuar para tutelar el interés y (c) la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

Al analizar la configuración de los presupuestos de la responsabilidad, el fallo considera que la norma de la Constitución Provincial<sup>17</sup> que fija entre las atribuciones del Poder Ejecutivo el tener “bajo su vigilancia la seguridad del territorio y de sus habitantes...” no pudo sustentar la obligación legal de efectuar las obras hidráulicas que los actores exigen.

En relación a los presupuestos más arriba indicados, el fallo afirma con seguridad que “no hay dudas que las grandes obras de defensa aluvional son necesarias para tutelar los bienes de los mendocinos” expresándose, en cambio, que no hay un interés particular cualitativamente relevante ni se demuestra la existencia de intereses cuantitativamente superiores que configuren la existencia de una omisión antijurídica. También se señala que no aparece configurada la proporcionalidad indicada en el tercero de los presupuestos mencionados.

Finalmente, se alude a la necesidad de que el actor demuestre que la omisión de actuar era abusiva.

## 2.2. Los casos “Sykes” y “Menéndez”

En un fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>18</sup> se analizó la responsabilidad del Estado por la presunta omisión de tomar medidas en relación a una entidad financiera que se encontraba en una comprometida situación para seguir funcionando, que generó perjuicios a los ahorristas.

La cuestión se centró en la omisión del Banco Central en el ejercicio de sus facultades de superintendencia sobre los intermediarios financieros, en no haber dispuesto la revocación de la autorización correspondiente a un banco en que las actoras habían realizado un depósito en moneda extranjera.

El fallo —mediante el voto del Dr. Hutchinson— examinó: “a) el tipo de responsabilidad aplicable al Estado cuando aquélla se basa en la omisión de éste; b) si respecto a la no revocación de la autorización para funcionar como entidad financiera por parte del B. I. R., era ello indebido ejercicio de una facultad reglada

<sup>17</sup>Artículo 128, inciso 19 de la Constitución de Mendoza. La opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci es que de esa norma no puede deducirse la obligación legal de efectuar las obras hidráulicas exigidas.

<sup>18</sup>Causa Nº 8809 “Sykes, Violeta y otros c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de dólares” del 2 de Julio de 1985.

para la demandada y en caso contrario, de ser una facultad discrecional si c) la accionada obró con iniquidad o arbitrariedad<sup>19</sup>.

En lo que se refiere a la primera cuestión, el fallo comienza por señalar que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual y que no corresponde el análisis de una responsabilidad por actividad lícita como lo había hecho el Juez de Primera Instancia.

Si, en cambio, se propone la aplicación de la teoría subjetiva de la responsabilidad<sup>20</sup> señalándose que “si el Estado no fue el autor de un acto lesivo sólo le puede caber responsabilidad cuando esté obligado a impedir el daño: sólo tiene sentido su responsabilidad si incumplió su deber legal que le imponía obstar al evento lesivo. En estos casos, de conducta antijurídica por omisión, la responsabilidad tendrá base subjetiva salvo que el propio derecho la regule como de responsabilidad objetiva. Lo contrario llevaría a resultados absurdos: la víctima de un asalto haría responsable al Estado por no haber cumplido con su control policial de seguridad. El Estado sería así un ente asegurador”. Se agrega a continuación que “en caso de que haya omisión de la accionada, ella será condición y no causa del daño. Condición porque es un evento que no ocurrió, y que si hubiera ocurrido hubiera impedido el resultado lesivo; para que sea causa tiene que ser un factor que genere el daño. Sólo las características de la omisión de la demandada —negligencia o impericia (culpa) o dolo— indicarán si hubo o no responsabilidad. Estamos, pues, ante una responsabilidad subjetiva, y es que la responsabilidad derivada de la teoría del riesgo creado presupone una acción positiva del Estado —o de ese ente estatal— que coloca al particular en riesgo, y no de una omisión”.

En esas condiciones el fallo analiza si se da en el caso la situación de impericia, negligencia o dolo en la omisión del Banco Central de haber revocado la autorización para funcionar a la época del depósito. Tal análisis se efectúa en el marco de la ley 21.526 y desde la perspectiva que brinda la distinción entre facultades regladas y discrecionales, concluyéndose que, en el caso, se estaba en presencia de estas últimas.

En consecuencia, se analiza si el no ejercicio de la facultad de revocación al tiempo del agravio, fue arbitrario o contrario a la razonabilidad llegándose, luego de un pormenorizado análisis de los informes técnicos obrantes en la causa, a la conclusión de que tal omisión no fue irrazonable. En definitiva, se rechazó la demanda<sup>21</sup>.

<sup>19</sup>Ver sexto considerando.

<sup>20</sup>El Dr. Hutchinson sigue en su voto los lineamientos expuestos en su trabajo “Los daños producidos por el Estado”, publicado en la Revista *JUS*, Nº 36, año 1984, 51 y ss.

<sup>21</sup>El Dr. Galli compartió las conclusiones del voto del Dr. Hutchinson aunque expuso también sus propios fundamentos poniendo énfasis en que se trataba de una situación en la que

En el caso “Menéndez”<sup>22</sup>, la Sala I de la misma Cámara, vuelve a tratar la cuestión debatida en “Sykes”, siguiendo en lo esencial, la línea argumental allí desarrollada analizándose, también aquí, si ha mediado culpa, negligencia o dolo de la conducta (omisiva) que se le imputó al Banco Central. Se llega, en este punto, a la respuesta negativa. Asimismo, se señala que la oportunidad de dictar la medida cuestionada se inscribe dentro de las facultades discrecionales y que éstas fueron ejercidas con razonabilidad. Se confirmó el fallo de Primera Instancia que había rechazado la demanda.

### 2.3. El caso “Roberto Angel Franck”

En esta causa<sup>23</sup> se presentó el actor por sí y por sus hijos menores demandando a la Provincia de Buenos Aires por la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionó la muerte de su cónyuge y de tres de sus hijos, producida a raíz del naufragio de la lancha colectiva de pasajeros en que viajaban ocasionado por el choque de ésta con un tronco de árbol mientras realizaba una maniobra de amarre en un muelle.

La actora atribuyó la responsabilidad a la Provincia porque competía a la Dirección de Hidráulica, dependiente de ella, mantener en debidas condiciones las rutas navegables y remover los obstáculos que impiden el normal desarrollo de la actividad de transporte por agua en la zona que ocurrió el accidente.

La Corte Suprema consideró que el arroyo donde ocurrió el accidente y el cauce donde estaba enclavado el tronco son del dominio público de la Provincia de Buenos Aires, y que ésta resulta responsable, por aplicación de los arts. 1113 y 1133 del Código Civil. Sin perjuicio de ello, el fallo señala que no cabe desconocer las obligaciones que derivan de la jurisdicción nacional.

---

preponderaba la libertad de los contratantes. Coincide con la caracterización de discrecional de la actividad del Banco Central. Se señala, además, que la revocación de la autorización para operar constituía una extrema decisión del Banco Central luego de haber intentado las medidas tendientes a su sobrevivencia.

El Dr. Miguens comparte la solución propiciada en el primer voto aunque agrega, también sus propios fundamentos. Entre ellos, destaca el de haber encuadrado el tema dentro de la técnica de la “falta de servicio” concluyendo, en definitiva, en que ésta no se configuró en el caso.

<sup>22</sup>Causa Nº 20.266 “Menéndez S. A. I. C. y A. c/B. C. R. A. s/cobro”, del 30/5/90.

<sup>23</sup>Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Ruiz, Mirta Edith y otros c/Provincia de Buenos Aires”, publicado La Ley del 11/7/90.

## 2.4. El caso "Ruiz"

En este pleito, la actora había demandado la reparación de los daños y perjuicios causados por la muerte de sus familiares producida como consecuencia de la colisión con un caballo suelto en un ruta provincial por la que aquél circulaba conduciendo su automóvil. El fundamento esgrimido fue la responsabilidad que le incumbe a la Provincia por la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales.

La demandada opuso la excepción de falta de legitimación para obrar entendiendo que, al no ser dueña ni guardiana del animal que ocasionó el daño, no debe responder por éste.

La Corte aceptó el argumento de la Provincia añadiendo que "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa..."<sup>24</sup>.

## 3. REFLEXIONES A LA LUZ DE CASOS JURISPRUDENCIALES RESEÑADOS

### 3.1. *Los presupuestos de la responsabilidad del Estado*

Existe cierto consenso doctrinario en torno a los presupuestos que determinan la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima<sup>25</sup>. Se exige, entonces: a) la imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; b) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio; c) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado y, d) la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

En el tema que estamos tratando el esquema propuesto sufre una pequeña variación pues no estamos en presencia de un hecho (considerado como conducta positiva), sino por el contrario, de una omisión. El Estado deja de realizar

<sup>24</sup>Causa "Roberto Angel Franck v. Provincia de Buenos Aires" fallada por la Corte Suprema de Justicia el 14 de Noviembre de 1969 (Fallos 275:357).

<sup>25</sup>Marienhoff, Miguel S., ob. cit., 716 ss.; Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., Tomo I, 289 ss.

una actividad cuya consecuencia directa es la producción del daño en la persona o los bienes de un particular<sup>26</sup>.

En lo que se refiere a la imputabilidad material, se trata de responsabilizar a la persona jurídica que tendría a su cargo, la realización de la actividad. Por ejemplo, si se cae un árbol en una plaza de la ciudad de Buenos Aires causando daño en la salud o bienes de un vecino, la omisión es imputable materialmente a la Municipalidad<sup>27</sup>. Es a ella a quien le corresponde responder por la denominada "falta de servicio". No hace falta individualizar al funcionario responsable<sup>28</sup>.

Por cierto que la omisión debe ocasionar un daño<sup>29</sup> y debe existir una relación de causalidad entre aquélla y éste<sup>30</sup>.

### 3.2. La omisión generadora de responsabilidad

El tema de la omisión de obrar que puede generar la responsabilidad estatal se encuadra dentro del presupuesto que alude a la falta de servicio.

Esta se configura cuando la Administración no cumple sino de una manera irregular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por

<sup>26</sup>Cfr. Gordillo, Agustín A., ob. cit., Tomo 2, XXI-10 ss., allí este autor trata la omisión como causal de responsabilidad analizando los arts. 1109, 1112 y 1074 del Código Civil con particular énfasis en el estudio de la configuración de las "obligaciones legales" cuyo incumplimiento genera la responsabilidad estatal; ver, también, Vásquez, Adolfo R., ob. cit., 158 ss.

<sup>27</sup>La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal registra innumerables precedentes en los que se reconocen daños y perjuicios por la caída de árboles (C. Nac. Civil, Sala C; Agosto 30-1983 *in re* "Ruiz, M. y otra c/M. C. B. A.", E. D.: 106, 348 ss.; C. Nac. Civ.; Sala B, Marzo 18-1987, *in re* "Taglibue C. c/M. C. B. A.", E. D. 126:399. Aunque en estos fallos no se desarrolla como tal la tesis de la falta de servicio.

<sup>28</sup>Hutchinson, Tomás, ob. cit., 62 ss., este autor considera que cuando el daño se produjo por una omisión del Estado se hace necesaria la aplicación de una teoría subjetiva de la responsabilidad (65); respecto de la noción civilista de la culpa y su recepción en el derecho público, ver Reiriz, María Graciela, ob. cit., 83 ss.

<sup>29</sup>Para el tema de la naturaleza y entidad del daño, me remito a mi trabajo citado en nota 15.

<sup>30</sup>Cfr. Nieto, Alejandro, "La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: Doctrina jurisprudencial", en la Revista española de Derecho Administrativo, Nº 51, 1986, 427 y 55; Blasco, Avelino, "La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente", en el Nº 53 de la revista antes indicada, 99 ss.

la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio<sup>31</sup>.

Es necesario analizar, entonces, en cada uno de los casos propuestos, si la administración tenía la obligación de realizar la actividad por cuya omisión se pretende responsabilizar al Estado.

Tanto en el caso "Torres" como en "Sykes" y "Menéndez" esa tarea se lleva a cabo con exhaustividad. En el primero de ellos se alude a la necesidad de que exista una "omisión antijurídica" como presupuesto de la responsabilidad<sup>32</sup>. Esa línea argumental coincide con la que ahora propongo pues en la "falta de servicio" también se trata de la omisión del cumplimiento del deber impuesto por el ordenamiento jurídico.

Se ha señalado que "toda vez que la Administración "debe" ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos que lo requieren, cuando aparece omitido, o ejercido en forma insuficiente, excesiva o abusiva, esa falta o mal ejercicio hace encuadrar la conducta de sus agentes dentro del campo de la ilicitud"<sup>33</sup>.

No ocurre lo mismo con los casos "Roberto Angel Franck" y "Ruiz". En el primero, se funda la responsabilidad en el art. 1113 del Código Civil siguiendo una jurisprudencia hoy abandonada por la Corte<sup>34</sup>.

En el caso "Ruiz", en cambio se alude tanto a que la Provincia no era dueña ni guardadora del animal que causó el accidente, como a que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad. En realidad, ésta se fundaría, en todo caso, en la omisión de ese ejercicio en forma adecuada. Se hace referencia, asimismo, a la atribución de

<sup>31</sup>Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., Tomo I, 289 ss.; Sayagues Laso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, 5ta. edición (puesta al día en 1987 por Daniel H. Martins), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, 1987, 622 ss. Por su parte, Gordillo señala, en opinión que comparto, que "el regular ejercicio de las obligaciones legales resulta de muchos caracteres implícitos a la función pública, y no de la casuística de algún reglamento; la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1112)" (ob. cit. XXI-12). Si bien este autor no adhiere expresamente a la tesis de la falta del servicio, su enfoque en este punto es similar al que proponemos.

<sup>32</sup>López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad civil del estado derivada del ejercicio del poder de policía", en "Derecho de daños", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, 75 ss.

<sup>33</sup>López Cabana, ob. cit., 751. Allí este autor alude a la jurisprudencia que sostiene que la función de policía se debe cumplir obligatoriamente al no tratarse de una facultad.

<sup>34</sup>Cassagne, ob. cit., 294.

responsabilidad en un evento “en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte” relacionándose esta premisa con la prevención de delitos.

Es cierto que no hubo participación de órganos provinciales. En todo caso, lo que corresponde indagar es cuáles son los alcances de obligación de la Provincia de velar por la seguridad en las rutas y, además, si es equiparable, el grado de exigencia en la obligación de prevenir delitos.

Ambas cuestiones han sido tratadas por Bustamante Alsina al comentar el caso<sup>35</sup>. Así, señala que “el poder de policía instituido para preservar el bien común constituye un atributo irrenunciable del Estado. Es una función esencial que la autoridad pública tiene el deber de ejercer para que se cumplan aquellos objetivos. Sí, como en el caso resuelto se trata del ejercicio del poder de policía en orden a la seguridad de las personas en el tránsito por las rutas del país, ese poder consiste en la vigilancia y custodia de ellas imponiendo en sus reglamentos todas las restricciones a la libertad de circulación que sean necesarias para lograr esa finalidad de bien común”. Agrega a continuación que “esa actividad del Estado no solamente es lícita sino que su ejercicio constituye un deber implícito en la Constitución y explícito en las respectivas leyes orgánicas de las policías provinciales. De allí que el incumplimiento de ese deber, omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en ilícita esa abstención (art. 1074 del Código Civil). El daño que resulte para terceros de aquellas omisiones, responsabiliza al agente u órgano del Estado que no cumplió su deber absteniéndose de ejercer la vigilancia y custodia de las rutas para que se observen los reglamentos de seguridad del tránsito”.

Se puede divisar un argumento similar entre la opinión transcripta y la línea argumental esbozada en “Torres”: la aplicación del art. 1074 del Código Civil. La diferencia está dada porque en este último caso el Tribunal entendió que la existencia de ciertas normas provinciales vinculadas con la seguridad<sup>36</sup> no llegaban a configurar la obligación de obrar que pretendía la actora. Mientras que, al comentar “Ruiz”, Bustamante Alsina entiende que existió una obligación legal que, en el caso, estaba dada por el ejercicio del poder de policía de seguridad que no fue cumplido adecuadamente.

<sup>35</sup>Bustamante Alsina, Jorge, “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”, diario La Ley del 11/7/90. El Dr. Bustamante Alsina, un prestigioso autor, tuvo la deferencia de facilitarme su trabajo antes de que saliera publicado. Al entregármelo me dijo que no dudara en verter una opinión contraria si no compartía su criterio. Uno de esos gestos que no se olvidan cuando provienen de maestros de indudable talla jurídica.

<sup>36</sup>Ver nota 17.

En lo que se refiere a la segunda cuestión, Bustamante Alsina aclara que “no se pretende atribuir responsabilidad al órgano policial por la falta de prevención de los innumerables delitos que tipifican el Código y las leyes penales, sino que esa responsabilidad emerge puntualmente de no cumplir la administración pública el deber de custodia de las rutas que le corresponde en el ejercicio del poder de policía de seguridad para preservar la integridad física de las personas que por ellas circulan”.

Entiendo que, efectivamente, el Estado debe tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los ciudadanos y, en particular, tiene el deber de vigilancia de las rutas. En este sentido, son distintas las tareas que debe realizar. Por ejemplo, debe existir una correcta señalización que indique las distintas circunstancias que debe tener en cuenta el conductor para no incurrir en riesgos.

Se trata en el caso, y en esto coincido con el autor citado, del ejercicio del poder de policía de seguridad que constituye un deber insoslayable. Estimo que el ejercicio regular de esta potestad de la Administración no genera, en principio, responsabilidad estatal. Sí se generará, en cambio, si éste fuera irregular<sup>37</sup>.

En consecuencia, se hace necesario analizar cómo se ejerció, en el caso concreto, el poder de policía de seguridad.

Me resulta difícil advertir con claridad, qué tipo de medidas pudieron haberse tomado para evitar el accidente ocurrido y ventilado en el caso “Ruiz”. A veces, en determinadas zonas aparecen carteles que indican la existencia de animales sueltos. Ello tiene su razón de ser en la existencia de mercados o zonas de comercialización de ganado. Pero a lo largo de una ruta esa indicación no es permanente y es lógico que así sea. De allí que pueda vislumbrarse con cierta nitidez cuáles serían los requisitos mínimos en el deber de vigilancia de las rutas, pero entiendo que en el caso “Ruiz” no se llegó a configurar la denominada “falta de servicio” al no aparecer como irregular el ejercicio del aludido poder de policía.

<sup>37</sup>Cfr. Marienhoff, M. S., ob. cit., Tomo IV, 693/694; López Cabana, Roberto M., ob. cit., 747 ss.; Barra, Rodolfo Carlos, “El poder de policía y su ejercicio a la luz de la virtud de la justicia”, *El Derecho*, Tomo 75, 244 ss.

Un interesante y reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído el 22.03.90 en la causa “Kasdorf S.A. c/ Jujuy, Provincia de y otros s/daños y perjuicios” publicado en *El Derecho* del 12 de Julio de 1990 (con comentario del Dr. Jorge Bustamante Alsina) trata el tema del ejercicio del poder de policía sanitario. Allí se considera que la actividad de la provincia excedió los límites razonables de dicho poder en detrimento de los intereses de la actora.

Véase, también, Altamira Gigena, ob. cit., 173 ss.; es interesante el análisis que este autor hace del tema de la responsabilidad del Estado por planes de urbanización, pues esto plantea el ejercicio del poder de policía en materia urbanística y la posible reparación de sus efectos dañosos.

Por lo demás, aparece comprometida en este caso la configuración del presupuesto de la relación de causalidad. En efecto, el daño reconoce su causa eficiente en una circunstancia fáctica cuya prevención, como vimos, no pudo estar comprendida, en el principio, en la función de seguridad que debe prestar el Estado pues aparece mas bien como un caso fortuito<sup>38</sup>. La omisión sería generadora de responsabilidad si, por ejemplo, en una zona de mercados vacunos no se indica adecuadamente esta circunstancia a los conductores de vehículos.

En lo que se refiere al caso "Sykes", me interesa destacar el análisis que se realiza en torno al tipo de actividad que el Banco Central debe ejercer cuando se trata de la revocación de la autorización para funcionar de una entidad financiera, pues ello está conectado íntimamente con la configuración de la denominada "omisión antijurídica". Se sostiene, en la misma línea que la doctrina del caso "Ruiz" y "Torres" que "si el Estado no fue el autor de un acto lesivo sólo le puede caber responsabilidad cuando está obligado a impedir el daño: sólo tiene sentido su responsabilidad si incumplió su deber legal que le imponía obstar al evento lesivo". Coincido con el fallo en cuanto señala que en la materia no está predeterminada taxativamente la circunstancia que conlleve la necesidad de revocar la autorización para funcionar de una determinada entidad financiera.

Ello traduce la íntima conexión que existe entre la discrecionalidad y la oportunidad, mérito o conveniencia que la Administración evalúa al dictar este tipo de actos. No significa que exista identidad entre el juicio de mérito y el obrar discrecional<sup>39</sup>. La revocación para funcionar de una entidad financiera aparece como una facultad de contenido predominantemente discrecional. Pero ello no significa que pueda, en algún supuesto concreto, resultar inoportuna o arbitraria. Las diferencias, en punto a las consecuencias, están dadas por el distinto alcance del control<sup>40</sup>.

<sup>38</sup>Cfr. Llambias, Jorge Joaquín, "El espectáculo público y la responsabilidad municipal por omisión", La Ley, Tomo 1981-B, 519 ss., especialmente, 522, analiza este autor un fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal que condenó a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a reparar los daños ocasionados a un menor por un disparo de bala ocurrido en una cancha de fútbol. Llambias critica el fallo, entre otras cosas, por considerar inexistente la relación de causalidad entre la omisión y el daño. Ver Garri, Francesco, "La responsabilità della pubblica amministrazione", UTET, Turin 1975, 624. Ver, también, Tawil, ob. cit., 90/91, señala este autor "que la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor traerá aparejada, en cierta medida, la inexistencia del nexo causal entre la conducta y la violación del derecho ajeno".

<sup>39</sup>Cassagne, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", próximo a editarse en la Revista de Derecho Administrativo Nº 3.

<sup>40</sup>Tawil, Guido Santiago, "Algunas reflexiones respecto al alcance del control judicial de la actividad administrativa (Legitimidad, oportunidad, hechos y derecho)", El Derecho, Tomo 122, 811 ss.

#### 4. CONCLUSIONES

El análisis formulado no es más que una propuesta que pretende generar un debate mayor sobre tan importante y trascendente tema.

De la lectura de los fallos que he reseñado y, de algún modo, sistematizado, puede extraerse cuáles son los puntos neurálgicos de esta particular problemática.

Así, en primer lugar, estimo que, en líneas generales, la omisión generadora de responsabilidad se encuadra principalmente dentro del presupuesto denominado tradicionalmente como "falta de servicio".

Desde esta perspectiva, entonces, será necesario analizar, en cada caso concreto, hasta que punto no se ha cumplido sino de un modo irregular los deberes legales. Entre éstos aparece como destacado el ejercicio del poder de policía. Es pues su ejercicio irregular el que nos permitirá responsabilizar al Estado. Ya sea por acción u omisión. Esta última será "antijurídica" justamente 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. Ejercidos de un modo adecuado, el poder de policía sanitario, o el de seguridad, por ejemplo, no generarán supuestos de responsabilidad.

Ahora bien, esta "omisión antijurídica" no se configura con el solo incumplimiento de una norma legal, incluso aunque ésta sea de rango constitucional. Habrá que analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño.

De allí que la aplicación de la norma contenida en el art. 1074 del Código Civil postulada por un sector doctrinario a éstos supuestos merece una particular interpretación que permita evitar soluciones disvaliosas o que pretendan colocar al Estado en un rol de asegurador y garantizador de la satisfacción de ciertas necesidades colectivas.

En consecuencia estimo como particularmente acertadas las soluciones a las que se arribó en los casos "Sykes", "Menéndez", "Torres" y "Ruiz" aunque, en este último caso, discrepo con los fundamentos del fallo.

En el primero de éstos se plantea, además, una problemática cuya definitiva dilucidación en nuestro derecho aún no esta concluida. Me refiero a la calificación de cierta actividad como ejercida en el uso de facultades regladas o discrecionales y el modo y alcance de este control.

Para finalizar, hago más las palabras de Tornos Mas: "se trata, pues, de forzar a la Administración a asumir responsabilidades, sin llegar tampoco a ver en ésta un ente que cubre de forma general todo quebranto económico individual" (v. nota 8).