

La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia

Perrino, Pablo Esteban

Publicado en: LA LEY 24/08/2011 , 1 • LA LEY 2011-E , 715

"La falta de servicio trasunta siempre la idea de una transgresión o incumplimiento de una regla de conducta, que puede producirse tanto por un comportamiento activo de la autoridad administrativa como por su inacción u omisión. No podría haber falta de servicio en ausencia de una obligación o deber violado o incumplido."

I. Introducción

Probablemente uno de los capítulos más complejos de la responsabilidad estatal es el concerniente a los daños que pueden derivarse de la omisión de ejercer la tarea de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico confía a órganos o sujetos que ejercen la función administrativa.

Se trata de perjuicios que, generalmente, son ocasionados por personas privadas a otros sujetos privados, pero que la víctima demanda su reparación al Estado, porque considera que si éste hubiera ejercitado correctamente sus deberes de fiscalización o vigilancia no los habría padecido.

Además, en un número muy relevante de casos, la inacción estatal que se estima causante del daño es producto del ejercicio de potestades administrativas de naturaleza discrecional o deriva de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, son daños que, usualmente, se atribuyen al incumplimiento de normas que sólo señalan fines o directrices, pero que no imponen conductas concretas o no establecen los criterios con base en los cuales los órganos o sujetos estatales deben atenerse al momento de definir los medios a emplear para alcanzar un determinado objetivo y que, además, pueden conllevar la apreciación de cuestiones de naturaleza técnica.

Todas estas circunstancias inciden decisivamente en la configuración de la responsabilidad estatal, ya que, tal como lo evidencian los fallos dictados por diversos tribunales, acarrear dificultades para la configuración de dos de los presupuestos que deben concurrir para que sea procedente el deber de responder del Estado, como son el factor de atribución y el nexo de causalidad. (1)

El examen de los pronunciamientos dictados por la Corte Suprema de Justicia Nación pone de resalto que, si bien con interesantes excepciones (2), se ha afianzado una tendencia restrictiva al reconocimiento de la responsabilidad estatal por omisión del ejercicio de potestades administrativas de control. (3)

Como en todos los temas que conciernen al derecho administrativo, también en el de la responsabilidad estatal por omisión en el ejercicio de sus facultades de vigilancia, es imprescindible buscar soluciones justas y equilibradas. Son tan perniciosos los criterios que acarrear la impunidad para el Estado que ha infringido las obligaciones que el ordenamiento jurídico ha puesto a su cargo, como también los que conducen a la sobreprotección de los particulares y convierten a la responsabilidad estatal en una suerte de paraguas contra todos los males que puede deparar la vida en sociedad. (4)

II. La falta de servicio por omisión

1) Fundamento jurídico de la responsabilidad por omisiones ilegítimas estatales

Debido a la falta de una legislación general y orgánica sobre la responsabilidad estatal, en la materia que nos ocupa surgieron numerosas opiniones de calificados juristas (5) y pronunciamientos judiciales (6) que consideran aplicable la norma del Código Civil que regula la responsabilidad por omisión (art. 1074) (7), muchos de ellos aclarando que se trata de una aplicación analógica debido al vacío normativo en la materia. Ello no obstante, acertadamente, se ha impuesto claramente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular a partir del año 2007 (8), el criterio que postula el encuadramiento de los supuestos de inacción estatal ilegítima dañosa dentro de la figura de la falta de servicio (9), cuyo fundamento normativo se encuentra en el art. 1112 del Código Civil (10), el cual contempla la responsabilidad por "los hechos y las omisiones de los

funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas". (11)

Si se reconoce, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia y la mayoría de la doctrina, que en nuestro régimen jurídico la falta de servicio es el factor de atribución de la responsabilidad estatal extracontractual por su actuación ilícita más relevante y que su fundamento se haya en el citado art. 1112 del Código Civil, el cual expresamente contempla los supuestos de inacción, no es pertinente, ni razonable, frente a las omisiones estatales dañosas, acudir a lo dispuesto en el art. 1074 de la legislación civil, cuya redacción, por lo demás, ha dado a distintas interpretaciones doctrinarias acerca de la fuente jurídica y el alcance de la obligación cuya omisión puede suscitar el deber de reparar. (12)

En efecto, a pesar de que la falta de servicio es una noción de contornos imprecisos y susceptible de múltiples apreciaciones, en general, se entiende que ella se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública (13) o, como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por "una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular"(14), que puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traduzcan en la emisión de actos de alcance individual o general, o en operaciones materiales de los agentes estatales, como también por la omisión o inactividad administrativa, ya sea ésta de índole material como formal. (15)

2) Responsabilidad de base objetiva

La falta de servicio suscita una responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquélla se configure. (16) La culpa o dolo del empleado o funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falta del sistema o del aparato administrativo. (17) Ello es lógico porque, como ha señalado Paillet, "tratándose de una falta imputada a una persona moral, el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica de su autor". (18) Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa "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". (19)

En consecuencia, podemos decir que, como afirma la doctrina francesa (20), la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, ya que no es preciso individualizar a su autor. (21)

Debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. En efecto, la responsabilidad por falta exige efectuar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados.

Se trata de una valoración de elementos objetivos, tales como la naturaleza de la actividad y del vínculo que une a la víctima con una autoridad administrativa, los medios disponibles, las posibilidades de prever el incidente, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. (22)

De tal modo, para dar lugar al pago de una indemnización por falta de servicio no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal (23), sino el anormal o irregular funcionamiento de la Administración. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar. (24)

Por tal motivo, como afirma la Corte Suprema de Justicia, pesa sobre quien pretende ser indemnizado por una falta de servicio, la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular. (25)

3) La responsabilidad por omisión y la configuración de los deberes omitidos.

Como ya lo hemos indicado, la falta de servicio trasunta siempre la idea de una transgresión o incumplimiento de una regla de conducta, que puede producirse tanto por un comportamiento activo de la autoridad administrativa como por su inacción u omisión. No podría haber falta de servicio en ausencia de una obligación o deber violado o incumplido.

Por consiguiente, en los supuestos en que la autoridad administrativa se rehúsa o se abstiene de obrar la clave para que se comprometa la responsabilidad estatal radica en la configuración de una omisión antijurídica o contraria a derecho. (26)

Para determinar cuándo ello ocurre juegan un papel muy relevante los principios generales del derecho y la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos. (27)

En efecto, los deberes, cuyo incumplimiento o inacción puede suscitar una falta de servicio, pueden estar impuestos por el ordenamiento jurídico positivo (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc.) y también derivar de principios generales del derecho (28), los "cuales guardan una estrecha relación con la justicia o con el Derecho natural, en el que encuentran su fundamento". Son especialmente relevantes en la responsabilidad estatal omisiva los principios de razonabilidad (29) y de no dañar a otro, cuyo sustento constitucional en los arts. 28 (30) y 19 (31) de la Constitución Nacional, respectivamente, ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia en diversas ocasiones. De tal modo, puede configurarse una falta de servicio por inacción cuando, en atención a las circunstancias del caso, no obstante la inexistencia de una norma positiva que ponga en cabeza de la Administración un deber de conducta, sea razonablemente esperable e idónea su actuación para evitar un perjuicio. (32)

Además, en virtud del principio de especialidad, el ámbito de actuación de los órganos y sujetos estatales no es sólo el explícitamente previsto en las normas, sino también el que se deduce, implícitamente, de los fines que aquéllas atribuyen a la Administración (33) o que derivan de su objeto institucional. (34) Por tanto, no es necesario que el deber de actuación infringido, generador de la responsabilidad estatal, tenga su fuente expresa en el ordenamiento jurídico, ya que el mismo puede inferirse de los fines o misiones que el legislador ha atribuido a un órgano o sujeto administrativo.

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

Es sumamente relevante tener en consideración, para apreciar si en un caso concreto se produjo un quebrantamiento de deberes que el ordenamiento jurídico ha puesto en cabeza de la Administración, que aquellos suelen tener un distinto alcance y determinación, pues mientras que en algunos casos los deberes son genéricos o difusos en otros son precisos y determinados. Según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta diferente forma con que pueden ser establecidos los deberes de actuación, cuyo incumplimiento puede lesionar derechos o intereses jurídicamente protegidos, incide sustancialmente para determinar la responsabilidad estatal, pues, cuando se imputa la inacción de mandatos indeterminados, es preciso que se efectúe "un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar". (35)

De ahí que, como lo ha entendido el citado Máximo Tribunal, la diferente configuración con que pueden ser atribuidos los deberes estatales no puede ser desconocida al momento de apreciarse si se ha producido una omisión antijurídica susceptible de calificarse de falta de servicio. En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en el ámbito de la inactividad estatal debe distinguirse entre "los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible". (36)

Aunque el Alto Tribunal no lo mencione expresamente, el distingo que efectúa en sus fallos acerca del contenido y alcance de los deberes estatales y la forma en que debe ser apreciado su cumplimiento se conecta con la clásica distinción entre potestades regladas y discrecionales. Evidentemente, los mandatos expresos y determinados son, básicamente, el producto de una potestad reglada, supuesto en el cual el ordenamiento jurídico fija de modo integral todas las condiciones para su ejercicio, por lo que en su empleo la actividad de la Administración se reduce a la constatación del supuesto de hecho, normativamente definido. (37) En cambio, los mandatos indeterminados bien pueden tener su origen en una potestad discrecional, en cuyo caso el ordenamiento jurídico confiere al órgano administrativo "un margen de maniobra" para elegir una solución entre varias alternativas igualmente justas (38), como también traducir la existencia de conceptos jurídicos indeterminados (39) en los

cuales, en su zona de incertidumbre o halo conceptual, generan un cierto marco de apreciación en favor de la Administración. (40)

Más allá de las diferencias que median entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados y de las diversas opiniones existentes al respecto, cuyo abordaje escapa a este trabajo, lo relevante para el tema objeto de nuestro estudio es que en ambos casos la Administración cuenta con un ámbito de apreciación (que, obviamente, no está fuera del control judicial (41)) que se verifica en situaciones tales como aquellas en las que el legislador se limita a regular fines y objetivos para cuya consecución habilita a la Administración a buscar la solución más idónea, o cuando la apodera para llevar a cabo ciertas actuaciones o adoptar determinadas decisiones, pero sin definir en concreto (o haciéndolo parcialmente) los criterios que han de guiar dicha actuación. (42)

Parece innecesario destacar por su obviedad que, mientras que la determinación de si una autoridad administrativa incumplió un mandato expreso y determinado puede resultar una tarea muy sencilla para los jueces, ya que basta confrontar la conducta desplegada con la que fue predeterminada normativamente; no suele ocurrir lo mismo cuando se atribuye la violación de un mandato indeterminado producto de una potestad discrecional, en cuyo marco, en algunos casos, no actuar puede ser una de las distintas decisiones válidas que en uso de su potestad discrecional la Administración puede adoptar. (43) Una situación análoga también puede acontecer frente a conceptos jurídicos indeterminados en los cuales, a pesar de que como regla general no admiten más que una solución justa, en su halo conceptual puede darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas. (44)

Teniendo presente lo expuesto, es evidente que, ya sea que la inacción proceda del fruto de una decisión discrecional o resulte producto del margen de apreciación que se suscita en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, para que se configure una falta de servicio generadora de responsabilidad estatal será imprescindible demostrar que ha mediado en el caso una omisión contraria a derecho, para lo cual será fundamental examinar si dicha inacción fue irrazonable (45) o violatoria de los principios generales del derecho (46) o de la finalidad de interés público para lo cual se confirió la pertinente potestad.

5) Valoración en concreto del comportamiento administrativo. El test de razonabilidad.

Concorde con lo antes expresado, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad (47), del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar. (48)

Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles (49)), como también los llamados estándares de rendimiento medio (50) y el grado de previsibilidad del daño. (51) Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas. (52)

Ante todo habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, "el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible". (53) Para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa (54), porque, de lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado y transformar a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad (55), lo cual es a todas luces inadmisibile.

En este orden de consideraciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación responsabilizó al Estado Nacional en un caso en el cual un pasajero de un vuelo de bautismo, realizado en

un bote con aptitud de vuelo, sufrió lesiones en una de sus manos al entrar en contacto con la hélice del artefacto que carecía de toda medida de protección o seguridad. El Alto Tribunal estimó que la Prefectura Naval Argentina había incurrido en una omisión en el ejercicio de sus funciones de policía en tanto había incumplido los deberes de seguridad que pesaban sobre ella. La Corte consideró que estaba plenamente acreditado que la Prefectura tenía pleno conocimiento de la realización de los vuelos que se efectuaban con dicho bote, como también que nunca había realizado ningún tipo de indagación sobre la existencia de la pertinente habilitación del bote para efectuar tales vuelos. Asimismo, valoró que, tiempo después del incidente, la Prefectura Naval había sancionado al propietario del bote (56), imputándole haber incumplido deberes de seguridad, y había dictado directivas orientadas a la reglamentación de la actividad de los botes semirígidos, una de las cuales disponía "que a los fines de la seguridad, durante el vuelo, el piloto deberá mantener una separación prudencial de cualquier artefacto acuático, horizontal y vertical, a fin de no poner en riesgo la integridad física a terceros", lo cual trasuntaba un tardío reconocimiento de los riesgos de la navegación del artefacto.

Del mismo modo, en otra causa (57), el Máximo Tribunal de la República consideró que el Estado Nacional era responsable por la muerte de un menor que —formaba parte de un contingente de alumnos que estaba efectuando un viaje de fin del curso del ciclo escolar primario— y que se había ahogado en un lago artificial, de propiedad y sujeto a control estatal, ubicado dentro del Complejo Hotelero Chapadmalal. Para así decidir, la Corte sostuvo que el Estado Nacional había incumplido el deber de informar sobre los peligros que presentaba el lugar y también el deber de seguridad que lo obligaba a adoptar todas las medidas necesarias para evitar los eventuales daños que podían derivarse de los riesgos propios de dicho sitio, en el cual no había ninguna clase de advertencia sobre las profundidades del lago como tampoco sobre los peligros que podía ocasionar su uso.

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires declaró responsable a un municipio por la omisión del deber de vigilancia de un enfermo psiquiátrico, internado en un hospital de su dependencia, que revestía por su estado psicológico peligro para sí y para terceros, y escapó y produjo la muerte de una persona. El tribunal consideró que falta de vigilancia configuró una falta de servicio y la causa adecuada del daño. Además, entendió que la circunstancia de no contar el establecimiento sanitario —por su calidad de hospital general de agudos— con las medidas específicas para asegurar la contención de un paciente que portaba una patología psiquiátrica no mitigaba su responsabilidad. Pues, en tal caso, la institución —luego de atendida la crisis y ante la peligrosidad del cuadro— debió eventualmente activar la inmediata derivación del enfermo a un establecimiento más idóneo o incluso solicitar contención policial, si no se consideraba con capacidad para dar una respuesta médica adecuada. (58)

En cambio, en otros casos en los que se había demandado el pago de una indemnización con fundamento en la omisión o deficiente prestación de las funciones estatales de policía de seguridad (59) y policía sanitaria (60), respectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de destacar que el deber de seguridad cuya incumplimiento se reprochaba no estaba definido de modo expreso y determinado, fue enfático al expresar que ese deber "no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros". Ello es así puesto que "sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insosteniblemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger", agregando que no puede afirmarse "que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables".

III. La relación causal

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

Si se afirma que el deber de responder deriva de una inacción que merece reproche por haberse omitido ejecutar la conducta debida, será menester establecer si, de haberse

realizado la acción, se hubiera evitado el perjuicio —en todo o en parte—, si la falta de actuación causó directamente el daño o si coadyuvó a su producción o lo aumentó.

La importancia de este requisito es doble porque, además de servir para determinar la autoría del daño (su atribuibilidad material), permite establecer las consecuencias por las cuales se debe responder (extensión del resarcimiento). (61)

El Código Civil argentino, aplicable análogamente al ámbito de la responsabilidad estatal (62), ha receptado la teoría de la causalidad adecuada (art. 906 del Código Civil), la cual exige para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Únicamente deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir por se el daño. (63)

De tal modo, es preciso distinguir entre causa y condición. Es causa adecuada aquella condición que normalmente resulta idónea para producir el resultado. En cambio, condición son los demás antecedentes o factores en si irrelevantes de ese resultado. No basta que un hecho haya sido, en el caso concreto, condición sine qua non del daño, sino que se requiere además que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño. (64)

No se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, no sólo por la actividad o inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales supuestos, el Estado responde proporcionalmente a su participación en el evento dañoso. En cambio, se lo exonera de toda responsabilidad en la hipótesis de que la concatenación causal sea totalmente interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados. (65)

La relación causal no se presume, por lo que debe ser debidamente acreditada. (66) En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha expresado "nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (arts. 901 a 906 del Código Civil) y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad". (67)

La acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión. El examen de los repertorios jurisprudenciales pone de resalto que en un número muy alto de pleitos los tribunales rechazan pretensiones indemnizatorias fundadas en la inacción estatal por considerar que no se ha acreditado debidamente el vínculo causal. Así lo revelan numerosos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales respecto de reclamos contra el Estado motivados en los perjuicios sufridos debido a su falta de intervención u omisión, entre otras, en las siguientes situaciones: a) ingreso de animales en rutas (68), b) prácticas deportivas (69), c) la ingesta de alimentos (70) y medicamentos en mal estado (71); d) falta de control del Banco Central de la República Argentina sobre el sector financiero (72), e) incumplimiento de las funciones de vigilancia de la Superintendencia de Seguros de la Nación. (73)

IV. Conclusión

A fin de no tornar ilusorios los principios constitucionales en los que se sustenta el deber estatal de reparar los perjuicios irrogados (arts. 14, 17 y 19 de la Const. Nac.) y el de tutela judicial efectiva (art. 18 de la Const. Nac.), ante las serias dificultades explicadas, que en determinados supuestos suscita la acreditación de la falta de servicio por omisión y el nexo causal, puede ser necesaria la utilización de criterios o técnicas que aligeren su carga probatoria para la víctima. (74) Ejemplo de ello es la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas (75), la cual "importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos". (76) Tal es la situación en la que, en muchos supuestos, se encuentra la autoridad estatal, particularmente, en aquellos casos en los que su decisión de no actuar ha sido emitida en el marco de una apreciación discrecional o se basó en un concepto jurídico indeterminado y sobre cuestiones complejas que

requieren la valoración de cuestiones técnicas para lo cual es preciso contar con conocimientos especializados.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Además de estos requisitos, para que se comprometa la responsabilidad estatal por falta de servicio por omisión debe demostrarse la existencia de un daño resarcible y que el mismo es imputable jurídicamente a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que lo ocasionó (ver CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 9ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 488 y ss. y PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED, 185-781.

(2) CSJN, causas: "Franck, Roberto A. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 275:397; "Coco, Fabián A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos: 327:2722; "Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro"; Fallos: 330:2748 y "Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo", LA LEY, 2010-E, 405; entre otros.

(3) CSJN, causas: "Ruiz, Mirtha E. y otro c. Prov. de Buenos Aires"; Fallos: 312:2138; "Vaca, Emilio y otra c. Provincia de La Rioja", Fallos: 315:1480; "Zacarias, Claudio H. c. Córdoba, provincia de y otros s/sumario", Fallos: 321: 1124; "Colavita, Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos: 323:318; "Cohen, Eliazar c. Río Negro, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 329: 2088; "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y/u otros", Fallos: 329:4944, "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653; "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 332:2328; entre otros muchos.

(4) BOTASSI, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por omisión", Documentación Administrativa, nº 269-270, p. 339. Como afirmaba Comadira: "La atribución de responsabilidad al Estado no puede ser tanta como para agotarlo o inhibirlo en la gestión del interés público, ni tan poca como para expoliar al particular bajo la apariencia de dicho interés (COMADIRA, Julio R., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el derecho público", obra colectiva Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado, RAP nº 326, p. 574).

(5) MARIENHOFF, Miguel S., Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del Derecho Público, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 9; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Hecho ilícito por omisión", RCyS, 2006-27; CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 553, si bien invocando también el art. 1112 del Cód. Civ.; MERTEHIKIAN, "La responsabilidad pública", cit. pp. 251/255; TAWIL, Guido Santiago, "Omisión, guerra y responsabilidad del Estado", LA LEY, 1991-D, 362 - "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales", t. IV, 1027; CORREA, José Luis, "Responsabilidad del Estado por omisión en el control de actividades fiscalizadas", Estudios de Derecho Administrativo XI. La responsabilidad del Estado, Dikes, Mendoza, 2004, p. 321 y ss. ABREVAYA, Alejandra D., "Responsabilidad civil del Estado", LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 84/90.

(6) SC Mendoza, causa "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", sent. de 04/04/89, LA LEY, 1989-C, 514, con nota de CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por omisión"; SCBA, causa "Carabajal, Miguel Ángel y otros c. Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios", DJBA 165, 180; CS Tucumán, sala laboral y contenciosoadministrativa, causa "Macías, Miguel Eduardo y otra c. Municipalidad de la Ciudad de Concepción", LLNOA 2008 (diciembre), 1105; STJ Corrientes, causa "Montiel, Victoriana y otra c. Municipalidad de la Ciudad de Corrientes", La Ley Online AR/JUR/8625/2008, entre otros muchos.

(7) El art. 1074 del Cód. Civ. dispone: "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

(8) CSJN, causas "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007-B, 261; "Serradilla, Raúl Alberto c. Mendoza, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", Fallos: 330:27487; "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 332:2328 y en

LA LEY, 2010-A, 100, con nota de CANTAFIO, Fabio Fidel, "Responsabilidad del Estado en el contralor de los medicamentos" y en JA de 19/5/2010 con nota de Pedro Aberastury, "La responsabilidad del Estado por omisión —en el ejercicio del poder de policía—"; "P. de P., E. P. y otro c. Gobierno de la Provincia de Córdoba", sent. de 21/12/2010, LA LEY, 2011-A, 105.

(9) Así lo sostenían con anterioridad al citado caso "Mosca": GAMBIER, Beltrán, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia", LA LEY, 1990-E, 617 y ss., en especial p. 626; ver: COMADIRA, Julio R. y CANDA, Fabián, "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa)", nota al fallo de la Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala I, causa "Wellcome Argentina Limited", LA LEY, 1996-A, 600; CAPUTI, María Claudia, "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso "Amiano")", LA LEY, 2000-C, 750; PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED, 185-781. Al respecto ver: CANDA; Fabián, O., "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)", obra colectiva "Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público, RAP, Buenos Aires, 2008, pp. 156/161.

(10) Así lo viene afirmando la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la sentencia dictada el 18/12/84 en el famoso caso "Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 306:2030); causas: "Tejedurías Magallanes S.A. c. Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 312: 1656; "Agencia Marítima Rioplat S.A. c. cap. y/o prop. bq. Eleftherotria", Fallos: 315:2865; "Viento Norte de herederos de Bruno Corsi S.R.L. c. Santa Fe, Provincia de", Fallos: 320:266; "Maquia Gómez de Lascano, Elena Haydée y otro c. Gobierno Nacional - Ministerio del Interior", Fallos: 321:2310; "Securfin S.A. c. Santa Fe, Provincia de", Fallos: 330:3447; "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653, entre otras muchas. La fundamentación de la responsabilidad directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes en el ejercicio de la función pública en el art. 1112 del Código Civil había sido expuesta con anterioridad al pronunciamiento de la Corte nacional in re "Vadell" por LINARES, Juan Francisco, en un trabajo publicado en la revista La Ley titulado: "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público" (LA LEY, 153-601), publicado en el año 1974, y por CASSAGNE, Juan Carlos, en dos trabajos publicados en la revista "El Derecho" titulados: "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado" (ED, t. 99, p. 987) y "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo" (ED, t. 100, p. 986), publicados en los años 1982 y 1983, respectivamente, y, con posterioridad, en la primera edición del tomo I de su obra "Derecho Administrativo" (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, ps. 298/299). A juicio de estos autores, y contrariamente a la opinión tradicional de la doctrina (AGUIAR, HENOCH, Hechos y actos jurídicos, t. II, p.68; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Inaplicabilidad del art. 1112 del Código Civil a las relaciones entresí de los funcionarios públicos", JA, t. 61, p. 531; LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, t. IV-B, p. 113 y ss. y Código Civil anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II-B, comentario al art. 1112, p. 449; BOFFI BOGGERO, "Tratado de las obligaciones", t. III, p. 271; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 486 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", dirigido por Augusto C. Belluscio, coordinado por Eduardo A. Zannoni, comentario al art. 1112, Astrea, Buenos Aires, 1884, t. 5, pp. 403/421; GUASTAVINO, Elías P., "Responsabilidad del funcionario y de la Administración; ED, t. 116, p. 398; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 8ª ed. ampl. y act., Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 472 y ss.; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 3ª ed. aument. y actual., Platense, La Plata, 1996, t. V, p. 736 y ss. COMPANUCCI DE CASO, Rubén H., "Manual de obligaciones", Astrea, 1997, p. 652, y entre los administrativistas cabe citar a: BIELSA, ob. cit. t. III, p. 274 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, Derecho Administrativo, T.E.A., Buenos Aires, 1951, t. III, p. 543 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. III-B, p. 381 y ss.; DIEZ, Manuel M., "Derecho Administrativo", Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, t. V, ps. 122 y ss.; FIORINI, Bartolomé A., Derecho

Administrativo, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1976, t. I, p. 872 y ss.; GORDILLO, ob. cit. t. II, cap. XIX, p. 3 y ss. y VÁZQUEZ, Adolfo R., "Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios", Abaco, Buenos Aires, 1990, p. 324 y ss. y HUTCHINSON, Tomás, "Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado", Revista de derecho de daños, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, p. 61 y ss.), Vélez Sarsfield, autor del proyecto de Código Civil, en el art. 1112 no reguló la responsabilidad del funcionario, sino la del Estado. Prueba de ello -afirman- es que en la fuente de este precepto, que es el comentario de Aubry & Rau al artículo 1384 del Código Civil francés, no existe una sola palabra sobre la responsabilidad del agente, sino exclusivamente a la del Estado. Según Linares y Cassagne el codificador utilizó como fuente de la mencionada disposición la 4ª edición del "Cours de Droit Civil Français" de Aubry & Rau, editado en París en 1871, en el cual en el t. IV, párr. 447, p. 758 se expresa: "El Estado representado por los diversos ministerios y administraciones o entidades públicas es, como todo comitente, responsable por los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio". Respecto de la fuente doctrinaria del art. 1112 utilizada por Vélez Sarsfield ver: BONPLAND, Viviana M., "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)", LA LEY, 1987-A, 779 y ss. y GUASTAVINO, ob. cit., pp. 399/401).

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

(12) Ver: TRIGO REPRESAS, Félix A, "Hecho ilícito por omisión", RCyS 2006, 27.

(13) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)", LA LEY, 2009-F, 1026; GALLI BASUALDO, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", EDA, 2008-653 y PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

(14) CSJN, causa "Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros", Fallos: 321: 1124 y también en LA LEY, 1998-C, 317; ídem causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007-B, 261. Concorde con ello en más de una ocasión la Corte Suprema de Justicia ha expresado que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular" (CSJN causas: "Vadell, Jorge Fernando c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 306:2030; "Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 307:1942; "Mascaró de Manuilo, Martha Esther c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos 313:1465; "Agencia Marítima Rioplat SA. c. cap. y/o arm. y/o prop. bq. Eleftherotria", Fallos 315:2865; "España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 316:2136; "Brescia, Noemí Luján c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 317:1921; "Menkab SA. c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 318:1800; "Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL. c. Santa Fe, Provincia de", Fallos 320:266; "Lew, Benjamín Jorge y otro c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal", Fallos 320:1999; "P. de P., E. P. y otro c. Gobierno de la Provincia de Córdoba", sent. del 21/12/2010, LA LEY de 31/12/2010; entre otros). El origen de esta fórmula se encuentra en el antiguo y famoso pronunciamiento dictado por el máximo tribunal nacional en la causa "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires", fallado el 3/10/38 (Fallos: 182: 5).

(15) Conf. CANDA, Fabián, O., "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)", obra colectiva "Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público", RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 149/156 y MELLID, Susana María, "La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de resolver", EDA, 2004-669.

- (16) CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", LA LEY, 2005-D, 1268; TAWIL, Guido S., "La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia", Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 109; MATA, Ismael, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía", obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 176; MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad pública", Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 63 y ss. y BONPLAND, Viviana M., "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)", LA LEY, 1987-A, 784 y 786; AMENABAR, María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 173/175. En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, "Los daños producidos por el Estado", Jus n° 38, p. 63 y en "Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado", Revista de derecho de daños, año 2010-3, Responsabilidad del Estado, p. 61 y ss. y REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado" en la obra colectiva El Derecho Administrativo hoy, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226.
- (17) Ver: PERRINO, E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.
- (18) PAILLET, Michel, "La responsabilidad administrativa", Universidad Externado de Colombia, impreso en Argentina, 2001, p. 169.
- (19) CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007-B, 261.
- (20) DE LAUBADERE, André, "Traité de Droit Administratif", huitième édition, Librairie Générale de Droit y Jurisprudence", París, 1980, p. 721.
- (21) Ver: GALLI BASUALDO, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", EDA, 2008-653.
- (22) CSJN, causa "Zacarías, Claudio H. c. Córdoba, provincia de y otros s/sumario", Fallos: 321:1124, también en LA LEY, 1998-C, 317, con nota de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Es responsable la Asociación del Fútbol Argentino por los daños que se generan en ocasión de las competencias que organizan sus entidades afiliadas", y en JA, 1999-I, p. 380, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix A., "El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario".
- (23) Esta característica de nuestro régimen de responsabilidad del Estado es común con lo que acontece en los sistemas francés, italiano y alemán (ver: ORIOL MIR PUIGPELAT, "La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema", Civitas, Madrid, 2002, pp. 177/185 y 258/259) y lo distingue del modelo español, en el cual el concepto de lesión resarcible y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación de indemnizar (REBOLLO, Luis Martín, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", Revista de Administración Pública, núm. 150, 1999).
- (24) CSJN, causas "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653.
- (25) CSJN, causas "Román SAC c. Estado Nacional/Ministerio de Educación y Justicia s/cobro de pesos", Fallos: 317:1233; "La República Compañía de Seguros Generales c. United Airlines y otro", Fallos: 327:106, Hisisa Argentina S.A.I.C.I. y F. c. la Nación Argentina - M° Economía y OSP y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 331:1730 entre otros.
- (26) SARMIENTO GARCÍA, Jorge, L., "Responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza", obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 388
- (27) Ver: CANDA, "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)", cit. pp. 149/150.

(28) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 21.

(29) En este sentido ver el fallo de la CSJN dictado en la causa "Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo s/daños y perjuicios", en especial el voto del Dr. Lorenzetti, Fallos: 333: 1623.

(30) CSJN, causa "Padres de alumnos de colegios dependientes de la UNC. interpone recurso art. 32 ley 24.521"; Fallos: 322: 270, causa "Ponce, Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", Fallos: 328:175; ver: Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, FDA, 10 ed. Bs. As., 2009, cap VI-27 y ss.

(31) CSJN, causas: "Günther, Fernando Raúl c. Nación Argentina", Fallos: 308:118 La Ley Online; "Lew, Benjamín Jorge y otro c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal s/beneficio de litigar sin gastos", Fallos 320:1999; "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688", Fallos: 327: 3753, LA LEY, 2004-F, 95, y "Morea, Mariana Marcela c. E.N. - M° Justicia y DDH - SPF s/daños y perjuicios"; Fallos: 327: 857, entre otros.

(32) Así se ha resuelto que la responsabilidad por omisión existe cuando quien se abstiene a actuar infringe una obligación jurídica de obrar, "entendiéndose 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, el sentido común y por el estado de las costumbres" (Cám. Nac. Civ. y Com., sala III, causa "Pereyra, Carlos Horacio c. Estado Nacional - Ministerio del Interior", LA LEY, 2009-B, 484.

(33) En este sentido, Michel Paillet, refiriéndose al derecho francés, explica que como "no es siempre posible inferir de los textos legales el comportamiento que habría debido adoptar la Administración en una situación concreta (...) el juez debe a menudo remitirse a las misiones que se imparten a las personas públicas a través de tal actividad, y esto en referencia a lo que es su objeto". Más adelante expresa que también "el juez puede tomar en cuenta el fin asignado a la actividad en cuestión" (La responsabilidad administrativa, cit. pp. 163/164).

(34) CASSAGNE, "Derecho administrativo", cit. t. I, p. 253.

(35) La Corte Suprema de Justicia ha expresado que en el ámbito de la inactividad estatal debe distinguirse entre "los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible" (CSJN, causas "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007-B, 261 y "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 332:2328; LA LEY, 2010-A, 100, con nota de CANTAFIO, Fabio Fidel, "Responsabilidad del Estado en el contralor de los medicamentos" y JA del 19/5/2010 con nota de ABERASTURY, Pedro, "La responsabilidad del Estado por omisión — en el ejercicio del poder de policía—"; ver: CANDIA, Fabián O., "Responsabilidad del Estado por omisión ante el incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso "Mosca" de la CSJN", Rev. Der. Adm. Austral nº 1, p. 339 y ss.; y causa "P. de P., E. P. y otro c. Gobierno de la Provincia de Córdoba", LA LEY, 2011-A, 105).

(36) CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007-B, 261; ver: CANDIA, Fabián O., "Responsabilidad del Estado por omisión ante el incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso "Mosca" de la CSJN", Rev. Der. Adm. Austral nº 1, p. 339 y ss.

(37) Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, "Curso de derecho administrativo", 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 453; CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 185.

(38) CASSAGNE, Juan Carlos, "La discrecionalidad administrativa", LA LEY, 2008-E, 1056 y "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 193; Conf. SAINZ MORENO, Fernando, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Civitas, Madrid, 1976, p. 304; SESIN,

Domingo J., "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial", 2ª ed., LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 133.

(39) Para un relevante sector de la doctrina los conceptos jurídicos indeterminados admiten una única solución justa (ver: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, "Curso de derecho administrativo", t. I, p. 457 y ss. y CASSAGNE, Juan Carlos; "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 185). Otros autores consideran que el margen de apreciación que surge de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad no se diferencian cualitativamente (BACIGALUPO, Mariano, "La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)", Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 204/205; DESDENTADO DAROCA, Eva, "Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano", 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 1999, p. 124 y ss.; SESIN, "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial", cit. p. 184 y ss.; LUQUI, Roberto Enrique, "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I, pp. 210/215 y HUTCHINSON, Tomás, "Derecho procesal administrativo", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 316).

(40) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo, cit. t. I, pp. 460/462.

(41) CASSAGNE, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", cit. pp. 215/216.

(42) Ver DESDENTADO DAROCA, Eva, "Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano", cit., p. 86 y ss.

(43) CHAPUS, René, "Droit administratif général", 11ª et. Montchrestien, París, 1997, p. 950.

(44) CASSAGNE, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", cit., p. 185.

(45) Ver: GÓMEZ PUENTE, Marcos, "La inactividad de la Administración", Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 168.

(46) COMADIRA, "Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios", 2ª ed, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 512/514.

(47) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, LA LEY, 2000-D, 1219; COMADIRA, Julio R. y CANDA, Fabián O., "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos ínter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso administrativa)", nota al fallo de la sala I de la CNFed. Cont. Adm., "Wellcome c. Estado Nacional", LA LEY, 1996-A, 600; BOTASSI, Carlos, "Responsabilidad del Estado por omisión", Documentación Administrativa nº 269-270, p. 339; HUICCI, Héctor, "La responsabilidad por omisión del Estado en materia de seguridad pública", obra colectiva "Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 293.

(48) CSJN, causa "Zacarías, Claudio H. c. Córdoba, provincia de y otros s/sumario", Fallos: 321: 1124 y causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653.

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

(50) CUADROS, Oscar Álvaro, "Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 278.

- (51) VEGA, Susana Elena y ROTAECHÉ, María Josefina, "La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso "Mosca", obra colectiva Responsabilidad del estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA y Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, pp. 319/320.
- (52) Ver: dictamen de la Procuración de la Corte en la causa "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios al cual se remitió el Máximo Tribunal en la sentencia de 20/10/09, Fallos: 332: 2328.
- (53) NIETO, Alejandro, "Derecho administrativo sancionador", Tecnos, Madrid, 1993, p. 121.
- (54) REBOLLO PUIG, Manuel, "Servicios Concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho del otro", Poder Judicial nº 20, p. 50.
- (55) Así ha expresado la Corte Suprema de Justicia "que el deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder" (causa "Cohen, Eliazar c. Río Negro, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 329:2088).
- (56) CSJN causa "Coco, Fabián Alejandro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 327: 2722.
- (57) CSJN, causa "Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo s/daños y perjuicios", Fallos: 333: 1623.
- (58) SCBA, causa "Alba, Antonia E. y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen", LLBA, 2005-44 - RCyS, 2005-1043.
- (59) CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653. Los hechos del caso fueron los siguientes: una persona que se encontraba en la vía pública, en las inmediaciones de un estadio de fútbol donde se disputaba un partido de fútbol profesional, es alcanzado por un elemento contundente en el rostro arrojado por simpatizantes de un club de fútbol. Como consecuencia de ello promovió una acción de daños y perjuicios contra el club donde se había realizado el evento y la Asociación de Fútbol Argentino, en su carácter de organizadores y beneficiarios de aquél, y la Provincia de Buenos Aires, a la que le imputó la defectuosa prestación del servicio de seguridad a cargo de la Policía local. La Corte admitió la demanda con relación al club y la asociación codemandadas. En cambio, la rechazó respecto de la Provincia de Buenos Aires.
- (60) CSJN, causa "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 332:2328. En el caso se demandó al Estado Nacional por el fallecimiento de una persona debido al consumo de un producto medicinal (propoleos) en mal estado, con sustento en el incumplimiento del Ministerio de Salud del deber de controlar todo lo concerniente a la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización y depósito de drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, así como sobre las personas de existencia visible o ideal que intervengan en dichas actividades.
- (61) Sintéticamente, el régimen de extensión del resarcimiento previsto en el Código Civil argentino, aplicable analógicamente a la responsabilidad estatal, es el siguiente: las consecuencias inmediatas siempre son indemnizables (art. 903 del Cód. Civ.). A su vez, en materia extracontractual, las consecuencias mediatas son indemnizables cuando fueren previsibles o el autor las hubiere efectivamente previsto (art. 904 del Cód. Civ.). Por su parte, las consecuencias causales: no son resarcibles, salvo que el autor las tuviere en mira al cometer el hecho ilícito (art. 905 del Cód. Civ.). Por último, las consecuencias remotas nunca se indemnizan (art. 906 del Cód. Civ.).

- (62) CASSAGNE, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en al jurisprudencia de la Corte Suprema", LA LEY, 2000-D, 1219; CSJN, causas "Garda Ortiz, Enrique c. Nación Argentina", Fallos: 308:2095 y "Fenni de Basílico, Carmen Beatriz c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, Fallos 315:2319, disidencia de los jueces. Barra y Fayt.
- (63) "La adecuación de la consecuencia a la causa se juzga en relación a la previsibilidad en abstracto, o sea que es previsible para un medio dotado de una inteligencia normal. Lo que para la mentalidad de un hombre medio tiene aptitud o idoneidad para producir una cierta consecuencia, constituye la causa de esta..." (Jorge Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 1983, p. 221).
- (64) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "El mito de la causalidad adecuada", LA LEY, 2008-B, 861.
- (65) SANMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", obra colectiva, Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, Buenos Aires, 2008, pp. 452/456.
- (66) CSJN, causa "Maschio, William E. c. Ferrocarriles Argentinos s/laboral", Fallos: 312:1382; Cont. Adm. Fed., Sala II, causa "Transportes Río de La Plata S.A. c. Secretaría de Hacienda y otro", sent. de 1/6/2000, LA LEY, 2000-D, 534, con nota de Alberto B. Bianchi, "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores".
- (67) CSJN, causa "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653.
- (68) CSJN, causa "Bertinat, Pablo Jorge y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", Fallos: 323:305;
- (69) CSJN, causa "Cohen, Eliazar c. Río Negro, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 329:2088.
- (70) CSJN, causa "Vaca, Emilio y otra c. La Rioja, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos: 315:1840 y Cám. Apel. Civ. y Com. de Quilmes, causa "De Carli, Carlos A. y otros c. Cabases, Javier y otros", LLBA, 2007-586.
- (71) CSJN, causa "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 332:2328.
- (72) Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala IV, causa "Fernández Alsina, Jorge c. Banco Central de la República Argentina", LA LEY, de 21/1/11, 46360-S; sala II, causa "Romagnoli, Jorge Alfredo c. B.C.R.A.", RCyS, 2010-VI, 70, con nota de Juan Pablo Bohoslavsky; sala III, causa "Blanco Gálvez, Miguel Ángel y otros c. Spolski, Alberto y otro", LA LEY, 2009-A, 67, con nota de Cristian O. del Rosario.
- (73) Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala II, causa "Navarro, Sergio Aníbal c. E.N.-SSN", RCyS 2010-XI, 142; Sala II, "Transportes Río de la Plata S. A. c. Secretaría de Hacienda y otro", LA LEY, 2000-D, 534, con nota de BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control".
- (74) Ver: MAYO, Jorge y PREVOT, Juan Manuel, "La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil", LA LEY, 2010-E, 945 y ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Carga de la prueba en las obligaciones de medios. (Aplicación a la responsabilidad profesional)", LA LEY, 1989-B, 942 - LLP, 1989-499-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. I, 1117-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales. t. I, 715.
- (75) PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias 'dinámicas'", ED, t. 107, p. 1006.
- (76) Conclusiones de la V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en octubre de 1992, citadas por PEYRANO, Jorge W., "Un proceso civil sin certezas suficientes", LA LEY, 2009-F, 1189, nota 42.