

Responsabilidad del Estado por omisión

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. OMISIÓN MATERIAL Y OMISIÓN FORMAL. 2. OMISIÓN CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. 3. PRETENSIÓN PRESTACIONAL. II. LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO. 1. OMISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LO COMPROMETIDO UNILATERALMENTE. 2. OMISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN CONTRACTUAL. 3. OMISIÓN DE LA PRESTACIÓN EXTRA CONTRACTUAL. III. LA FUERZA MAYOR EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD. IV. FACTORES DE ATRIBUCIÓN. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La actitud activa de toda persona física o ideal constituye su «acción», mientras que su posición pasiva (comportamiento exterior negativo) deriva en «omisión»¹. Tanto la acción como la omisión son manifestaciones del comportamiento. Cuando esa conducta se exterioriza en forma positiva, sus consecuencias jurídicas son claramente atribuibles al agente actuante y, en defecto de su individualización, al Estado *lato sensu*. La cuestión se complica cuando la omisión deja de ser interpretada como una simple negación de la acción para constituirse en un comportamiento por sí

¹ En el Derecho Penal, sin embargo, la palabra «acción» suele considerarse comprensiva de toda conducta humana, incluyendo el «no hacer» siempre que esa pasividad produzca una modificación en el mundo exterior. En definitiva, todo «no hacer» puede considerarse una acción positiva si es considerado como un «hacer» cosa distinta de la que se podía y debía. *«La ausencia de una determinada acción va siempre acompañada de un hecho positivo, es decir, de otra actividad. El guardabarreras, en vez de bajar las barreras al paso del tren, se durmió o se fue a pasear; el transeúnte que encontró una persona herida, en vez de prestarle ayuda, se alejó»* (Ernesto J. URE, *La omisión en el Derecho Penal*, La Ley, 34-1099).

mismo capaz de erigirse en la *causa-fuente* de una consecuencia y transformarse en el fundamento de una atribución de responsabilidad.

En el Derecho Privado la consideración de la inacción como nexo causal de una consecuencia dañosa remite generalmente a una cuestión de hecho, ya que en el plano extracontractual son contadas las ocasiones en que los individuos se encuentran obligados a actuar en beneficio de otros. En ese ámbito el problema, como regla, queda acotado a probar que la omisión del agente se encuentra causalmente conectada con el perjuicio sufrido por la víctima. En materia de responsabilidad del Estado (Derecho Administrativo), en cambio, la cuestión va más allá de lo fáctico y remite de lleno a la consideración de los fundamentos políticos del deber de obrar, el cual consideramos vinculado con el sustento jurídico de la irrenunciabilidad de la competencia². Cuando el Derecho positivo atribuye poderes, facultades y competencias a los organismos estatales impone como regla general su ejercicio, sin que le sea dado a las autoridades optar por la inacción. La búsqueda del «bienestar general», anunciada en el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina, tiene como corolario la irrenunciabilidad de la competencia. El no uso, injustificado, de las potestades públicas por parte de quienes las tienen atribuidas constituye una irregularidad por la que –bajo determinadas condiciones– cabe responder. La sociedad, representada por el constituyente y el legislador, le encomienda a determinados organismos administrativos la gestión de los intereses comunitarios, y los habilita para prestar servicios, adoptar medidas de fomento, ejercer las diversas formas del poder de policía y, en definitiva, hacer todo lo conducente para impulsar el bien común. Para ello los dota de las atribuciones concretas, explícitas o razonablemente implícitas en la competencia asignada. En ese marco, la competencia deviene irrenunciable y las diversas reparticiones están obligadas a actuar, a desarrollar una conducta positiva y diligente. Su omisión, que será anti-jurídica e injustificable en caso de presentarse las condiciones que más adelante se especifican, acarrea la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a los particulares.

La omisión del Estado, que naturalmente se concreta a través de la pasividad de sus agentes, es siempre una actitud susceptible de acarrear consecuencias jurídicas debido a que el necesario respeto del principio de legalidad posee el mismo efecto incriminador que en el Derecho Privado cabe atribuir a la veda de la invocación de la ignorancia del Dere-

² Por cierto que, sin alcanzar la trascendencia reconocible en el ámbito del Derecho Público, en el Derecho Privado también importa la consideración de la existencia o no de un deber de obrar en el agente dañoso. Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad contractual resulta claro que quien no cumple la prestación *omite* realizar una conducta a la que estaba *obligado*.

cho. En consecuencia, los funcionarios estatales no pueden válidamente sostener que no actuaron por entender que no se encontraban obligados o habilitados para hacerlo. La cuestión verdaderamente trascendente consiste en determinar cuándo, en qué casos y bajo qué condiciones las autoridades estaban constreñidas a desarrollar una conducta positiva. En este sentido, la atribución constitucional y legal de competencia, considerada en forma genérica, no debe conducir al exceso de exigir del Estado el desempeño sin fisuras, completo y perfecto de toda la actividad que legítimamente pueden desarrollar sus órganos. Si las municipalidades, las provincias y la Nación desarrollaran en términos de perfección ideal sus funciones de fomento, prestación de servicios públicos y policía, no existirían ni la pobreza, ni niños sin instrucción secundaria, ni delitos. Si bien la erradicación total de los males sociales que nos aquejan puede y debe ser el esencial objetivo de todo Estado bien nacido, no es menos cierto que hoy por hoy se trata de una prestación de cumplimiento imposible³.

1. OMISIÓN MATERIAL Y OMISIÓN FORMAL

Desde el punto de vista del nexo causal, el evento dañoso puede provenir tanto de una acción positiva como de una abstención. Jurídicamente, no existe diferencia ontológica entre no impedir el daño (exis-

³ La tremenda crisis socioeconómica que atraviesa la Argentina hizo proliferar las demandas de indigentes reclamando del Estado la satisfacción de sus necesidades alimentarias con apoyo en el derecho constitucional a la salud. Un tribunal provincial condenó al Estado a proveer alimentación a una familia indigente hasta tanto se produzca su inserción en programas sociales y dio intervención a la Cámara Argentina de la Construcción para que sus empresas afiliadas expresen si pueden dar trabajo al actor (Juzgado de Menores y Familia n.º 2 de Paraná, Prov. de Entre Ríos, *Defensor del Tribunal Superior de Justicia c/ Estado provincial s/ amparo*, sent. del 21.7.02 confirmada por la Alzada, publicada y comentada, bajo el título *Amparo contra Estado provincial por alimentos a una familia necesitada*, en *El Derecho*, Suplemento de Filosofía del Derecho del 23.5.03, p. 12). Salvo el caso excepcional recién citado los tribunales rechazaron los pedidos judiciales de provisión de alimentos, aunque conviene resaltar el voto en disidencia de los jueces de la Corte Nacional Fayt y Boggiano, que apoyaron «la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados» y la necesidad de «no generar situaciones que sólo conducirían eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado» (causa *Ramos, Marta y otros c/ Prov. de Buenos Aires s/ amparo*, 12.3.02, *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV-466, con nota de Susana ALBANESE, *Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida*). La doctrina se ha manifestado a favor del auxilio judicial a las personas pobres como manera de salvar la omisión por parte del Poder Ejecutivo (por ej.: Sandra FRUSTAGLI y Carlos HERNÁNDEZ, *El derecho a la alimentación y a la salud y su exigibilidad al Estado*, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III). En cambio, en los casos vinculados a la necesidad de obtener productos medicinales, la Corte Nacional ordenó a las autoridades sanitarias hacer entrega de los medicamentos requeridos por el actor en tratamiento médico (*Campodónico c/ Ministerio de Salud s/ Amparo*, 24.10.00, *El Derecho*, Supl. de Derecho Constitucional del 24.11.00, p. 1, con nota de Augusto M. MORELLO, *El derecho fundamental a la vida digna*).

tiendo obligación de hacerlo y estando presente la posibilidad fáctica) y ocasionarlo con una conducta activa.

Tanto la omisión material (dejar de hacer lo debido, prescindir de realizar una actividad) como la formal (callar, mantenerse en silencio, privar de decisión al interesado) constituyen formas habituales de la conducta humana. El propio origen etimológico de la palabra española «omisión» (del latín *omissionem*) reconoce dos vertientes de pasividad en el comportamiento: «hecho de no hacer o de no decir»⁴. El «no decir», considerado tanto en el Derecho argentino como en el Derecho español una omisión «formal», posee trascendencia en materia de juicios contra el Estado ya que, en determinados supuestos, se constituye en un presupuesto procesal que permite considerar agotada la vía administrativa, permitiendo el acceso a la instancia judicial. Se trata del «silencio administrativo», «retardación» o «denegatoria tácita» que no sólo permite demandar una sentencia de mérito, sino también deducir un amparo por mora, en cuyo caso el juez puede ordenar a la Administración el dictado de un acto expreso sobre el asunto en conflicto⁵.

La conducta omisiva que interesa a los fines de este comentario es aquella de tipo material que se presenta cuando las autoridades administrativas, claramente obligadas por el orden jurídico, dejan de hacer aquello que la Constitución, las leyes, decretos y resoluciones ponen a su cargo. En estos casos no corresponde acudir al proceso abreviado de amparo por mora⁶, sino al juicio ordinario de cumplimiento de la obligación de hacer o, en su caso, demandar el pago de los daños y perjuicios derivados de la inejecución oficial. Esta última hipótesis es la que desarrollaremos en este breve trabajo.

La responsabilidad del Estado en su forma tradicional, dejando de lado la moderna concepción de la responsabilidad por conducta lícita, que resulta ajena a nuestro tema, se apoya en la existencia de una «*actividad*» estatal irregular, que acarrea una responsabilidad *directa* (y no refleja, a causa de la conducta del agente-dependiente) y *objetiva* (ajena a la consideración del dolo o negligencia del funcionario)⁷. En tiempos

⁴ Guido GÓMEZ DE SILVA, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, FDE, México, 1995, p. 500. En el análisis del proceder delictivo la palabra «acción» es empleada como comprensiva de toda conducta humana voluntaria, aun la omisiva.

⁵ El amparo por mora está regulado en el art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina (Dec.-Ley 19549/78), y en algunos ordenamientos provinciales aparece en los Códigos Procesales Administrativos, vgr. art. 76 del Cód. de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12008).

⁶ Julio R. COMADIRA y Laura MONTI (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 497, y jurisprudencia allí citada.

⁷ Al regular la responsabilidad extracontractual, el Código Civil argentino incluyó en su Título IX a «*los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funcio-*

más recientes, el sistema de responsabilidad estatal se consolida desde la óptica que propicia atender más a la protección de la víctima que al resguardo del patrimonio fiscal y, desde esa impronta, se afianza y desarrolla la idea de una responsabilidad derivada no sólo de la *mala praxis* activa, sino también de la «pasividad» oficial, objetivamente considerada.

2. OMISIÓN CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad del Estado por omisión material que nos interesa a los fines del presente estudio puede ser de tipo contractual o extracontractual según la conducta indebidamente soslayada venga impuesta por la ley (en sentido amplio) o por un contrato. En ambos casos, considerando que la Constitución de la Nación Argentina reconoce y tutela el derecho de propiedad (arts. 14 y 17), asumiendo que tanto el crédito de fuente legal como el proveniente de una convención se incorporan al patrimonio del co-contratante, la omisión en el cumplimiento de la prestación genera el deber de indemnizar los daños ocasionados al acreedor.

Cuando el Estado desconoce su obligación de actuar incurre en una «falta de servicio» que posee los mismos efectos jurídicos que la responsabilidad derivada del deficiente funcionamiento activo de la Administración.

nes» (art. 1112). La Corte Nacional interpretó que esta norma consagraba un sistema de responsabilidad *directa y objetiva* del Estado y no un régimen de responsabilidad indirecta consecuencia de la conducta de sus empleados (causa *Vadell, Jorge c/ Prov. de Buenos Aires*, 18.12.84, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 306, p. 2030, y *El Derecho* 114-215, con nota de Juan Carlos CASSAGNE, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la Jurisprudencia de la Corte*). La doctrina de *Vadell* fue ratificada por la Corte en los casos *Hotelería Argentina* (Fallos... 307:821), *Tejeduría Magallanes* (Fallos... 312:1656) y muchos otros. En España, la responsabilidad *directa y objetiva* del Estado ha sido extraída de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, art. 121, en tanto contempla el pago de una indemnización a favor de quienes hayan sufrido un perjuicio patrimonial a «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o adopción de medidas de carácter discrecional...». El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha consagrado el carácter objetivo de la responsabilidad pública al sostener que la reparación de los daños causados a los particulares debido a la violación de las normas comunitarias por parte de los Estados «no puede supeditarse a un requisito basado en la idea de culpa» (Sent. del 5.3.96, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, citada y transcrita parcialmente en Bernard-Frank MACERA, «La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE», en *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.º mayo/agosto 1999, p. 174). En España, frente a un incendio que no resultó adecuadamente extinguido por los bomberos, se consideró que existía responsabilidad objetiva por omisión que impone «prescindir de elementos subjetivos relacionados con la concurrencia de culpa o negligencia por parte del Ayuntamiento o de los servicios municipales y valorar únicamente el dato de su ineficacia para prevenir y evitar el daño causado, suficientemente probado en el proceso» (Sent. del 25.10.96, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7124, publicada en RAP, Madrid, n.º 144, (sept./dic. 1997, p. 348).

3. PRETENSIÓN PRESTACIONAL

La primera consecuencia de la existencia de una obligación positiva a cargo del Estado, consista ella en entregar una cosa, dar en pago una suma de dinero o prestar un servicio, es legitimar al sujeto beneficiario de la acción omitida para exigir judicialmente el cumplimiento en especie.

Si la prestación resultare de cumplimiento imposible por culpa del Fisco o éste alegara y probara que existen razones de oportunidad, mérito o conveniencia que desaconsejan la atención de la obligación, el juez –en caso de compartir ese criterio– sustituirá la prestación por una indemnización en metálico.

II. LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO

Como es obvio, el Estado actúa u omite actuar a través de las personas físicas que se constituyen en sus funcionarios y agentes. Abandonado el dogma de la irresponsabilidad del Estado, los primeros pronunciamientos judiciales y las especulaciones científicas iniciales basaron la responsabilidad fiscal en el dolo o negligencia de sus dependientes. Este sistema de responsabilidad *subjetiva* obliga a identificar al sujeto físico protagonista de la irregularidad y a acreditar lo errado de su desempeño activo u omisivo.

Al mismo tiempo –tal como aconteciera en España con sustento en el art. 106 de la Constitución de 1978⁸–, la doctrina mayoritaria y no pocas decisiones jurisprudenciales abrieron camino al régimen de responsabilidad *objetiva*, que se desentiende del problema de la culpa o dolo del agente y se apoya en el incumplimiento del deber legal de actuar regularmente. Esa obligación de actuar –como veremos más adelante– debe estar impuesta por la norma en forma clara y concreta, resultando insuficiente para responsabilizar a la Administración la ignorancia de deberes genéricos e imprecisos insertos en las cartas constitucionales provinciales y en la Constitución Nacional como un catálogo de buenas intenciones de futuro, más que como derechos directamente operativos en términos de realidad socioeconómica⁹.

⁸ «... *Los particulares en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*»

⁹ ¿Qué pasaría si un gran número de ciudadanos, con sustento en disposiciones constitucionales expresas, reclamara una compensación por carecer de acceso a la vivienda digna, a salarios móviles, a un ambiente sano, a la educación secundaria, etc.?

Impuesta la tesis de la responsabilidad *objetiva*, ya no será necesario que la víctima identifique al funcionario omitente, invoque y pruebe su dolo o culpa en la inejecución de la conducta debida. El cambio de rumbo hizo que el derecho de daños se alejara paulatinamente de la idea de dolo o culpa del funcionario y, en no pocas ocasiones, aparezca sustentando la responsabilidad en dos pilares esenciales: la defensa de la integridad de los derechos e intereses jurídicos de la víctima y la condena al apartamiento de la legalidad que significa no actuar la competencia en tiempo y forma.

Desde luego que, tal como se ratificara legislativamente en España con la reforma introducida en 1999 al art. 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (1992)¹⁰, el Estado argentino tendrá la posibilidad de repetir la indemnización pagada contra el agente incumplidor de sus deberes por efecto de lo prevenido en el art. 1123 del Código Civil: «*El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia*».

De la misma manera, la persona perjudicada por la omisión podrá optar por demandar exclusivamente al agente culpable o, en forma solidaria, a éste y al Fisco empleador.

Más tarde, la reformulación de algunas ideas y la necesidad de dar adecuada atención a ciertos casos donde negar la reparación dejaba un sabor a derrota de la justicia objetiva del caso, hicieron que el requisito de la norma específica, concreta, determinada y determinante que impusiera el hacer omitido resultara, si no abandonado, al menos preñado de excepciones. En esa línea de pensamiento, MARIENHOFF opina que la conducta debida no sólo debe estar impuesta por la ley formal o material, sino que también puede acarrear el deber de indemnizar la pasividad antijurídica que se contraponga al *razonable deber jurídico* del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido¹¹. La «razonabilidad» de la expectativa de que el Estado actúe positivamente ante una situación dada, cuya ignorancia se constituye en una omisión antijurídica, resulta también sostenida por CASSAGNE¹². En sentido semejante, COMADIRA y CANDA puntualizan que el Estado debe responder

¹⁰ Su inciso 2.º establece que «*la Administración pública correspondiente exigirá de oficio a las autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa negligencia grave; previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se determine*».

¹¹ Miguel S. MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 79.

¹² Juan Carlos CASSAGNE, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, La Ley, 2000-D-1219.

cuando su omisión, pese a no vulnerar ningún mandato legal explícito, deje sin atención un interés normativamente relevante, se presente una necesidad de actuar para tutelar dicho interés y exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se obtiene¹³.

En definitiva, para que el Estado pueda ser considerado omitente y condenado a indemnizar las consecuencias dañosas de su «no hacer», debe existir una *obligación jurídica* de actuar. Ese deber de adoptar una conducta positiva, una acción, un «hacer», puede haber sido asumido voluntariamente por un órgano estatal mediante el dictado de un acto administrativo, la suscripción de un contrato, la tolerancia de una gestión de negocios o la simple realización de una actividad anterior concatenada con la actual omisión. Pero también puede ocurrir que la obligación de abandonar la pasividad y adentrarse en una realización concreta surja de la Constitución, las leyes, decretos, resoluciones, etc., que —al atribuir potestades políticas y competencias administrativas— constriñen a la Administración a adoptar medidas concretas de realización. Frente a la estática de la potestad o competencia aparece la dinámica de la actuación material debida.

1. OMISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LO COMPROMETIDO UNILATERALMENTE

Los actos administrativos, en la medida que reconozcan derechos a los particulares destinatarios, constituyen una fuente de obligaciones para el órgano emisor. Más allá de tratarse de una decisión de imperio, el acto genera derechos que se incorporan al patrimonio del destinatario (vgr. permisos de uso de bienes públicos, licencias y autorizaciones para ejercer determinadas actividades, otorgamiento del beneficio jubilatorio, etc.). La omisión del cumplimiento —como si se tratara de una obligación de fuente bilateral— acarrea el deber de indemnizar los perjuicios.

2. OMISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN CONTRACTUAL

La inexecución de una obligación establecida por un contrato de la Administración¹⁴ constituye una omisión material que acarrea el deber

¹³ Julio R. COMADIRA y Fabián O. CANDA, *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*, 6.6.95, donde se rechazó la demanda que perseguía el cobro de una indemnización por la no inclusión de la actora en un sistema de régimen preferencial de cotización de divisas (La Ley, 1996-A-600).

¹⁴ La expresión comprende tanto a los contratos preponderantemente regidos por el Derecho Público (contratos administrativos) como a aquellos fundamentalmente reglados por el Derecho Privado (contratos civiles del Estado).

de indemnizar los daños ocasionados al co-contratante particular. Cualquiera sea el alcance que se asigne a las denominadas atribuciones exorbitantes o prerrogativas estatales de la parte pública del contrato, ellas no alcanzan para tolerar sin consecuencias el incumplimiento de lo pactado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que siempre que medie un vínculo convencional resulta claro que el particular no asume el rol de administrado ni subordinado, sino que debe ser considerado y tratado como parte contratante¹⁵. En lógico correlato, más allá de la innegable realidad normativa que ha colocado al Fisco en los umbrales de salida del Estado de Derecho¹⁶, ninguna prerrogativa puede amparar el definitivo incumplimiento de la prestación comprometida, privando a la parte *in bonis* de la reparación de los daños y perjuicios provocados por la inejecución de lo debido.

Más allá de algunas referencias puntuales a la obligación de abonar intereses moratorios en algunos contratos en particular (especialmente suministros y locación de obras públicas), no existe en el Derecho argentino una disposición semejante a la del art. 114.3 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas de España¹⁷. Esa laguna normativa impone la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil.

Aun los contratos regidos preponderantemente por el Derecho Público (*contratos administrativos*) resultan alcanzados por el principio de Derecho natural consagrado en el art. 1197 del Código Civil argentino: «*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma*». La falta de cumplimiento autoriza al co-contratante a emplear los medios legales para obtener las indemnizaciones correspondientes¹⁸, sin que el Estado pueda invocar su posición preeminente como guardián del interés general

¹⁵ Causa D.245.XXII, *Dulcamara*, 29.5.90.

¹⁶ Nos referimos a la imposibilidad de que el co-contratante oponga la excepción de incumplimiento, a la proliferación de automoratorias que postergan *sine die* el cumplimiento de las prestaciones dinerarias de la Administración, al carácter meramente declarativo de las sentencias de condena contra el Estado, a la inembargabilidad de las rentas y bienes públicos y a la proscripción del ejercicio del derecho de retención.

¹⁷ Ley 13/1995, art. 114.3: «*El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista*».

¹⁸ Código Civil argentino, art. 505: «*Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: darle derecho... para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes*»; art. 511: «*El deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla*»; art. 519: «*Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo*»; art. 522: «*En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso*».

para ignorar sus compromisos. Las intensas prerrogativas estatales (cuya naturaleza, alcance y legalidad fueron, son y serán siempre motivo de arduos debates) no poseen un rendimiento tan extraordinario como para justificar el liso y llano incumplimiento de lo acordado, no sólo por la intrínseca inconstitucionalidad de esa conclusión, sino también porque en semejante piso de inseguridad jurídica nadie estaría dispuesto a contratar con la Administración, condenándola a una parálisis casi absoluta¹⁹.

3. OMISIÓN DE LA PRESTACIÓN EXTRA CONTRACTUAL

Los repertorios de jurisprudencia en la República Argentina abundan en casos de responsabilidad del Estado fuera de todo marco convencional, y el capítulo más abundante es el relacionado con el ejercicio del poder de policía. En terrenos tan disímiles como el de la salud pública, la seguridad de las personas, la actividad bancaria, la circulación vehicular y otros muchos se ha intentado responsabilizar al Estado por el defectuoso ejercicio del poder de policía, que no es otra cosa que el reproche de *omitir* las medidas de vigilancia necesarias para prevenir una numerosa gama de siniestros (falta de cerca en obras viales, provocando la caída de personas en pozos y canteras; falta de vigilancia que impida el ingreso de animales en rutas, luego embestidos por automovilistas; omisión de ordenar el cierre de entidades financieras que más tarde fueron liquidadas, perjudicando a los ahorristas, etc.)²⁰.

La omisión puede provenir de la Administración²¹ —como en los ejemplos recién recordados— o de los Poderes Legislativo²² y Judicial²³.

¹⁹ Éste es el sentido que cabe asignar al art. 4 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas de España, cuando indica, como principio esencial, que la Administración deberá cumplir lo pactado «*sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla*».

²⁰ Una sistematizada reseña de casos puede verse en Pablo E. PERRINO, *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, Supl. de Derecho Administrativo del 28.12.99, pp. 1 y ss. (especialmente p. 7). Desde luego que no basta probar el nexo causal entre el siniestro y la pasividad oficial: entendiendo en un reclamo por la muerte de un automovilista que embistió un caballo suelto en una ruta, la Corte Nacional rechazó la demanda por entender que la atribución del poder de policía no podía llegar al extremo de suponer la prevención de todo tipo de situación dañosa (causa *Ruiz c/ Prov. de Buenos Aires*, 7.11.89, La Ley, 1990-C-429, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*).

²¹ Por omitir el mantenimiento de las vías navegables se ha condenado al pago de los daños sufridos por la muerte de la esposa e hijos del actor, que naufragó por embestir su embarcación un tronco que flotaba en el río (Corte Nacional, 1969, *Franck c/ Prov. de Buenos Aires*, Fallos 275:357). Asimismo, por omitir señalar la existencia de un pozo en una ruta que provocó el siniestro de un automotor (Corte Nacional, 1991, *Lanatti c/ Administración de Vialidad*, Fallos 314:661). Igualmente, por omitir colocar avisos que indiquen los peligros del área seguido de la muerte de un bañista en las playas de Puerto Madryn (Corte Nacional,

En todos los casos se ha tenido por cierto que existía una obligación concreta de actuar y, al no hacerlo, se ha creado o agravado una situación de peligro. La responsabilidad surge porque pesa sobre el Estado una obligación específica de resultado que ha sido soslayada sin causa justificada (cercar el pozo, vigilar la ruta, controlar la seguridad pública, fiscalizar las actividades financieras y de aseguramiento). Se supone que la competencia asignada al órgano, en forma precisa y con mandato expreso de actuar de determinada manera frente a ciertas circunstancias,

1992, *Posee c/ Prov. de Chubut*, Fallos 315:2834). Se calificó de «*abstención ilícita*» la falta de control municipal que impidiera el derrumbe de un edificio (Civ. y Com. de San Nicolás, 4.6.96, *Marín c/ Nasif*, Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-254). Se responsabilizó a la autoridad competente por la omisión de controlar la actividad de una empresa aseguradora que dejó sin atención pólizas emitidas luego de que sus relaciones técnicas indicaran que debía ser reforzada su garantía de solvencia (CFed. Mar del Plata, *Sorba c/ Superintendencia de Seguros de la Nación*, 2.3.00, *Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros*, año II, n.º 3, mayo/junio 2000, p. 78, con nota de Rubén S. STIGLITZ y M. Fabian COMPIANI, *La responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del poder de policía: su recepción jurisprudencial en materia de control de las compañías aseguradoras*). También por la omisión de entregar un documento de identidad que impidió al actor excepcionarse para cumplir el servicio militar, por entonces obligatorio (CN Apel. Civ. y Com. Federal, 2000, *Zucco c/ Estado Nacional*, La Ley, 2001-A.325).

²² El Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Santa Fe condenó al Estado provincial a indemnizar los daños a la salud sufridos por una niña en la clase de ejercicios físicos, debido a una patología congénita oculta que le impedía determinados movimientos. Se recriminó la omisión en el dictado de reglamentación de los controles médicos previos a la actividad gimnástica que hubiera permitido detectar el mal que aquejaba a la víctima (causa «*Arredondo c/ Provincia de Santa Fe*, 15.5.98, Jurisprudencia Argentina 2000-III-315, con nota de Edgardo I. Saux, *Responsabilidad civil del Estado por omisión de actividad legislativa*). Asimismo, se ha considerado contraria a Derecho la omisión en que ha incurrido una municipalidad al no regular en detalle las condiciones de preservación ambiental de un área protegida por una ley provincial de la costa bonaerense; y si bien los accionantes no reclamaron indemnización, sino el dictado de una orden de legislar contra el municipio, resulta claro que, de haberse invocado y probado un daño, la condena a repararlo hubiera resultado inevitable (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar*, 29.5.92, Jurisprudencia Argentina, 2002-IV, con notas de Néstor CAFERATTA, *En defensa del paisaje*, y de Carlos BOTASSI, *Amparo por omisión legislativa: la preservación ambiental del Parque Cariló*).

²³ Se condenó a una provincia a indemnizar a una persona cuyo automóvil fue secuestrado por la policía al haber omitido el juzgado interviniente comunicar la cancelación de la orden judicial de secuestro (Corte Nacional, *De Gandía c/ Prov. de Buenos Aires*, Fallos 318:845). El Estado fue condenado a pagar los daños sufridos por el comprador de un fallido a causa de la omisión del síndico de anotar la inhibición que pesaba sobre el vendedor (C. Federal Cont. Adm., 1999, *Amiano c/ Estado Nacional*, La Ley, 1999-F-497). Un sector de la doctrina consideró que la Provincia de Buenos Aires debía responder por los perjuicios ocasionados a los litigantes debido a la omisión en que incurrió la Suprema Corte al no implementar el nuevo Fuero Contencioso Administrativo (impuesto por la reforma constitucional provincial de 1994), cuyas condiciones de legitimación y amplitud de pretensiones los colocaría en mejor posición procesal (Pablo O. CABRAL y Daniel E. MALJAR, «Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa Bonaerense», *Revista Jurisprudencia Argentina*, número especial de Derecho Administrativo, del 20.12.00, p. 15). Ampliar en Mario RETJMAN FARAH, *Responsabilidad del Estado por omisión judicial: una tendencia que se expande*, La Ley, 1996-D-79.

va acompañada de los medios humanos y materiales necesarios para ejercerla, y si se suma a ello que en un caso dado no aparecen obstáculos de fuerza mayor insalvable, cabe concluir que el Estado ha asumido el papel de garante de que el hecho dañoso no se producirá. En estos casos, desde el punto de vista fáctico, la omisión es la causa del resultado dañoso y, desde el punto de vista jurídico, la atribución de responsabilidad es la consecuencia de la omisión.

Pero, más allá de las opiniones doctrinarias antes recordadas que relajan la exigencia de la norma expresa que disponga un actuar concreto, lo cierto es que la jurisprudencia ha exigido que la obligación de hacer incumplida debe aparecer en forma muy precisa en la norma incumplida, sin que sea suficiente una referencia genérica o global a una determinada competencia. En una decisión que fue muy difundida y comentada en la Argentina, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó una demanda (acogida en las dos instancias anteriores) que reclamaba una indemnización por los perjuicios derivados de una inundación aluvional debido a la omisión oficial de construir terraplenes defensivos. El Tribunal sostuvo que sólo el ejercicio irregular del derecho de no hacer provoca la obligación, ya que el Estado sólo responde *«cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción»*, entendiendo que en el caso la competencia en materia de policía de aguas surge de normas genéricas que de ningún modo imponen la obligación concreta de construir obras de defensas aluvionales necesarias para asegurar los bienes de todos los habitantes de la Provincia²⁴. Más tarde, la Suprema Corte mendocina ratificaría su doctrina expresando que *«para que se genere el deber de responder por omisiones imputables al Estado, es necesario que la omitida sea una obligación, un deber concreto, y no un deber que opere en dirección genérica y difusa... Es menester que se trate de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración»*²⁵.

Con esa salvedad, el fundamento basal de la responsabilidad por omisión surge del principio general de Derecho volcado en el art. 1074 del Código Civil²⁶, que reza: *«Toda persona que por cualquier omisión*

²⁴ Causa *Torres c/ Prov. de Mendoza*, 4.4.89, La Ley, 1989-C-512, con nota de Juan Carlos CASSAGNE, *La responsabilidad del Estado por omisión*.

²⁵ Causa *Norton c/ Municipalidad de Godoy Cruz*, 18.10.96, Rev. La Ley del 5.3.97 p. 11.

²⁶ Causa Ac. 73.526, *Vargas c/ Club Náutico Hacoaj*, 23.2.00, Diario de Jurisprudencia Judicial (Prov. de Buenos Aires), t. 100, p. 1426. En este caso se admitió la responsabilidad parcial de la Municipalidad de Tigre por haber omitido *«sus deberes de vigilancia y custodia»* de una laguna pública otorgada en uso a un club náutico a la que cayó un menor, perdiendo la vida. En tales circunstancias, la Suprema Corte entendió que *«si el Estado debió constatar antes y controlar después el cumplimiento de los recaudos a que se condicionó la autorización solicitada y concedida (a favor del club de náutica), y no lo hizo, y el daño resultante guarda relación causal con la omisión, se configura su responsabilidad pues no cumplió con su deber de vigilancia y cus-*

hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido»; complementado con el art. 1112, que establece que «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, son comprendidas en las disposiciones» del Título IX del citado Código («De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos»).

El Proyecto de Código Civil de 1998, pronunciándose claramente por el criterio *objetivo* de responsabilidad, dispone que *«el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor»* (art. 1675).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que *«en el Derecho Público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o abstención. Por ello su tratamiento jurídico básico debe efectuársele recurriendo a la norma del art. 1074 del Cód. Civil que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención»*²⁷.

III. LA FUERZA MAYOR EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD

El art. 513 del Código Civil argentino establece que *«el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor...»*.

En el Derecho español, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, n.º 30/1992, reformada por la Ley 4/1999, dispone que *«no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»* (art. 141, apartado 1.º).

todia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población».

²⁷ Pablo E. PERRINO, *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, El Derecho, Supl. de Derecho Administrativo del 28.12.99, p. 1; Carlos Marcelo LAMOGLIA, «Responsabilidad del Estado por omisión», en VV.AA. *Temas de Derecho Administrativo en honor al Prof. Dr. Agustín A. Gordillo*, Editora Platense, La Plata, 2003, p. 393, doctrina y jurisprudencia allí reseñadas.

La fuerza mayor, cuyo desarrollo científico arranca en el Derecho Romano, constituye una regla o principio general, aplicable aun en defecto de norma expresa a las relaciones vinculadas a todas las ramas del Derecho, en virtud de la cual se libera de responsabilidad al deudor de una prestación que se ha visto impedido de cumplirla por razones irresistibles, ajenas a su voluntad y que no ha contribuido a crear.

Si bien en sus orígenes la fuerza mayor se vinculó con la idea de «culpa», inscribiéndose en el capítulo de la responsabilidad de tipo subjetivo, debe ser considerada aun en el caso que nos ocupa, ya que resulta obvio que en los supuestos de responsabilidad objetiva por omisión pueden aparecer circunstancias irresistibles que neutralizan su ilegitimidad y liberan de responsabilidad. La fuerza mayor podrá constituirse en causa de justificación del «no hacer», pero deberá ser invocada y probada por la representación judicial del Fisco. Debe tratarse de circunstancias ajenas por completo a la actividad administrativa y al funcionamiento de los servicios públicos, como un incendio, un derrumbe o hechos violentos de la naturaleza (tornados, inundaciones, terremotos). Así, por ejemplo, si se intentara justificar la omisión en la oportuna atención de un enfermo amparado por una obra social estatal, alegándose que la ambulancia no llegó a tiempo por desperfectos mecánicos, atascamiento de tránsito o rotura de un puente, el Estado quedaría igualmente comprometido porque es de su incumbencia que la ambulancia mantenga su buen estado de funcionamiento, las calles estén transitables y los puentes se encuentren en condiciones de uso.

En nuestra opinión, debido a su carácter excepcional justificante de un incumplimiento legal, la existencia de fuerza mayor debe ser examinada en forma restrictiva por los jueces. Y en este sentido pensamos que no debe considerarse causal de fuerza mayor la invocación de ausencia de medios humanos, materiales o financieros necesarios para llevar a cabo la tarea omitida, pues cabe presumir – sin admitir prueba en contrario – que el constituyente y/o el legislador han tomado en cuenta la factibilidad material de las labores asignadas a los poderes constituidos.

IV. FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Los factores de atribución de responsabilidad no son otra cosa que las razones que la justifican. Constituyen el motivo axiológico de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos.

Sumando alguna consideración personal al ya consolidado desarrollo del tema en la doctrina argentina²⁸ puede afirmarse que para que proceda la obligación oficial de reparar los perjuicios ocasionados por su abstención —junto al nexo causal y a la prueba efectiva del daño— deben reunirse los siguientes requisitos esenciales:

1. Una disposición oficial (unilateral o contractual) o una norma jurídica vigente deben establecer un deber de actuar concreto (y no genérico) a cargo de un organismo público-estatal.
2. La autoridad administrativa debe haber omitido cumplir con su obligación.
3. La conducta comprometida por la Administración o impuesta por el orden jurídico no debe resultar de imposible ejecución (fuerza mayor).
4. El particular debe haber sufrido un daño material y/o moral «antijurídico», es decir, sin estar obligado a soportarlo.

V. CONCLUSIÓN

En el complicado y conflictivo tema de la responsabilidad del Estado por omisión, como en casi todos los que tienen que ver con la ciencia jurídica, lo verdaderamente esencial (y tal vez por ello indudablemente complicado) es posicionarse en el justo equilibrio. Ni impunidad para el Estado ausente ni sobreprotección del particular convirtiendo a aquél en un paraguas protector contra todo mal. No basta una interpretación generosa del art. 1074 del Código Civil para transformar al Estado en garantizador de la satisfacción de las necesidades colectivas²⁹, pero no es menos cierto que cuando la Constitución y la ley encomiendan a las reparticiones públicas la atención activa de determinadas incumbencias, la abstención deviene ilegítima. Las autoridades públicas deben ejercitar las atribuciones que el orden jurídico les otorga porque le han sido dadas para la búsqueda del bien común. Sin embargo, la lógica más elemental indica que tanto la potestad política como la competencia jurídica del Estado no pueden tener el rendimiento ilimitado de atribuirle responsabilidad sobre todo lo malo que le ocurre a sus habitantes. Si esto no se comprende con claridad podría reclamarse al Fis-

²⁸ Beltrán GAMBIER, *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, La Ley, 1990-E-616, especialmente p. 626. En igual sentido, Héctor M. HUICI, *La responsabilidad del Estado por omisión*, La Ley, 1993-D-829, especialmente p. 853.

²⁹ Luis Martín REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones», RAP, Madrid, n.º 150, sept./dic. 1999, p. 320.

co por cada niño que no ha completado su educación primaria (falla en la prestación del servicio de enseñanza), por cada accidente protagonizado por automotores (falla en la policía de tránsito), por cada familia sin trabajo y sumida en la miseria (falla en la actividad de fomento y asistencia social) y por cada delito contra la propiedad y contra la vida (falla en la policía de seguridad). REBOLLO ha realizado un extenso listado de casos en los cuales se ha reclamado una reparación al Fisco en la cual se detectan algunas situaciones claramente ajenas a la responsabilidad del Estado³⁰, situación que se refleja también en el Derecho argentino³¹ y que impone lograr alguna medida y criterio lógico a la hora de proponer el caso.

De todas maneras —cabe insistir—, entendemos que cuando el órgano estatal posee las atribuciones necesarias para evitar un perjuicio a terceros (en términos explícitos y también razonablemente implícitos) se presume *iure et de iure* que cuenta con los medios financieros, humanos y de equipamiento para hacerlo y no cabe duda que la omisión injustificada de la conducta debida, seguida de una circunstancia dañosa relacionada causalmente, genera el deber de indemnizar.

³⁰ La Cám. Nac. Civil, Sala E, en autos *Sánchez c/ Municipalidad de la Capital*, sent. del 27.12.84, condenó a la Comuna a indemnizar a los deudos de un enfermo internado en un hospital público que se suicidó en un hospital, recriminando la *omisión* del cuidado necesario para evitar que atentara contra su vida, cuando nada hacía suponer que ello podía acontecer (Rev. La Ley del 17.2.86, p. 2, con nota crítica de Félix A. TRIGO REPRESAS, *Indemnización de la totalidad del daño por el suicidio de un enfermo internado*).