



LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Maestrando: Natalia Maffoni

Tutor: Miguel Agustín Lico

Fecha: diciembre de 2023

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

MAESTRIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

RESUMEN

Los cambios legislativos operados en virtud de la sanción de la Ley de Reponsabilidad del Estado y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, implicaron la desaparición del marco normativo, por el cual los tribunales resolvían los casos de responsabilidad tanto de la Provincia como de los Municipios que integran la misma, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, por responsabilidad extracontractual ilícita por inactividad material.

Atento no haber dictado la Provincia de Buenos Aires a la fecha una ley que regule su responsabilidad ni adherido a la ley nacional, existe en la actualidad en la provincia mencionada una laguna normativa en materia de responsabilidad estatal por omisión.

Con el objetivo de determinar que norma debe ser aplicada analógicamente para suplir dicha laguna normativa, analizaremos, en primer lugar, los antecedentes históricos, como también el concepto y los presupuestos de procedencia de la responsabilidad estatal por omisión.

Además, se analizará el marco constitucional y convencional, normativo (Código Civil, Ley Nacional de Reponsabilidad del Estado y Código Civil y Comercial de la Nación, como también jurisprudencial, analizando fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, se analizará la responsabilidad objeto de estudio, en el marco de la Provincia de Buenos Aires, tanto en el marco constitucional, normativo y jurisprudencial como también el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad existente en la citada Provincia.

En relación al marco jurisprudencial de la Provincia, se estudiarán los fallos dictados en la materia por la Suprema Corte Provincia a fin de obtener la doctrina legal vigente en la materia.

Finalmente, se procederá a dar respuesta a los interrogantes planteados como objetivos del presente trabajo de investigación.

Palabras claves: Responsabilidad estatal por omisión, omisión antijurídica, omisión abusiva, factor de imputación, factor de atribución, daño, relación de causalidad, laguna normativa, analogía jurídica.

INDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN INICIAL -----	7
I.INTRODUCCION -----	11
I.a. Formulación y planteo del problema de investigación. -----	11
I.b. Interrogantes planteados-----	17
I.c. Relevancia y justificación del problema de investigación-----	19
I.d. Objetivos-----	23
I.e. Metodología de la investigación-----	24
I .f.Ámbitos de Aplicación-----	27
I.g .Utilidad de los resultados de investigación-----	27
CAPITULO I MARCO TEORICO GENERAL -----	28
I. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN -----	28
I.a. Origen y Antecedentes históricos-----	28
I.b. Jurisdicción competente para legislar en materia de responsabilidad por omisión-----	32
I.c. Concepto y caracteres -----	35
I.d. Presupuestos para su procedencia-----	39
I.d.1) El daño-----	40
I.d.2) Imputación de la omisión-----	40
I.d. 3) El factor de atribución-----	41
I.d 3) a. La configuración de la omisión antijurídica. El principio de razonabilidad. -----	44
I.d.3) b. Omisión abusiva -----	50
I.d. 3) c. El deber de actuar de la Administración El principio de competencia -----	51
I.d.3). d. Los tipos de deberes omitidos-----	55
I.e El nexo causal-----	58
II. MARCO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL -----	62
II.a. Fundamento constitucional de la responsabilidad estatal-----	62

II.b. Fundamento convencional -----	65
III. MARCO NORMATIVO-----	72
III.a. Código Civil de Vélez Sarsfield-----	72
III.b. El Código Civil y Comercial de la Nación-----	76
 IV. MARCO JURISPRUDENCIAL	
IV.a. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-----	79
IV b. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-----	89
IV.b. 1. Somero análisis de los principales fallos-----	89
IV.b.2. Presupuestos para la procedencia de la Responsabilidad por omisión. -----	104
IV.b.2.a) La falta de servicio como factor de atribución-----	104
IV.b.2.b) Factor de imputación-----	107
IV.b 2.c) Relación de causalidad-----	108
IV.b.2.d). Daño-----	108
 V. LA LEY NACIONAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	
V.a Ámbito de aplicación de la ley-----	110
V.b Los presupuestos para su procedencia -----	111
V.b.1 Deber establecido normativamente-----	113
V.b.2 Deber expreso. -----	114
V.b.3 Deber determinado-----	115
 CAPITULO II PROVINCIA DE BUENOS AIRES	
 I.MARCO CONSTIUCIONAL	
I.a. Marco constitucional e implementación del fuero contencioso- Administrativo-----	119
 II. MARCO LEGAL -----	126
II.a. Consideraciones preliminares-----	126
II.b. El anteproyecto de “Ley de Responsabilidad del Estado” -----	126
II.b.1 Generalidades-----	126
II.b. 2. La responsabilidad por omisión (inactividad) en el Anteproyecto-----	129

III. LA POSICION DE LA SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA

DE BUENOS AIRES -----	132
III. a. Generalidades. El recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal-----	132
III. b Carácter vinculante de la doctrina legal y presupuestos para la procedencia del recurso-----	135
III. c. Doctrina del absurdo -----	138
III.d. Análisis particularizado de precedentes jurisprudenciales-----	139
III.d.1 “Padovani” -----	139
III.d 2 “Vargas” -----	140
III.d. 3 “Zapata” -----	143
III.d. 4 “Colegio de Abogados de La Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires-----	144
III.d. 5” Carabajal” -----	146
III.d.6.” T.F.A” -----	148
III. d. 7 “País” -----	148
III.d. 8. “Konrad” -----	149
III.d.9. “Lencina” -----	150
III.d. 10. “González” -----	151
III.d.11. “Acuña” -----	152
III.d.12. “Mansilla” -----	153
III.d.13 “E.A” -----	154
III.d 14. “Mazza” -----	155
III.d 15. “Suarez” -----	157
III.d. 16. “Lobato” -----	158
III.d. 17. “Robledo” -----	160
III.d.18 “Otero” -----	161
III.d. 19.” Carrizo” -----	162
III.d 20.” Vega” -----	163
III.e. 21 “O.G.E” -----	164
III.d. 22. “Rojas” -----	165
III. d. 23 “Brandan” -----	167
III.d. 24 “Cabral” -----	169
III.d. 25. “Squassi” -----	171
III.d.26.” Yane” -----	172
III.d. 27 “Hernández” -----	174

III.d.28” Mercadante” -----	177
III.d.29 “García” -----	180
III.d.30” Auge” -----	182
III.d. 31 “Becerra” -----	183
III. e. Consideraciones sobre la doctrina de la Corte bonaerense-----	184
III. f. Cuadros. -----	188
III.f. Cuadro 1 Resultados-----	188
III.f. Cuadro 2 Materias-----	188
 IV. NORMATIVA APLICABLE ANTE LA AUSENCIA DE REGULACION EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES-----	 188
IV. a. Laguna normativa. La analogía-----	188
IV.b. Posibles soluciones hermenéuticas. -----	193
IV. b.1. La aplicación del CCCN de manera analógica-----	194
IV.b.2 La aplicación analógica de la LRE-----	197
IV. b. 3. La solución conforme a la Constitución Provincial-----	199
 V. CONCLUSIONES-----	 207
 BIBLIOGRAFIA-----	 216

PRESENTACION INICIAL

El tema del trabajo de investigación

Superado el viejo dogma de la irresponsabilidad del Estado, la consagración del sistema de responsabilidad estatal por los daños ocasionados a los particulares, constituye uno de los pilares del Estado de Derecho.

Haurio, el gran administrativista francés, afirma, al respecto, que la responsabilidad estatal es una de las tres instituciones que justifican la existencia del Estado de Derecho.¹ Dicho jurista considera que el control judicial y la responsabilidad del Estado, garantizan la juridicidad del obrar estatal, a través del control por un poder ajeno a la propia Administración y, en su caso, permiten la reparación de aquellos daños que –dados determinados requisitos– corresponderá reconocer a los particulares que los soporten.²

Al respecto, sostiene Cassagne, que para averiguar cuáles son las características centrales del derecho administrativo de cada país basta con indagar cómo funciona, en el plano efectivo y, por tanto, real, el sistema que rige la responsabilidad del Estado.³ De ahí, la trascendencia del tema que nos ocupa.

En nuestro país, tal como veremos, la adecuada reparación y compensación de los daños ocasionados a los particulares por parte del Estado, es un imperativo que encuentra su origen en normas del bloque constitucional y convencional. Específicamente, entre otros, del principio *alterum non leadere*, el cual se desprende del art. 19 de la Carta Magna, a *contrario sensu*, puesto que todo hecho que cause daños a otros hombres está sometido a la autoridad de los jueces.⁴ Dicho principio está enraizado en la dignidad de la persona humana como ser individual y social, así como con la necesidad de resguardar su patrimonio frente a daños injustos provocados por el Estado.⁵

En razón de ello, el moderno Estado de Derecho se caracteriza, entre otros fundamentos, por asumir como un principio general el deber de responder por los daños que se ocasionan a los derechos de los ciudadanos. A consecuencia de dicho principio general, Gutiérrez Colantuono afirma que “*negar tal afirmación importaría aceptar que*

¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Panorama de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, La Ley 10/8/2022, La Ley 2022-D, 534, cita TR LALEY AR/DOC/2369/2022

² CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 145

³ CASSAGNE, Juan Carlos, *Panorama de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, La Ley 10/8/2022, La Ley 2022-D, 534, cita TR LALEY AR/DOC/2369/2022

⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel (dir), Código Civil, comentado, Responsabilidad Civil (arts. 1066 a 1136) Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, pág. 42

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)*, Revista La Ley 2009-F, 1226, cita; TR LALEY AR/DOC/3651/2009

*los Estados adoptan sistemas no constitucionales en su conformación política institucional. Sus constituciones, por ende, recogen expresa o implícitamente el deber de responder en sentido amplio como principio general, siendo un presupuesto mismo de la existencia del Estado constitucional de Derecho”*⁶

No puede dejar de soslayarse, además, el carácter del Estado como persona social, en razón del cual, tiene por vocación permanente la de garantizar la dignidad de los seres humanos y, que estos, colectiva e individualmente tengan la posibilidad de desarrollar sus proyectos bajo el principio de no dañar a otros⁷.

Adentrándonos en el tema que nos ocupa, cabe destacar, que, tanto en el derecho público como en el privado, se admiten dos planos en orden a la teoría de la responsabilidad: uno es el campo contractual y el otro el extracontractual. A su vez, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del derecho público.⁸ En el ámbito del derecho público, las dos grandes manifestaciones de la responsabilidad se distinguen por la ilicitud o la licitud del obrar estatal comprometido.⁹

La actividad ilícita de cualquiera de los poderes del Estado dentro del campo de la función administrativa, que puede generar daños, puede consistir tanto en una acción como en una omisión. Por lo cual, el daño que abre la posibilidad de reclamar por su reparación, puede encontrar motivación tanto en un hecho de comisión (acto positivo) como en una omisión de hacer (hecho negativo o pasivo).¹⁰

Tal como sostiene Botassi, tanto la acción como la omisión son manifestaciones del comportamiento. En dicho sentido el mencionado autor afirma: *“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*

⁶GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, *Sinergias internas e internacionales en materia de responsabilidad del Estado*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública n° 437, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2016, pág. 51

⁷ MORA, Ángela Rosalía y TRIONFETTI, Víctor Rodolfo *El nuevo paradigma de la responsabilidad estatal*, en Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 436

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Sexta Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998 pág. 271

⁹ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, *ob.cit.*, pág. 145

¹⁰ SÁ ZEICHEN, Gustavo, *La responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración. El caso de los entes reguladores de servicios públicos*, Revista de Derecho Administrativo, enero diciembre 1998, año 10, N° 27/29, Director Juan Carlos Cassagne, Depalma, Bs. As., 1998, págs. 155 y ss.

*acción para constituirse en un comportamiento por sí mismo capaz de erigirse en la causa fuente de una consecuencia y transformarse en el fundamento de una atribución de responsabilidad.”*¹¹

Botassi distingue a su vez las omisiones en el ámbito del derecho privado de las omisiones en el ámbito del derecho público. Al respecto, dicho autor alega que, en el derecho privado, la consideración de la inacción como nexo causal de una consecuencia dañosa remite generalmente a una cuestión de hecho (probar que la omisión guarda relación causal con el perjuicio sufrido), ya que en el plano extracontractual son contadas las ocasiones en que los individuos se encuentran obligados a actuar en beneficio de otros. En cambio, en materia de responsabilidad estatal, en el ámbito del derecho público, manifiesta que la cuestión va más allá de lo fáctico y remite de lleno a la consideración de los fundamentos políticos del deber de obrar. Dicho deber de obrar, Botassi, lo considera vinculado con el sustento jurídico de la irrenunciabilidad de la competencia, ya que cuando el derecho positivo atribuye poderes, facultades y competencias a los organismos estatales impone como regla general su ejercicio, sin que les sea dado a las autoridades optar por la inacción.¹²

La responsabilidad estatal por omisión de base predominante jurisprudencial en nuestro país, ha sido reconocida en un estadio posterior y ha encontrado, hasta el presente, un campo propicio para su desarrollo en el derecho público en el marco de la responsabilidad estatal por omisión ilegítima. Se parte, pues, del fundamental concepto de omisión antijurídica para, desde él, construir este tipo de responsabilidad. Es decir, solo se la admite, en consecuencia, en la medida en que se trate de omisiones antijurídicas, contrarias a derecho.¹³

Cabe, sin embargo, señalar que un sector de la doctrina se ha referido a la posibilidad de reconocer en supuestos excepcionales, la responsabilidad por omisiones lícitas.¹⁴ Sin perjuicio de ello, limitaremos el objeto del presente trabajo a las omisiones ilícitas que se dan en el plano extracontractual.

Nos ceñiremos, asimismo, a las omisiones ilícitas por inactividad material, es decir, cuando la administración omite realizar una actividad, es decir, cuando las autoridades

¹¹ BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, UNLP 2005-36, 69 Cita: TR LALEY AR/DOC/2809/2005

¹² BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit.

¹³ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, ob.cit., pág. 145

¹⁴ COMADIRA, Julio Pablo, *Omisión lícita y Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*, Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 265 y ss., entre otros.

administrativas, claramente obligadas por el orden jurídico, dejan de hacer aquello que la Constitución, las leyes, decretos y resoluciones ponen a su cargo.¹⁵

Desde ese punto de vista, se afirma que el concepto de inactividad material se corresponde con una pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias, mientras que la inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento: es la simple no contestación a una petición de los particulares.¹⁶

A su vez, dicha responsabilidad por omisión material se clasifica según la función estatal omisa: en legislativa, administrativa y judicial, según provenga de hechos o actos u omisiones de la función administrativa propiamente dicha, legislativa o judicial.¹⁷ Por lo tanto, la obligación de reparar los perjuicios ocasionados a terceros puede provenir de cualquiera de las tres funciones estatales.

Si bien existe un fundamento constitucional y presupuestos de procedencia comunes, las condiciones necesarias para que esos tipos de responsabilidad se hagan efectivas poseen matices diferenciales, según sea el ámbito del Poder en el cual se haya gestado.¹⁸ No obstante, los distintos tipos existentes, por razones metodológicas las analizaremos exclusivamente en el ámbito administrativo, con particular énfasis en el factor de atribución.

Tal como veremos seguidamente, sin perjuicio de la concurrencia de presupuestos comunes con la responsabilidad ilegítima disciplinada por el derecho privado respecto de los particulares (daño, relación de causalidad y factor de imputación con las modulaciones propias de esta disciplina), tal como ha señalado Cassagne, es, en el factor de atribución, constituido, en lo fundamental, por la falta de servicio de base objetiva, donde radica la diferencia esencial.¹⁹ En el derecho privado, dicho factor es en principio subjetivo,

¹⁵ BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit.

¹⁶ NIETO, Alejandro, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en Revista de Administración Pública, N° 37, enero-abril de 1962 citado en HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos*, Revista de Derecho de Daños, La omisión en el Derecho de Daños, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007-2, setiembre, pág. 94

¹⁷ HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos*, Revista de Derecho de Daños, La omisión en el Derecho de Daños, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007-2, setiembre, pág. 95

¹⁸ BOTASSI, Carlos Alfredo, CABRAL, Pablo y FLORES, Álvaro, *Responsabilidad del Estado*, Derecho Administrativo: dominio público, responsabilidad estatal, proceso y procedimiento administrativo, La Plata, Editorial de la Universidad de la Plata, 2017, Capítulo 4, pág. 103, ISBN 978-950-34-1534-4

¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima* Publicado en: EBOOK-TR 2022 (Trigo Represas), 503, Cita: TR LALEY AR/DOC/104/2022

requiriendo el objetivo de consagración legal expresa, invirtiéndose dicha regla en el derecho administrativo.²⁰

El objetivo pretendido con este trabajo de investigación es realizar un abordaje de la responsabilidad en el ámbito del derecho público, por omisión ilícita extracontractual, limitado al ejercicio de la función administrativa, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, y de los municipios que la integran.

En la mencionada provincia, tal como veremos, existe una laguna normativa en esta materia, ya que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación²¹ se ha excluido la aplicación del Capítulo 1 de su Título V, a la responsabilidad estatal (art. 1764). A consecuencia de ello, el régimen de responsabilidad estatal por omisión, de creación pretoriana, vigente en dicha provincia hasta el primero de agosto de 2015, en base a los artículos 1112 y 1074 del Código Civil de Vélez Sarsfield, ha perdido vigencia. En razón de lo expuesto, no existe en la actualidad norma que regule la responsabilidad por omisión de la mencionada provincia y los municipios que la componen, ya que la misma no se ha adherido a la ley nacional de responsabilidad estatal (ley 26.944), ni ha dictado a la fecha una norma para regular tan trascendente cuestión.

A fin de suplir dicha laguna la provincia ha elaborado un anteproyecto de ley de Responsabilidad del Estado²², el cual analizaremos, como también, a través del presente, trataremos de resolver, hasta tanto la Provincia sancione la ley proyectada, que norma debe ser aplicada al caso concreto, atento el vacío legal existente en la materia, y las discrepancias jurisprudenciales existentes en cuanto a dicho tópico.

I. INTRODUCCIÓN

I. a. Formulación y planteo del problema de investigación.

El tema que se ha abordado en el presente trabajo de investigación, es la problemática existente respecto al vacío legal existente en la Provincia de Buenos Aires, a raíz del cambio legislativo operado a partir del primero de agosto de 2015, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que derogó los artículos 1112 y 1074 del Código velezano. Los mencionados artículos del digesto derogado eran

²⁰ CASSAGNE, Juan Calos: *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima*, ob.cit.

²¹ Ley 26. 994 sancionada el 1 de octubre de 2014. El Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 1° de agosto de 2015.

²² <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar>

la fuente normativa por la cual se responsabilizaba a la Provincia y a los Municipios que la componen por responsabilidad extracontractual por omisión ilícita.

Por lo cual, con anterioridad a la sanción del nuevo Código, en virtud de la ausencia de una norma orgánica que regulara la responsabilidad estatal en todo el país, incluyendo a la Provincia de Buenos Aires, se aplicaba fundamentalmente a la responsabilidad estatal por omisión ilícita, el Código Civil de Vélez Sarsfield, en base fundamentalmente a una creación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Nación.

Es decir, la precitada responsabilidad se caracterizó históricamente por la ausencia de un marco regulatorio propio, teniendo una escueta regulación en el art. 1112 del CC, doctrina forjada a partir de una fuerte impronta de la interpretación judicial en el desarrollo del mismo, con importantes aportes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fueron delineando sus contornos.²³

El art. 1112 citado establecía: expresamente “*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 comprendidos en las disposiciones de este título.*” “La citada norma regulaba la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, siendo una norma de naturaleza pública y federal.²⁴

En el año 1984 el Alto Tribunal Nacional, dicta el trascendental fallo “Vadell”²⁵, en el cual admitió la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por haber emitido un certificado de dominio erróneo que ocasionó los daños reclamados. A partir de dicho *leading case*, la Corte basó el fundamento legal de la responsabilidad estatal en el art 1112 mencionado, prescindiendo del art 1113 del mismo cuerpo legal, en la inteligencia de que la responsabilidad del Estado por acto de sus órganos es siempre directa por falta de servicio.²⁶

De esta manera, aplicando la teoría del órgano, el Cimero interpretó que lo obrado por los agentes del Estado se le imputa al Estado mismo, no siendo sus agentes ni terceros ni representantes de la entidad pública en la que se desempeñan. La novedad más trascendente de dicha doctrina, fue la adopción de la falta de servicio conforme sostiene

²³ CANEPA Guillermo Patricio, *La responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires. Coincidencias y diferencias con la ley nacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Albrematica S.A., 19/04/2021, cita: elDial DC2DB4

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 285

²⁵ CSJN., Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires s/daños y perjuicios, 18/12/1984, Fallos:306:2030

²⁶ 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 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales

Cassagne “.... —en forma semejante al sistema francés— basada en una interpretación dinámica del art. 1112 del Código Civil, entonces vigente que, si bien cambiaba el sentido que había tenido hasta ese momento en la hermenéutica de la materia civil, implicaba un indudable avance al desplazar la culpa como vector del sistema de responsabilidad por actividad ilegítima o ilícita “. ²⁷

En razón de lo antedicho, para la Corte no resulta necesario que el damnificado individualice al autor del daño, ya que la obligación de responder se va a imputar en cabeza del órgano estatal, ni tampoco resulta necesario acreditar la culpa del agente. Resulta, por ende, suficiente con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad. ²⁸

Esta línea jurisprudencial fue perfeccionada en precedentes posteriores a través de la recepción jurisprudencial de los restantes presupuestos que condicionan la responsabilidad, a saber: la imputación material de una omisión a un órgano estatal (lo que excluye el factor subjetivo de atribución), un daño cierto en el patrimonio del administrado y la relación de causalidad entre el hecho u omisión y el perjuicio. ²⁹

En relación a la responsabilidad por omisión ilícita, nuestro máximo tribunal la reconoce recién en el año 1969 en el caso “Franck”³⁰, aunque fundada en otras normas del Código Civil derogado. Es recién a partir del fallo “Zacarías”³¹ que fundamentalmente la Corte aplica como fundamento normativo el art. 1112 de dicho cuerpo legal y su doctrina de la falta de servicio. ³²

En dicho precedente, reitera el Címero lo expresado en “Vadell”³³, considerando la responsabilidad por omisión como una responsabilidad directa, recalando que el factor de atribución lo constituye la falta de servicio, a la cual considera como una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular.

La Corte, además en “Zacarías”, establece los parámetros que deben apreciarse en el caso concreto para determinar la existencia de una falta de servicio, a saber: la naturaleza

²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit.

²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit.

²⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit.

³⁰ CSJN, Franck, Roberto Ángel c/Provincia de Buenos Aires, 1969, Fallos: 275:357

³¹ CSJN, Zacarías, Claudio H c/Córdoba, Provincia de y otros s/sumario. 28/04/1998. Fallos: 321:1124

³² CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit.

³³ CSJN.” Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires s/daños y perjuicios”18/12/1984, Fallos:306:2030

de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Destaca, además, el Cimero que la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar.

En la provincia de Buenos Aires, ante la falta de una regulación orgánica de la materia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, al igual que la nacional, como seguidamente veremos, aplicaba las normas del Código Civil como fundamento normativo de la responsabilidad por omisión estatal. El superior tribunal bonaerense, consideraba, además aplicable el art. 1074 del citado cuerpo legal, para fundar normativamente la responsabilidad por omisión estatal.³⁴

Por lo cual, como podemos apreciar la Suprema Corte provincial, al igual que la nacional aplicaba normas del Código Civil para fundamentar la responsabilidad del Estado por omisión.

Esta situación se modificó por completo con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, tal como hemos mencionado. Dicho Código estableció en su artículo 1764. Inaplicabilidad de normas *“Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*

Asimismo, el art. 1765 de dicho cuerpo normativo establece: *“Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.”* Por último, el art. 1766 dispone: *“Responsabilidad del funcionario y del empleado público. 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 se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.”*

El nuevo régimen de responsabilidad estatal adopta una postura iuspublicista, al encuadrar la materia como cuestión de derecho público local, conforme la postura sostenida por la doctrina y la Corte Suprema de Justicia al resolver la causa “Barreto”³⁵,

³⁴SCBA, A 81298, Reboredo, Rubén O.c/. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, 11/6/2003, entre otros.

³⁵CSJN, Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios, 21/03/2006 Fallos: 329:759-. La Corte Suprema en dicho fallo, cambia su jurisprudencia sobre el alcance de la noción de “causa civil” a los efectos de definir su competencia constitucional originaria, apartándose de la interpretación sentada en la causa “De Gandía” del 06/10/1992

a consecuencia de ello, conforme nuestra organización federal de gobierno, implica que en ejercicio de su autonomía cada provincia puede dictar su propia regulación.³⁶

A consecuencia de ello, a partir del primero de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código y, conforme las normas precedentemente transcritas, las normas de dicho Código, no pueden ser aplicadas a la responsabilidad estatal tanto en forma directa o subsidiaria.

Se impide, de esa manera, la aplicación de la legislación civil en la materia, que en forma consuetudinaria fundara los fallos de nuestros tribunales y la doctrina de los autores basada en aquella codificación (arts. 1112 y 1074). En razón de lo expuesto, la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho público local, pero la provincia de Buenos Aires a la fecha no ha dictado una norma que regule la responsabilidad de dicha provincia ni de los municipios que la integran, situación que atenta contra la seguridad jurídica.³⁷

Sin perjuicio de ello, el Poder Ejecutivo Provincial a fin de suplir el vacío legal existente, ha elaborado un anteproyecto de “Ley de Responsabilidad del Estado”, puesto en vigencia el 5 de agosto de 2021, mediante la plataforma web “Agenda Participativa GBA”³⁸ en la cual la ciudadanía puede realizar aportes a los proyectos de ley elaborados por el Ejecutivo provincial, como paso previo a su envío a la Legislatura.

De esta manera se ha implementado un positivo mecanismo de participación ciudadana e institucional, en forma general y abierta, con la conformación de comisiones de trabajo, abierto a la comunidad a fin de recoger aportes y debates en la elaboración de varios proyectos de ley, dentro de los cuales se incluye el mencionado Anteproyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, que seguidamente analizaremos. El objetivo de dicha agenda participativa es la obtención de consensos y consecuente legitimidad de la norma a dictarse para regular tan importante cuestión.

A nivel nacional en cambio se ha dictado la ley de responsabilidad del Estado 26.944³⁹ en el año 2014, que establece una regulación propia de dicha responsabilidad, excluyendo expresamente la aplicación de las normas del Código Civil y Comercial en

³⁶SALVATELLI, ANA, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, Revista RAP Número 465, junio 2017, pág. 9

³⁷ CANEPA Guillermo Patricio, *La responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires. Coincidencias y diferencias con la ley nacional*, ob.cit.

³⁸ <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar>

³⁹ Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, sancionada el 2 de julio de 2014, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014.

materia de responsabilidad estatal, las cuales no pueden aplicarse ni de manera directa ni subsidiaria. (art. 1)

Dicha ley ha sido catalogada como un hito sumamente relevante en nuestra historia jurídica, ya que constituye la primera regulación legislativa de derecho público en la cual se aborda de manera general y orgánica dicha materia ⁴⁰ pasando de un sistema de base jurisprudencial a uno legal.

La mencionada ley fue sancionada por el Congreso de la Nación en su carácter de legislador federal, es decir, no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, razón por la cual, la misma no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar (art. 126 de la Constitución Nacional) ⁴¹

La LRE considera a la responsabilidad estatal como una cuestión de derecho público y local, así resulta del juego de los artículos 1º y 11 de la misma, en tanto el primero establece la inaplicabilidad del Código Civil a la responsabilidad del Estado Nacional, tanto de manera directa como subsidiaria, y, el segundo, invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de dicha ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos. ⁴²

En razón de lo antedicho, tanto el CCCN como la LRE reconocen que las provincias tienen su propia autonomía para legislar en la materia, ya que dicha cuestión compete al derecho público local, es decir, se rige por la normativa que dicten al respecto las provincias.

A consecuencia de ello, desde la entrada en vigencia de ambas normas nacionales mencionadas, las provincias, se encuentran ante el reto de dictar sus propias leyes de responsabilidad, y en muchos casos ya lo hicieron⁴³, pero no así la provincia de Buenos Aires donde subsiste la ausencia de legislación.

En razón de lo antedicho, la provincia de Buenos Aires, a partir de la entrada en vigencia del CCCN, en virtud de la exclusión formulada por sus artículos 1764 y 1766 ya citados, carece de una normativa específica aplicable en el ámbito de la responsabilidad por daños

⁴⁰ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercia (Ley 26.944 comentada)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, 1era Edición, pág.1

⁴¹ PERRINO Pablo Esteban “*La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*”, (*Ley 25.6.944 comentada*) 1era Edición, Ciudad Autónoma de Buenos, La Ley 2015, pág. 38

⁴² SALVATELLI, Ana, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit, pág. 7

⁴³ Ley 3396 de Santa Cruz (2014), ley 7179 de Santiago del Estero (2015), ley I-560 de Chubut (2015), ley 8968 de Mendoza (2017) ley 10.004 de La Rioja (2017), ley 5536 de Catamarca, (2018), ley 5339 de Río Negro (2018), ley 10.636 de Entre Ríos (2018) ley 6325 de CABA (2020)

del Estado y sus funcionarios por omisión extracontractual ilegítima, existiendo un límite temporal a la vigencia del Código velezano.

Por consiguiente, los hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia del CCCN, podrán ser resueltos en base al art. 1.112 del Código Civil o del art. 1074, conforme dispone el art. 7 de dicho Cuerpo legal.⁴⁴

En relación a los hechos posteriores a esa fecha (1° de agosto de 2015), existe al respecto una laguna normativa en la cuestión, al menos en términos generales. A fin de integrar dicha laguna, tal como veremos seguidamente, no existe una solución uniforme a nivel jurisprudencial y doctrinal, ya que se han pronunciado sobre la aplicación analógica de la ley nacional o del Código Civil y Comercial, entre otras, soluciones.

Con respecto a la ley nacional 26.944, cabe resaltar que en su mensaje de elevación se menciona expresamente que las previsiones normativas propuestas consagran, de modo ordenado y sistemático, la consolidada jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad a 1984.⁴⁵

Así en dicha ley, conforme a su art. 1 se consagra que la responsabilidad estatal es objetiva y directo acorde a lo afirmado por la CSJN a partir de “Vadell” (Fallos 306:2030) y, regula la responsabilidad extracontractual de todos los órganos estatales tanto por su actividad e inactividad ilegítima, como por su actividad legítima, estableciendo distintos presupuestos para las mismas (arts. 3, 4 y 5). Lo referente a la responsabilidad por omisión ilegítima se encuentra regulado en dicha ley en su art. 3, que consagra los presupuestos para su procedencia que seguidamente analizaremos.

Por lo mencionado anteriormente, nuestro país, actualmente, se encuentra en una transición, ya que hay provincias, como también la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que han sancionado su propia ley de responsabilidad y otras que se han adherido a la ley nacional, mientras que otras provincias, como la analizada, carecen de dicha regulación. En razón de ello, se genera una situación dispar, enfrentando las provincias sin ley, como la de Buenos Aires, el desafío de integrar dicho vacío legal.⁴⁶

I.b. Interrogantes planteados

⁴⁴ El artículo 7° del CCCN expresamente establece: - Eficacia temporal.” *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.* “

⁴⁵ Mensaje Número 1780 del Poder Ejecutivo de elevación al Congreso de la Nación del Proyecto de ley de responsabilidad del Estado.

⁴⁶ SALVATELLI, Ana, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit, pág. 10

En virtud de lo detallado con anterioridad, puede afirmarse, sin hesitación, que existe actualmente en la provincia de Buenos Aires un vacío legal en materia de responsabilidad por omisión, es decir, una laguna del sistema normativo.

Frente a dicha laguna se requiere suplir la misma a partir de la elaboración interpretativa de una nueva prescripción, para lo cual el decisor toma una disposición que disciplina una situación con similitudes sustanciales, pero que no posee relación de suplencia.⁴⁷

La analogía, como veremos seguidamente, supone carencia histórica de normas, e implica una tarea de integración mediante la elaboración y adaptación de una norma a aplicar en el caso concreto, debiendo respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado.⁴⁸

En primer lugar, ante la existencia de dicha laguna normativa en la provincia de Buenos Aires, surgen los siguientes interrogantes de investigación;

1) ¿Corresponde acudir al Código Civil y Comercial de la Nación para llenar dicha laguna normativa, pese a lo que sostienen los arts. 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial, que vedan la aplicación directa o subsidiaria del capítulo de la responsabilidad civil, a la materia de responsabilidad del Estado, por tratarse de una materia de derecho público?

Algunos pronunciamientos judiciales han admitido la aplicación analógica de dicho cuerpo legal⁴⁹

2) ¿Corresponde aplicar por analogía la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado?

Dicha norma a diferencia del CCCN es una norma de derecho público, sin embargo, su ámbito de aplicación ha quedado delimitado al ámbito nacional, por lo cual carece de aplicación en la Provincia de Buenos Aires. Por ende, no rige para el derecho público de dicha provincia, en virtud de su autonomía por tratarse de una materia no delegada al Congreso Nacional y atento no haberse adherido la provincia a la precitada ley

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial Explicado*, Título Preliminar, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 12

⁴⁸ LINARES, Juan Francisco., *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pág. 20

⁴⁹ Juzgado Contencioso Administrativo de San Isidro n°1, Seibane, Sandra Marcela y otro c/Dirección General de Cultura y Educación y otro s/Pretension indemnizatoria (expediente 12-7571/2019, sentencia del 7/3/2019) ST La Pampa, 24/05/2016, "Varela, Nicolás Mauricio E. c. Provincia de La Pampa y otro s/ accidente acción civil s/ competencia", LLPatagonia 2016 (octubre), p. 2, con nota de Pablo Daniel Rodríguez Salto; AR/JUR/41850/2016). En análogo sentido, por la aplicación analógica de normas civiles, CJ Salta, 18/05/2016, "C., R. D. c. M., J. M. - Provincia de Salta (policía de la provincia de Salta) s/ recurso de apelación", LLNOA 2016 (diciembre), p. 12; RCCyC 2016 (diciembre), 16/12/2016, p. 138, AR/JUR/64978/2016.

A favor de dicha aplicación analógica se han pronunciado varios pronunciamientos judiciales.⁵⁰

En segundo lugar, y relacionado con el análisis del anteproyecto de ley existente en la aludida provincia, para suplir dicho vacío legal, resulta necesario cotejar el mismo con la LRE y con la jurisprudencia, tanto del máximo tribunal nacional como de la provincia analizada, a fin de establecer si consagra pautas de protección inferiores o superiores a las que estaban vigentes con anterioridad a la derogación del Código Civil de Vélez Sarsfield en materia de responsabilidad estatal por omisión

En atención a lo cual, surgen otros nuevos interrogantes:

- 3) ¿La ley nacional de responsabilidad del Estado, tal como sostiene su mensaje de elevación, regula todos los supuestos admitidos por la Corte federal y por la Corte provincial, en materia de responsabilidad por omisión en base a los arts. 1074 y 1112 del Código Civil derogado? El mismo interrogante cabe formularse respecto del nuevo Código Civil y Comercial en el ámbito del derecho privado
- 4) En caso de detectarse diferencias entre la LRE y la jurisprudencia de ambos altos tribunales, ¿las mismas implican pautas de protección superiores o inferiores, a las que estaban vigentes con anterioridad a la derogación del Código Civil de Vélez Sarsfield en materia de responsabilidad estatal por omisión?
- 5) Por último, ¿El anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado de la provincia de Buenos Aires cotejado con la doctrina que emana de la jurisprudencia del máximo tribunal nacional y bonaerense, como también con la LRE, consagra pautas de protección superiores o inferiores, a las que estaban vigentes con anterioridad a la derogación del Código Civil de Vélez Sarsfield en materia de responsabilidad estatal por omisión?

El presente trabajo de investigación persigue dar respuesta a los interrogantes planteados precedentemente.

I.c. Relevancia y justificación del problema de investigación

⁵⁰ Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín, Cesar, Carla c/Municipalidad de Morón s/pretensión indemnizatoria, Expediente 25163/2010, sentencia de marzo de 2016; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Morón” D. S. S. P. A. C/ Benítez, Edgardo Gastón y otro s/materia a categorizar P-12467 ", Sentencia del 26/09/2016.

La relevancia del tema de investigación se encuentra, en primer lugar, en la trascendencia que tiene la responsabilidad del Estado, siendo, tal como se ha dicho, uno de los pilares del Estado de Derecho, lo cual implica que en sus cimientos se encuentre el principio de juridicidad y la procura del bien común, por lo cual, la responsabilidad es de la esencia del Estado de Derecho.⁵¹

Dicho principio de responsabilidad del Estado, presupone, como ya mencionamos, la separación de los poderes del estado y su sometimiento al principio de juridicidad. A su vez, implica, el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales de las personas, mediante la justa reparación de los daños que padezcan tanto por la acción como por la omisión de los poderes públicos.⁵²

No puede dejar de soslayarse, que las convenciones y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme al art. 75 inciso 22, a más de amplificar las obligaciones a cargo de los Estados, implican que los individuos protegidos por esas normas convencionales puedan invocar ante el Estado las obligaciones que éste se ha comprometido a cumplir.⁵³

Concordantemente, Botassi afirma que dichas obligaciones estatales se han amplificado a partir de la incorporación, a través del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Argentina, de los tratados y convenciones sobre derechos humanos, de donde podemos hablar del Estado de Derecho en clave supranacional, como vértice jurídico en el que se encuentra la razón y deber de la responsabilidad estatal.⁵⁴

A consecuencia de ello, entre los papeles fundamentales del estado se encuentra el de garantizar un sistema de derechos humanos básicos y la efectividad en los mismos para que las sociedades se integren progresivamente⁵⁵.

No debe olvidarse, además, que, tal como lo sostuvo Luis Martin Rebollo, la responsabilidad patrimonial "*.... coadyuva a la eficacia porque enseña, en primer lugar, a cómo no debe actuar la Administración si quiere conseguir tales o cuales objetivos e influye, o debería influir, en el modo de actuación futuro que evite el daño y, en consecuencia, el tener que pagar una indemnización...*"⁵⁶

⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Panorama de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, La Ley 10/8/2022, La Ley 2022-D, 534, cita TR LALEY AR/DOC/2369/2022

⁵² SALVATELLI, Ana, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit, pág. 7

⁵³ SALVATELLI, Ana, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit, pág. 7

⁵⁴ BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit.

⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, "Accidentes de tránsito-I", pág.71

⁵⁶ REBOLLO, Luis Martín, Conferencia inaugural de las Jornadas sobre responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, organizadas por la Universidad Austral, del 28 al 30 de junio de 2000 citado en GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., *La responsabilidad del estado desde la perspectiva del derecho*

En segundo lugar, cabe resaltar que como ha destacado, Hutchinson, la responsabilidad por omisión constituye un capítulo complejo dentro de la temática general debido a las particularidades que presenta. Dicha complejidad se acrecienta más aun, tal como sostiene dicho autor, en materia de responsabilidad estatal por omisión, debido a la inexistencia de patrones uniformes que permitan determinar la procedencia de la responsabilidad de la administración pública derivada de su inactividad.⁵⁷

En el mismo sentido, dicho autor atribuye dicha complejidad, a su falta de regulación normativa específica y al nacimiento y posterior desarrollo pretoriano de los lineamientos de la responsabilidad del Estado en el país, lo que ha resultado en la creación de criterios y pautas poco claras.⁵⁸

La situación descripta en los párrafos anteriores se mantiene en la provincia de Buenos Aires, en virtud de la falta de regulación específica acerca de la temática desarrollada en el presente y la desaparición de las escasas normas del Código Civil velezano aplicadas por los tribunales, ello, sumado, a la existencia en la actualidad de diversas posturas acerca de la normativa a aplicar en el caso concreto para integrar dicha laguna.

En tercer lugar; en esta materia resulta necesario determinar los justos límites por los cuales el Estado debe responder por sus omisiones, ya que en virtud de su carácter de promotor del bienestar general, que presupone, como vimos, la obligación del Estado de respetar y asegurar los derechos fundamentales, cuando dichos derechos resulten violados debido a sus omisiones o incluso por la actuación de terceros sin que el Estado haya prevenido esa violación, podría pensarse que éste ha incumplido su deber de garante.⁵⁹

En ambos supuestos. es menester fijar límites, toda vez, que, en ambos casos, en verdad, el omitente incide sobre un proceso causal ya iniciado por otro y que por sí mismo es idóneo para menoscabar los derechos de un tercero, por tanto, resulta una cuestión sumamente delicada determinar si existe o no un deber de intervenir —en cabeza del omitente— a fin de detener o hacer cesar aquél proceso causal.⁶⁰

público provincial, Revista RAP 426, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2005 Ediciones Rap, pág.362.

⁵⁷ HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos ob cit*, pág. 101

⁵⁸HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos ob cit*, pág. 85 y ss.

⁵⁹BOULIN VICTORIA, Ignacio A, *Nuevos perfiles de la responsabilidad del Estado por omisión*, LL Gran Cuyo 2011 (febrero), 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/150/2011

⁶⁰ QUIRÓS, Pablo O, *La responsabilidad del Estado por omisión antijurídica a raíz de obligaciones impuestas por la costumbre*, LLGran Cuyo2012 (julio), Cita: TR LALEY AR/DOC/3130/2012

A consecuencia de ello, ante un daño sufrido por un particular, siempre sería factible que exista un argumento por el cual el Estado sea responsable. Por lo cual, lo más difícil y complejo en esta materia, resulta buscar un punto de equilibrio razonable entre lo que puede y por lo que no puede responder la administración pública, en el marco de un orden de prioridades establecidos en función de su carácter de protector del bien común ⁶¹

Por consiguiente, una interpretación estricta es susceptible de quebrantar el Estado de Derecho y la garantía de los administrados, mientras que una interpretación amplia corre el riesgo de transformar al Estado en providencialista. ⁶²

En función de lo expuesto, resulta relevante analizar los límites de la responsabilidad de la administración pública por su omisión, tratando de identificar los presupuestos y variables para su procedencia.

Por último, la relevancia del presente surge en el aporte que pretende efectuarse a la ciencia jurídica sobre la problemática esgrimida, en virtud de los grandes interrogantes surgidos en el ámbito profesional y doctrinario, acerca de cómo enfrentar la desaparición del marco jurídico que se utilizaba para resolver los casos de responsabilidad por omisión de la Provincia de Buenos Aires y de los municipios que la componen. A más de ello, tal como se ha mencionado, existen pronunciamientos judiciales antagónicos, no existiendo un criterio único de resolución, por lo cual, perseguimos proponer posibles soluciones a los casos que versen sobre responsabilidad estatal por omisión en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

Durante muchísimos años, al igual que ocurría en el ámbito nacional, fue la doctrina elaborada por la jurisprudencia, y fundamentalmente la doctrina del máximo tribunal bonaerense, la que se aplicaba para resolver los litigios sobre el tópico en estudio, la cual aplicaba normas del Código Civil derogado.

De esa manera, las acciones patrimoniales fundadas en una atribución de responsabilidad por omisión, ya sea contra la mencionada provincia o contra uno de los municipios que la integran, se resolvían en forma homogénea, a la luz de los principios constitucionales y de las breves normas incluidas en el CC. Fundado en dichas bases, la jurisprudencia fue moldeando los presupuestos fundamentales para la procedencia de la responsabilidad estatal omisiva.

⁶¹ SESIN, Domingo, *La responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba*, Revista RAP 426, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005 Ediciones Rap, pág.527.

⁶² SESIN, Domingo, *La responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba*, Revista RAP 426, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005 Ediciones Rap, pág.527.

Surge evidente, que pese a carecer de una norma especial reguladora de la responsabilidad estatal, la jurisprudencia, fue moldeado el mismo, a partir de normas civiles, tamizadas por los principios del derecho administrativo, y dando respuesta a los casos concretos.⁶³

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, tal como se ha dicho, existe una laguna normativa que es necesario cubrir, pretendiendo con la presente investigación aportar a la determinación de cuál es la norma que debe utilizarse para dicha integración analógica, en virtud de la diversidad de pronunciamientos judiciales existentes.

A más de ello, se pretende aportar a la ciencia jurídica mediante el análisis, desde la visión de la Constitución Nacional como también de la bonaerense y demás normativa infraconstitucional, del anteproyecto de ley de responsabilidad que la Provincia procura convertir en ley, el cual se encuentra abierto, como dijimos, a las sugerencias que pueda efectuar la ciudadanía.

Asimismo, nos proponemos indagar si dicho anteproyecto se adecua a la doctrina de la Suprema Corte provincial, lo cual reviste trascendencia en virtud de la función de casación que reviste el recurso previsto en el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial de dicha provincia.⁶⁴ A tal fin, el estudio de los fallos dictados por dicho tribunal nos permitirá, por ende, establecer la doctrina legal imperante respecto de la responsabilidad por omisión ilegítima en el ámbito bonaerense, la cual guarda trascendencia a los efectos del recurso mencionado.

Por último, se pretende aportar a la ciencia jurídica mediante la comparación que se efectúa de dicho anteproyecto con la LRE, con el objeto de determinar si la norma proyectada, supera las críticas que desarrollaremos respecto de la regulación de la responsabilidad por omisión en dicha norma nacional.

⁶³ REY VÁZQUEZ, Luis E., *La responsabilidad del Estado en las provincias argentinas*, La Ley 18/02/2020, 1 Cita Online: AR/DOC/4116/2019

⁶⁴ El art. 279 del CPCC expresamente establece” *El recurso deberá interponerse por escrito, ante el Tribunal que haya dictado la sentencia definitiva y dentro de los diez días siguientes a la notificación. Tendrá que fundarse necesariamente en alguna de las siguientes causas:1) Que la sentencia haya violado la ley o doctrina legal.2) Que la sentencia haya aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal. El escrito por el que se deduzca deberá contener, en términos claros y concretos, la mención de la ley o de la doctrina que se reputa violada o aplicada erróneamente en la sentencia, indicando igualmente en qué consiste la violación o el error.*

I.d. Objetivos

A fin de resolver adecuadamente los interrogantes planteados, nos proponemos delimitar adecuadamente cuando se configuraba una omisión antijurídica, tanto a la luz de la doctrina como de la jurisprudencia nacional y provincial mediante la aplicación de las normas de los arts. 1112 y 1074 del Código Civil derogado.

Ello resulta trascendental a fin de conocer cuáles son los presupuestos para su procedencia, tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, como en la doctrina de la Suprema Corte bonaerense, ante la ausencia de una normativa en la materia. El análisis de dicha jurisprudencia, nos permitirá, por ende, obtener los presupuestos para su procedencia (daño, factor de imputación, factor de atribución - omisión antijurídica- y relación de causalidad) como también los estándares aplicados en relación a los deberes omitidos que pesaban sobre el estado (genéricos o específicos, determinados o indeterminados) deteniéndonos específicamente en los que presentan diferencias con los requeridos para la responsabilidad por actividad ilegítima.

Asimismo, se procederá al análisis de la ley de responsabilidad del Estado, por tratarse de una norma de derecho público que regula la responsabilidad estatal, a fin de obtener los presupuestos para su procedencia ya mencionados y los estándares admitidos en relación a los deberes omitidos que pesaban sobre el Estado.

Una vez obtenidos los mismos, se procederá a su cotejo con los vigentes con anterioridad a su sanción, a fin de determinar si dicha norma, conforme menciona su mensaje de elevación, adopta los mismos presupuestos de la CSJN o existen divergencias con los mismos.

A fin de resolver el primero de los interrogantes planteados precedentemente, respecto a qué norma corresponde aplicar a fin de cubrir el vacío legal existente en la provincia, tendremos en cuenta si la LRE establece pautas de protección inferiores o superiores a las vigentes con anterioridad para la procedencia de la responsabilidad por omisión, a fin de determinar si corresponde su aplicación analógica adaptada a las particularidades del derecho público provincial local.

Con el mismo objetivo, también analizaremos someramente los presupuestos para la procedencia del tipo de responsabilidad analizada en el CCCN, como también si es factible su aplicación analógica a los casos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia, pese a tratarse de una norma de derecho privado, que expresamente excluye su aplicación directa y subsidiaria respecto del capítulo referente a la responsabilidad (art. 1764 CC)

Por último, se analizará el anteproyecto de ley de responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener los presupuestos para su procedencia y los estándares admitidos en relación a los deberes omitidos que pesaban sobre el estado, a fin de cotejarlos con la doctrina que emana tanto de la jurisprudencia tanto de la Corte federal como de la bonaerense, con particular énfasis en la que emana de este último tribunal, en razón de la trascendental función casatoria que inviste dicho tribunal, en virtud del recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal ya mencionado.

I.e Metodología de la investigación

En cuanto al diseño metodológico, se ha procurado diseñar un plan de investigación a fin de tratar todos los interrogantes planteados.

El tipo de trabajo es descriptivo y explicativo, ya que no solo pretende captar la complejidad del problema jurídico investigado, describiéndolo y explicándolo, sino que también apunta a tratar de dar una respuesta al problema planteado respecto al vacío legal existente en la Provincia de Buenos Aires, en materia de responsabilidad estatal por omisión y, a proponer, en su caso, modificaciones al anteproyecto de ley de Responsabilidad existente en dicha Provincia.

Por cuestiones metodológicas, tal como hemos dicho precedentemente, nos limitaremos a analizar la responsabilidad de la administración pública en el ámbito extracontractual, por sus omisiones ilícitas en dicho ámbito, delimitado a su inactividad material.

A tales fines se utilizará una combinación de métodos cualitativos y cuantitativos, aunque primordialmente cualitativos.

Se procederá a tal fin a un conjunto de técnicas para recoger datos mediante el análisis, examen y comparación de fuentes relevantes, normas implicadas, doctrina especializada y jurisprudencia publicada especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de los cuales mediante el método cualitativo, permitieron la realización de un proceso inductivo mediante la información descriptiva obtenida, de la cual se extrajeron conclusiones. El abordaje del trabajo se centró, por tanto, en recabar, sistematizar, desglosar y desarrollar un análisis crítico y razonado de la información sobre el objeto de estudio del presente trabajo.

El presente trabajo se divide en dos capítulos divididos a su vez en sub-temas.

En el primero de ellos, se esbozan algunas consideraciones acerca del concepto de responsabilidad del estado por omisión ilícita como de su origen histórico. En dicho sub-

capítulo se procederá al análisis conceptual pormenorizado de la responsabilidad por omisión, sus principales rasgos, presupuestos para su procedencia, con especial énfasis en el factor de atribución.

El segundo subcapítulo se refiere al marco constitucional y convencional, es decir, al fundamento de dicho tipo de responsabilidad, el tercero al normativo y el cuarto al marco jurisprudencial referente a la responsabilidad por omisión.

Por lo cual, en el tercero y sin perjuicio del enfoque iuspublicista que el tema requiere, a fin de resolver los interrogantes planteados y atento haber sido aplicados analógicamente para resolver los casos en que se imputaba al Estado responsabilidad por omisión, se analizarán, fundamentalmente, las normas de los artículos 1112 y 1074 del Código Civil derogado.

También a fin de resolver el interrogante planteado acerca de que norma debe ser aplicada analógicamente en la Provincia de Buenos Aires, se examinará la responsabilidad por omisión en el Código Civil y Comercial de la Nación

En el cuarto, se examinarán los fallos más relevantes en la materia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de obtener los rasgos principales del tipo de responsabilidad objeto de estudio y los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad por omisión en el ámbito extracontractual ilegítima.

Este capítulo concluye con un análisis particularizado del régimen de la ley de responsabilidad del Estado, en materia de falta de servicio por omisión, a fin de obtener los presupuestos para su procedencia en dicha ley y obtener la información necesaria para proceder a dar respuesta a los interrogantes planteados.

En el segundo capítulo se procederá al estudio de la responsabilidad por omisión en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. A tal fin se examinará el marco constitucional y legal de la misma, como también se analizará la recepción del tipo de responsabilidad estudiado en el anteproyecto de ley de responsabilidad de dicha provincia, a fin de determinar sus presupuestos, caracteres, principales rasgos y sus fundamentos

El análisis de dicho anteproyecto de ley se efectuará en forma provisoria, ya que el mismo, tal como se ha mencionado, está sometido a un procedimiento formal de participación institucional y ciudadana, en forma general y abierta.

Luego, con el objeto de delimitar el marco jurisprudencial de la Provincia de Buenos Aires y la doctrina legal de dicho tribunal, se utilizará una combinación de

métodos cuali-cuantitativo, a fin de cuantificar y clasificar los fallos respecto al objeto de estudio que fueron dictados por dicho Tribunal.

A tal fin se procedió a la búsqueda en la página de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (www.scba.gov.ar) en la sección jurisprudencia, en búsqueda asistida, con la voz responsabilidad del Estado por omisión o abstención, seleccionando a dicho tribunal como órgano emisor, habiéndose encontrado 67 resultados. De dichos resultados se seleccionaron 31 fallos, donde la Corte provincial resuelve expresamente sobre la temática responsabilidad del Estado por omisión, excluyéndose aquellos en que no se pronuncia sobre la cuestión de fondo.

Dichos fallos serán agrupados cronológicamente y analizados, determinando si se admite o se rechaza la responsabilidad estatal, órgano o persona estatal demandada, norma en que se fundamenta la responsabilidad, presupuestos requeridos para su procedencia y tipos de deberes de actuación infringidos, efectuándose una clasificación según los rubros en los cuales se imputan las omisiones estatales, conforme al siguiente detalle: 1) policía de seguridad; 2) policía sanitaria, 3) policía vial, 3) control de actividades prestadas por particulares o concesionarios estatales 5) daños sufridos por falta de mantenimiento de bienes estatales o por cuestiones vinculadas al dominio público 6) deberes reforzados de protección a víctimas de violencia de género y/o familiar; 7) deberes reforzados de protección de detenidos y/o personas privadas de su libertad, 8) protección del derecho a la salud y 9) protección de la tutela judicial efectiva.

Por último, en las conclusiones en base a toda la información recabada se procederá a dar respuesta a los interrogantes planteados como objeto de investigación.

I.f Ámbitos de Aplicación

El ámbito de validez de la presente investigación se delimita a la Provincia de Buenos Aires, pudiendo incluso aplicar sus conclusiones a las provincias en las cuales no se ha dictado ley de responsabilidad del Estado e incluso a nivel nacional, atento el análisis que se efectúa de la regulación de la responsabilidad por omisión en la LRE

I.g. Utilidad de los resultados de investigación

A más del aporte que pretende efectuarse a la búsqueda de una solución al problema jurídico planteado, el presente trabajo de investigación, cuenta con relevancia práctica, ya que, en virtud de la agenda participativa de la Provincia de Buenos Aires, los resultados obtenidos podrán ser de utilidad a fin de formular propuestas al anteproyecto de ley de responsabilidad existente en el ámbito bonaerense, acordes con las directivas constitucionales y convencionales en la materia.

También resulta de interés ya que la problemática planteada se extiende a otras provincias del país, que no han dictado a la fecha ley regulando la responsabilidad de la respectiva provincia y sus municipios.

Por último, en virtud del estudio efectuado de los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, podrá conocerse la doctrina legal vigente en materia de responsabilidad por omisión, de suma utilidad a los efectos del recurso de inaplicabilidad de ley previsto en el art. 279 del Código de rito. A su vez, el conocimiento de dicha doctrina jurisprudencial, resulta de utilidad a fin de obtener datos con el objeto de elaborar políticas públicas de prevención en aquellos aspectos en los cuales se registren daños por omisiones de cumplimiento de deberes estatales.

CAPÍTULO 1 MARCO TEÓRICO GENERAL

I. Responsabilidad por omisión.

I.a. Origen y Antecedentes históricos

Superado el dogma de la irresponsabilidad del Estado del siglo XIX, basado fundamentalmente en la idea que el mismo no podía ser llevado a los estrados judiciales, ligado primordialmente a la idea de soberanía, por el cual el Estado carecía de todo control, comienza a admitirse gradualmente la responsabilidad del mismo, fundamentalmente a través del derecho civil.⁶⁵

Dicho proceso de afirmación de la responsabilidad patrimonial del Estado, se contraponía al principio *the king can do not wrong* (el rey no puede hacer nada ilícito), proveniente de una tradición multisecular, que combinaba la *potestas* imperial romana con la concepción teocéntrica del poder del monarca, característica del mundo medieval. La fuerza de dicho principio no disminuyó, sino todo lo contrario, con el advenimiento del Estado moderno, en cuyos postulados encontró nuevos adeptos.⁶⁶

Por lo tanto, recién en el siglo XIX, como lógica consecuencia de la sumisión del Estado al Derecho, surge el principio de responsabilidad del Estado.⁶⁷ El Estado de

⁶⁵ SALOMONI, Jorge Luis, *De nuevo sobre la Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la argentina*, Actualidad en el Derecho Público N°15-16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001

⁶⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 4ta edición, Tomo II, pág. 357

⁶⁷ DELPIAZZO, Carlos Eduardo, *Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de derecho*, Uruguay, Revista de Derecho Público, Año 24, Nro. 47, Julio 2015, pág. 27-48

derecho, implica que en sus cimientos se encuentre el principio de juridicidad y la procura del bien común, por lo cual, la responsabilidad es de la esencia del Estado de Derecho.⁶⁸

Primero, comienza a abrirse el camino con la admisión de la responsabilidad de los funcionarios y por último, no sin dificultades, comienza a admitirse la responsabilidad del Estado, a quien se lo ha mantenido todo lo posible bajo el amparo de la "inmunidad soberana".⁶⁹

En nuestro país, el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, comenzó, como ya hemos mencionado, siendo de base jurisprudencial, al carecer en sus orígenes de una regulación orgánica en la materia, con excepción de algunos supuestos especiales de responsabilidad.⁷⁰

Dicho reconocimiento de la responsabilidad en Argentina estuvo vinculado a la cuestión de la demandabilidad, en tanto la evolución jurisprudencial partió de un criterio doctrinario que negaba la posibilidad de demandar a la Nación. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación al interpretar el art. 116 de la Constitución de 1853, adoptó una postura restrictiva interpretando que solo se refería a los supuestos en los que la Nación actuará como parte actora, en virtud de su soberanía, por lo cual no podía ser demandada sin su expreso consentimiento.⁷¹

Salomoni afirma que en nuestro país el fundamento de la responsabilidad estatal es original y se basa en los antecedentes inmediatos de nuestra Carta Magna, en su propio texto normativo, en la primera legislación de la organización nacional y en el art. 1112 del Código Civil, que constituye una norma de derecho público, y que es anterior al sistema de responsabilidad del Estado establecido en Francia a partir del famoso *arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos, de fecha 8 de febrero de 1873. En dicho sentido, el citado autor alega que dicha originalidad se deriva de la alocución «servicio público», en cuanto introduce el concepto de falta de servicio que se aleja de la culpa, que además genera responsabilidad del Estado.⁷²

⁶⁸ REALI, Ramón Alberto - "El Estado de Derecho", en Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture (Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957), pág. 585 y ss. Citado en DELPIAZZO, Carlos Eduardo, *Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de derecho*, ob.cit.

⁶⁹ BIANCHI, Alberto, *Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado*. Revista La Ley, 1996-A-992, Cita Online: AR/DOC/9193/2001.

⁷⁰ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág.2

⁷¹ CSJN, Sesto, Vicente y otro c/ Gobierno Nacional., 1864, Fallos: 1:317; Gómez, Juan Carlos c/ Nación.1865, Fallos: 2:36

⁷² SALOMONI, Jorge Luis, *De nuevo sobre la Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la argentina*, Actualidad en el Derecho Público N°15-16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001

Continuando con la evolución de dicha admisión de la demandabilidad del Estado, nuestro máximo tribunal, luego difirió al Congreso Nacional el tratamiento y resolución de los reclamos indemnizatorios., que requerían la sanción de una ley en particular para cada caso.⁷³ En el año 1874 se dicta la Ley 675 que estableció la venia legislativa previa para poder demandar a la Nación. Dicha venia legislativa fue requerida hasta el año 1900 en que se sancionó la ley 3.952, la cual fue modificada en 1934 por la ley 11.634 de demandas civiles contra la Nación.

En dicha época, tanto la doctrina como la jurisprudencia, reconocían la responsabilidad del Estado, cuando actuaba como persona de derecho privado. No ocurría lo mismo, respecto de los actos que se denominan puros actos de autoridad o imperio, en cuanto actuaba como poder público, en virtud de su soberanía, por aplicación de la teoría de la “doble personalidad del Estado.”⁷⁴

Asimismo, la responsabilidad extracontractual por actos *jure gestione* era rechazada por una interpretación gramatical del art. 43 del Código velezano que luego fuera reformado en 1968, el cual establecía que las personas jurídicas no respondían por los actos ilícitos de sus representantes,⁷⁵ ya que sólo se aceptaba que las personas físicas podían cometer delitos o cuasidelitos, en la inteligencia que no cabía suponer que un ser abstracto pudiera incurrir en dolo o culpa.⁷⁶

Tal como mencionamos con anterioridad, originariamente la Corte había adoptado la tesis anglosajona de la infalibilidad del rey, la cual fue reemplazada a partir del año 1871, cuando entró en vigencia el Código Civil, por el principio consagratorio de la imposibilidad de atribuir a las personas jurídicas las consecuencias de la conducta de sus funcionarios, doctrina que fue sostenida hasta el año 1933.⁷⁷

En el mencionado año se dicta el trascendental fallo “Devoto”⁷⁸ en el cual la Corte elaboró una construcción pretoriana para admitir la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de una configuración de responsabilidad

⁷³ BEZZI, Ana María, *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires: El nuevo código contencioso administrativo. Cauce procesal y responsabilidad derecho ambiental*, Buenos Aires, RAP 2005, Año 28. Nro. 326, 1era Edición, ISSN: 1666-4108,

⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Sexta Edición, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1998 pág. 279

⁷⁵ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 16

⁷⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 281

⁷⁷ BOTASSI, Carlos Alfredo, CABRAL, Pablo y FLORES, Álvaro, *Responsabilidad del Estado, Derecho Administrativo: dominio público, responsabilidad estatal, proceso y procedimiento administrativo*, La Plata, Editorial de la Universidad de la Plata, 2017, Capítulo 4, pág.97

⁷⁸ C.S.J.N.” Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”, 1933, Fallos: 169:111

indirecta, aplicando los arts. 1109 y 1113 del Código velezano y sorteando la valla del art. 43 ya citado.⁷⁹

El Cimero vuelve a pronunciarse en el año 1938 en el caso “Ferrocaril Oeste”⁸⁰ afianzando el criterio del fallo mencionado anteriormente, sosteniendo que el art. 43 del Código Civil no resulta aplicable en los supuestos de responsabilidad estatal derivada de su actuación como poder público, invocando como factor de atribución la falta de servicio, prevista en el art. 1112 de dicho Código. Sostiene al respecto la Corte que dicho artículo regulaba la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones, aunque en dicho precedente también invoca el artículo 1113, por lo cual, seguía sosteniendo que se trataba de una responsabilidad indirecta.⁸¹

Dicho precedente, tal como se ha afirmado, tuvo el mérito de sentar las bases de una concepción publicista de la responsabilidad extracontractual fundada en el factor de atribución “falta de servicio” — la cual había sido desarrollada por la jurisprudencia administrativa francesa— que Corte extrae de la doctrina de los arts. 625 y 630 CC.⁸² En dicho fallo nuestro máximo tribunal sostuvo: “... *quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuada para llenar el fin que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del CC).....*”

En el año 1984 la Corte dicta el fallo “Vadell”⁸³, en el cual el Cimero admitió la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por haber emitido un certificado de dominio erróneo que había ocasionado los daños reclamados. A partir de dicho *leading case* la Corte basa el fundamento legal de la responsabilidad estatal en el art 1112 del Código Civil, prescindiendo del art 1113 del mismo cuerpo legal, en la inteligencia de que la responsabilidad del Estado por actos de sus órganos es siempre directa por falta de servicio. De esta manera, aplicando la teoría del órgano, interpretó que lo obrado por los agentes del Estado se le imputa al Estado mismo, no siendo sus agentes ni terceros ni representantes de la entidad pública en la que se desempeñan.⁸⁴

⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 281

⁸⁰ CSJN, F.C. Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, 1938, Fallos:182:5

⁸¹ PERRINO, Pablo Esteban, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 16

⁸² USLENGHI, Alejandro, *La responsabilidad por omisión*” en Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 99

⁸³ CSJN.” Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires s/daños y perjuicios”18/12/1984, Fallos:306:2030

⁸⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....* ob. cit.

Dicha norma, el art 1112 del Código Civil derogado ya citado, regulaba la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, siendo una norma de naturaleza pública y federal. La mencionada doctrina cataloga la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos ilícitos como una responsabilidad directa y objetiva, fundada en la noción de “falta de servicio”.⁸⁵

En razón de ello, dicha responsabilidad no requiere que el damnificado individualice al autor del daño, ya que la obligación de responder se va a imputar en cabeza del órgano estatal, ni tampoco resulta necesario acreditar la culpa del agente. Resulta suficiente con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad.⁸⁶

Tal como se ha dicho precedentemente, esta línea fue perfeccionada en precedentes posteriores a través de la recepción jurisprudencial de los restantes presupuestos que condicionan la responsabilidad, exigiendo la imputación material del hecho u omisión a un órgano estatal (lo que excluye el factor subjetivo de atribución) un daño cierto en el patrimonio del administrado y la relación de causalidad entre el hecho u omisión y el perjuicio⁸⁷

Como último paso en este desarrollo, se reconoce la responsabilidad estatal por omisión., recién en el año 1969 en el caso “Franck”⁸⁸ cuando se pronuncia la Corte condenando al Estado por omisión aunque con fundamento en otras normas del Código Civil.

Posteriormente, como mencionamos con anterioridad, fue admitiendo dicha responsabilidad, mediante un largo y sinuoso camino, con fundamento en la norma del art. 1112 del Código Civil, mediante el factor de atribución de carácter objetivo falta de servicio. La Corte ha establecido algunos parámetros para su configuración, que seguidamente se analizarán con mayor precisión, al considerar la doctrina que emana de dicho Tribunal.

I.b. Jurisdicción competente para legislar en materia de responsabilidad por omisión

Tal como sostuvimos precedentemente, teniendo en cuenta nuestra organización federal, la facultad de legislar en materia de responsabilidad del estado, compete a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ejercicio de su autonomía, en virtud de lo dispuesto en el art. 121 de nuestra Carta Magna, ya que las provincias

⁸⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, ídem nota anterior

⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, ídem nota 91

⁸⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, ídem nota 91

⁸⁸ CSJN, Franck, Roberto Ángel c/Provincia de Buenos Aires, 1969, Fallos: 275:35

conservan todo el poder no delegado a la Nación, siendo el derecho administrativo en nuestro país de naturaleza federal y local.⁸⁹

En razón de ello, uno de aquellos poderes no delegados por las provincias a la Nación es el relativo a la legislación en materia administrativa, pues según el art. 122 de la Constitución Nacional, las provincias, por no haber delegado el respectivo poder, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. En consecuencia, las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión analizada.⁹⁰

Dicha postura también emana de los pronunciamientos de nuestro máximo tribunal, fundamentalmente a partir de “Barreto”⁹¹, como ya señaláramos. Dicha pretensión se originó en la falta de servicio endilgada al personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, por la muerte de la hija de los actores, a consecuencia de disparos efectuados por agentes de dicha Policía en la vía pública en ejercicio de sus funciones.

El mencionado precedente resulta fundamental ya que, a partir de su dictado, la Corte modificó su criterio acerca de lo que debía entenderse por causa civil a los efectos de su competencia originaria. Con anterioridad a “Barreto”(Fallos:329:759) la Corte, fundamentalmente, a partir de “De Gandía”⁹² del año 1992, sostenía que los juicios de daños y perjuicios entablados por un particular contra una provincia en la que no estaba domiciliado (distinta vecindad), encuadraban en el concepto de “causa civil” en los términos del art. 24 inciso 1 del decreto ley 1285/58 correspondiendo su competencia originaria en caso de distinta vecindad de los litigantes conforme al art. 1117 de la Carta Magna.⁹³

A partir del ya mencionado precedente, el Cimero abandona dicho criterio, al resolver que los juicios de daños y perjuicios entablados contra una provincia por un vecino de otra no constituyen “causa civil”, aun cuando se invoquen normas del Código Civil como fundamento de la pretensión; por ese motivo, rechazó la competencia originaria del Tribunal en esos casos, derivándolos a los tribunales provinciales.⁹⁴

⁸⁹ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, SJA 30/8/2006, JA 2006-III-1141, Cita Lexis N° 0003/0127536 0003/012754

⁹⁰ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, ob.cit

⁹¹ CSJN, Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios, 21/03/2006, Fallos: 329:759-

⁹² CSJN, “De Gandía, Beatriz Isabel c/ Pcia. de Buenos Aires”, 06/10/1992, Fallos: 315:2309.

⁹³ LAGARDE, Fernando M. *La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales*, en Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 27

⁹⁴ LAGARDE, Fernando M. *La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales*, ob.cit, pág. 27

En “Barreto” el Címero sostuvo expresamente: *“Quedan excluidos del concepto de causa civil los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sgtes. de la Constitución Nacional”* (Barreto; Fallos: 329:759)

En dicho precedente, asimismo, también afirmó; *“... lo expuesto conduce necesariamente —a fin de resolver el caso— al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (...) interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema(...) no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (...) Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso...”* (Barreto; Fallos: 329:759)

En sentido coincidente, la mayoría de la doctrina administrativista afirma que la responsabilidad estatal, por tratarse de una materia de derecho público y local, debe ser regulada por la Nación y las provincias en sus respectivos ámbitos, pudiendo aplicarse el CC analógicamente, solo en ante ausencia de dicha regulación local.⁹⁵

⁹⁵ LAGARDE, Fernando M, ob.cit., pág. 21, quien cita en apoyo a dicha postura a CASSAGNE, Juan C., Curso de Derecho Administrativo, 10a ed. act. y amp., t. I, Bs. As., La Ley, 2011, págs. 392/393; ESCOLA, Héctor J., Compendio de Derecho Administrativo, vol. II, Bs. As., Depalma, 1984, p. 1118; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, 6a ed.act., Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, p. 716 y ss., COMADIRA, Julio Rodolfo (coord.); ESCOLA, Héctor J. (col.); Comadira, J. Pablo (act.), Curso de Derecho Administrativo, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, pág. 1571, entre otros. En sentido concordante: GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo A. ¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado? JA, 1996-IV- 795; HUTCHINSON, Tomás, *La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos en Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegetico*, Director Horacio Rosatti, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 285.

La postura adoptada por la Corte a partir del citado precedente “Barreto”, se condice con la reiterada doctrina de dicho tribunal, acerca del carácter autónomo del instituto y que la aplicación del CC se realiza únicamente por vía analógica, por lo cual, la viabilidad de una multiplicidad de regímenes regulatorios por las Provincias y la CABA resulta ser una consecuencia directa de la naturaleza local del derecho administrativo, que a su vez deriva del régimen constitucional federal.⁹⁶ (arts. 1, 121, 122, 124 y 129 CN).

El mencionado criterio fue el finalmente receptado en el CCCN y en la LNR, como hemos visto.

I.c. Concepto y caracteres

Canda ha definido a la responsabilidad por omisión de la siguiente manera: *“Existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido.”*⁹⁷ Destaca dicho autor, que, en dicha definición, es dable encontrar un elemento orgánico —el Estado omitente—, la imputabilidad de la omisión —en ejercicio de funciones propias—, la antijuridicidad —omisión ilegítima—, un nexo causal —la omisión de actos o hechos que hubieren sido idóneos para evitar el resultado— y, por cierto, el daño.⁹⁸ Dichos elementos serán analizados al referirnos seguidamente a los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad por omisión.

También se ha afirmado que existe responsabilidad por omisión en el ámbito del derecho administrativo, cuando un poder público, en ejercicio de alguna de las funciones estatales, omite la realización en forma total o adecuada de la conducta a la que se encontraba obligado y esta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas.⁹⁹ En dicho concepto se suma un nuevo presupuesto, que el actuar omitido generador de responsabilidad, hubiere sido fácticamente posible.

Tal como se ha sostenido precedentemente, la responsabilidad extracontractual del Estado puede ser tanto por acción o por omisión ilegítima. En virtud de las numerosas

⁹⁶ CICERO, Nidia K, *Regímenes provinciales de responsabilidad del Estado: ¿florece el federalismo?* La Ley, 07/07/2017, 1 - LA LEY2017-D, 778 - RCyS2017-VIII, 5 Cita: TR LALEY AR/DOC/1752/2017

⁹⁷ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 147

⁹⁸ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 147

⁹⁹ USLENGHI, Alejandro, *La responsabilidad por omisión, ob cit*, pág. 97

actividades que realiza el Estado como también las numerosas prestaciones que está obligado a brindar, resulta necesario delimitar cuando se está ante una omisión o inactividad que genera responsabilidad al Estado, en caso de causar un daño.

Una primera delimitación de dicha responsabilidad que puede efectuarse es que la misma se genera por una omisión por parte del Estado, es decir, cuando este no actúa, circunstancia que no debe ser confundido con el obrar irregular por parte del Estado, ya que debe tratarse de algo que el Estado no hizo ¹⁰⁰

Al respecto sostiene Goldenberg.: “...*jurídicamente "omitir" no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer la acción decretada* “ ¹⁰¹

En igual sentido se pronuncia Trigo Represas, quien sostiene que la omisión no se identifica con la inactividad, sino que encierra un concepto normativo, porque sólo tiene sentido cuando la inactividad se considera con referencia a una norma que imponía una determinada actividad. ¹⁰² Así concluye que la omisión cobra plena vigencia y sentido cuando se toma en consideración a la conducta de que se trata con referencia a una norma que establecía un obrar. ¹⁰³

Lorenzetti al respecto sostiene que. “...*nos encontramos con una conducta del sujeto que consiste en una abstención: no hace, no actúa. La contrariedad de su “no obrar” surge con lo que “debió hacer”. En el caso de los actos positivos o comisión, el sujeto hace algo que resulta prohibido; en la omisión, no hace lo que debió hacer. La estructura deóntica de la norma es distinta en un caso y en el otro: En la comisión, la norma contiene una prohibición. – en la omisión, la norma contiene un mandato, que no se cumple... ”.* ¹⁰⁴

En doctrina se han distinguido distintos tipos de omisiones que pueden acarrear responsabilidad. Así se distingue, como ya mencionamos, entre la inactividad formal, cuando la administración omite resolver en un procedimiento determinado y la inactividad material. ¹⁰⁵

¹⁰⁰ BARRAZA Javier Indalecio, Responsabilidad del Estado por omisión (Análisis cuali-cuantitativo) Revista de Derecho Administrativo 2019-123, 27/6/2019 cita Online AR/DOC/1332/2019

¹⁰¹ GOLDENBERG, Isidro. H.: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, 1984, págs. 200-201 citado en AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Pamplona, Thomsom Reuters, 2009, 3era edición, Capítulo IV, pág. 299

¹⁰² TRIGO REPRESAS, Félix A, Hecho ilícito por omisión, R. R. C. y S., La Ley, Buenos Aires, Año VIII, N° III, marzo de 2006, pág. 7

¹⁰³ TRIGO REPRESAS, Félix A, *Hecho ilícito por omisión*, ob.cit., pág. 8

¹⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, "Accidentes de tránsito-I", pág. 92

¹⁰⁵ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 164

Dentro de la inactividad material, a su vez se ha diferenciado entre la omisión simple y la comisión por omisión u omisión impropia. En la omisión simple el ilícito consiste en una omisión, una abstención, en estos casos lo punible es la omisión misma ¹⁰⁶ .

Dicha omisión simple implica que la autoridad estatal ha permanecido totalmente ajena al iter que concluye en el resultado dañoso, lo que implica que existe una ausencia total de actividad por parte del Estado, al cual se le imputa haber omitido actuar cuando correspondía hacerlo. ¹⁰⁷ En cambio, en la comisión por omisión, el autor no incurre en el ilícito por medio del actuar positivo, sino absteniéndose de hacer lo que se esperaba que hiciese. ¹⁰⁸ En dicho supuesto, la omisión en sí misma no es punible; lo es cuando de ella se ha hecho un medio para cometer la ilicitud. En este último supuesto, el Estado ha creado o contribuido con la situación de peligro, es decir, ha actuado, pero deficiente o insuficientemente. ¹⁰⁹

En el mismo sentido, Huici afirma que, actuar, no supone sólo hacer, sino también dejar de hacer aquello que podría ser realizado, por lo cual, no deberían existir diferencias entre la responsabilidad del Estado, ya sea que la misma se origine en una actividad positiva o en un no hacer. Por ello, sostiene que la cuestión radica en determinar cuándo existe la obligación de actuar --por parte del Estado-- transformándose en causa de su responsabilidad su abstención. ¹¹⁰

Atento lo expuesto, no cualquier omisión genera responsabilidad, sino tal como mencionamos con anterioridad, se llevaría la responsabilidad estatal a límites insospechados que excederán sus posibilidades presupuestarias, es por ello, que se ha exigido que dicha omisión sea de carácter antijurídico. ¹¹¹

Por ello, para que pueda sostenerse la existencia de responsabilidad del Estado por omisión, lo primero que debe establecerse con certeza, es, si existe o no una conducta jurídicamente exigible, por la que se pueda reclamar a la Administración ante el daño causalmente relacionado con la inacción (omisión antijurídica) de dicha conducta. Esa

¹⁰⁶ USLENGHI, Alejandro, *La responsabilidad por omisión*, ob cit, pág. 97

¹⁰⁷ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 164

¹⁰⁸ USLENGHI, Alejandro, *La responsabilidad por omisión*, ob cit, , pág. 97

¹⁰⁹ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 164

¹¹⁰ HUICI, Héctor, *La responsabilidad del Estado por omisión* Revista: La Ley 1993-D, 829, Cita: TR LALEY AR/DOC/9951/2001

¹¹¹ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 164

“conducta exigible” torna a su omisión en “antijurídica”. No puede haber antijuridicidad por omisión ilícita sin una conducta obligatoria que el Estado haya dejado de realizar y, como consecuencia de esta falta de acción, se haya producido, favorecido o creado las condiciones para la realización de un daño.¹¹²

Este aspecto, es el que ha generado diversas posturas doctrinarias, acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la misma y la caracterización de la antijuridicidad, que seguidamente se analizaran, cuya verificación por sí sola, sin embargo, no hace nacer el deber de indemnizar, si no se reúnen concurrentemente los otros requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria mencionados precedentemente¹¹³

Tal como sostuvimos con anterioridad, la responsabilidad estatal ha evolucionado como una responsabilidad directa y de carácter objetivo. En dicho ámbito se ha admitido la aplicación de las normas del Código Civil y se ha difundido la idea de sustituir el término “omisión” por el más amplio de “falta de servicio”, que establece un puente entre omisión, responsabilidad civil y servicio público.¹¹⁴

Como también hemos mencionado precedentemente, a fin de tener por configurada la existencia de una falta de servicio, no se evalúa la conducta de los agentes, sino la prestación del servicio, si la misma ha sido incorrecta e irregular, por lo cual no se requiere individualizar al agente o funcionario, ni demostrar la culpa o dolo del mismo. Ello implica que se elimina un análisis subjetivista sobre eventuales culpabilidades, que en su caso adquiere relevancia para demandar a los agentes estatales a quienes se imputa la autoría de la acción u omisión lesiva.¹¹⁵

Al respecto afirma Perrino, que el concepto de responsabilidad objetiva empleado no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho daños, ya que la responsabilidad por falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. En razón de ello, sostiene que el comportamiento desplegado por la Administración no es irrelevante para la configuración de la falta de servicio, ya que no basta con acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal para dar lugar al pago de una indemnización, sino que exige demostrar el anormal o irregular funcionamiento

¹¹²SÁ ZEICHEN, Gustavo, La responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración. El caso de los entes reguladores de servicios públicos, Revista de Derecho Administrativo, enero diciembre 1998, año 10, N° 27/29, Director Juan Carlos Cassagne, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 155 y ss.

¹¹³MERTEHIKIAN, Eduardo *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 2006. E-Book. ISBN 987-05-1256-9 capítulo IX, 1° Edición, pág. 191

¹¹⁴LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, "Accidentes de tránsito-I", pág. 91

¹¹⁵ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M., *Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar*, Revista La Ley, 10/09/2014, 6 – La Ley 2014, -E, 276, Cita: TR LALEY AR/DOC/3011/2014

de la Administración ¹¹⁶, a cuyo efecto se debe realizar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados¹¹⁷

Gambier señala que es el ejercicio irregular de servicio el que permite responsabilizar al Estado, ya sea por acción u omisión. Asimismo, considera que la omisión será antijurídica cuando haya sido razonable esperar que se actuara en un determinado sentido, en aquel que tienda a evitar los daños en la persona o bienes de los individuos, ¹¹⁸, debiendo en cada caso analizar el tipo de norma conculcada y muy especialmente la relación de causalidad entre la omisión y el daño. ¹¹⁹

Asimismo, tal como hemos precisado previamente, la responsabilidad estatal es directa, ya que no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por los actos y hechos de los funcionarios públicos.¹²⁰ Tal como ha sostenido la Corte a partir de “Vadell” (Fallos:306:2030), la imputación de la actividad de los órganos o funcionarios a la Administración se explica a través de la teoría del órgano, lo que implica que la actividad o inactividad desplegada por los agentes o funcionarios para realizar los fines de las entidades que integran, debe ser considerada propia de aquel, porque se trata de órganos de su actuación que lo integran institucionalmente, cuya pasividad puede coadyuvar a la causación física del daño por otros sujetos.¹²¹

I.d. Presupuestos para su procedencia

Sostiene Cassagne que, tratándose la responsabilidad por omisión, de una responsabilidad objetiva cuyo fundamento, radica en el principio de igualdad (extensivo a todo el ámbito de la responsabilidad estatal) se le aplican los requisitos generales que determinan la responsabilidad del Estado por acción, sobre la base de la noción de falta de servicio. ¹²².

En consecuencia, los presupuestos para que ocurra dicha responsabilidad son: a) la imputabilidad material de una omisión a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; b) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y

¹¹⁶ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, Revista La Ley, Cita Online: 0003/012753

¹¹⁷ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LA LEY 24/08/2011 • LA LEY 2011-E 7150

¹¹⁸ GAMBIER, Beltrán, “*Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia*”, LA LEY 1990-E-617, pág. 622

¹¹⁹ BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit

¹²⁰ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, ob cit

¹²¹ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, ob cit,

¹²² CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 301

obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio (ilegitimidad objetiva) o sea el incumplimiento derivado de una omisión; c) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado; d) la conexión causal entre la omisión y el daño.¹²³

Seguidamente se analizarán dichos presupuestos, deteniendo el análisis en aquellos que han generado mayores discrepancias, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, es decir, en el factor de atribución y la relación de causalidad, por presentar diferencias con las requeridas para la procedencia de la responsabilidad por actividad., los cuales analizaremos detalladamente por separado.

Sin perjuicio que algunos autores incluyen como presupuesto independiente la antijuridicidad,¹²⁴ la misma será analizada dentro del factor de atribución falta de servicio.

I.d.1) El daño

Entendido éste como la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales, es un requisito indispensable para que proceda la responsabilidad en general.¹²⁵ Es un elemento capital para la existencia de la responsabilidad¹²⁶. Asimismo, debe reunir ciertos caracteres: 1) puede ser actual o futuro, pero tiene que ser cierto, lo cual excluye los daños puramente eventuales 2) debe hallarse individualizado, 3) el derecho afectado puede ser tanto un derecho subjetivo como un interés legítimo 4) debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto al daño patrimonial estricto como al daño moral¹²⁷ 5) debe ser subsistente.¹²⁸

I.d.2) Imputación de la omisión

Tal como mencionamos, la responsabilidad estatal es siempre directa y objetiva. Conforme la doctrina y la jurisprudencia, para que nazca el deber de responder estatal, el perjuicio debe derivar del comportamiento de sujetos que estén integrados a la estructura del Estado, ya sea en su carácter de funcionarios públicos, o empleados, ya sea en el régimen administrativo o laboral, incluso cuando estén vinculados por un contrato

¹²³ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág 286; PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, ob.cit. GAMBIER Beltrán: *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, La Ley, t. 1990-E, págs. 622 y 623

¹²⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M., *Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar*, ob cit, SÁ ZEICHEN, Gustavo, *La responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración. El caso de los entes reguladores de servicios públicos*, ob, cit.

¹²⁵ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en *Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 181

¹²⁶ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág... 90

¹²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 28

¹²⁸ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, ob.cit.

o realicen una gestión de facto, y siempre que actúen dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones.¹²⁹

No existen discrepancias en cuanto la imputación al Estado de las omisiones de dichos sujetos integrados a la estructura estatal, imputación que resulta directa conforme ya dijimos de acuerdo a lo sostenido por la Corte Suprema a partir de “Vadell” (Fallos: 306:2030)

Todo ello, de acuerdo a como hemos sostenido, en virtud de la teoría del órgano, la cual, es, en definitiva, una teoría de imputación. Dicha teoría determina bajo qué circunstancias el acto u omisión de un agente público puede ser imputado al ente estatal en el que revista.¹³⁰ La mencionada teoría implica que, la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquél y no representantes ni mandatarios. Desde esa perspectiva, la persona física que expresa la "voluntad" del Estado subsume su voluntad psicológica en la orgánica, de modo que al actuar por y para la organización, en la cual se incrusta, permite que ésta, por su intermedio, actúe ella misma de modo directo. El órgano imputa, de esta manera, su actuación al Estado.¹³¹

I.d. 3) El factor de atribución

Por factor de atribución se entiende el fundamento o sustento que el orden jurídico toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado.¹³² Mediante esta figura se explica la razón por la que un determinado sujeto deberá soportar los efectos del daño producido.¹³³

Cassagne, por su parte, expresa: *"En el derecho público, el factor de atribución es el criterio focal que el ordenamiento o la jurisprudencia utilizan para imputar al Estado, en el plano axiológico o valorativo, un daño", al que califica como la pieza maestra de la teoría de la responsabilidad.*¹³⁴

¹²⁹ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág.49

¹³⁰ ROSATTI, Horacio, Director, *Ley 26944 de Responsabilidad del Estado*, Análisis crítico y exegético, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 1ra. Edición, págs.503/504

¹³¹ COMADIRA, Julio Rodolfo, *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, Principio de juricidad y responsabilidad del Estado*. Revista de Derecho, Montevideo, ISSN 1510-5172, ISSN-e 2301-1610, Año 2, N°. 3, 2003, pág. 16.

¹³² COMPANUCCI DE CASO, Rubén H, Fundamentos de la Responsabilidad civil. Culpa y riesgo, A.A.V.V. Derecho de daños, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 57 citado en PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. ob cit*, pág 85

¹³³ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. ob cit*, pág. 85

¹³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima*, EBOOK-TR 2022 (Trigo Represas), 503, TR LALEY AR/DOC/104/202

Los factores de atribución determinan la existencia o no de la responsabilidad ¹³⁵ y como hemos visto pueden ser subjetivos y objetivos. Conforme al art. 1722 del Código Civil y Comercial de la Nación: " *el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.* "

Hemos mencionado anteriormente, que en la evolución operada en nuestro derecho público en materia de responsabilidad estatal se abandonó la culpa civilista como factor de atribución, lo cual condujo al establecimiento de una responsabilidad directa y objetiva, que en el caso de responsabilidad por omisión ilegítima responde al factor de atribución falta de servicio, por el incumplimiento irregular de las obligaciones y deberes de los agentes públicos en el derecho argentino (art. 1112 CC). ¹³⁶ En cualquier caso, la culpa ha quedado circunscripta a la llamada falta personal del agente público, pero no concurre para determinar la responsabilidad estatal. ¹³⁷

Siguiendo al distinguido profesor Cassagne y como mencionamos con anterioridad, la antijuricidad se encuentra englobada dentro del factor de atribución ¹³⁸ razón por la cual no será analizada como presupuesto independiente.

Ello no impide, desde luego, que el juicio sobre la responsabilidad repose en estándares de diligencia que se midan de acuerdo con criterios objetivos genéricos que no penetran en el análisis de la conducta subjetiva del agente público para formular el reproche culpabilístico. ¹³⁹ Señala al respecto Rivero que todo servicio tiene un cierto nivel medio variable según su finalidad y las circunstancias, y la falta se configura debajo de ese nivel. La falta de servicio es una deficiencia o falla en el funcionamiento del servicio administrativo, que resulta imputable a la Administración, pero no a los agentes en forma personal. En algunos casos la jurisprudencia francesa ha distinguido la "falta de servicio" (relacionada con la conducta individual del agente) de la "falta del servicio" (anónima y colectiva). ¹⁴⁰

¹³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima*, ob.cit.

¹³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)*, Revista La Ley 2009-F,1226, TR LALEY AR/DOC/3651/2009

¹³⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima*, EBOOK-TR 2022 (Trigo Represas), 503, TR LALEY AR/DOC/104/202

¹³⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)*, ob.cit.

¹³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)*, ob.cit.

¹⁴⁰ RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, Paris, 1977, última edición, pág. 275, citado en SESIN, Domingo, *La responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba*, Revista RAP 426, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2005 Ediciones Rap, pág.539

En el mismo sentido, la noción de “falta” significa relacionar el estándar del servicio que debió ser prestado, en virtud de las normas que lo rigen, o las conductas típicas que definen un servicio “normal”, y el que efectivamente se prestó, lo cual constituye una noción empírica ¹⁴¹

En razón de lo expuesto, la falta de servicio, resultar ser el factor de atribución de la responsabilidad por omisión, siendo dicha atribución objetiva, a diferencia de la del derecho común, no siendo necesario demostrar la culpa del agente. Por ende, la imputación es directa y la atribución es objetiva. ¹⁴²

En sentido concordante, se pronuncia Marienhoff, para quien la responsabilidad emergente del hecho o del acto de omisión o abstención es objetiva, “...puesto que toma esencialmente en cuenta el incumplimiento del expresado deber, con prescindencia de la culpa” ¹⁴³

Coincide con dicha postura, Perrino, quien sostiene que la falta de servicio, como factor de atribución, se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, y se puede producir tanto por acción como por omisión, y se sustenta en el art. 1112 CC. ¹⁴⁴

En forma contraria se pronuncia Mertehikian para quien el art. 1074 CC forma parte de un sistema de responsabilidad basado predominantemente en un criterio de atribución subjetiva. ¹⁴⁵ En sentido concordante, se pronuncia Bandeira de Mello. ¹⁴⁶

Tal como se ha sostenido precedentemente, el principal factor de atribución que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es la falta de servicio. Conforme a Cassagne, el Estado responderá siempre que exista una falta de servicio determinada por no cumplir de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio. Dicho concepto —que denomina ilegitimidad objetiva— traduce la disconformidad del acto o del hecho con el ordenamiento jurídico administrativo,

¹⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, “Accidentes de tránsito-I”, pág. 91

¹⁴² ABERASTURY, Pedro, *La responsabilidad del Estado por omisión-en el ejercicio del poder de policía*-Jurisprudencia Argentina Número: 1918-2016 (1 a 2016-III)(Revista (serie I), pág. 6-7

¹⁴³ MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud ‘omisiva’ en el ámbito del Derecho Público*. ED, 169, 1996. pág. 1107

¹⁴⁴ PERRINO, Pablo E, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LA LEY 24/08/2011 • LA LEY 2011-E 7150

¹⁴⁵ MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema* “ob. cit.”, pág. 274

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Unsta, 1982, pág. 118, citado en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, “Accidentes de tránsito-I”, pág. 94-95

incluyendo en el mismo los principios generales del derecho administrativo.¹⁴⁷ El mencionado factor de atribución, sostiene,

constituye una noción que hemos adoptado del derecho francés, de contornos imprecisos y susceptibles de múltiples interpretaciones.¹⁴⁸

En razón de ello, por tratarse en este caso de una omisión y no de una actividad, la clave para determinar la falta de servicio, tal como sostiene Cassagne, constituye en que se configure una omisión antijurídica, la cual seguidamente analizaremos.¹⁴⁹

I.d 3) a. La configuración de la omisión antijurídica. El principio de razonabilidad.

Tal como adelantamos, la clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila, sólo, cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares.¹⁵⁰ Para Cassagne la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074 CC), incumplimiento que pueda hallarse impuesto también por otras fuentes jurídicas (v.gr. la costumbre y los principios generales del derecho)¹⁵¹

Además, sostiene dicho autor, que para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea de un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa, es decir, en definitiva, de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aun cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales¹⁵²

Al respecto señala Lorenzetti que el problema radica en establecer cuando estamos ante una obligación jurídica determinada, es decir, en qué medida el ordenamiento jurídico prescribe que debe ser cumplido. Por lo cual, afirma que para efectuar el juicio de ilicitud por omisión se debe: – Identificar una abstención respecto de un mandato; – precisar el mandato incumplido recurriendo a un juicio de antijuridicidad material, basándonos en la ley y en el ordenamiento jurídico en general– establecer la medida en que el ordenamiento juzga que debe ser cumplido.¹⁵³

¹⁴⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 283

¹⁴⁸ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág... 90

¹⁴⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 287-288

¹⁵⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 283

¹⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 283

¹⁵² CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 283

¹⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, "Accidentes de tránsito-I", pág. 94-95

Concordantemente, Perrino y Hutchinson, arguyen que para se configure la omisión antijurídica deben reunirse tres condiciones, a saber: i) que normativamente se haya impuesto una obligación concreta de obrar ii) el incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa; iii) que la actividad que la Administración omitió desarrollar haya sido materialmente posible. Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. ¹⁵⁴

Asimismo, Perrino indica que, 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.) como también derivar de principios generales del derecho, entre los cuales resultan relevantes en la responsabilidad estatal omisiva, los principios de razonabilidad y de no dañar a otro con fundamento constitucional. En razón de lo cual, sostiene que 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. ¹⁵⁵

En el mismo sentido el profesor Marienhoff sostiene que “...*El hecho omisivo, interesará al derecho en tanto constituya un deber jurídico que el sujeto omiso debió cumplir...*” Así sostuvo expresamente que “*la obligación legal -diríase al deber jurídico- de cumplir el hecho omitido puede estar expresa o implícitamente establecida. Todo depende de las circunstancias del caso concreto. Pero la obligación legal, el deber jurídico, aun la obligación implícita, debe resultar o aparecer, sin duda alguna, plenamente fundada en la razón, en el buen sentido*” ¹⁵⁶

En consecuencia, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, resulta necesario efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, 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. ¹⁵⁷ Al respecto, sostiene Perrino que la razonabilidad de la actuación conlleva a

¹⁵⁴ HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos ob cit*, pág. 107; PERRINO, Pablo E, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LA LEY 24/08/2011 • LA LEY 2011-E 7150

¹⁵⁵ PERRINO, Pablo E, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LA LEY 24/08/2011 • LA LEY 2011-E 7150

¹⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud 'omisiva' en el ámbito del Derecho Público*, ED, 169, 1996. pág. 1094

¹⁵⁷ PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia" LL 24-VIII-2011, 1. LL 2011-E, 7

ponderar, en cada supuesto en particular, el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa (que seguidamente analizaremos), los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles), como también los llamados estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño.¹⁵⁸ El examen de todas estas cuestiones debe hacerse, necesariamente, desde la perspectiva de la razonabilidad¹⁵⁹

En dicho sentido afirma Perrino expresamente: “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. 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.” Para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Se requiere, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa 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, lo cual es a todas luces inadmisibles¹⁶⁰

Por lo cual, tratándose de responsabilidad por omisión, lo primero que deberá acreditarse es la existencia de tal omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido.¹⁶¹

Al respecto la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en su famoso voto en la causa “Torres”¹⁶² sostuvo que: “Dentro de la órbita extracontractual, el Estado puede estar obligado a responder tanto por su actividad lícita, como por su accionar ilícito... En consecuencia, la procedencia o no de la acción, deducida, depende sustancialmente de

¹⁵⁸ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LL 24-VIII-2011, 1. LL 2011-E, 7

¹⁵⁹ HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca: *Responsabilidad del Estado administrador por actividad [hechos o actos] y por omisión ilícita*, en “XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado”, RAP, n° 326, nov. 2005, pág. 246

¹⁶⁰ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LL 24-VIII-2011, 1. LL 2011-E, 7

¹⁶¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud ‘omisiva’ en el ámbito del Derecho Público*, ED, 169, 1996. págs. 1106-1107

¹⁶² Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, S.C. Mendoza, sent. del 4-IV-1989, “La Ley”, t. 1989-C, pág. 518,

la existencia o no de una omisión antijurídica, dado que en la órbita en que nos encontramos la antijuridicidad es el primer presupuesto inexcusable del deber de responder. "

Asimismo, seguidamente en dicho voto afirma expresamente: *"Tengo comprometida opinión en el sentido que la norma transcrita (art 1074 CC) sólo comprende los ilícitos por omisión simple (como es el que se imputa al Estado en esta causa) y no a los de comisión por omisión, Sostiene, además, en dicha causa citando a Giovanni Duni¹⁶³ "... Que el ilícito omisivo no puede responder a un principio amplísimo, cual es el del 'neminem laedere', pero esto no significa que se requiera una omisión típica, a la manera del delito penal. Lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar; esa obligación, no es menester que sea expresa, sino que basta con que se den tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; así por ej., cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas, los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester un análisis cuantitativo. b) La necesidad material de actuar para tutelar dicho interés. c) La proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar. Ello implica que no requiere de una norma expresa el deber de actuación estatal, pero que tampoco puede fundarse en un principio amplísimo como el de no dañar a otro, brindando pautas para limitar la obligación de responder del estado por sus omisiones. "*

Cabe destacar que las pautas mencionadas precedentemente fueron receptadas en la ley de responsabilidad de la Provincia de Mendoza.¹⁶⁴

En "Torres"¹⁶⁵ la Corte Suprema de Mendoza hizo lugar al recurso interpuesto por la provincia demandada, rechazando la demanda que había sido acogida en las instancias anteriores. En la mencionada causa el actor Francisco Torres había demandado a la citada provincia, reclamando daños y perjuicios debido a las inundaciones que destruyeron sus plantíos, en virtud de una gran crecida en el año 1981, que había destruido las defensas aluvionales construidas por la citada provincia.

¹⁶³ DUNI, Giovanni, 'Lo stato e la responsabilita patrimoniale', Milano, Ed. Guiffre, Milano, 1986, pág. 55 y sigtes.; citado en el fallo "Torres" citado en nota anterior.

¹⁶⁴ El art. 8° de la ley 8968 de Mendoza expresamente establece: *"Falta de servicio por omisión. La omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de una obligación de actuación determinada normativamente y de manera expresa; o de deberes indeterminados, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativa o cuantitativamente; b) Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar."*

¹⁶⁵ Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", ya citado nota 162.

Para así decidir en su voto la mencionada jurista sostuvo en lo sustancial que no existía en el caso omisión antijurídica que sustentara la responsabilidad de la provincia demandada, en razón de la inexistencia, tanto en la Constitución de la Provincia como en la legislación en general, de norma legal expresa de la que surja la garantía (ni la obligación) de realizar las obras de defensa aluvionales precitadas¹⁶⁶. Sin perjuicio de ello, tal como mencionamos, sostuvo que la inexistencia de norma expresa no sería óbice para el reconocimiento de dicha responsabilidad si se dieran algunos de los presupuestos mencionados precedentemente.

En dicho sentido, en el voto citado se sostiene que en dicho caso se cumple sólo con el segundo de los presupuestos ya reseñados, en virtud de surgir evidente que la construcción por parte de la provincia de obras de defensa contra los aluviones resultan necesarias para proteger los bienes de los habitantes de la Provincia, ya que el 70 % del territorio se encuentra desprotegido contra esta clase de fenómenos climáticos.¹⁶⁷

En relación a los restantes presupuestos, y tal como sostiene Cassagne, resulta harto interesante todo el razonamiento tendiente a demostrar que en el supuesto examinado no se está ante un interés jurídicamente cualitativo o cuantitativamente relevante, ni tampoco que existe una adecuada proporción entre el sacrificio general que traduce la actuación del Estado y la utilidad que reporta su accionar, toda vez que la realización de las obras resultaba más gravosa que el valor de los bienes que tutelaría.¹⁶⁸

Concluye en su voto, la mencionada jurista, que ante la falta de norma expresa que obligue a la Provincia y resultando el conflicto de intereses exclusivamente patrimonial, el actor debió haber acreditado que la omisión era abusiva, o en su caso, la inexactitud de la incidencia económica de las obras en el presupuesto provincial, como lo sostuvo la demandada.

Se ha señalado que los criterios esgrimidos en el fallo citado y receptados por la ley de responsabilidad de la provincia de Mendoza, parecen dar mayor laxitud a la necesidad de que una norma especifique obligaciones en forma concreta para fundamentar la responsabilidad por omisión, cuando el interés relevante es un derecho fundamental inmaterial o extra patrimonial (la vida, la salud, etc.). Lo contrario, ocurre cuando se trate de un interés exclusivamente patrimonial, caso en el que más clara y precisa debe ser la norma que establece deberes a cargo del Estado, lo que se relaciona con el tercer presupuesto que exige un juicio de proporcionalidad entre el sacrificio de actuar y la

¹⁶⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado por omisión*, Revista La Ley 1989-C, 512, - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1007.

¹⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado por omisión*, ob. cit.

¹⁶⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado por omisión*, ob. cit.

utilidad que se consigue. En dicha inteligencia, la prevención de un daño material permite un cálculo económico, lo cual no es posible al hablar de ciertos derechos fundamentales.¹⁶⁹

En sentido semejante, Comadira y Canda puntualizan que el Estado debe responder 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 obtiene.¹⁷⁰

Tal como hemos sostenido con anterioridad, el Estado solo responderá siempre que se trata de una omisión ilícita o antijurídica, ya que la misma importa un apartamiento o violación de un deber normativo, que puede estar expresa o implícitamente establecida (art. 1074 del Cód. Civil);¹⁷¹

En razón de lo antedicho, no se requiere una norma específica, concreta y determinada que imponga un deber de actuar que en el caso concreto se ha omitido, 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 omitido.¹⁷² Así, el análisis de la conducta estatal debe integrarse, necesariamente, con la razonabilidad de la actuación estatal que se espera para evitar el daño, merituando también la prevalencia de los bienes jurídicos en juego, lo que debe también prevalecer por sobre lo formal, el texto positivo de la norma.¹⁷³ No obstante ello, también se ha afirmado, que la omisión si bien, principalmente, resulta antijurídica por la ilicitud, también podría serlo por resultar abusiva, fundada en art. 1071 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield.¹⁷⁴

I.d.3) b. Omisión abusiva

¹⁶⁹ BOULIN VICTORIA, Ignacio A, *Nuevos perfiles de la responsabilidad del Estado por omisión*, LL Gran Cuyo 2011 (febrero), 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/150/2011

¹⁷⁰ CANDA, Fabián O. y COMADIRA, Julio R., *Responsabilidad del Estado por omisión (Actos inter 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/ Estado Nacional", 6.6.95, La Ley 1996-A6

¹⁷¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte*, en "XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado", RAP, n° 326, nov. 2005, pág. 75, MARIENHOFF, Miguel S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud 'omisiva' en el ámbito del Derecho Público*, ob.cit, pág. 1098

¹⁷² SALVATELLI, Ana, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit, pág.7

¹⁷³ SALVATELLI, Ana, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit, pág. 7, RASCHETTI, Franco, *Valoración crítica de la responsabilidad del Estado de la Provincia de Entre Ríos, Algunos desaciertos de la novel normativa*, El Dial, Albrematica S.A.06/5/201 Cita: elDial DC275A

¹⁷⁴ HUICI Héctor M.: *La responsabilidad del Estado por omisión*, La Ley, 1993-0, pág. 833 y 853; Asimismo, hace referencia a la omisión abusiva Kemelmajer de Carlucci, en su voto en la causa "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", S.C. Mendoza, sent. del 4-IV-1989, "La Ley", t. 1989-C, pág. 518,

La reforma introducida al Código Civil entonces vigente, por la ley 17.711 introdujo la norma del art. 1071 que receptó la figura del abuso del derecho, el cual expresamente establecía:” *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.*”

La prestigiosa jurista Kemelmajer de Carlucci sostiene al respecto que toda persona tiene derecho a abstenerse, pero cuando su actitud excede en mucho los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071), ya no existirá un ejercicio regular de ese derecho o libertad. Dicha doctrinaria afirma que amplía el campo de la responsabilidad extracontractual, debiendo estudiarse en qué medida esa conducta irregularmente cumplida ha contribuido a agravar el daño. ¹⁷⁵ Así también lo afirmó en su voto en la causa “Torres” ¹⁷⁶ al sostener expresamente que: “*Frente a la inexistencia de norma expresa, el conflicto de intereses de igual naturaleza, y la órbita extracontractual en que nos movemos entiendo que el actor debió acreditar que la omisión era abusiva, o en su caso la inexactitud de las repercusiones económicas invocadas por la demandada.*”

Así las cosas, para que la omisión sea motivo de ulterior reparación basta con que resulte contraria al ordenamiento jurídico por abusiva (violación de la buena fe o de la moral) o por ser lesiva al principio de la solidaridad social. En dicho sentido, se ha afirmado que el ordenamiento jurídico no exige sacrificios superlativos, ni actos extraordinarios, pero si se está en cambio obligado a realizar todo aquello que sin riesgo personal o patrimonial alguno, pueda evitar un daño a otros. ¹⁷⁷

I.d. 3) c. El deber de actuar de la Administración El principio de competencia

Recapitulando, entonces, podemos decir, que lo fundamental para que se configure una omisión antijurídica, es que se den tres condiciones;

En primer lugar, debe existir un deber de actuar de la administración. Nos explayaremos seguidamente con más profundidad sobre este aspecto.

En segundo lugar, debe existir una inactividad de la administración, concretamente la falta de cumplimiento de un deber de obrar¹⁷⁸

¹⁷⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, pág. 92 y s., Comentario al art. 1074

¹⁷⁶ Hace referencia a la omisión abusiva Kemelmajer de Carlucci, en su voto en la causa "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", S.C. Mendoza, sent. del 4-IV-1989, "La Ley", t. 1989-C, pág. 518,

¹⁷⁷ ACUÑA ANZORENA, Arturo: *La culpa por omisión y abuso del derecho*, en "Estudios sobre la responsabilidad civil", Editora Platense, La Plata, 1963, págs. 122-123 citado en QUIROS, Pablo O, ob cit

¹⁷⁸ AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Pamplona, Thomson Reuters, 2009, 3era edición, Capítulo IV, pág. 309

Por último, la actividad debida debe ser materialmente posible, o dicho con otras palabras, que no estemos ante un deber de hacer jurídicamente imposible, lo cual constituirá un caso fortuito¹⁷⁹, teniéndose para eso en cuenta los medios con los que se cuenta para su ejecución.¹⁸⁰ La Administración debe haber podido evitar la producción del daño, debe haber tenido la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa.¹⁸¹

Por lo tanto, como ya dijimos, ante un caso del que puede sostenerse la existencia de responsabilidad del Estado por omisión, lo primero que debe establecerse con certeza es si existe o no una conducta jurídicamente exigible, por la que se pueda reclamar a la Administración ante el daño causalmente relacionado con la inacción (omisión antijurídica) de dicha conducta.¹⁸²

Para que el hecho omisivo genere responsabilidad debe implicar la violación de un deber jurídico, siendo sólo responsable quien, por una disposición del ordenamiento, está obligado a cumplir con el hecho omitido, lo cual se traduce en la exigencia de que el Estado se encuentre en una situación en la que está obligado a actuar. Entendiéndose por tal, no sólo lo 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.¹⁸³

Asimismo, señalamos que la omisión puede ser antijurídica tanto por ilicitud –en el sentido señalado- como de igual manera por ser abusiva. La conducta puede violar una ley que expresamente la prohíba, o bien una norma que se pueda deducir de los principios generales del Derecho, de un estándar (buena fe), de la costumbre o de otra fuente de Derecho.¹⁸⁴

Dicha omisión antijurídica, como mencionamos con anterioridad, encuadra en el factor de atribución falta de servicio. En razón de ello, resulta necesario analizar, en cada

¹⁷⁹ AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, ob cit, pág. 310

¹⁸⁰ SÁ ZEICHEN, Gustavo, *La responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración. El caso de los entes reguladores de servicios públicos*, ob cit

¹⁸¹ SARMIENTO GARCIA, Jorge, *Existen reglas comunes a la responsabilidad patrimonial pública del Estado y de sus agentes y a la de los particulares*, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado I, 1era Edición, enero de 2015, Directores Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, págs. 31/85

¹⁸² AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, ob cit, pág. 310

¹⁸³ HUICI Héctor M., *La responsabilidad del Estado por omisión*, "La Ley", 1993-0, págs. 833 y 853; Asimismo, hace referencia a la omisión abusiva Kemelmajer de Carlucci, en su voto en la causa "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", S.C. Mendoza, sent. del 4-IV-1989, "La Ley", t. 1989-C, pág. 518,

¹⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, "Accidentes de tránsito-I", pág. 92

caso concreto, hasta qué punto no se ha cumplido sino de un modo irregular los deberes legales. Ahora bien, como afirma Gambier, “esta *“omisión antijurídica” no se configura con el solo incumplimiento de una norma legal, incluso aunque ésta sea de rango constitucional. Habrá que analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño.* “ ¹⁸⁵

Canda, afirma, en relación a ello, que, encontrándose la Administración sometida al principio de juridicidad, la misma solo puede hacer aquello que la Constitución, la ley o el reglamento le autorizan en la norma atributiva de la competencia. Por lo cual, opina que solo puede imputarse a la administración una omisión antijurídica, cuando exista una inactividad estatal respecto de una actividad que el Estado debió prestar teniendo en cuenta la norma atributiva de competencia y lo que surja implícito de la misma en virtud del principio de especialidad. ¹⁸⁶

En consecuencia, conforme al citado autor, para que exista responsabilidad por omisión, el no hacer debe vincularse con el ejercicio de la función administrativa, la omisión es imputable al Estado cuando éste no cumplió con una actividad propia de su función. ¹⁸⁷

En cuanto a los deberes de actuación, asevera Canda que si el mismo no surge de modo expreso de la norma atributiva de la competencia, habrá que determinar si dicho deber no surge de modo razonablemente implícito, teniendo en cuenta la finalidad para la cual fue creado el órgano –especialidad– y considerando, dadas las particulares circunstancias del caso, si debió actuar en salvaguarda de aquella finalidad que estuvo presente en su creación. ¹⁸⁸ En el mismo sentido, cabe destacar que como mencionamos precedentemente, el deber de actuar conecta con el carácter irrenunciable de las competencias administrativas, que implica la obligación jurídica de ejercitarlas cuando se presenta el supuesto de hecho contemplado por las normas que las regulan. Si se produce la omisión de ese deber, y de tal omisión resulta la lesión de un derecho o de un bien jurídico protegido de un ciudadano concreto, o de un grupo de ellos, la Administración deberá reparar la lesión ocasionada. ¹⁸⁹

¹⁸⁵ GAMBIER, Beltrán, ob cit,

¹⁸⁶ CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008, pág. 160

¹⁸⁷ CANDA, Fabián O, ídem nota anterior.

¹⁸⁸ CANDA, Fabián O, íbidem nota anterior, pág. 151

¹⁸⁹ AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, ob cit, pág. 298

A diferencia de los particulares –artículo 19, CN–, el Estado sólo puede hacer aquello que el ordenamiento jurídico le autoriza. Es decir, no rige respecto al Estado el principio de libertad ontológica, por el cual, según el cual está permitido todo lo no prohibido. La vinculación con el ordenamiento jurídico para los particulares es negativa a diferencia del vínculo entre el ordenamiento jurídico y el Estado, que es positivo, ya que a sólo puede hacer aquello que la Constitución, la ley o el reglamento le autorizan en la norma atributiva de la competencia ¹⁹⁰ En razón de ello, tal como afirma Canda, para acreditar la responsabilidad por omisión simple, quien la invoque deberá demostrar cuál es el deber incumplido por la Administración, en razón de una norma que se lo imponía expresa o implícitamente. ¹⁹¹

Por lo cual, el deber de actuación infringido que genera responsabilidad no requiere necesariamente tener su fuente expresa en el ordenamiento jurídico, sino que el mismo puede inferirse de los fines o misiones que el legislador ha atribuido al sujeto administrativo. ¹⁹²

La competencia puede ser definida como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal. ¹⁹³

Se trata de un elemento reglado y regido por las normas de organización del órgano o ente e implica la *“atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del Derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se lo dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma –y sólo en ellos– de acuerdo con el procedimiento en cada caso establecido, lo que, por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular”*. ¹⁹⁴

En dicho sentido, se ha sostenido que el alcance de la competencia de un órgano o ente estatal debe determinarse sobre la base de los siguientes elementos: en primer lugar, el texto expreso de la norma que la regule; en segundo lugar, el contenido razonablemente implícito inferible de ese texto expreso y, en tercer término, los poderes inherentes

¹⁹⁰ CANDA, Fabián O, CANDA, Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* ob cit, pág. 150

¹⁹¹ CANDA, Fabián O, CANDA, Fabián, ídem nota anterior, pág. 164

¹⁹² PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, Revista La Ley, 24/08/2011

¹⁹³ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág. 132

¹⁹⁴ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, *Los fines de interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida de control jurídicos*, Madrid, Revista de Administración Pública N° 85, enero-febrero 1978, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 151 citado en MONTI, Laura M. *La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa*, Libro Organización administrativa, función pública y dominio público, Ediciones Rap, 2005, pág. 113 Id SAIJ: DAF140329

derivables de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate, interpretados, los dos últimos elementos, a la luz del principio de la especialidad,¹⁹⁵ De modo que si no ejerce su competencia, podría, eventualmente, configurarse un supuesto de responsabilidad estatal ilegítima por omisión, sin perjuicio de las concurrentes responsabilidades políticas, administrativas, disciplinarias, patrimoniales y, en su caso, penales de los funcionarios pertinentes¹⁹⁶

El Artículo 3° de la ley 19.549, conforme sostiene Monti lo engloba en su aspecto aparentemente estático, como principio de la organización administrativa, y establece algunos de sus caracteres, al disponer: *“La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia (carácter objetivo). Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente (carácter obligatorio) y es improrrogable (carácter de improrrogabilidad), a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario”* (excepciones a la improrrogabilidad de la competencia)¹⁹⁷

La competencia resulta irrenunciable, es decir, cuando el derecho positivo atribuye poderes, facultades y competencias a los organismos estatales le impone como regla general su ejercicio, sin que la administración pueda optar por la inacción. En razón de ello, el no uso, injustificado, de las potestades públicas por parte de quienes las tienen atribuidas, constituye una irregularidad por las que –bajo determinadas condiciones- debe tener que responder¹⁹⁸ Al fin y al cabo, 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. Dicho deber de adoptar una conducta positiva, puede derivar de una asunción voluntaria del órgano a través 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. Empero, a su vez, puede surgir también ese deber de actuar, como vimos, de la Constitución, las leyes, decretos, resoluciones, etc. que -al atribuir potestades políticas y competencias

¹⁹⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo, Laura Monti (colaboradora) *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, CABA, La Ley, 2002, 1ra edición, pág. 156

¹⁹⁶ COMADIRA, Julio Rodolfo, *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, Principio de juricidad y responsabilidad del Estado*.ob cit, pág. 14

¹⁹⁷ BOTASSI, Carlos Alfredo, CABRAL, Pablo y FLORES, Álvaro, ob cit, pág.187

¹⁹⁸ BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit

administrativas- obligan a la Administración a adoptar medidas concretas de realización.¹⁹⁹

Afirma Botassi señalando expresamente que *“Frente a la estática de la potestad o competencia aparece la dinámica de la actuación material debida. 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, 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.”*²⁰⁰

I.d.3) d. Los tipos de deberes omitidos

La otra cuestión que surge del análisis de la responsabilidad estatal por omisión es acerca del distinto alcance de los deberes de la Administración., que el ordenamiento jurídico ha puesto en su cabeza, ya que, en algunos casos, dichos deberes son genéricos o difusos en otros son precisos y determinados.²⁰¹

Al respecto se ha sostenido respecto a los deberes impuestos al órgano o ente estatal que deben surgir tanto de la ley como de los costumbre y los principios generales del derecho, y que no se requiere, indefectiblemente que los mismos sean concretos y determinados, pudiendo incluso admitirse un deber genérico, lo cual obedece a la particularidad de las normas que deben ser generales, impersonales, abstractas y objetivas.²⁰²

Zavala de González, sostiene, sin embargo, que la responsabilidad estatal por omisión se circunscribe a supuestos antijurídicos de inactividad, sin expandirse a la pasividad ante cualquier peligro En razón de ello, afirma que resulta insuficiente una obligación genérica de actuar; es menester que se asocie a una situación específica que

¹⁹⁹ BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit

²⁰⁰ BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit

²⁰¹ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, Revista La Ley, 24/08/2011

²⁰² BARRAZA, Javier Indalecio, *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit.

en concreto torna exigible aquel deber. Ello no puede entenderse como enumeración legal casuística, ni exhaustiva, de pasos puntuales que los agentes estatales deben seguir ante una situación de riesgo evitable.²⁰³

Como señalaremos al analizar el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal, y mencionamos anteriormente, con relación a la responsabilidad del Estado por omisiones antijurídicas a deberes legales implícitos o indeterminados, se ha sostenido que en dichos supuestos, cobra importancia —por su amplitud protectoria— el deber estatal de respetar y asegurar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución Nacional. En razón de ello, de dicho deber se deriva la obligación del Estado de actuar para asegurar el libre ejercicio de los derechos humanos. Y omitir tal actuar importa un incumplimiento que cuando lesiona alguno de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y/o en la Carta Magna genera la obligación del Estado de resarcir los daños ocasionados.²⁰⁴

Tal como veremos al analizar la jurisprudencia tanto nacional como de la Provincia de Buenos Aires, muchos de los casos en que se imputa responsabilidad al Estado por omisión surgen del ejercicio del poder de policía, Dicho poder de policía constituye un atributo irrenunciable del Estado instituido para preservar el bien común.²⁰⁵ En nuestro sistema constitucional el poder de policía es local -provincial-, por ser uno de los poderes no delegados.²⁰⁶

El poder de policía ha sido conceptualizado como un servicio y como tal pretende asegurar el orden público, garantizar la seguridad de las personas, la integridad física y moral, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva²⁰⁷. Fiorini sostiene que es la función que tiene el Estado, en aras de la convivencia, del respeto de los derechos humanos y la satisfacción de bienes comunes, por medio de leyes que aseguren su cometido.²⁰⁸

Es oportuno recordar lo expuesto por Marienhoff, relativo a que el ejercicio del poder de policía *"no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud. Estos aspectos dependen ya sea del 'lugar', del 'objeto o índole' de la actividad, o de las*

²⁰³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, ob.cit.

²⁰⁴ SALOMONI, Jorge L., *La Responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina*, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, cita TR LALEY 0003/012327.

²⁰⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*, "La Ley", t. 1990-C, pág. 430.

²⁰⁶ ARES, Valentina, *Responsabilidad del Estado (con particular referencia a la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)*, Jurisprudencia Argentina, Cita: TR LALEY 0003/800034

²⁰⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1965, 6ta edición, pág. 2, citado en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 72

²⁰⁸ FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. II, pág. 52. citado en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 72

personas; en fin, depende de las circunstancias específicas del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder de policía es contingente, circunstancial; no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones; varía o puede variar según el supuesto de que se trate"²⁰⁹

En dicho sentido, Lorenzetti agrega que hay una multiplicidad de campos en los que la función se manifiesta: hay una policía edilicia, ambiental, de seguridad, vial, etcétera, todas las cuales le confieren una cierta especificidad. Asimismo, manifiesta que la finalidad de la función de policía desde la perspectiva política puede ser muy amplia, abarcando desde la tradicional, seguridad física de las personas hasta, el bienestar general de los ciudadanos. Estas finalidades que se le adjudican al Estado admiten un rango amplio para distinguir entre aquellas que son meros objetivos políticos, las que constituyen deberes jurídicos indeterminados, y las que se traducen en obligaciones normativas.²¹⁰

Así dicho autor distingue entre:

-Los objetivos políticos y deberes políticos que no producen, normalmente, consecuencias jurídicas, ya que no contienen la misma configuración deóntica de un deber jurídico. Dichos objetivos y deberes políticos se caracterizan porque no implican una obligación de obrar, ya que no contienen un mandato ni constituyen una regla de derecho. Tienen la función de guiar y de delimitar la actuación pero no consagra una obligación²¹¹.

-Los deberes jurídicos indeterminados, en los cuales en su contenido no hay un deber de conducta específico, sino una función cuya concretización se produce en virtud de planes, decisiones, asignaciones presupuestarias, que son parte de la discrecionalidad estatal. Estos deberes presentan un grado de indeterminación en la legitimación activa, ya que no hay un ciudadano al que se le asigne un derecho con pretensiones positivas, el cual permanece difuso. Se determinan, en casos concretos, en virtud del ejercicio de facultades discrecionales. En estos supuestos, el ciudadano tiene derecho a controlar que la discrecionalidad se desenvuelva dentro de los límites constitucionales.²¹²

-Las obligaciones jurídicas, en este caso, existen mandatos determinados para el Estado, que resultan exigibles al mismo, ya que definen quiénes son los titulares de la pretensión.

²⁰⁹ MARIENHOFF, Miguel S, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público*, ob cit, pág. 1105

²¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 71

²¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 51

²¹² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 51

Éstos son los supuestos en los que existe una obligación jurídica determinada cuya abstención muestra un incumplimiento, sin necesidad de determinaciones ulteriores.²¹³

Al respecto Ramos Martínez sostiene que la acción esperada en la responsabilidad del tipo que analizamos, puede provenir incluso de mandatos genéricos como también surgir de una valoración de lo esperable conforme a las circunstancias del caso.²¹⁴

Afirma en dicho sentido, que el rol del Estado es el que modela y fija estándares de conducta aun cuando no se detalle su accionar concreto. Ello, debido a que la actividad de la administración no siempre se encuentra explicitada y considerando que las cláusulas constitucionales vinculadas a los derechos fundamentales aun genéricas, constituyen mandatos de actuación positiva que no pueden ser desatendidos por el Estado, so pretexto de la ausencia de reglamentación²¹⁵.

I.e El nexo causal

El nexo causal es la relación existente entre la omisión y el resultado dañoso.²¹⁶ Dicho nexo causal constituye, como dijimos, un presupuesto para que surja el deber de reparar del Estado, el cual no sólo sirve para determinar la autoría material del daño, sino también la extensión del resarcimiento.²¹⁷

Tal como sostiene Lorenzetti, la causalidad a nivel de autoría, trata de determinar el vínculo existente entre la actuación de un sujeto y el resultado dañoso. Y a nivel de extensión del daño resarcible, se ocupa de fijar el espectro de la resarcibilidad: se repara todo el daño causado o algunas consecuencias, en especial las inmediatas, mediatas previsibles y las casuales.²¹⁸

A fin de establecer el nexo causal, resulta necesario indagar la causa eficiente que origina el daño, lo que responde al principio lógico de razón suficiente, conforme al cual todo lo que es, tiene su causa en alguna razón.²¹⁹ En ese sentido se ha dicho que la omisión es causal, cuando la acción esperada hubiere, probablemente, evitado el resultado. En suma, hay que determinar cuál hubiere sido la incidencia que el acto debido omitido hubiera tenido respecto al resultado o a su evitación. El no hacer debe ser una

²¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito*.....ob cit, pág. 51

²¹⁴ RAMOS MARTINEZ, María Florencia, *La responsabilidad del Estado por omisión*, Revista La Ley 30/11/2018.3, pág., 266 - RCyS2019-II, 57 Cita: TR LALEY AR/DOC/2544/2018

²¹⁵ RAMOS MARTINEZ, María Florencia, *La responsabilidad del Estado por omisión*, ob, cit.

²¹⁶ CANDA Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, ob cit, pág. 182

²¹⁷ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 81

²¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito*.....ob cit, pág. 51

²¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob cit, pág.281

condición apta o adecuada para que el daño se produzca. De manera tal que, de haberse observado el comportamiento positivo, se podría haber interrumpido el nexo causal, evitándose el perjuicio.²²⁰

Concordantemente se ha dicho que *"ese no hacer viene a ser una condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca. Prueba de lo expuesto es que de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el proceso causal, evitándose el desenlace dañoso"*²²¹.

En conclusión, lo que debe analizarse es si la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado, es decir, qué incidencia, de ser realizado, hubiera tenido el acto debido con respecto al resultado o a su evitación.²²²

El Código Civil y Comercial de la Nación, aplicable analógicamente a la responsabilidad estatal,²²³ de igual manera que lo hacía el Código velezano (arts. 901 a 906), recepta en el art. 1726 la teoría de la causalidad adecuada. Dicha teoría establece como principio general la indemnización en el ámbito extracontractual de las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles. Para calificar si un hecho es la causa de un determinado evento dañoso debe efectuarse 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 *per se* el daño²²⁴.

Por lo mencionado, el criterio de la causalidad adecuada, requiere realizar un juicio acerca de su probabilidad o previsibilidad en el caso, conforme a la experiencia y el curso ordinario de las cosas. Ello permite distinguir la causa adecuada (que es la normalmente apta para producir un resultado) de las demás condiciones que pueden coadyuvar o agravar tal resultado, pero que, de por sí, no resultan relevantes para alcanzarlo²²⁵. Por ende, el Codificador receptó la teoría de la causalidad adecuada, la que es definida como

²²⁰ CANDA, Fabián O, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, *ob cit*, pág. 182

²²¹ GOLDENBERG, Isidoro H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Astrea. 1989, pág. 212

²²² CANDA, Fabián O, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos, *ob cit*, pág. 182

²²³ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, Revista La Ley, 24/08/2011

²²⁴ PERRINO, Pablo Esteban, *ídem* nota anterior

²²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la responsabilidad del Estado*, *ob cit*

la relación de previsibilidad en abstracto, o sea lo que es previsible para un hombre medio dotado de una inteligencia normal, entre la causa y su consecuencia.²²⁶

En razón de lo expuesto, es necesario distinguir entre causa y condición. La causa adecuada es 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.²²⁷

En los casos de omisiones la relación de causalidad con el daño debe ser evaluada en forma similar que en las acciones,²²⁸ la diferencia está, en que en caso de omisiones se tiene en cuenta si la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado, en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado hubiere tenido con respecto al resultado o a su evitación"²²⁹.

A más de ello, en los casos de omisiones, como sostiene Prevot el procedimiento de eliminación mental para controlar si la omisión es condición cierta o altamente probable del hecho, debe realizarse substituyendo la omisión por la acción impeditiva o debida, de manera que suplantando ésta por aquélla, el evento no se habría verificado.²³⁰

Cabe destacar que no se requiere que la relación de causalidad sea exclusiva, se admite, incluso, la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, no solo por la inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En dichos supuestos, el Estado responde proporcionalmente a su participación en el evento dañoso²³¹. 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 indicados²³².

²²⁶ HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos* ob cit, pág. 109

²²⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J., *El mito de la causalidad adecuada*, LA LEY, 2008-B, 861. citado en PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, ob.cit.

²²⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M., *Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar*, ob cit,

²²⁹, ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M., *Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar*, ob cit; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Comentario art. 1074*, ob cit, pág. 96

²³⁰ PREVOT, Juan Manuel, *¿Hay causalidad en la omisión?* DJ27/12/2006, 1219 - RCyS2006, 164Cita: TR LALEY AR/DOC/422/2006

²³¹ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, ob.cit.

²³² 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, pág. 452/456.

En el mismo sentido, sostiene Kemelmajer de Carlucci que rara vez la omisión es la causa exclusiva del daño, ya que el mismo muchas veces resulta del efecto conjunto de la omisión del agente con el actuar de un tercero²³³. Suele admitirse por la jurisprudencia que el hecho de un tercero, no necesariamente, quiebre el nexo causal; a veces ni siquiera lo hace el hecho de la víctima. Aunque, por cierto, puede ocurrir que se interfiera la relación causal sin quebrarla. En cuyo caso, se atenúa la responsabilidad.²³⁴

A quien promueve la acción le incumbe la carga de la prueba de la relación causal, ya que no se presume como ha sostenido la Corte²³⁵

Asimismo, tal como ha sido sostenido por Kemelmajer de Carlucci, en su voto en la causa "Norton"²³⁶ dicha relación de causalidad entre la omisión y el daño debe ser analizada detenida y especialmente. En el mencionado fallo sostuvo dicha jurista que *"En principio, el Estado responde por sus simples actos omisivos cuando existe una norma que imponga el actuar. La simple omisión que genera el deber de reparar es aquélla que guarda adecuada relación de causalidad. El juez debe ser estricto en la apreciación del nexo causal"*.

Por último, al tratarse de la prueba de un hecho negativo (la atención o falta de obrar estatal) tal como sostiene Perrino, la acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión, siendo numerosos los precedentes jurisprudenciales, en los cuales se rechazan pretensiones indemnizatorias fundadas en la inacción estatal por considerar que no se ha acreditado debidamente el vínculo causal. Por lo cual, dicho autor afirma que 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 CN) y el de tutela judicial efectiva (art. 18 de la CN), ante las serias dificultades explicitadas, que en determinados supuestos suscita la acreditación de la falta de servicio por omisión y el nexo causal, puede ser necesaria la utilización de

²³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial*, en *"Responsabilidad por daños en el tercer milenio"*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 497

²³⁴ HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos* ob cit, pág. 109

²³⁵ CSJN, Maschio, William E. c. Ferrocarriles Argentinos s/laboral", 24/058/1989, Fallos: 312:1382;

²³⁶ S.C.J.M., Norton, María C. c. Municipalidad de Godoy Cruz, Revista La Ley, 1997-B-92

criterios o técnicas que aligeren su carga probatoria para la víctima, como por ejemplo, la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas .²³⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha aplicado en materia de impugnación de tasas municipales por falta de prestación de servicios, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la cual implica un desplazamiento del *onus probandi*, estableciendo que la prueba podrá estar a cargo de la parte quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo, ya que la prueba al cargo del impugnante resultaría compleja, a más de tener que probar un hecho negativo, la omisión de la prestación del servicio. Es una derivación del principio dispositivo que rige —al menos— en el derecho procesal civil, y que se extiende a las contiendas de derecho público. ²³⁸.

II. MARCO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL

II.a. Fundamento constitucional de la responsabilidad estatal

Nuestra Constitución nacional no cuenta con una norma que establezca específicamente la responsabilidad del Estado, pero dicho principio surge en forma evidente de una interpretación integral de su texto, sobre todo de los artículos. 19 y 75 ²³⁹

El fundamento de la responsabilidad estatal cuando éste provoca daños, tal como mencionamos al comienzo del presente trabajo, tanto en su faz legítima como ilegítima, reposa en los principios que inspiran y dan sustento al Estado de Derecho y en la vigencia del principio de justa indemnización. Dicho basamento jurídico se encuentra en la justicia y los principios generales derivados de ellos, entre los cuales, se encuentra el principio de *alterum non ledere*, principios que tienen existencia propia sin necesidad de reconocimiento positivo. ²⁴⁰

En nuestra Constitución Nacional, por ende, se consagra para todo el país el sometimiento del Estado —federal o local— al derecho, limitando sus atribuciones, asegurando su demandabilidad y señalando una finalidad personalista que le obliga a respetar los derechos naturales, por constituir exigencias básicas del bien común. ²⁴¹

²³⁷ PERRINO, Pablo Esteban, La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia, Revista La Ley, 24/08/2011

²³⁸ FLORES, Álvaro B “Cuestiones actuales acerca del poder tributario municipal en el ámbito bonaerense” en <https://cijur.mpba.gov.ar>; CSJN, Quilpe SA s/inconstitucionalidad, 9/10/12, Fallos: 335:198

²³⁹ ELIADES, Analía, *La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas*, www.infojus.gov.ar, 06/05/2013.,

²⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos “*La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)*” Revista La Ley 2009-F,1226

²⁴¹ SARMIENTO GARCIA, Jorge H, *Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley* LA. LEY 11/03/2014, 1, LA LEY 2014-B, 563.

Los principios mencionados precedentemente, tienen base constitucional y se encuentran recogidos en diversas normas de la Constitución Nacional, tales como los arts. 14 y 17 que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad; el art. 16 que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas; el art. 19 en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado el fundamento constitucional del principio que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*); el art. 28 que estatuye el principio de razonabilidad de los actos estatales; y el art. 116 del que se deduce la posibilidad de someter a juicio al Estado.²⁴²

En el mismo sentido, Marienhoff, sostiene que el fundamento de la responsabilidad estatal "*no es otro que el "Estado de Derecho" y sus postulados*"²⁴³ Constituye, por ende, la responsabilidad estatal uno de los pilares del Estado de Derecho, en cuanto presupone la separación de los poderes del estado y su sometimiento al principio de juridicidad y asimismo, implica, el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales de las personas, mediante la justa reparación de los daños que padezcan tanto por la acción como por la omisión de los poderes públicos.²⁴⁴

Además, la responsabilidad estatal constituye claramente un instrumento de garantía, cuyo objeto principal es la reparación de los daños sufridos por las víctimas²⁴⁵ en procura de restablecimiento del statu quo frente al quiebre del deber de no dañar²⁴⁶

La Corte Suprema ha receptado, como dijimos, el principio de responsabilidad estatal, fundado en diversas normas constitucionales, entre ellas el art 19 que establece el principio de *alterum non laedere*.²⁴⁷ En dicho sentido ha sostenido: "*El art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: alterum non laedere, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación. A ello se juxtapone la reglamentación que hace el Código Civil (arts. 1109 y 1113) que, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y*

²⁴² PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, ob. cit.

²⁴³ MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, 6ta Edición, Tomo IV, pág. 699

²⁴⁴ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, ob.cit.

²⁴⁵ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada*, ob cit, pág. 23

²⁴⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, Parte general, Madrid, Tecnos, 201, 1 7ma Edición, pág. 92 citado en ESPINOZA MOLLA, Martín R., *Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos* Sup. Adm. 2014 (agosto), 3 – La Ley 2014-E, 607 Cita: TR LALEY AR/DOC/2538/2014

²⁴⁷ CSJN, Santa Coloma, Luis Federico y otros, 1986 Fallos: 308:1160; Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina, 1986. Fallos: 308:1118, entre otros:

*excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.”*²⁴⁸

Tal como sostiene nuestro máximo tribunal el principio de responsabilidad estatal se encuentra constitucionalizado.²⁴⁹ Resulta relevante en este aspecto lo resuelto en Rodríguez Pereyra²⁵⁰, fallo en el cual la Corte Suprema se pronunció sobre la acción incoada por un soldado conscripto que había sufrido lesiones en acto de servicio, y declaró inconstitucional de oficio el régimen específico de responsabilidad que regía para el personal militar (ley 19.101), que excluía la posibilidad de acudir al derecho común, cuando la disminución fuera menor al 66% para el trabajo en la vida civil.

De dicho fallo puede extraerse las siguientes conclusiones: El deber de no dañar a otros o “a un tercero” es de fuente constitucional y, según la Corte, deriva del art. 19 de la Constitución Nacional.; El Código Civil es una “mera reglamentación” de un principio general del derecho de jerarquía suprallegal. La reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes, “*no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica*”. La obligación de reparar comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria y la indemnización “debe ser integral”, de modo que declara la inconstitucionalidad de oficio de un régimen especial y limitativo de la responsabilidad estatal. La constitucionalidad de un régimen especial, entonces, se debe evaluar a través de su comparación con el régimen común y, si el régimen especial es restrictivo, entonces no es integral y debe ser declarado inconstitucional.²⁵¹

Por lo expuesto, el deber de reparar los daños ocasionados a los particulares, proviene, —aunque de modo indirecto—, de imposiciones normativas de origen constitucional (arts. 16, 17 y 19 CN)), y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Carta Fundamental, a partir de la reforma de 1994²⁵²

²⁴⁸ CSJN, Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A- s/art. 39 ley 24.557, 21/08/2004, Fallos: 327:3753.

²⁴⁹ TONELLI, Pablo, *Bases actuales de la responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires. ¿Es necesario que se sancione una ley de responsabilidad estatal en la Ciudad de Buenos Aires?* ED, [258] - 13/06/2014, nro 13.504, 2014

²⁵⁰ CSJN, Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército argentino s/daños y perjuicios, 27/11/2012; Fallos: 335:2333

²⁵¹ TONELLI, Pablo, *Bases actuales de la responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires. ¿Es necesario que se sancione una ley de responsabilidad estatal en la Ciudad de Buenos Aires?* ED, [258] - 13/06/2014, nro. 13.504, 2014

²⁵² ESPINOZA MOLLA, Martín R., Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos: Sup. Adm.2014 (agosto), 3 – La Ley 2014-E, 607, Cita: TR LALEY AR/DOC/2538/2014

De dichos tratados y convenciones de derechos humanos, como veremos seguidamente, emana el deber de resarcir por parte del Estado, fundado en el deber estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, rigiendo en nuestro ordenamiento jurídico el paradigma de los derechos humanos²⁵³.

II.b. Fundamento convencional

Tal como mencionamos precedentemente la reforma constitucional del año 1994 en el art. 75 inc. 22²⁵⁴ menciona expresamente dos declaraciones y nueve convenciones internacionales referentes a derechos humanos, a las cuales le otorga jerarquía constitucional, adoptando de esta manera una corriente que se impone en derecho constitucional comparado, tendiente a la internacionalización de los derechos humanos.²⁵⁵

La citada reforma, tal como sostiene Hitters, modificó sustancialmente el sistema de fuentes del orden público argentino, ya que a mediante el artículo mencionado se incorpora un conjunto de reglas convencionales internacionales que entran en el torrente jurígeno argentino, por lo que puede hablarse de 'Tratados constitucionalizados', o de la 'Constitución internacionalizada'²⁵⁶ Dichos instrumentos internacionales, a diferencia del

²⁵³ SABALÚA, Francisco M, *Responsabilidad estatal por omisión antijurídica. Otro paso hacia su consagración plena en el contencioso administrativo bonaerense*, RDA 2018-118, 794, Cita: TR LALEY AR/DOC/3224/2018

²⁵⁴ El art. 75 inc. 22 establece expresamente: "Corresponde al Congreso ... Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Adquirieron luego del año 1994 jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378)

²⁵⁵ SABSAY, Daniel A, *La reforma constitucional 20 años después*, Revista Derecho Público. Año III, N° 9, Ediciones Infojus, 2015, pág. 156, Id SAIJ: DACF150096

²⁵⁶ HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la constitución Nacional en 1994 y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (a 20 años de su vigencia)* SJA 20/08/2014, 99 - Cita: TR LALEY AR/DOC/5361/201s

derecho internacional público clásico, no rigen exclusivamente la relación entre los Estados, sino dentro de los Estados.²⁵⁷

Asimismo, dicha reforma a través de los artículos 75 inc. 22 y 23, establecen la inserción del derecho Internacional de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional en sus dos sistemas: tanto en la esfera de los derechos y garantías, individuales y colectivas, como en la del poder, en lo que hace a las potestades y deberes del Estado nacional.²⁵⁸

Gutiérrez Cuolantuono sostiene al respecto que dicha reforma implicó un cambio de paradigma constitucional, en el cual la dignidad del hombre aparece como uno de los valores superiores del texto fundamental, en razón de lo cual debe afirmarse que la nueva finalidad del obrar estatal es sin dudas la protección y aseguramiento de esa dignidad.²⁵⁹

Al respecto, Nikken sostiene que el derecho internacional de los derechos humanos es un derecho ideológico, en el sentido de que parte de la noción de la superioridad de los atributos inherentes a la dignidad humana, cuya inviolabilidad debe ser respetada en todo momento por el Estado. Es, asimismo, un derecho protector, ya que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es, en general, la protección de tales derechos en favor de toda persona sometida a la jurisdicción de los Estados partes.²⁶⁰

En virtud de lo dispuesto por el constituyente, las convenciones y declaraciones mencionadas en dicho artículo, como los que se incorporen en lo sucesivo de conformidad con el procedimiento especial previsto en el art. 75 inc. 22, adquieren jerarquía constitucional, lo que no implica la incorporación de los mismos a la Constitución, sino que tienen una igualdad de rango con ella.²⁶¹ Esta característica del tratado sólo puede ser modificada a través del procedimiento particular contemplado en dicha norma por el cual puede denunciarse un tratado con jerarquía constitucional.²⁶² Asimismo, prevé mediante el procedimiento indicado la incorporación de otros instrumentos de derechos humanos, por lo cual no constituye una categoría cerrada, debiendo sus disposiciones ser interpretadas como la Ley fundamental.²⁶³

²⁵⁷ HENDERSON, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, Revista IIDH, ISSN 1015-5074, N°. 39, 2004, pág. 75

²⁵⁸ GONZALEZ MORAS, José M, *La internacionalización del Derecho administrativo argentino. Su recepción por los tribunales nacionales.*, CABA, Albrematica Sam 24/04/2006, cita: elDial DC87F

²⁵⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *Tratados de Derechos Humanos e internacionalización del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2007, pág. 1

²⁶⁰ NIKKEN, Pedro *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista IIDH 58 [Vol. 52] pág.38

²⁶¹ SABSAY, Daniel A, *La reforma constitucional 20 años después*, Revista Derecho Público, Año III, N° 9. Ediciones Infojus 2015, pág. 156,

²⁶² Idem nota anterior;

²⁶³ NEGRI, Nicolás J, *Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial*, RCCyC 2016 (diciembre), 59, Cita: TR LALEY AR/DOC/3782/201

Cabe destacar, que tal como surge de la norma constitucional mencionada, los tratados de derechos humanos forman parte del derecho interno, en sus condiciones de vigencia. En el caso “Giroldi”²⁶⁴, la CSJN afirmó que *“las condiciones de vigencia” significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”*.

La voluntad del Constituyente de 1994 al incorporar esa expresión, se ha sostenido que fue la de expresar que esos tratados internacionales rigen para nuestro país con las reservas que nuestro país haya formulado a la hora de aprobarlos o ratificarlos.²⁶⁵

En cuanto a la jerarquía constitucional de dichos instrumentos internacionales, y a su carácter complementario de los derechos y garantías reconocidos en la Carta Magna, se ha interpretado que el constituyente les ha otorgado un carácter complementario, que en ningún caso podrían modificar lo establecido en los primeros treinta y cinco artículos de nuestra constitución (parte dogmática), entre ellos, el art. 27 que establece con claridad la subordinación de los tratados internacionales a lo dispuesto en la Constitución, como también con lo dispuesto en el art. 31 de la Carta Magna.²⁶⁶

No puede dejar de soslayarse, asimismo, que la Corte Suprema con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, reconoció en su caso “Ekmekdjian”²⁶⁷ la plena operatividad de los derechos humanos consagrados en los citados instrumentos internacionales. Otros fallos posteriores confirmaron la adopción del nuevo criterio, entre ellos, pueden mencionarse “Petric”²⁶⁸, en materia de derecho de réplica; el caso “Giroldi” (Fallos 318:514), sobre el derecho a la doble instancia en materia penal; el caso “Hagelin”²⁶⁹, sobre tutela judicial efectiva, entre otros.²⁷⁰

Entre los instrumentos internacionales a los cuales se reconoce jerarquía constitucional, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) que fuera ratificada por ley 23.504, la cual enumera una serie

²⁶⁴ CSJN, Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, 07/04/1995, Fallos 318:514

²⁶⁵ ALFONSO, Santiago, *El tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema. Algunas definiciones trascendentes*, Revista La Ley, Suplemento Especial A 25 años de la reforma constitucional de 1994, CABA, Thomson-Reuters, 2019, 1° edición, pág. 405

²⁶⁶ ALFONSO, Santiago, *El tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema. Algunas definiciones trascendentes*, ob cit., pág. 404. En forma coincidente, SABSAY, Daniel A, ob cit, pág. 157

²⁶⁷ CSJN, Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros, 07/07/1992, Fallos: 315:1492

²⁶⁸ CSJN, Petric, Domingo Antonio c/Diario Pagina 12 s/amparo, 16/04/1998, Fallos: 321:885

²⁶⁹ CSJN, Hagelin, Ragnar Eriland s/recurso art. 445 bis CJM, 08/09/2003, Fallos: 326:3260

²⁷⁰ ALFONSO, Santiago, *El tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema. Algunas definiciones trascendentes*, ob cit., págs. 405/406

de derechos protegidos (arts. 4º a 23) y regula dos cuerpos de protección: la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y el otro allí creado, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.²⁷¹ Al respecto, como sostiene Hitters, desde su suscripción han ido tomando consistencia un conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales, que se denomina derecho internacional de los derechos humanos, y que nacieron como consecuencia de la limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la humanidad.²⁷²

A más de ello, el art. 1 de la precitada Convención Americana expresamente establece: “artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* 2. *Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.* Además, el Artículo 2 expresamente establece: “*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.* “

Asimismo, el art 29 de dicha Convención establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y, d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

²⁷¹ HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la constitución Nacional en 1994 y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (a 20 años de su vigencia)* ob cit

²⁷² HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la constitución Nacional en 1994 y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (a 20 años de su vigencia)* ob cit

En razón de ello, los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, como vimos, en virtud del art. 2 precedentemente transcripto, los Estados se comprometen, más allá de su obligación de respetarlos, a garantizar su libre y pleno ejercicio, y a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de dicha Convención, las medidas legislativas que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Las mencionadas cláusulas de la Convención, tal como afirma Hitters, constituyen la base sobre las cuales se asienta la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos, operando como el árbol de levas de todo el sistema, ya que los Estados deben respetar y garantizar el cumplimiento de sus deberes y si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2) ²⁷³

Del mismo modo, Salomoni afirma que sobre dichas normas reposa el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por omisión en el derecho interno argentino, por lo cual, si posteriormente esas obligaciones fueren desconocidas por los órganos jurisdiccionales nacionales, generará responsabilidad internacional de la República Argentina, que será juzgada por los órganos jurisdiccionales del tratado internacional de derechos humanos. ²⁷⁴

En idéntico sentido, afirma Salvatelli que las precitadas convenciones y tratados de derechos humanos, a más de amplificar las obligaciones a cargo de los Estados, permiten hablar, como se ha sostenido, de Estado de Derecho en clave supranacional, ya que sirven de base al deber de responder del Estado pudiendo los individuos protegidos por esas normas convencionales invocar ante el Estado las obligaciones que éste se ha comprometido a cumplir. ²⁷⁵

Al respecto la Corte Suprema, ha sostenido expresamente: “...*Incumbe a los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas*

²⁷³ HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales. El que “rompe” aunque sea el Estado” paga*, Santiago de Chile, Revista Estudios Constitucionales, junio 2007 Vol. 5, págs. 203-22

²⁷⁴ SALOMONI, Jorge L; *La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina*, Revista La Ley, Cita: TR LALEY 0003/012327

²⁷⁵ SALVATELLI, Ana, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, Revista RAP Número 465, junio 2017, pág. 7

*que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial....La vigencia de los derechos humanos, incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos...*²⁷⁶

La obligación de protección mencionada deriva en forma directa de uno de los rasgos fundamentales de los instrumentos internacionales de derechos humanos: el carácter erga omnes de las obligaciones que ellos imponen. A consecuencia de dicho carácter, los mandatos de respeto, garantía y protección de los derechos consagrados en las convenciones citadas vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive respecto a los particulares, extendiéndose, inclusive a las relaciones entre individuos.²⁷⁷

A su vez, tal como afirma Cassagne, ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que la Convención Americana ha prescripto el principio de la "justa indemnización", en dos de sus artículos (arts. 21. Ap.2 y art. 63 ap.1 CADH)²⁷⁸

Por otra parte, tal como sostiene Rosatti, en el art. 26 de la CADH podemos encontrar una caracterización típica del principio de desarrollo progresivo o progresividad, cuando afirma; *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*. El cual se complementa con el Protocolo Adicional a dicha Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como “Protocolo de San Salvador”) En sentido similar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo estatuye en su artículo 2.1²⁷⁹

²⁷⁶ CSJN, Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, 4/6/2006, Fallos 328:205

²⁷⁷ JUSTO, Juan Bautista, *El deber de protección de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014, pág. 225 y ss.

²⁷⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?* Revista Le Ley, 14/09/2015, 1 – La Ley 2015-E, 765, Cita: TR LALEY AR/DOC/2984/2015 5

²⁷⁹ ROSATTI, Horacio, *Progresividad y operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales en una sociedad en conflicto*, presentado en el marco del J20, Panel 1 Derechos y Equidad, 9 de octubre de 2018. Publicado en VV.AA., “Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pág. 31 a 40

Del mismo modo, no puede dejar de soslayarse, que el campo de la responsabilidad por omisión, tal como sostiene Canda, se ha acrecentado notablemente con la irrupción en el ámbito de los derechos fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual implicó un cambio en el paradigma de operatividad de estos: mientras que los clásicos derechos civiles (particularmente los de libertad y propiedad) exigían del Estado un mero deber de abstención (un *non facere*), los derechos sociales, económicos y culturales van a exigir conductas estatales positivas para su disfrute. Con ello se quiere expresar que, en apenas un siglo, el paradigma ha virado, desde una pretensión de omisión (que el Estado se abstenga de interferir en el goce de los derechos civiles), a una prohibición de omisión (que el Estado intervenga activamente a través de prestaciones que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales) “²⁸⁰ Así, siguiendo con lo sostenido por dicho autor “*ello implica que en el Estado social de derecho las autoridades asumen el compromiso de brindar prestaciones y, cuando no lo hacen, incumplen. Ante este incumplimiento, dos son las herramientas que debe proveer el derecho: de un lado, un remedio para obligar al Estado a actuar; del otro, una acción de daños para que sea reparado el perjuicio del cual la omisión fue condición necesaria.*”²⁸¹

Ello en función de las dimensiones de los derechos fundamentales, mencionados por Schmidt-Assman, como derechos de defensa y como mandatos de protección. Al respecto Schmidt-Assmann menciona:” ... *De esta forma, junto a la prohibición de exceso-propia de la dimensión defensiva de los derechos fundamentales-se puede hablar hoy también de la prohibición de omisión-que resulta de la vertiente protectora de los mismos derechos* “²⁸²

En sentido concordante con todo lo antedicho, se ha pronunciado nuestro máximo tribunal al sostener que los derechos y deberes establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y que el llamado a reglamentarios, no puede obrar con otra finalidad, que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma debe “*garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes*

²⁸⁰ CANDA, Fabián, Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión, en Responsabilidad del Estado, Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, 1era edición adaptada, pág. 127

²⁸¹ CANDA, Fabián, Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión, en Responsabilidad del Estado, Infojus, 2015, 1era edición adaptada, ob.cit. pág. 127

²⁸² SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Marcial Pons, 2003, págs. 72-73

sobre derechos humanos" (Fallos: 327:3677; 332: 2043) y "garantizar", significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas".... (Considerando 10) ...Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.... (Considerando 11) Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. (Considerando 12)²⁸³

III. MARCO NORMATIVO

III.a. Código Civil de Vélez Sarsfield

Tal como sostuvimos anteriormente, ante la inexistencia de una norma de derecho público que rigiera la responsabilidad estatal, y en virtud de la doctrina que emanaba de la CSJN, para regular la responsabilidad estatal omisiva, se aplicaban analógicamente normas del Código Civil.

Así la Corte aplicaba como fundamento normativo, en primer lugar, el art. 1113 de dicho cuerpo legal, pero fundamentalmente el art. 1112 como mencionamos precedentemente. La postura mayoritaria de la doctrina, como a su vez, de la Corte Suprema, consideraban aplicable como fundamento normativo de la responsabilidad por omisión, las previsiones del art. 1112 encontrando el basamento de la responsabilidad por omisión en la falta de servicio.²⁸⁴

También, hemos mencionado con anterioridad, que no existían posiciones concordantes en materia de responsabilidad por omisión, ya que el mencionado cuerpo legal también contaba con una norma específica referente a la misma, el art. 1074 del Código Civil; Cabe destacar que respecto a dicha norma, como ya hemos hecho referencia, se consideraba que abarcaba exclusivamente los ilícitos de omisión simple²⁸⁵

El art. 1074 establecía expresamente: *“Toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”*

En cuanto al alcance de dicha norma existían dos posturas doctrinarias:

²⁸³ CSJN, Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo, 24/4/2012, Fallos: 335:452

²⁸⁴ USLENGHI, Alejandro, *ob cit*, pág. 114, GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. XIX-11, PERRINO, Pablo Esteban, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág... 90,

²⁸⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Comentario al art. 1074*, en *ob cit*, p. 92 y ss. Así también lo sostuvo en su voto en fallo Torres ya citado, Huici, Héctor, *ob cit*.

Una restrictiva que sostenía que sólo existía responsabilidad por omisión cuando la ley o el contrato imponían al agente el deber de actuar de una determinada manera, o lo que es igual, de cumplir el hecho omitido. Dicha tesis se basaba en una interpretación gramatical del artículo, de su fuente (Aubry et Rau), y del principio constitucional de libertad,²⁸⁶ pues si ese deber no existe, conforme al principio de la libertad individual – artículo 19 de la Constitución Nacional– cada uno tiene el derecho de “no hacer”, y nadie puede ser constreñido a salir de su inacción.²⁸⁷

La otra postura, era sostenida por la doctrina mayoritaria en nuestro país, que adoptaba una interpretación amplia, rechazando posturas tan rígidas.²⁸⁸ La misma admitía la responsabilidad siempre que exista una obligación jurídica de obrar,²⁸⁹ entendiéndose por tal no sólo la que la ley consagra expresamente, sino también la impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos²⁹⁰ Por lo cual, para dicha postura, la conducta puede violar una ley que expresamente la prohíba, o bien una norma que se pueda deducir de los principios generales del derecho, de un estándar (buena fe), de la costumbre o de otra fuente de Derecho.²⁹¹

La primera interpretación que mencionamos, la restringida, da lugar al concepto de antijuridicidad formal y se propone proteger al autor porque su acto sólo es ilícito cuando viola una regla de conducta expresamente descripta en la ley. La segunda postura que mencionamos, la amplia, se identifica con la antijuridicidad material, cuyos efectos consisten en ampliar las hipótesis de responsabilidad, ya que la ilicitud puede ser deducida de una interpretación sistemática de las fuentes del ordenamiento.²⁹²

Dicha noción de antijuridicidad material ha sido aceptada ampliamente en el ámbito de la responsabilidad por daños y, el cambio que produce el mencionado enfoque, es que la prohibición, no surge sólo de la ley, sino de otras fuentes del derecho, por lo tanto quedan incluidos los actos contrarios a los principios jurídicos, las cláusulas generales e incluso los valores de rango normativo, con lo cual se expande el campo enormemente.²⁹³

²⁸⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Comentario al art. 1074”, en *ob cit*, pág. 92 y ss.

²⁸⁷ TRIGO REPRESAS, Félix, *ob cit*, pág. 14

²⁸⁸ CAFFERATA, Néstor A, *Responsabilidad del Estado por omisión ilegítima ambiental*, Revista de Derecho de Daños, 2015.1, Responsabilidad del Estado II, 2015, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, pág. 210

²⁸⁹ SPOTA, Alberto, *Responsabilidad por hecho ilícito negativo*, JA, 70-16; Colombo, *Culpa por omisión y daño futuro*, LL, 31-785, entre otros, citados en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Comentario al art. 1074”, en *ob cit*, pág. 92 y ss.

²⁹⁰ 18 DEMOGUE, René, *Traité des obligations en gènerale*, Arthur Rousseau, Paris, 1925, t. III, p. 433, No 25 citado en TRIGO REPRESAS, Félix, *ob cit*, pág. 15

²⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 92

²⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 92

²⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito.....ob cit*, pág. 92

Sostiene Kemelmajer de Carlucci que la filiación originaria del Código Civil respondía a la tesis restrictiva, lo cual surge, no sólo de sus fuentes sino también de la sistemática y terminología utilizada. Sin embargo, arguye que una nueva lectura debe hacerse de la letra del art. 1074, a raíz de la ley 17.711 que introdujo en nuestro ordenamiento la teoría del abuso del derecho. En razón de ello, alega, la mencionada jurista que toda persona tiene derecho a abstenerse; pero cuando su actitud excede en mucho los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071), ya no existirá un ejercicio regular de ese derecho o libertad. Concluye en su comentario al art. 1074, la autora citada, que a los delitos de comisión por omisión se le aplican las mismas normas que a los de acción y que el ejercicio regular del derecho de no hacer no provoca la responsabilidad del omitente.²⁹⁴ En razón de lo cual, la omisión no solo es antijurídica por ilicitud sino también por ser abusiva, como ya mencionamos con anterioridad.²⁹⁵

En cuanto a su aplicación a la responsabilidad estatal, se pronunciaron a favor de la aplicación del art. 1074 tanto Merthekian²⁹⁶ como el distinguido profesor Marienhoff²⁹⁷, entre otros.

Marienhoff lo interpreta de un modo amplio, al entender que no sólo la ley formal o material, puede contener un deber cuyo incumplimiento genere responsabilidad, sino que éste también puede surgir de normas morales o principios éticos cuyo acatamiento resulta espontáneamente sobreentendido. Como ya mencionáramos previamente, para dicho autor la responsabilidad emergente del hecho o del acto de omisión o abstención es objetiva, "*...puesto que toma esencialmente en cuenta el incumplimiento del expresado deber, con prescindencia de la culpa*"²⁹⁸. En cambio, para Mertehikian el art. 1074 del CC forma parte de un sistema de responsabilidad basado predominantemente en un criterio de atribución subjetiva²⁹⁹.

En relación a la aplicación del art. 1112 como fundamento legal de la responsabilidad estatal por su comportamiento omisivo, el profesor Marienhoff sostiene que el art. 1074 resulta ser la norma genérica que comprende cualquier comportamiento omisivo estatal, mientras el art. 1112 resulta ser una norma específica limitada a las faltas

²⁹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Comentario al art. 1074*, en ob cit, pág. 92 y ss.

²⁹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Comentario al art. 1074*, en ob cit, pág. 92 y ss.

²⁹⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob.cit. pág. 196

²⁹⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público*, ob cit, pág.1097

²⁹⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público*, ob cit, pág.1097

²⁹⁹ MERTEHIKIAN, Eduardo, *ob cit*, pág. 196

de servicio cometidas en materia de servicios públicos y de función pública, no rigiendo el 1112 en materia de otros ilícitos omisivos.³⁰⁰

Tal como mencionamos precedentemente, la postura mayoritaria de la doctrina como la que surge de los fallos de la Corte Suprema, fundamentalmente a partir de “Vadell” (Fallos: 306:2030) consideraban aplicable como fundamento normativo a la responsabilidad por omisión, las previsiones del art. 1112, encontrando el basamento de la responsabilidad por omisión en la falta de servicio.³⁰¹ Dicho criterio adoptado como veremos seguidamente fue finalmente el receptado por la LRE., y en las leyes de responsabilidad sancionadas por algunas provincias.

Corresponde, asimismo, señalar, que se ha sostenido que el art. 1112 del Código Civil, a más de tratarse de una norma de derecho público, teniendo en cuenta su redacción, constituye una norma "incompleta" o "de reenvío", denominación dada por Reiriz, pues para determinar si la conducta u omisión puede ser considerada ilícita resulta necesario analizar la normativa que rige el servicio o función pública correspondiente³⁰²

Canda y Comadira han señalado que existen diferentes consecuencias prácticas en caso de aplicarse uno u otro artículo. Señalan, al respecto, que si se sigue el criterio del art. 1074 para poder responsabilizar por omisión al Estado se requerirá siempre la existencia de una ley, la cual podrá ser interpretada en sentido material, es decir, una norma que expresamente establezca la obligación incumplida. Contrariamente, alegan que de aplicarse el art. 1112, bastara con que la Administración incumpla irregularmente los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley, el reglamento o, "*simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio*". Estos últimos criterios sostienen que se encuentra razonablemente matizado por el ya citado anteriormente criterio que distingue entre el mero deber que opera en forma genérico, respecto del cual los particulares carecen de un derecho a exigirlo directamente, de la obligación que traduce el poder jurídico del particular orientado a exigir en forma directa dicho cumplimiento.³⁰³

³⁰⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público*, ob cit, págs.1108/1109

³⁰¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)*, ob cit, USLENGHI, Alejandro, ob cit, pág. 114, GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. XIX-11, PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág.90, GAMBIER, Beltrán, ob. cit. CANDA, Fabián Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión, ob cit, pág. 161,

³⁰² REIRIZ, María G.: Responsabilidad del Estado, en el Derecho Administrativo Argentino hoy, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pág. 227

³⁰³ CANDA, Fabián O. y COMADIRA, Julio R. *Responsabilidad del Estado por omisión (Actos inter 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., “Wellcomec/ Estado Nacional”, 6.6.95, La Ley 1996-A-75

Por último, no podemos dejar de mencionar el art. 1113 de dicho Código Civil, ya que dicha norma, tal como veremos al analizar la jurisprudencia de la CSJN, ha sido aplicada en algunos supuestos, como fundamento normativo de la responsabilidad estatal, fundamentalmente por daños ocasionados por omisión de mantenimiento de bienes del dominio público, lo cual ha sido criticado por Perrino, por extender indebidamente la responsabilidad estatal como mencionaremos seguidamente.³⁰⁴

III.b. El Código Civil y Comercial de la Nación

Como mencionamos anteriormente, las normas del Código Civil velezano analizadas precedentemente, se aplican únicamente a los casos que versen sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir el primero de agosto de 2015

El Código de Vélez rigió en nuestro país por más de cien años, y regulaba normativamente la responsabilidad contractual y extracontractual en el marco de las relaciones de derecho privado, sin referirse a los casos en que el Estado resultaba responsable. Como vimos también precedentemente, la Corte Suprema construyó una doctrina para responsabilizar al Estado con base normativa en el hoy derogado Código Civil (arts. 1074, 1109, 1111, 1112 y 1113 del hoy derogado CC, entre otros).³⁰⁵

En el Código Civil derogado la antijuricidad era tratada en el art. 1066 del CC que expresamente disponía: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto. “Para los actos ilícitos por omisión regía el art. 1074 del Código Civil que ya analizamos, junto a las diversas interpretaciones que existían respecto al mismo.

El Código actual, tal como dijimos, excluye su aplicación tanto directa como subsidiaria a la responsabilidad estatal, y no ha previsto una norma semejante al art. 1074 del Código anterior. El nuevo Código impone en el art. 1710 un deber genérico de prevención del daño que demanda la adopción de buena fe de medidas razonables de acuerdo a las circunstancias del caso

Asimismo, establece en su art. 1716 “*Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño*

³⁰⁴ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, Revista La Ley, 24/08/2011, *ob.cit.*

³⁰⁵ BOTASSI, Carlos Alfredo, CABRAL, Pablo y FLORES, Álvaro, *Responsabilidad del Estado, Derecho Administrativo: dominio público, responsabilidad estatal, proceso y procedimiento administrativo*, La Plata, Editorial de la Universidad de la Plata, 2017, Capítulo 4, pág. 86

causado, conforme con las disposiciones de este Código “y, respecto a la antijuricidad el 1717 establece cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada

El nuevo art. 1717 recepta la antijuricidad como presupuesto de la responsabilidad de la conducta y no del daño. Consagra el criterio imperante de una antijuricidad material y objetiva, al concebirla como la contradicción entre el hecho del hombre y el ordenamiento jurídico aprehendido en su conjunto, comprensivo no solo del derecho positivo, sino también los principios generales del derecho y el derecho natural. Consiste en la violación del *alterum non laedere* sin causa de justificación alguna.³⁰⁶

Comprende, dicho artículo, a su vez, tanto las acciones como las omisiones superando las controversias generadas por el art. 1074 del CC, en cuanto que para algunos, confunde ilicitud con culpa y, para otros, consagra una ilicitud formal, la acción u omisión antijurídica empleada, así en un sentido amplio, genérico, concuerda con el art. 1749 en cuanto a la responsabilidad obligacional directa por el hecho propio.³⁰⁷

El Código Civil y Comercial, por lo tanto, se inclina de manera manifiesta por la llamada antijuridicidad material, según la cual, como ya vimos, la simple violación del *neminem laedere* implica ilicitud, salvo que la conducta o el perjuicio se encuentren justificados. La nueva norma se inscribe en los postulados que viene sosteniendo la CSJN en diversos pronunciamientos que mencionamos precedentemente, según los cuales el *alterum non laedere* tiene jerarquía constitucional. Ello implica que la mera causación de un daño a otro, ya de por sí constituye una conducta antijurídica. Y la calificación de antijurídica desaparecerá si se configura alguna causal de justificación.³⁰⁸

Picasso, afirma al respecto que en el Código actual *"el deber general de no dañar aparece expresamente previsto en el art. 1710 inc. a) y es mencionado, asimismo, en el art. 1716. También el art. 1749 establece la responsabilidad de quien causa un daño no justificado por acción u omisión"*.

A continuación, el nuevo Código enumera y desarrolla los elementos negativos de la antijuridicidad conocidos como causales de justificación. Las causales de justificación son una serie de motivos que excluyen la antijuridicidad; se trata de supuestos excepcionales que en principio justifican la violación del principio general de no dañar a

³⁰⁶BUERES, Alberto J, *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 1ª edición, Tomo 2, pág. 160

³⁰⁷BUERES, Alberto J, *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 1ª edición, Tomo 2, pág. 160

³⁰⁸VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial*, RCyS2015-IV, 38 Cita Online: AR/DOC/554/2015

otro. En dicho sentido, el citado Código menciona como causales de justificación las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho, etc. Así, por ejemplo, en el art. 1718 inc. a) se habla del ejercicio "regular" de un derecho, debido a que, si se trata de un ejercicio abusivo, tal conducta de por sí es antijurídica.³⁰⁹

El art. 1749 del CCCN en relación al tema que nos ocupa, establece la responsabilidad del agente dañoso que incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión antijurídica. En esta norma se engloban a los arts. 1109 y 1074 del Código Civil que regulaban la responsabilidad civil extracontractual por culpa o negligencia en la acción y omisión, respectivamente, y a los arts. 519 y siguientes que enmarcan la responsabilidad civil contractual, siguiendo la línea del nuevo CCCN que unifica casi todas las consecuencias de ambos regímenes de responsabilidad civil.³¹⁰

Dicho art. 1749 se basa en el principio general de la "teoría del responder", por el que se establece que toda persona es responsable de sus actos, sea por actividad positiva o negativa. Además, dicho precepto se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el art. 1717 del CCCN mencionado precedentemente, eliminando de esta manera la discusión existente respecto de la necesidad de una norma previa que haya sido violada a los fines de atribuir las consecuencias de un perjuicio determinado a un agente dañoso. Asimismo, el art. 1749 se funda en el principio rector *alterum non laedere* contenido ahora expresamente en el art. 1716 como ya mencionamos.³¹¹

Como vimos de la lectura de los artículos transcritos precedentemente reseñados, del nuevo CCCN surge, claramente, que en caso de la responsabilidad por omisión en el derecho privado, no se exige un deber específico omitido, ni tampoco la omisión sólo genera responsabilidad cuando se refiere a deberes determinados, sino que el Código adopta un criterio más amplio y casuístico, fundado en el deber general de no dañar.³¹²

IV. MARCO JURISPRUDENCIAL

IV.a. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

³⁰⁹BUERES, Alberto J, *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 1ª edición, Tomo 2, pág. 160

³¹⁰BUERES, Alberto J, *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 1ª edición, Tomo 2, pág. 160

³¹¹VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A, *La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial*, RCyS2015-IV, 38 Cita Online: AR/DOC/554/2015

³¹²LISTE, Pablo A, *La regulación de la responsabilidad estatal por omisión en la Ley n° 26.944*, RAP N°446, pág. 116

Tal como mencionamos al considerar el fundamento de la responsabilidad estatal, la reforma constitucional del año 1994 otorgó jerarquía constitucional a las convenciones y tratados de derechos humanos que mencionamos anteriormente.

Las convenciones y tratados de derechos humanos constitucionalizados integran el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en virtud del cual los Estados Americanos, en ejercicio de su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos, adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos. Dicho Sistema reconoce y define los derechos consagrados en esos instrumentos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección.³¹³ Asimismo, a través de este Sistema, como ya mencionamos se crearon dos órganos destinados a velar por su observancia: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello implica que la Comisión y la Corte, como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes³¹⁴

A más de otorgarle jerarquía constitucional a los tratados y convenciones ya referenciados, la reforma de 1994 a nuestra Carta Magna, implicó la admisión constitucional expresa de la posibilidad de sometimiento a competencias y jurisdicciones de organizaciones supra estatales contenida en nuestro art. 75 inc. 24.³¹⁵ Estas previsiones constitucionales han traído como consecuencia la presencia efectiva de tribunales internacionales donde se ventilan conflictos que escapan a la jurisdicción de los estados particulares³¹⁶

Cabe destacar, que tal como sostiene Hitters el derecho internacional de los derechos humanos interactúa sobre dos cuadrantes fundamentales: por un lado, el valor

³¹³Fuente https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm

³¹⁴ALBAR, Germán y CANÇADO TRINDADE, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, Cox Editores, 1998, Costa Rica, pág. 584 citado en, HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la constitución Nacional en 1994 y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (a 20 años de su vigencia)* SJA 20/08/2014, 99 - Cita: TR LALEY AR/DOC/5361/201s

³¹⁵ PEREZ HUALDE, Alejandro, *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho administrativo* AFDUDC, 12, 2008, 747-770, pág. 753

³¹⁶ PEREZ HUALDE, Alejandro, *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho administrativo* AFDUDC, 12, 2008, 747-770, pág. 752

del derecho de gentes y, por el otro, la influencia de los tratados y de la jurisprudencia internacional, en el derecho interno.³¹⁷

Esta perspectiva obliga a los tribunales nacionales a aplicar preferentemente el derecho convencional sobre el derecho interno, como, asimismo, la interpretación que del derecho convencional hace la Corte Interamericana, como intérprete última de dicha Convención, la que debe ser asumida de buena fe por los tribunales nacionales. Los tribunales constitucionales y cortes supremas nacionales han asumido dicha perspectiva.³¹⁸

Asimismo, los Estados, en virtud de un principio básico del derecho internacional de los derechos humanos resultan responsables por las infracciones de sus agentes.³¹⁹

En virtud de ello, los Estados signatarios, no solo asumieron la obligación de adecuar su derecho interno a las reglas de la Convención junto a los instrumentos internacionales que conforman el SIDH, sino que además la jurisprudencia de la CIDH sería fuente de derecho interno y de cumplimiento obligatorio.³²⁰

Surge de lo antedicho que la misión primordial de la Corte IDH está en llevar a cabo una revisión de convencionalidad 'comparando' si los Estados cumplen con la CADH y otros tratados; y desentrañar si hubo quebrantamiento de esas reglas internacionales.³²¹

Hitters destaca la trascendencia de esta tarea que ejecuta la Corte Internacional, que importa de alguna manera una especie de 'casación regional' que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo y la misma debe estar precedida por la efectuada en el campo doméstico (control primario) lo que significa una comparación entre las normas internacionales y las domésticas, descartando o inaplicando en su caso las normas internas que infrinjan los pactos internacionales. A la par del mencionado control, existe el control de convencionalidad 'secundario' (concentrado) que es ejercido por el Tribunal regional. El control que efectúa la Corte

³¹⁷ HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la constitución Nacional en 1994 y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (a 20 años de su vigencia)* SJA 20/08/2014, 99 - Cita: TR LALEY AR/DOC/5361/201s

³¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina*, Revista de Derecho 05, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay, 2010, pág. 132

³¹⁹ HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la constitución Nacional en 1994 y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (a 20 años de su vigencia)* SJA 20/08/2014, 99 - Cita: TR LALEY AR/DOC/5361/201s

³²⁰, BOULIN VICTORIA, Ignacio A, *Nuevos perfiles de la responsabilidad del Estado por omisión*, LL Gran Cuyo 2011 (febrero), 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/150/2011

³²¹ HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Revista La Ley 11/03/2015, 1-La Ley 2015-B,625, Cita: TR LALEY AR/DOC/678/201

internacional es secundario, ya que su intervención resulta subsidiaria, debiendo agotarse en primer término, los recursos internos ³²²

En dicho sentido la Corte Interamericana ha sostenido en su fallo del caso “Almonacid Arellano” ³²³ que, el Poder Judicial de los Estado debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. Asimismo, sostuvo que en dicha tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. A su vez, en “Trabajadores Cesados del Perú” ³²⁴ agregó que dicho control de convencionalidad debe ser practicado de oficio entre las normas internas y la Convención Americana, en las causas sujetas a su competencia y dentro de las regulaciones procesales correspondientes.

Dicho deber de efectuar el control de convencionalidad, se extiende también a los poderes ejecutivos y legislativos, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH.). Deber que surge, asimismo, del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. ³²⁵ En dicho sentido se ha pronunciado la CIDH en el caso “Masacre de Santo Domingo” ³²⁶

A su vez el citado contro, no se limita únicamente a la Convención Americana, sino que se extiende a todos los instrumentos internacionales a los que el país ha adherido, (tratados, convenciones etc. que integran el corpus iuris convencional de los derechos humanos), teniendo también en cuenta la 'jurisprudencia' de la Corte regional. ³²⁷

El mencionado control de convencionalidad ha sido receptado por la Corte Suprema en el caso “Mazzeo”, en el sostuvo expresamente: “...En otras palabras, el Poder Judicial, debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente

³²² HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Revista La Ley 11/03/2015, 1-La Ley 2015-B,625, Cita: TR LALEY AR/DOC/678/201

³²³ CIDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile “Sentencia del 26/9/2006, Serie C No. 154, párrafos. 124 y 128

³²⁴ CIDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128.

³²⁵ Ídem nota anterior. El art. 26 de la Convención de Viena establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”

³²⁶ CIDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. *Excepciones Preliminares*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142

³²⁷ HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Revista La Ley 11/03/2015, 1-La Ley 2015-B,625, Cita: TR LALEY AR/DOC/678/201

el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete último de la Convención Americana. “³²⁸ De esta manera el Cimero aplica la pauta de interpretación conforme a la Convención Americana como estándar mínimo de respeto de derechos humanos, como asimismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos. ³²⁹

Tal como se afirmado ya no se trata tan solo del seguimiento de la jurisprudencia que fije la CIDH, sino de una obligación de realizar de oficio, en todos los casos, un control de convencionalidad de todas las normas que un juez está llamado aplicar, más allá de que exista jurisprudencia interamericana sobre ese punto o la parte lo haya pedido. La obligación y facultad reconocida a los jueces de todas las instancias de ejercer simultáneamente el control de constitucionalidad y de convencionalidad aumenta enormemente su ámbito de decisión. ³³⁰

La Corte federal así lo ha afirmado en “Rodríguez Pereyra”³³¹ fallo en el cual, como ya mencionamos, decretó de oficio la inconstitucionalidad de un régimen especial de responsabilidad. En dicho precedente, sostuvo expresamente: *“Es un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional confiere rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa - formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad y que, por otro lado, impida a esos mismos tribunales ejercer similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.* Respecto a la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia, con ciertas variantes, se ha pronunciado por la procedencia del control oficioso de constitucionalidad ³³²

³²⁸ CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/Rec, de casación e inconstitucionalidad, 13/07/2007; Fallos: 330:3248

³²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina, ob cit, pág. 201

³³⁰ ALFONSO, Santiago, *El tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema. Algunas definiciones trascendentes*, ob. cit, pág. 409

³³¹ CSJN, Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios, 27/11/2012, Fallos: 335:2333

³³² SCBA. Causas L. 69.523, "Barone", sent. del 01-04-2003, L. 76.279, "Castillo", sent. del 1-10-2003; L. 80.156, "Martínez", sent. del 31-3-2004; L. 72.336, "Iommi", sent. del 14-4-2004; L. 78.008, "Pereyra", sent. del 14-04-2004) (Ídem causas L. 83.781 "Zaniratto", sent. del 22-XII-2004; L. 74.311 "Benítez", sent. del 29-XII-2004; L. 84.131 "Barreto", sent. del 8-VI-2005; L. 81.577 "Guzmán", sent. del 8-VI-2005; L. 84.880 "Castillo", sent. del 27-VI-2007; Ac. 88.847 "Peters", sent. del 12-IX-2007, entre otras, citadas en HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, ob cit

En razón de lo expuesto, resulta relevante lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, la CIDH en el caso "Velázquez Rodríguez"³³³ ha sostenido que *"El art. 1 inc. 1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención"*. También sostuvo: *"La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado"*

En relación a la obligación de garantía, la Corte Internacional sostuvo en dicho caso: *"La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos."*

Al respecto sostiene Bidart Campos, que en la sentencia mencionada se puede leer que garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que

³³³CIDH, Caso Velázquez Rodríguez c/Honduras, sentencia de 29 de julio 1988. Serie C N° 4, párr. 166;

comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³³⁴

Tal como podemos apreciar, surge claramente de las normas convencionales mencionadas y de la jurisprudencia de la CIDH, que los Estados pueden ser responsabilizados por violación de los derechos humanos, tanto por acción como por omisión. En razón de ello, resulta relevante lo resuelto por la Corte internacional referente a la responsabilidad internacional que puede resultar de las omisiones estatales.

Al respecto, afirma Abramovich que los jueces nacionales son agentes directos de la aplicación de los pactos en la esfera interna. Por lo tanto, los criterios establecidos en el sistema interamericano para definir la configuración de responsabilidad estatal por omisión en el marco del deber de protección, no sólo son fuente interpretativa a nivel internacional, sino que constituyen estándares directamente aplicables a escala doméstica para imputar responsabilidad al Estado.³³⁵

La Corte Internacional no solo ha atribuido responsabilidad internacional por la actividad estadual, ya sea activa o pasiva, sino incluso ha responsabilizado a los Estados por su inacción ante la actividad de terceros o particulares, como veremos seguidamente, En relación a ello, debe tenerse en cuenta que la Corte IDH ha sido bastante amplia al hablar de la responsabilidad por omisión del Estado en casos de violación de derechos humanos.³³⁶

En dicho sentido, ha puntualizado el mencionado Tribunal que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco del Pacto de San José, nace en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar —garantizar— las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, mencionados en los arts. 1.1 y 2 del referido documento internacional, en virtud de actos u omisiones de cualquier poder u órgano estadual, independientemente de su jerarquía, como así también de ciertos particulares que violen los tratados.³³⁷

³³⁴BIDART CAMPOS, Germán, *La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional*, en AA.VV., "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", homenaje al profesor Dr. Atilio A. Alterini, 1997, Ed. Abeledo-Perrot, p. 427.

³³⁵ ABRAMOVICH, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, marzo 6 de 2013 - JA 2013-I, fascículo n. 10

³³⁶BOULIN VICTORIA, Ignacio A, *Nuevos perfiles de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob. cit.

³³⁷HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales. El que "rompe" aunque sea el Estado" paga*. ob cit

La mencionada responsabilidad es de carácter objetivo, ya que no es necesario determinar, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar a los agentes a los cuales se atribuyen las infracciones, basta al respecto que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida.³³⁸

Ha reconocido dicho tribunal internacional responsabilidad por omisión del Estado por su violación al deber de prevención, incluso por la acción de terceros, estén identificados o no, por violación a su deber de prevenir razonablemente las violaciones de derechos humanos.³³⁹

A su vez, la Corte IDH ha destacado que uno de los factores que incide en el alcance de las obligaciones estatales, está dado por las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho tutelado. Como consecuencia de ello, las obligaciones estatales son mayores frente a las personas, por ejemplo, con discapacidad., comunidades indígenas, mujeres o niños, etc. como veremos seguidamente, Este criterio fue sostenido categóricamente en el caso "Ximenes López"³⁴⁰ respecto a una persona discapacitada. En el caso mencionado precedentemente, asimismo, el tribunal advirtió que pesa sobre el Estado el deber de regular y fiscalizar las instituciones que prestan el servicio de salud, tanto en el ámbito público como privado.³⁴¹

En dicho sentido, desde la perspectiva internacional, lo que debe acreditarse para imputarle responsabilidad al Estado, es que éste, desde una visión integral, haya omitido adoptar las medidas legislativas, administrativas o judiciales idóneas y factibles para prevenir la ocurrencia de la vulneración del derecho de parte del agente dañador, es decir, actuar con la debida diligencia para prevenir el daño. Para evaluar, por lo tanto, la exigibilidad de las acciones omitidas, la Corte Interamericana utiliza, siguiendo a su par europea, la doctrina del riesgo³⁴²

La noción de riesgo previsible y evitable, aun emanado de actos de particulares, ha sido desenvuelta por la Corte Interamericana considerando que el Estado responde cuando incumple con una función protectora, aunque sólo en situaciones donde asume

³³⁸ , HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales. El que "rompe" aunque sea el Estado" paga*, ob cit

³³⁹ CIDH, Caso Velázquez Rodríguez c/Honduras, sentencia de 29 de julio 1988. Serie C N° 4, párr. 172

³⁴⁰ CIDH, Ximenes López vs. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006

³⁴¹ LISTE, Pablo A, ob cit, pág. 120

³⁴² JUSTO, Juan Bautista, *El deber de protección de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit, pág. 225 y ss.

una posición de garante, para impedir un riesgo previsible y evitable, es decir, no frente a cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares.³⁴³

De esa manera, si existe un riesgo real –no hipotético-, inmediato -no remoto- y particularizado –que no afecta de modo general sobre toda la sociedad, sino que amenaza los derechos de un individuo o un grupo identificable- y el Estado lo conoce o debía razonablemente conocerlo, la debida diligencia le exige actuar. Si no lo hace, esa omisión será antijurídica.³⁴⁴

En este sentido, el mencionado tribunal ha afirmado en el caso “Masacre de Pueblo Bello”³⁴⁵ que para que se configure una violación del deber de prevención estatal, deben darse dos condiciones sustanciales, a saber: la primera, situación de riesgo real e inmediato; y la segunda, la necesidad de valorar 'razonablemente' la posibilidad real que han tenido las autoridades para prevenir o evitar el riesgo.³⁴⁶

Ha aplicado dicha doctrina el mencionado Tribunal Internacional en el caso “Campo Algodonero”³⁴⁷, pero con el componente particular de la existencia en el caso de un deber de debida diligencia reforzado en función del artículo 7 de la Convención de Belém do Para”³⁴⁸ donde la Corte examina una situación estructural de violencia contra las mujeres basada en su género.³⁴⁹ En este caso la Corte agrava el deber de debida diligencia, o dicho, en otros términos, somete su cumplimiento a un estándar más estricto en el caso, en función del contexto de violencia de género, considerando especialmente como ese contexto debió orientar las acciones estatales.³⁵⁰

Para la CIDH, tal como sostiene Hitters, la precitada Convención, establece un deber de debida diligencia reforzado, lo que parece indicar que este opera estableciendo una carga adicional de deberes de prevención al Estado, por sobre un piso de debida

³⁴³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar*, ob cit.

³⁴⁴ JUSTO, Juan Bautista, *El deber de protección de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado por omisión*, ob.cit, pág. 225 y ss.

³⁴⁵ CIDH. Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, 31 de enero de 2006, párrafo 123

³⁴⁶ HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales. El que “rompe” aunque sea el Estado” paga*, ob cit

³⁴⁷ CIDH. González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. 16 de noviembre de 2009, párrafo 280;

³⁴⁸ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Para) suscrita el 9 de junio de 1994, aprobada por Ley 24.632 promulgada el 1° de abril de 1996

³⁴⁹ HITTERS, Juan Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados de fiscalizar a las empresas frente al accionar ilegítimo de los particulares. Responsabilidad internacional y control de convencionalidad*, Revista La Ley 19/05/2021, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/1377/2021

³⁵⁰ ABRAMOVICH, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* Buenos Aires, marzo 6 de 2013 - JA 2013-I, fascículo n. 10, págs. 9/10

diligencia en la protección de las acciones de particulares, que vendría dado, en principio, por la propia Convención Americana.³⁵¹

Resultan de relevancia los parámetros utilizados por la Corte Interamericana, en “Campo Algodonero”, que resultan trascendentes en cuestiones donde se involucra la violencia de género y la falta de servicio por parte del Estado.³⁵²

Dichos parámetros³⁵³ son:

- 1) Que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; esto es, se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y, además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato;
- 2) Que exista un riesgo particularizado, es decir, que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado.
- 3) Que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo; Esto es, la posibilidad de establecer cierta presunción de conocimiento de ese riesgo a partir de las circunstancias del caso, y que está muchas veces asociada al rol de vigilancia o monitoreo que la propia Convención o la CBDP impone al Estado, como también con las características del riesgo.

Además, existen riesgos que son previsibles por su envergadura, por su extensión en el tiempo, porque obedecen a prácticas, por o patrones sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por la autoridad estatal.

- 4) Finalmente que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo.

Para poder imputar responsabilidad al Estado se requiere, en consecuencia, primero que el riesgo sea por sus características evitable, y que el Estado esté en condiciones de adoptar medidas capaces de paliar la situación y evitar la materialización del riesgo. Este último elemento se refiere tanto a las características de los factores de riesgo que se

³⁵¹ HITTERS, Juan Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados de fiscalizar a las empresas frente al accionar ilegítimo de los particulares. Responsabilidad internacional y control de convencionalidad*, Revista La Ley 19/05/2021, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/1377/20

³⁵² MARANIELLO, Patricio *Responsabilidad del Estado en casos de violencia de género*, CABA. Albremática S.A, 2021, cita: elDial DC2F11;

³⁵³ ABRAMOVICH, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* Buenos Aires, marzo 6 de 2013 - JA 2013-I, fascículo n. 10, pág. 15

presentan, como a las capacidades operativas de los agentes públicos que podían actuar en ese escenario determinado.³⁵⁴

Los mencionados parámetros han sido receptados en nuestra jurisprudencia.³⁵⁵

Cabe también resaltar, que, a fin de determinar la existencia de responsabilidad estatal, dicho tribunal internacional, al igual que la Corte Nacional, como veremos, pondera la razonabilidad de la conducta exigible al Estado y la predictibilidad del daño frente a la obligación de adoptar medidas de protección.³⁵⁶

Hitters, con respecto a la jurisprudencia de dicho Tribunal Internacional referente a la existencia de deberes estatales reforzados o calificados de protección, sostiene que los Estados los tienen frente a los riesgos que ellos mismos crean, como también en casos de grupos vulnerables, en especial cuando esa vulnerabilidad tiene origen en situaciones de discriminación. En estos casos, el desempeño estatal será objeto de un escrutinio más riguroso, siendo suficiente que se demuestre que las autoridades no hicieron todo lo que se podía esperar razonablemente de ellas para evitar un riesgo real e inmediato del cual tenían o debían tener conocimiento.

Para finalizar, cabe resaltar que, en el año 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia de condena —por mayoría— decretando la responsabilidad internacional de la República Federativa de Brasil en un caso de responsabilidad estatal por omisión por los daños ocasionados por la explosión de una fábrica (empresa privada) de fuegos artificiales en dicho país.³⁵⁷

En dicho precedente, la Corte resaltó que, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de los derechos de otro, este no es automáticamente atribuible al Estado, sino que es pertinente "analizar" las circunstancias particulares del caso y la concreción de las obligaciones de garantía. Asimismo, remarcó que los Estados tienen el deber de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas, que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas sometidas a su competencia; como medida para proteger y preservar estos derechos.³⁵⁸

³⁵⁴ ABRAMOVICH, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob.cit., págs. 9/10

³⁵⁵ CNACF, Sala II, A., R.H. y Otra c/ E.N. M Seguridad – P.F.A. y Otros s/daños y perjuicios", Expte. nro. 50.029/2011, 11/7/2017(Voto Dra. Capeta)

³⁵⁶ LISTE, Pablo A, *La regulación de la responsabilidad estatal por omisión en la Ley 26.944*, ob cit, pág. 120

³⁵⁷ CIDH, Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús vs. Brasil, Sentencia de 15/07/2020.

³⁵⁸ HITTERS, Juan Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados de fiscalizar a las empresas frente al accionar ilegítimo de los particulares. Responsabilidad* 88

Por último, tal como afirma, Liste, bastan algunos de los ejemplos, como los que hemos mencionado, para ilustrar sobre la amplitud que asumen las obligaciones estatales en el marco del Sistema Interamericano de derechos humanos, obligaciones que en modo alguno se agotan en el cumplimiento de deberes determinados.³⁵⁹

IV b. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

IV.b. 1. Somero análisis de los principales fallos

El análisis de los fallos emitidos por la CSJN resulta trascendental, ya que ante la ausencia de normas que regularan la materia, el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado tuvo su origen, preponderantemente, en la doctrina y en la jurisprudencia del Címero, mediante la aplicación analógica del Código Civil.

Se analizan, seguidamente, en razón del objeto del presente trabajo, los fallos más trascendentes de dicho tribunal, es decir, aquellos que han fijado los parámetros fundamentales en materia de responsabilidad por inactividad, omitiendo realizar un análisis general de los mismos, centrándonos en un breve resumen de los presupuestos que requiere el Címero para la procedencia de la responsabilidad omisiva del Estado.

Antes de adentrarnos en estas cuestiones, cabe considerar, que tal como manifiesta autorizada doctrina, la Corte ha tenido un criterio restrictivo para la admisión de este tipo de responsabilidad.³⁶⁰

El reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actuar omisivo ilegítimo, aparece en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal con posterioridad al emblemático fallo “Devoto”³⁶¹ En el año 1969 dicta el fallo “Franck”³⁶² causa en la cual el actor demandó a la Provincia de Buenos Aires por un accidente sufrido por una lancha de pasajeros en la zona del delta del Tigre, en razón de haber colisionado la embarcación contra un tronco no removido del lecho del río, en el cual murieron su esposa e hijos. La Corte en su fallo resolvió condenar a la mentada provincia, aplicando el art. 1113 del Código Civil derogado, considerando que la misma resultaba responsable por pertenecer a su dominio público el río y su cauce.

internacional y control de convencionalidad, Revista La Ley 19/05/2021, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/1377/20

³⁵⁹ LISTE, Pablo A, ob cit, pág. 120

³⁶⁰ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, Revista La Ley, 24/08/2011, BARRAZA Javier Indalecio, ob cit.

³⁶¹ CSJN, Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”, 1933, Fallos: 169:111

³⁶² CSJN, Franck, Roberto Ángel c/Provincia de Buenos Aires, 1969, Fallos: 275:357

En el caso “Ruiz”³⁶³ la actora pretendió la reparación de los daños y perjuicios causados por la muerte de su esposo, producida como consecuencia de la colisión con un caballo en la ruta provincial n° 36, imputando a la provincia de Buenos Aires, la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales. La Corte no reconoció la responsabilidad pretendida, sosteniendo en dicho precedente que *“la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales que le incumbe a la provincia, no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora. Asimismo, sostuvo su doctrina, que luego fueran reiterada en numerosos precedentes respecto a que “El ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.*

Dicha postura se mantuvo en los casos Sarro³⁶⁴ Bertinat³⁶⁵. Colavita³⁶⁶ entre otros, referentes a accidentes ocasionados por animales sueltos en las rutas o caminos concesionados.

Al respecto. sostiene Salvatelli. que la doctrina dictada por la Corte en el citado precedente “Ruiz”, en materia de omisión relacionada con el ejercicio de la policía de seguridad, ha trascendido hasta nuestros días como pieza clave para delimitar el alcance de la exigibilidad de las conductas estatales omisivas que engendran responsabilidad, en caso de omisión de mandatos genéricos.³⁶⁷

En “Bianchi”³⁶⁸ la actora demandó a la Provincia de Buenos Aires y a Camino del Atlántico S.A.C.V a raíz de un accidente en que falleciera su esposo, en virtud de embestir dos equinos que aparecieron en su camino cuando circulaban por la ruta n° 11. En dicho caso, el Címero hace lugar a la demanda contra el concesionario vial y la rechaza

³⁶³ CSJN, Ruiz, Mirta Edith y otros c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios, 07/01/1989, Fallos:312:2138

³⁶⁴ CSJN, Sarro, Antonio y otros c/ OCA S.R.L. y otros (Buenos Aires, Provincia de) s/ daños y perjuicios, 27/12/1990, Fallos: 313:1636

³⁶⁵ CSJN, Bertinat, Pablo Jorge y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios.07/03/2000, Fallos: 323:305

³⁶⁶ CSJN, Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios...07/03/2000, Fallos: 323:318

³⁶⁷ SALVATELLI, Ana, *ob cit*, pág. 16

³⁶⁸ CSJN, Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de c/Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios., 7/11/2006, Fallos: 329:4944

respecto de la provincia, por entender que no se identificó un supuesto deber de seguridad infringido por el Estado provincial.

Sostuvo la Corte en dicho precedente al respecto, que “*no han identificado siquiera mínimamente cuál es ese deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad, y explicando cómo se configuró su inobservancia...La identificación del deber infringido o la obligación determinada incumplida, pesaba sobre los reclamantes a fin de posibilitar el pertinente juicio de antijuridicidad material, máxime teniendo en cuenta que la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio.*”

La precitada doctrina es reiterada en “Coco”³⁶⁹ para eximir de responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires y al Municipio de Quilmes, pero en este caso considera responsable a la Prefectura Naval Argentina. Funda dicha imputación de responsabilidad en la omisión del deber de seguridad que le imponía el ámbito jurisdiccional en el cual operaba el aparato que causó daños al actor. En dicho caso, el actor había viajado en un bote que no estaba habilitado para la aeronavegación, y además carecía de avisos o señales que alertaran sobre el riesgo que implicaba la hélice descubierta que lo propulsaba (que causó lesiones severas en la mano del demandante). Por tal motivo, se interpretó que la responsabilidad de la Prefectura surgía de su omisión en el deber de seguridad³⁷⁰

En Pose³⁷¹ y Lanatti³⁷², la Corte admite la responsabilidad del Estado aunque utiliza como fundamento normativo el art. 1113 del entonces vigente Código Civil.

En “Pose” el actor inicia demanda contra la provincia de Chubut y la Municipalidad de Puerto Madryn, debido a las graves lesiones que sufrió al arrojarse de un trampolín en una playa municipal, por lo cual, a raíz de la bajada del mar, impacto contra la arena. La Corte condenó a la provincia en su carácter de titular dominial de las playas, al respecto sostuvo: “*La plataforma con trampolín cuya utilización determinó el accidente sufrido por el actor se presenta claramente como riesgosa, y aun viciosa, en relación con el uso al cual estaba destinada, si debido al lugar de emplazamiento y a los cambios de marea nunca podía ser utilizada sin peligro.* Asimismo, sostuvo “*El uso y goce de los bienes del*

³⁶⁹ CSJN, Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.,29/06/2004, Fallos: 327:2722

³⁷⁰ SALVATELLI, Ana, *ob cit*, pág. 20

³⁷¹ CSJN, Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios (incidente de beneficio de litigar sin gastos) ...01/12/1992, Fallos: 315:2834

³⁷² CSJN, Lanati, Marta Noemí y otros c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ daños y perjuicios (sumario).02/07/1991. Fallos: 314:661

dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado lato sensu) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos.”

También condenó a la Municipalidad demandada, por su deficiente ejercicio de la policía de seguridad, al no advertir a los bañistas del peligro que implicaba el uso de las plataformas, Por lo cual, la decisión invocó los arts. 1109, 1112, 1113 y concs. del Código Civil, condenándolas en un 70 %, atento la concurrencia de la culpa de la víctima, utilizando diversas disposiciones, lo que obedecería a los diversos factores de atribución de cada uno de los obligados concurrentes ³⁷³

En “Lanati” hizo lugar a la acción intentada contra la Dirección Nacional de Vialidad por su actitud omisiva de no advertir al público la existencia de un peligroso zanjón en una ruta, invocando el art. 1074 del CC.

La doctrina de “Pose” es reiterada en “Cebollero” ³⁷⁴, fallo en el cual el Címero condena en un 50 % a la Provincia de Córdoba, por los daños y perjuicios sufridos por el actor, por la existencia de grandes pozos en la ruta provincial n° 4 que ocasionaron la pérdida de control del vehículo y el desvío hacia la banquina, dando varios tumbos.

Tal como se ha sostenido al comienzo del presente trabajo, es factible encontrar una segunda línea evolutiva en materia de responsabilidad por omisión que comienza con “Zacarías” ³⁷⁵. Hasta dicho momento en la evolución de la jurisprudencia de la Corte, solo la existencia de un deber específico de actuar incumplido generaba responsabilidad, mientras que la presencia de un mero deber genérico la excluía. ³⁷⁶ Es por la tanto, a partir de dicho precedente, que la Corte hace una distinción, ya que no detiene su análisis en la mera presencia de un deber genérico como causal para excluir la responsabilidad por omisión, sino que admite la posibilidad que, pese a tratarse de un deber genérico, igualmente deba responderse. ³⁷⁷.

En este precedente el Címero, pese a no admitir la demanda contra la Policía de la Provincia de Córdoba, por los daños sufridos por un jugador de fútbol en el vestuario del estadio por un artefacto explosivo colocado por los simpatizantes del equipo cordobés, formula varias consideraciones. Entre ellas, sostuvo expresamente: *“Quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para*

³⁷³ CAPUTI, Claudia, *La responsabilidad del estado en la argentina-Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad-* Revista de Derecho Público n° 117/2009 pág. 16

³⁷⁴ CSJN, Cebollero, Antonio Rafael y otros c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios. 11/06/2003, Fallos: 326:1910

³⁷⁵ CSJN, Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de s/sumario, 28/04/1998. Fallos: 321:1124

³⁷⁶ CANDA Fabián, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN) en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, ob cit, pág. 186

³⁷⁷ BARRAZA Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit.

llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular”

Reitera lo expresado en “Vadell”³⁷⁸ acerca de que se trata de una responsabilidad directa, recalcando que el factor de atribución lo constituye la falta de servicio, a la cual considera como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Asimismo, sostiene que la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar.

La mayoría de la Corte Suprema limitó la condena al club organizador del partido rechazando la demanda contra las restantes co-demandadas: la Municipalidad y la Provincia de Córdoba donde había sucedido la explosión. En cuanto a la Municipalidad, considero que la misma no tenía a su cargo el deber de seguridad en el estadio; y en lo atinente a la provincia, merituyó que ésta –sobre la cual pesaba el deber de seguridad del evento– había implementado medidas suficientes para resguardar la seguridad durante el partido, toda vez que parecía razonable y suficiente el despliegue de efectivos policiales realizado.³⁷⁹

En dicho fallo, la Corte analiza el deber genérico de seguridad que pesaba sobre la policía de la provincia demandada, ponderando los cuatro factores mencionados precedentemente, la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con aquel y el grado de previsibilidad, que deben ser meritutados en cada caso concreto, concluyendo que en dicho caso no hubo falta de servicio imputable a dicha policía.

En cuanto a los parámetros establecidos por la Corte, cabe mencionar que: Corresponde examinar —como primer elemento— la naturaleza de la actividad involucrada. En segundo lugar, se debe examinar, si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio. Luego, corresponde examinar —como tercer elemento— el lazo que une a las víctimas con el servicio. Para ello, es necesario verificar, como lo ha hecho la Corte Suprema, si se hallaba configurado un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente o si solo se encontraba presente un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos quienes no tienen sino

³⁷⁸ Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires s/daños y perjuicios”18/12/1984, Fallos:306:2030

³⁷⁹ CAPUTI, Claudia, *La responsabilidad del estado en la argentina-Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad-* Revista de Derecho Público n° 117/2009 pág. 16

un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad. Y por último, el grado de previsibilidad del daño, es decir, si los mismos pudieron ser previstos de acuerdo a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas.³⁸⁰.

Respecto a la previsibilidad del daño, sostiene Canda, que en muchos supuestos el deber genérico de seguridad se potencia al tornar previsible el daño, es decir, se encuentra reforzado, mencionando como ejemplos, por ejemplo, los casos de reiteradas denuncias por accidentes con animales sueltos en la ruta, o si una mujer denuncia reiterados hechos de violencia doméstica a manos de su pareja y la justicia y/o la policía omiten actuar, hasta que —finalmente— se produce un trágico final.³⁸¹.

En relación a la formula sobre los "medios disponibles" sostiene Zavala de González, *“no debe entenderse con tal amplitud que elimine el carácter objetivo de la responsabilidad. Cuando son exigibles medios adecuados, no excusa la estrechez de los existentes en la práctica; ni la escasez de recursos económicos, técnicos o de personal, casi siempre circunscriptos en los hechos; tampoco, dificultades financieras o limitaciones presupuestarias para desplegar funciones públicas.”*³⁸².

Tal como puede apreciarse, en este caso, se imputa al Estado la transgresión de su deber genérico de seguridad, ya que se le imputaba a la policía provincial no haber hecho lo suficiente para evitar la explosión. Pero a diferencia de los fallos anteriores que mencionamos, en los cuales el Cimero sostenía en forma invariable que la sola invocación de la policía de seguridad es insuficiente para atribuir responsabilidad por hechos extraños a su intervención directa, y rechazaba las demandas, en “Zacarías”, en cambio, sostiene la Corte que pese a tratarse de un deber genérico, no debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber fue cumplido teniendo en consideración los parámetros mencionados precedentemente.³⁸³.

Al respecto sostiene Caputi que. *“El paradigma que prevalece en este campo es que el deber en cuestión impone a la Administración Pública obligaciones de medios y no de resultados, de modo que, si se implementaron medidas razonables y suficientes según las circunstancias, los siniestros que ocurran no comprometen la responsabilidad estatal.”*³⁸⁴.

³⁸⁰ MARANIELLO, Patricio, ob cit

³⁸¹ CANDA Fabián, O, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, ob cit, pág. 151

³⁸² ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde ob cit

³⁸³ CANDA Fabián O, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, ob cit, pág. 133

³⁸⁴ CAPUTI, Claudia, ob cit, pág. 19

En “Cohen”³⁸⁵ la Corte se pronuncia de nuevo sobre el deber genérico que pesaba, en dicho caso, en la Provincia y el Municipio demandado. En dicho precedente, el actor reclama daños y perjuicios en virtud de los daños que padeciera al realizar un vuelo en parapente, a través de una empresa organizadora, imputando responsabilidad a la Provincia de Río Negro y al Municipio de San Carlos de Bariloche por su omisión del servicio de policía de control y vigilancia. Allí la Corte estableció pautas para determinar si existía falta de servicio por omisión de control, sosteniendo expresamente *“Cuando la administración regula las actividades privadas, imponiéndoles a las personas que las llevan a cabo determinados deberes, la extensión hasta la cual ella supervisa y controla el cumplimiento de estos últimos depende, salvo disposición en contrario, de una variedad de circunstancias como el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que se trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles”*

Reitera, en dicho fallo, su doctrina respecto a 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 en materializar el deber indicado. Afirma, al respecto que *“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.”*

En razón de dichas consideraciones rechaza la demanda, a más de considerar que no existió nexo causal entre las omisiones imputadas al estado provincial y municipal y los daños sufridos por el actor.

En el año 2007 se dicta el precedente “Mosca”³⁸⁶ relacionado nuevamente con la violencia en el fútbol. El actor, quien se encontraba en las inmediaciones del Estadio de Lanús, a donde había trasladado a unos periodistas del grupo “Clarín” en razón de desempeñarse como chofer, sufre daños a raíz de elementos de mampostería lanzados a la calle desde adentro del estadio. Inicia demanda contra el club de fútbol, la AFA y contra la Provincia de Buenos Aires, en virtud de imputar responsabilidad por omisión a

³⁸⁵ CSJN, Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios... 30/05/2006. Fallos: 329:2088

³⁸⁶ CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, 06/03/2007, Fallos: 330:563.

las fuerzas de seguridad provinciales. A diferencia de Zacarías en esta precedente resulta también condenada la AFA.

En dicho fallo, la Corte, sostuvo en relación al factor de atribución falta de servicio, que no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.

Tratándose en dicho caso de la imputación de la omisión de cumplir con un deber genérico, la Corte procede a analizar de acuerdo a las circunstancias del caso, la conducta desplegada por la Policía de la Provincia, a la luz de los cuatro estándares fijados en Zacarías (Fallos 321:1124) precedentemente mencionados. En dicho sentido, analiza la conducta asumida por la Policía, la cantidad de efectivos desplegados, conforme a las circunstancias del caso. Con respecto, el lazo que une a la víctima con el servicio, señala que no existe un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente, sino un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos, quienes, en consecuencia, no tienen un derecho subjetivo, sino un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad. Y por último, en cuarto lugar, en lo que respecta al grado de previsibilidad del daño considera que debe evaluarse de acuerdo con la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas. Por lo cual, concluye que la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no genera responsabilidad según el Código Civil

Por ende, afirma que *“no corresponde atribuir responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por los daños causados por simpatizantes de un equipo de fútbol a quién permaneció durante el partido en las inmediaciones de la cancha, sí se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio, pues se destinaron efectivos para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio, no existía un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente y la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece.”*

Efectúa, además, el Címero en dicho precedente, una importante distinción en materia de la responsabilidad por omisión. Al respecto sostiene expresamente que *“...Resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que, si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto, afirma que corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor*

medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifican con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.”

Perrino, al analizar el presente fallo, sostiene que, aunque la Corte no lo mencione expresamente, el distingo que efectúa 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.³⁸⁷ En dicho sentido, afirma que los mandatos expresos y determinados son, básicamente, el producto de una potestad reglada en cambio, los mandatos indeterminados tienen su origen en una potestad discrecional o traducen la existencia de conceptos jurídicos indeterminados.³⁸⁸

Por lo tanto, conforme la doctrina que emerge del Alto Tribunal, si la omisión que se imputa es por el incumplimiento de deberes genéricos, habrá que analizar las circunstancias del caso, teniendo en cuenta los cuatro factores enunciados en “Zacarías”, los cuales deberán ser valorados conforme los estándares de “Mosca”, es decir, la omisión endilgada deberá ser evaluada con criterio estricto, ponderando los

³⁸⁷ Mertehikian, sostiene que modernamente se acepta, sin mayores disensos, que “la discrecionalidad administrativa importa para la Administración pública la posibilidad de adoptar de entre dos o más soluciones válidas (legamente posibles) e igualmente justas, aquella que satisfaga en mayor medida en el caso singular y concreto la finalidad de interés público que la norma atributiva de competencia ha tenido en vista al asignarla (arg. art. 7º inc. f) ley 19.549) MERTEHIKIAN, Eduardo, Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación. (Comentario al fallo “Criscuolo E. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”). Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1998-D, p. 665. En cuanto a las facultades regladas Gordillo sostiene “Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el órgano debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es lo que el órgano debe hacer en el caso. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera” GORDILLO, Agustín, A, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, 4ta edición, pág. X-15

³⁸⁸ PERRINO, Pablo Esteban, La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia, Revista La Ley, 24/08/2011

bienes jurídicos protegidos y, por último, también deben valorarse las consecuencias generalizables de la decisión por tomar.

Al respecto sostiene Canda, que conforme dicha doctrina deben ponderarse los bienes jurídicos protegidos (por ejemplo: no será lo mismo la salud, la educación, el medio ambiente etc., que un derecho estrictamente patrimonial), ya que a mayor relevancia del bien jurídico lesionado por la inacción estatal mayor probabilidad que se tenga por configurada la responsabilidad por omisión y las consecuencias de la decisión que se adopte de cara al futuro (es decir, el aspecto previsor de la sentencia, en lo atinente a que —en el futuro— deberá seguirse igual criterio frente a similares casos).³⁸⁹

Los precitados parámetros fueron reiterados en numerosos precedentes, entre otros, en “Parisi de Frezzini”³⁹⁰ referente al incumplimiento de obligaciones relativas al servicio de policía sanitario, en virtud del fallecimiento del esposo de la accionante, debido a la ingesta de un producto —propóleo con altas concentraciones de dietilenglicol— elaborado por el laboratorio co-demandado.

Asimismo, en “Carballo de Pochat”³⁹¹ en el cual se imputaba una violación del deber de seguridad, por el cual, la actora demandó al ANSES, por el asesinato de su esposo practicado por el esposo de una funcionaria, en la sede de la demandada en Mar del Plata, a raíz de una investigación que la víctima efectuaba en su carácter de auditor. En ambos casos, la Corte no admitió la responsabilidad del Estado, pese a que en el último de los casos nombrados, la víctima tenía un lazo especial con el servicio, ya que era dependiente de la administración y fue asesinado a raíz de la tarea de investigación que efectuaba en las propias oficinas del ANSES.

Cabe destacar que la Corte admitió la responsabilidad del Estado Nacional en “Bea”³⁹² referente al fallecimiento de un menor de una escuela de la provincia de Buenos Aires, ahogado en un lago artificial del Complejo Chapadmalal de propiedad del Estado Nacional. El Címero, entre sus fundamentos, considero que se encontraba acreditada una falta de servicio del Estado Nacional, en tanto no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar, no habiendo el Estado tomado las medidas de seguridad necesaria. Dicha omisión la considero de particular importancia teniendo en cuenta que la zona del lago era de muy fácil acceso desde el hotel donde se hallaban alojados los

³⁸⁹ CANDA Fabián O, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, *ob cit*, pág. 146

³⁹⁰ CSJN, Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilen y otros s/daños y perjuicios, 20/10/2009, Fallos: 332:2328

³⁹¹ CSJN Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ Anses s/daños y perjuicios 10/2013, Fallos: 336:1642

³⁹² CSJN, Bea. Héctor y otro c/Estado Nacional-Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios” 31/08/2010, Fallos: 333:1623

menores y que no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia. Asimismo, los ministros afirmaron: "*Promover el turismo social y escolar (...) implica el deber de suministrar condiciones de seguridad dentro del predio (...) no parece irrazonable exigir del Estado la adopción de una concreta medida de seguridad*". Asimismo, el Dr. Lorenzetti, en su voto enfatizó la raigambre constitucional del deber de seguridad.

Mencionaremos brevemente que la Corte, ha condenado, en reiteradas oportunidades, al Estado por daños padecidos por personas privadas de su libertad, por incumplimiento del deber agravado o reforzado de seguridad que recae sobre el mismo en estos supuestos, habiendo el Címero enfatizado "*corresponde ser particularmente exigente en el cumplimiento del deber de cuidado de los detenidos porque un "... principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida 'que a pretexto de la precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija' (art. 18 de la Constitución Nacional) (...) e impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral*" ³⁹³

Con fecha más reciente se ha pronunciado el Címero, en el caso "Albo" ³⁹⁴ La parte actora reclamaba a la Superintendencia de Seguros de la Nación, los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito que se produjera en Brasil, en el cual fallecieron varios pasajeros, debido a que la póliza de seguros de la empresa de transporte demandada, al ser muy reducida no cubría las indemnizaciones por las cuales había sido condenada. En razón de ello, imputan responsabilidad por omisión de control a dicha Superintendencia.

En dicho caso resuelve el Címero, que no incumbe responsabilidad a la Superintendencia, reiterando la doctrina sustentada en "Mosca" (Fallos: 330:563 y sosteniendo que: "*La potestad genérica de la Superintendencia de Seguros de la Nación de control, que contempla la ley 20.091 y los deberes y atribuciones que dicho ordenamiento le confiere, no son suficiente para responsabilizar subsidiariamente por*

³⁹³CSJN, Badin, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, 19/10/1995, Fallos: 318:2002, Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios...10/04/2003 Fallos: 326:1269, Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios, 22/12/2009, Fallos: 332:2842

³⁹⁴CSJN, Albo, Modesta del Valle y otros c/ Giménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios *06/11/2018, Fallos: 341:1555

los montos insolutos de una condena que alcanza al responsable del hecho ilícito - compañía de turismo- y a la aseguradora, en el marco de la póliza. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

En “Rea” ³⁹⁵ el Címero consideró arbitraria la sentencia del Superior Tribunal de Santiago del Estero, sosteniendo que *“La sentencia que omitió realizar un examen a la luz de los hechos comprobados en la causa y desestimó la existencia de responsabilidad del Estado provincial con argumentos insuficientes es arbitraria, pues había quedado acreditado que en el lugar del accidente no existían carteles de advertencia, barandas que dificultaran el acceso ni rejas que impidiesen el ingreso de objetos al ducto, todas estas circunstancias no valoradas por el superior tribunal al momento de evaluar la existencia de una falta de servicio.”*

En fecha muy cercana, se pronuncia en Dominguez. ³⁹⁶ En dicha causa el actor demanda a la Provincia de Tucumán reclamando los daños y perjuicios derivados de la muerte de su cónyuge y de su hijo menor, cuando fueron arrastrados por la crecida del río Grande, en la localidad de El Siambón, en la Provincia de Tucumán

La Corte resolvió que resultaba arbitraria la sentencia que había rechazado la demanda, al considerar dogmática la afirmación del a quo respecto a que ninguna obligación cabía a la provincia demandada de advertir a la población sobre el riesgo potencial del uso recreativo del río, cuando aquella no podía ignorar que, durante los meses de verano, gran cantidad de personas acudían allí para pasar el día, independientemente de que hubiese o no un balneario regularmente constituido. Sostuvo, además, el alto tribunal que el inferior no valoró adecuadamente, si la omisión atribuida a la provincia demandada de implementar un sistema de alarma de crecientes a efectos de prevenir a la población sobre sus eventuales consecuencias, podía constituir un incumplimiento de los deberes impuestos por la ley 3921 de Tucumán. Ello, en tanto resultaba conducente a efectos de verificar la omisión en el cumplimiento del deber de seguridad atribuida a la demandada, como si aquella tenía la obligación de informar a los habitantes acerca de los riesgos existentes en el lugar, sobre todo si la zona era de fácil acceso. Además, el Címero considero en dicho fallo ,que siendo de público conocimiento lo relativo a los peligros de la crecida de los ríos de montaña durante los meses de verano, y dada las características topográficas de la región, justificaban un

³⁹⁵CSJN, Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios 17/03/2020, Fallos: 343:184

³⁹⁶CSJN, González Domingo Avelino c / Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios, 06/09/2022, Fallos: 345:884

pormenorizado tratamiento sobre las obligaciones que le incumbían a la demandada a efectos de prevenir daños ocasionados por esta clase de fenómenos naturales, circunstancia que no fue valorada por el a quo a fin de determinar si en el caso concurría el factor de atribución del art. 1112 del Código Civil (entonces vigente).

En dicho fallo el Címero, conforme los parámetros de “Zacarías”³⁹⁷, analizó fundamentalmente los medios con que contaba el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Con respecto a este último estándar, en el voto del Ministro Rosatti, se efectúan consideraciones acerca del concepto de previsibilidad, el que exige ponderar la responsabilidad del Estado frente a lo esperado, lo esperable y lo inevitable, que demandan distintos niveles de actuación al Estado y medios disponibles a tal fin.

La Corte a los pocos días dicta sentencia en “Ceballos”³⁹⁸. En dicho caso se imputó responsabilidad por omisión al Estado Nacional, Al respecto la Corte consideró arbitraria la sentencia que había condenado al Estado Nacional con fundamento en el art. 1113 del Código Civil, dejando de lado la aplicación del factor de atribución falta de servicio y, sin considerar que la Dirección Nacional de Vialidad era una entidad autárquica con personería jurídica propia. Sostuvo, al respecto que *“La falta de servicio -que la Corte ha fundado en la aplicación del art. 1112 del Código Civil- supuso erigir una vía de atribución de responsabilidad que desplaza del terreno del derecho público otros factores de atribución de naturaleza civilista, como los previstos en el art. 1113 de ese código. “*

En la causa “Rodríguez”³⁹⁹ la Corte consideró arbitraria la sentencia del Tribunal Superior cordobés que confirmó el rechazo de la demanda contra la Provincia de Córdoba, por considerar que el hecho había ocurrido por culpa exclusiva de la víctima. La actora demandó a la precitada provincia por los daños y perjuicios padecidos por el suicidio de su esposo, mientras se encontraba en una comisaría, a la cual había concurrido

³⁹⁷CSJN, González Domingo Avelino c / Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios, 06/09/2022, Fallos: 345:884

³⁹⁸ CSJN, Ceballos, Estefanía Itatí y otro c/Dirección Nacional de Vialidad y otros s/daños y perjuicios, 20/09/2022, Fallos: 345:1025

³⁹⁹ CSJN, Rodríguez, Sabrina Pamela c/Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/daños y perjuicios. 20/4/2023, Fallos: 346:326

a denunciar el extravío de su celular en estado de ebriedad y fue puesto a resguardo por orden judicial.

Al respecto, sostuvo el voto mayoritario de la Corte que el superior tribunal de dicha provincia. a fin de establecer si resultaba ajustada a derecho la sentencia que rechazó la demanda, debió analizar las circunstancias acreditadas en el sumario administrativo tramitado ante el Tribunal de Conducta Policial como consecuencia del hecho. En dicho sumario fue sancionado el oficial a cargo de la Comisaria el día de los hechos, por haber incurrido en una “falta de naturaleza gravísima” al haber sido negligente y no haber dispuesto las medidas de seguridad necesarias para el resguardo de la integridad física del prevenido, debido a su estado. Resalto el Címero, que el tribunal administrativo le atribuyó no haber retenido *“aquellos elementos con los que pudiera causarse un daño sobre su persona”* y que la consideración de dicho punto era imprescindible a efectos de determinar si el hecho constituía una falta de servicio atribuible a la provincia demandada y si, de haber mediado diligencia en la custodia de la víctima, hubiese podido ser evitado el suicidio del mismo. Los jueces Rosatti y Lorenzetti, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)

Asimismo, reiterando su doctrina sobre la falta de servicio, en dicho fallo alega que el superior tribunal de la causa no pudo dejar de considerar la relación entre el desempeño de los agentes policiales y los daños que motivaron el presente juicio, a los efectos de determinar si se configuraba la falta de servicio alegada por la actora. Considera, el Címero, por ende, descalificable que dicho tribunal haya relativizado la importancia del sumario administrativo.

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima como eximente de la responsabilidad provincial que le atribuye el inferior al suicidio del marido de la actora, sostiene la Corte expresamente: *“.... cabe recordar que la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (ver Fallos: 343:184 y sus citas). Por lo tanto, siguiendo la doctrina del precedente citado, aun si en el caso se tuviera por acreditada la culpa de víctima, la sentencia impugnada no satisface el recaudo constitucional de fundamentación suficiente”*

Por último, nuestro máximo tribunal se expide sobre la falta de servicio por omisión en “Yancovich”⁴⁰⁰. La Corte hace lugar al recurso de queja interpuesto por el Estado

⁴⁰⁰ CSJN, Yancovich, Sergio Fabio c/Estado Nacional s/acción meramente declarativa de derecho, 04/07/2023, Fallos: 346:718

Nacional y revoca por arbitraria la sentencia confirmatoria de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná. Dicha sentencia, por mayoría, había hecho lugar a la demanda contra el Estado Nacional, a raíz de los daños que padeció la actora a consecuencia de la insolvencia de la mutual en que había depositado sus ahorros. Para así decidir la Cámara citada considero que *“hubo una concreta falta de servicio en el marco de su policía de control sobre la mutual, que finalmente la colocaron ante la imposibilidad de hacer frente a los reclamos de los ahorristas, la dejaron inmersa en un proceso concursal, y provocaron el retiro de la autorización para funcionar”*

La Corte considero que, discutiéndose, en dicho caso, una omisión antijurídica en el ejercicio del poder de policía, según la legislación vigente al momento en que ocurrieron los hechos, rigen los presupuestos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado que ya hemos mencionado. Asimismo, sostuvo expresamente: *“En este orden de ideas, esta Corte ha dicho que las competencias asignadas a un ente estatal para ejercer el poder de policía, de carácter eminentemente administrativo, que se traduce en el deber de fiscalizar a la entidad sujeta a su control, no pueden ser entendidas como una garantía contra la insolvencia de las personas sujetas a esa fiscalización (doctrina de Fallos: 335:1939). “(Considerando 5) Por lo cual concluye que la Cámara se ha apartado de dichas directrices, fundando su pronunciamiento en consideraciones genéricas fincadas en el desenlace falencial de la mutual, sin referir cuáles fueron concretamente los deberes legales inobservados por el Estado Nacional o el ente descentralizado a cargo, y su nexo de causalidad con los daños y perjuicios invocados por el actor.”*

IV.b.2. Presupuestos para la procedencia de la Responsabilidad por omisión.

En cuanto a los presupuestos para su procedencia, la Corte requiere los mencionados precedentemente al analizar los requeridos por la doctrina, que seguidamente analizaremos.

En dicho sentido, la Corte ha mantenido, en forma invariable, su doctrina acerca de que la pretensión de ser indemnizado por falta de servicio de los órganos estatales

requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar, del modo más claro y concreto, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, y que ello importa la carga de demostrar la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al órgano estatal.⁴⁰¹

Como ya mencionamos con anterioridad, la Corte no exige como presupuesto independiente la antijuricidad, ya que analiza si la omisión resulta antijurídica al evaluar si se configuró o no una falta de servicio por omisión.

IV.b.2.a) La falta de servicio como factor de atribución

Como ya adelantáramos, surge claramente del análisis que hemos efectuado que la Corte, en los supuestos en que endilga al Estado responsabilidad por omisión en el ámbito extracontractual ilícita en ejercicio de la función administrativa, requiere invariablemente la existencia de una falta de servicio.

Por lo cual, dicha falta de servicio, constituye el factor de atribución del tipo de responsabilidad objeto del presente trabajo. Vimos también que se trata de una responsabilidad objetiva y directa, basada en la prestación irregular o anormal del servicio que no requiere identificar al agente causante del daño ni probar el dolo o culpa del funcionario o agente interviniente.

En dicho sentido la Corte ha sostenido invariablemente que: “...*Debe recordarse, al respecto, que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso, de policía de seguridad– lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular ...*”⁴⁰² como también que pesa sobre quien demanda cumplir “con la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad o la omisión que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad. ...”⁴⁰³

⁴⁰¹ CSJN, Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ Anses s/daños y perjuicios 10/2013, Fallos: 336:1642 y Fallos: 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699, entre muchos otros

⁴⁰² CSJN, Rodríguez, Sabrina Pamela c/Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/daños y perjuicios. 20/4/2023, Fallos: 346:326 y Fallos: 306:2030; 307:821; 315:1892, entre muchos otros

⁴⁰³ CSJN, García, Facundo Nicolás y otros c/Municipalidad de San Isidro y ot, 03/06/2021, Fallos: 344:1318. Del dictamen de la Procuración al que la Corte remite. Fallos: 317:1233; 318:77; 319:2824 y 323:3973

Del mismo modo, en cuanto a la responsabilidad por omisión, se mantiene constante su doctrina que requiere para la configuración de dicha responsabilidad que el Estado haya incumplido un deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera.⁴⁰⁴

También hemos mencionado, que no obstante la exclusión que efectúa la Corte acerca de la admisión de deberes genéricos e indeterminados, a partir de “Zacarías” (Fallos:321:1124) ha morigerado dicha doctrina afirmando que *“Cuando la falta de servicio proviene de una omisión, exige una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.*”⁴⁰⁵ Además, la Corte adiciona a dichos estándares lo establecidos en “Mosca” (Fallos: 330:563) acerca de la realización de un juicio estricto, ponderando los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar, que se mantienen en los pronunciamientos más recientes.⁴⁰⁶

Tal como sostiene Canda, dichos parámetros fueron también receptados para la responsabilidad extracontractual ilícita por actividad a partir de los casos “Migoya”⁴⁰⁷ y “Molina”⁴⁰⁸, por lo cual se llega así a una doctrina jurisprudencial unificada para la responsabilidad por actividad ilícita, reconocido ambas el mismo factor de atribución, la falta de servicio. Dicha falta debe ser valorada, caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada uno, en función de los cuatro estándares mencionados. En los supuestos en que se impute al Estado una omisión, la misma deberá ser objeto de un juicio estricto, ponderando los bienes jurídicos en juego y los efectos generalizables de la decisión a tomar.⁴⁰⁹

En cuanto al fundamento normativo, de la falta de servicio, tal como se ha dicho a partir de “Vadell”⁴¹⁰ lo fundaba en el art. 1112 del CC derogado, mediante su aplicación analógica

⁴⁰⁴ CSJN, Yancovich, Sergio Fabio c/Estado Nacional s/acción meramente declarativa de derecho, 04/07/2023, Fallos: 346:718 y Fallos: 329:2088 y 332:2328, entre muchos otros

⁴⁰⁵CSJN, Zacarías, Claudio. c/ Córdoba, Provincia de s/sumario, 28/04/1998 y Fallos: 321:1124 340:1038 341:1287, 342:685 342:2198, 343:184, 345:884 345:1025, 346: 718, entre otros

⁴⁰⁶CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios. 06/3/2007 Fallos: 330:563; 341:1555. 342:685, 342:2198, 344: 3476, 345:884, 346:718, entre otros

⁴⁰⁷CSJN, Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 0/12/2011Fallos: 334:1821

⁴⁰⁸ CSJN, “Molina, Alejandro A. c/ Provincia de Santa Fe y otros s/ Daños y perjuicios

⁴⁰⁹ CANDA, Fabián O., *Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión*, ob cit, pág. 145/146

⁴¹⁰ CSJN, Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires s/daños y perjuicios”18/12/1984, Fallos:306:2030

Mencionamos anteriormente que en “Ceballos”⁴¹¹ sostiene la Corte enfáticamente que la falta de servicio constituye el único factor de atribución de derecho público aplicable al Estado, en materia de responsabilidad ilícita, descartando de esta manera el riesgo de naturaleza civilista establecido en el art. 1113 del CC, actual art. 1757 del CCCN. De esta manera modifica su doctrina por la cual aplicaba el 1113 párrafo 2° del CC, a los daños ocasionados por cosas de propiedad estatal, o bajo su guarda, por omisión de mantenimiento o incluso por actividades riesgosas.

La aplicación del factor de atribución riesgo al Estado ha sido criticado por Perrino y Cassagne, por generar una expansión excesiva del deber de reparar del Estado, en especial, cuando se lo ha utilizado con relación a bienes que integran el dominio público y por no encajar las formulas civilistas en el derecho público que ha construido un sistema particular y diferenciado⁴¹²

IV.b.2.b) Factor de imputación

En la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, la cuestión relativa a la imputabilidad al Estado tal como se ha sostenido precedentemente por las omisiones de los funcionarios y empleados se resuelve mediante la aplicación de la teoría del órgano a partir de “Vadell” (Fallos 306: 2030) y los precedentes que le sucedieron hasta la fecha, tratándose de una responsabilidad principal y directa. En dicho sentido ha sostenido hasta la fecha: *“La actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.”*⁴¹³

Como ya hemos referido con anterioridad, para su configuración resulta necesario que los agentes causantes de los daños, actúen dentro de la órbita de sus funciones públicas, aun en forma aparente, requiriéndose que la actividad dañosa presente un mínimo de reconocibilidad exterior en relación a los fines de la Administración. Tampoco dicha imputabilidad o causación material se opera respecto de concesionarios o contratistas del Estado, por no estar incluidos en los cuadros de la Administración, ni tampoco cuando los daños son causados por profesionales que ejercitan funciones públicas como los escribanos o notarios, pues de acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema en el conocido

⁴¹¹ CSJN Ceballos, Estefanía Itatí y otro c/Dirección Nacional de Vialidad y otros s/daños y perjuicios, 20/09/2022, Fallos: 345:1025

⁴¹² PERRINO, Pablo E, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LA LEY 24/08/2011 • LA LEY 2011-E 715°, CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)* ob cit

⁴¹³ CSJN Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires s/daños y perjuicios”18/12/1984, Fallos:306:2030 y Fallos: 341:1287, 344: 1291344:3476 345:884 346:326, entre otros

caso "Vadell" (Fallos: 306:2030), ellos no representan la voluntad estatal, que sólo se exterioriza a través de sus órganos ⁴¹⁴

Al respecto ha sostenido el Címero: *“El Estado, al igual que todas las personas jurídicas, necesita de la actuación u omisión de personas físicas que tienen la función de hacer querer y actuar al ente ideal. De ahí que el primer problema a resolver es el modo en que dicha actuación se imputa al Estado, frente a lo cual el Derecho ha dado diferentes respuestas, algunas basadas en principios propios del Derecho Civil, como la teoría del mandato y de la representación legal, y otras basadas en la teoría del órgano (arg. doct. de Fallos: 327:5295). La teoría del órgano que rige esta materia supone la imputación de la actuación (u omisión) de las personas físicas a la persona ideal, y ello exige verificar y diferenciar cuidadosamente los entes y órganos involucrados y las atribuciones e incumbencias que cada uno de ellos despliegan.”*⁴¹⁵

IV.b 2.c) Relación de causalidad

En relación a la relación de causalidad ha sostenido recientemente *“Que, sin embargo, la falta de servicio no es suficiente por sí misma para dar nacimiento a la obligación estatal de resarcir, pues debe atenderse a la relación de causalidad entre ella y el daño ocasionado. Los tribunales han de examinar meticulosamente si suprimida la conducta que se reputa ilegítima, el daño igualmente se hubiese consumado y todos los factores que a él contribuyen”* ⁴¹⁶

Tal como indicamos precedentemente, en lo que se refiere a la relación de causalidad que vincula al daño con una determinada omisión imputable a un órgano del Estado, el Código Civil, aplicable por analogía en esta materia, acoge el criterio de la causalidad adecuada, que requiere realizar un juicio acerca de su probabilidad o previsibilidad en el caso conforme a la experiencia y el curso ordinario de las cosas. Criterio que ha receptado la Corte en numerosos precedentes. ⁴¹⁷

⁴¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob cit

⁴¹⁵ CSJN Ceballos, Estefanía Itatí y otro c/Dirección Nacional de Vialidad y otros s/daños y perjuicios, 20/09/2022, Fallos: 345:1025

⁴¹⁶ CSJN Ceballos, Estefanía Itatí y otro c/Dirección Nacional de Vialidad y otros s/daños y perjuicios, 20/09/2022, Fallos: 345:1025 y Fallos: 317:1233; 329:2088; 330:2748

⁴¹⁷ CSJN García, Facundo Nicolás y otros c/Municipalidad de San Isidro y ot, 03/06/2021, Fallos: 344:1318. Del dictamen de la Procuración al que la Corte remite; Fallos: 341:1555 335:2457

Sin embargo, no ha seguido en este punto una línea uniforme ya que, en otros casos, ha requerido una relación de causalidad directa ⁴¹⁸ e incluso directa e inmediata ⁴¹⁹, conforme a la tendencia de la mayor parte de la jurisprudencia española. ⁴²⁰

No obstante, la terminología utilizada por el Címer, no ha requerido que sea exclusiva, habiendo exonerado total o parcialmente a la administración, cuando el mismo haya sido también ocasionado por la culpa de la propia víctima, por fuerza mayor o por culpa de un tercero por el cual no deba responder. ⁴²¹ En dicho sentido ha afirmado: “*La culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor.*” ⁴²²

Por último, tal como ha señalado la CSJN en reiteradas oportunidades, el nexo causal no se presume, por lo que debe ser debidamente acreditado. ⁴²³

IV.b.2.d). Daño

La Corte ha sostenido que, tanto en el ámbito del derecho público como privado, la imputación y atribución de responsabilidad presupone la existencia de un daño ⁴²⁴, presupuesto fundamental como vimos para la existencia de la responsabilidad.

Asimismo, ha requerido invariablemente para que el daño sea resarcible, que el mismo sea cierto y no eventual o hipotético, esto es, real y efectivo, Así ha sostenido: “*Para que el daño sea resarcible, ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es real y efectivo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro*” ⁴²⁵

⁴¹⁸ CSJN, Yancovich, Sergio Fabio c/Estado Nacional s/acción meramente declarativa de derecho, 04/07/2023, 328:2546, 332:2328

⁴¹⁹ CSJN, Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ Anses s/daños y perjuicios 10/2013, Fallos: 336:1642, 323:4018

⁴²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob cit

⁴²¹ PERRINO, Pablo Esteban, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada pags. 83 y ss.

⁴²² CSJN, Rodríguez, Sabrina Pamela c/Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/daños y perjuicios. 20/4/2023, Fallos: 346:326 y Fallos: 306:2030; 307:821; 315:1892, entre muchos otros

⁴²³ PERRINO, Pablo Esteban *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, ob cit

⁴²⁴ Yancovich, Sergio Fabio c/Estado Nacional s/acción meramente declarativa de derecho, 04/07/2023, Fallos: 346:718 y Fallos: 329:88 y 332:2328, entre muchos otros

⁴²⁵ CSJN, Fallos: 311:2863; 313:907 y 1465; 316:1891 y 2137; 312536 y 330:2748

En lo que concierne a la extensión de la indemnización, el alcance de la indemnización comprende la reparación plena de los perjuicios sufridos por el particular, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, aplicando el Código Civil en forma analógica, no obstante tratarse de normas adaptables a los principios que deben regir la reparación de los daños causados por la actividad estatal ilegítima ⁴²⁶

Respecto del daño moral, la Corte lo ha reconocido en reiterada oportunidades en casos de responsabilidad por omisión imputables al Estado, Así, se desprende de casos, tales como “ Schauman de Scaiola⁴²⁷ , “Brescia”⁴²⁸ , “Mosca”⁴²⁹ entre otros.

V. LA LEY NACIONAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

V.a Ámbito de aplicación de la ley

La situación descripta precedentemente, acerca de la ausencia de un régimen legal de derecho público que regulara la responsabilidad estatal, a nivel nacional, se modificó con la sanción de la ley de responsabilidad del Estado n° 26.944⁴³⁰ en el año 2014. Dicha ley establece una regulación propia de dicha responsabilidad, excluyendo expresamente la aplicación de las normas del CCCN en materia de responsabilidad estatal, tal como vimos, las cuales no pueden aplicarse ni de manera directa ni subsidiaria.

Al respecto sostiene Negri, que el legislador ha determinado el carácter especial de dicha ley y su autonomía respecto del derecho común. Sin embargo, sostiene dicho autor, que en virtud de no resultar la ley autosuficiente (sólo presenta 12 artículos), la misma debe ser integrada —por las lagunas normativas que presenta a primera vista— con otras normas del orden jurídico (no sólo las del Código Civil).⁴³¹

⁴²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos” Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, ob cit

⁴²⁷ CSJN, Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios.06/07/1999, Fallos: 322:1393

⁴²⁸ CSJN, Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. /12/1994, Fallos: 317:1921

⁴²⁹ CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios. 06/03/2007 Fallos: 330:563

⁴³⁰ Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, sancionada el 2 de julio de 2014, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014.

⁴³¹ NEGRI, Nicolás Jorge, *Ley de Responsabilidad Estatal: una aproximación sistemática a la nueva normativa*. DJ26/11/2014, 93, Cita: TR LALEY AR/DOC/3120/2014

Dicha ley ha sido catalogada como un hito sumamente relevante en nuestra historia jurídica, ya que constituye la primera regulación legislativa de derecho público en la que se aborda de manera general y orgánica dicha materia.⁴³²

A raíz de su sanción, se pasa de un sistema de base jurisprudencial a uno legal, siendo la misma sancionada por el Congreso de la Nación en su carácter de legislador federal y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, razón por la que no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar (art. 126 de la Const. Nac.)⁴³³

En el año 2015 se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación que dispuso, como ya reseñamos, que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda y que "*Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*" (art.1764)

El nuevo régimen de responsabilidad estatal adopta una postura iuspublicista, al encuadrar la materia como cuestión de derecho público local, conforme sostenía la doctrina y la Corte Suprema de Justicia al resolver la causa "Barreto"⁴³⁴ Ello implica, tal como ya hemos mencionado, que conforme nuestra organización federal de gobierno, en ejercicio de su autonomía cada provincia puede dictar su propia regulación. Así resulta del juego de los artículos 1º y 11 de la ley N° 26.944, en tanto el primero establece la inaplicabilidad del Código Civil a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria, y el segundo invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de la ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.⁴³⁵

Conforme al artículo primero de la mencionada ley la responsabilidad es objetiva y directa acorde a lo afirmado por la CSJN a partir de "Vadell" (Fallos: 306:2030) y regula la responsabilidad extracontractual de todos los órganos estatales tanto por su actividad e inactividad ilegítima, como por su actividad legítima, estableciendo distintos presupuestos para las mismas (arts. 3,4 y 5)

⁴³² PERRINO Pablo Esteban, *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, (Ley 26. 944 comentada)* ob cit, pág. 1.

⁴³³ Ídem nota anterior pág. 38

⁴³⁴ CSJN, Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios, 21/03/2006 Fallos: 329:759

⁴³⁵ SALVATELLI, Ana, *ob cit*, pág. 9

Con relación a la responsabilidad contractual dicha ley consagra en su artículo 10 que la misma, se regirá por las normas específicas, siendo sus postulados en tal caso de aplicación supletoria

Están sujetos al régimen de la LRE, los daños causados por cualquier órgano estatal del Estado Nacional, derivados de sus comportamientos activos y omisivos. Con relación a las autoridades nacionales, el campo de acción de la ley es amplio, ya que comprende no sólo a la Administración Pública, sino también la de los poderes legislativo y judicial, como también de los denominados órganos extrapoderes (v.gr. Ministerio Público) Por tanto, todos los órganos del Estado nacional están alcanzados por la LRE, no aplicándose la misma a los casos de perjuicios causados por las denominadas personas públicas no estatales ya que "*no integran la estructura estatal y no pertenecen a la Administración Pública*".⁴³⁶

V.b Los presupuestos para su procedencia

Cabe observar, en primer término, que la ley contempla únicamente la responsabilidad derivada de omisiones ilegítimas. Esto se desprende del cotejo de los artículos 3° y 4°. El artículo 3° regula la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítimas, mientras que el Artículo 4° sólo se refiere a la responsabilidad por actividad lícita, sin mencionar la inactividad. De esta manera, la ley excluye la posibilidad de responsabilizar al Estado por su inactividad jurídicamente justificada., lo cual es conteste con la evolución jurisprudencial ya referenciada, en virtud de no haberse registrado casos en los que se haya responsabilizado al Estado por omisión lícita o legítima ⁴³⁷

En el mensaje de elevación de la ley, como ya reseñamos, se menciona que las previsiones normativas propuestas consagran, de modo ordenado y sistemático, la consolidada jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad a 1984

En relación a los presupuestos para la inactividad ilegítima, están consagrados en el art. 3 de la ley, a saber: a) daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero, b) imputabilidad material de la inactividad a un órgano estatal, c) relación de causalidad adecuada entre la inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue d) falta de servicio consistente en una omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

⁴³⁶ PERRINO Pablo Esteban *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, (Ley 26.944 comentada)* 1era Edición, Ciudad Autónoma de Buenos, La Ley 2015, pág. 89

⁴³⁷ SALVATELLI, Ana, ob cit, pág. 10

Al respecto, recepta la consolidada jurisprudencia de la Corte ya analizada, en cuanto a que consagra en su art. 3 la responsabilidad por omisión como una manifestación de la responsabilidad por actividad ilegítima y los requisitos establecidos para su procedencia (daño cierto, relación de causalidad e imputación de la omisión a un órgano estatal) los cuales no serán analizados por razones *brevitatis causa*, y en virtud de no presentar divergencias con los requeridos por la doctrina y la jurisprudencia del Címero.⁴³⁸

Nos detendremos, por ende, en el factor de atribución, falta de servicio por omisión regulado en el inciso d) del art. 3, único factor de atribución receptado en la ley para imputar responsabilidad al Estado por omisión. Se trata de la falta de servicio (art. 3, inc. d) de índole objetiva, ya que para su configuración tal como ha sostenido invariablemente la CSJN no es menester que medie culpa o dolo del dañador, ni tampoco es menester identificar al agente estatal cuya falta de actuación dio lugar al evento dañoso.⁴³⁹

Según la redacción de la ley, la falta de servicio por omisión se configura cuando se configura una omisión irregular del Estado (es decir, de cualquiera de los poderes estatales, no solo de la Administración). Dicho concepto “omisión irregular” equivale a “omisión contraria al ordenamiento jurídico”, no obstante, la norma lo limita al enfatizar que la omisión sólo genera responsabilidad cuando no se cumpla con “*un deber normativo de actuación expreso y determinado*”. La ley ha establecido que para la consagración de una omisión antijurídica dañosa, configurativa de la falta de servicio, en esta vertiente de la responsabilidad por actividad ilegítima, solo se configura cuando se reúnen tres requisitos: 1) deber establecido normativamente (es decir por el ordenamiento jurídico positivo); 2) de modo expreso (descarta el deber implícito); y 3) determinado (descarta el deber expreso pero genérico)⁴⁴⁰

Nos detendremos a analizar dichos requisitos:

V.b.1 Deber establecido normativamente

Con carácter previo nos hemos referido a la interpretación del derogado art. 1074 del Código Civil, respecto al carácter amplio que se le otorgaba a la expresión “ley” incluida en dicha norma. En dicho sentido, sostiene Perrino, que no obstante la literalidad del texto artículo 3 inciso d), la recta interpretación de la expresión “deber normativo”

⁴³⁸ PERRINO Pablo Esteban *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, ob cit, pág.74

⁴³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Panorama de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, Revista La Ley 10/08/2022, 1 – La Ley -D, 534Cita: TR LALEY AR/DOC/2369/2022

⁴⁴⁰ CANDA, Fabián O, *Responsabilidad por omisión en la Ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS ‘C. de P.’*”, en EDA, no 13.718, 30/04/2015, pág. 2

comprende tanto los deberes establecidos por el ordenamiento jurídico positivo (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc.) como también los que nacen de los principios generales del derecho, los cuales integran, al igual que las normas, el ordenamiento jurídico.⁴⁴¹

Asimismo, afirma el mencionado autor que la experiencia en la materia y el examen de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ponen de relieve que los principios generales del derecho juegan un papel muy importante para determinar si una autoridad estatal ha provocado daños por haber omitido el cumplimiento de un deber. Al respecto, y tal como ya lo hemos referenciado, afirma que son especialmente relevantes en la responsabilidad estatal omisiva los principios de razonabilidad y de no dañar a otro (arts. 28 y 19 de la Constitución Nacional) ⁴⁴²

En razón de ello podría 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 una autoridad pública un deber de conducta, sea razonablemente esperable e idónea su actuación para evitar un perjuicio. Así surge, además, como ya vimos de la jurisprudencia de la Corte que requiere para establecer si existe una falta de servicio por omisión- una valoración en concreto -con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad estatal, en el caso teniendo en consideración los medios disponibles; el grado de previsibilidad del suceso dañoso; la naturaleza de la actividad incumplida y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.⁴⁴³ .

Barraza también resulta crítico de la misma, en cuanto a que de los términos de la ley parecería que “omisión irregular” implica que el estado incumpla una norma prevista en el orden jurídico positivo, consagrando un positivismo jurídico.⁴⁴⁴ En el mismo sentido se expide Zavala de González, en cuanto afirma que restringe la antijuridicidad a la ilegalidad (omisión contraria a un mandato normativo), dejando de lado los principios generales, con relevante contenido axiológico.⁴⁴⁵

V.b.2 Deber expreso.

⁴⁴¹ PERRINO, Pablo Esteban, *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*” (Ley 25.6.944 comentada), *ob cit*, pág. 95

⁴⁴² PERRINO, Pablo Esteban, *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, (Ley 26.944 comentada), *ob cit*, pág. 95

⁴⁴³ Ídem nota anterior

⁴⁴⁴ BARRAZA, Javier Indalecio, *ob cit*.

⁴⁴⁵ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M. *Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar*, *ob cit*,

Con relación a este segundo recaudo, ha sido también criticado por la doctrina, ya que los deberes de actuación de una autoridad estatal, pueden tener su origen en la regla de especialidad de la competencia, por lo cual, dichos deberes, tal como se ha dicho, no surgen de lo explícitamente previsto en las normas, sino lo que se deduce implícitamente de los fines que le otorgan a la administración o se derivan de su objeto institucional. ⁴⁴⁶

Asimismo, se ha sostenido que aun no existiendo una norma que imponga un deber de actuar específico, es posible efectuar una interpretación amplia de la competencia de forma tal de permitir encuadrar en ella, situaciones que no se encuentren expresamente previstas, pero que razonablemente puedan ser extraídas de sus funciones, integrando esa interpretación con principios generales y con otras normas expresas, teniendo siempre en miras los principios rectores establecidos en la Constitución, las leyes y los principios generales del Derecho. ⁴⁴⁷

En relación a dicha exigencia, sostiene Liste que el hecho de que se exija un deber normativo expreso no parece particularmente problemático, porque en última instancia este deber puede emanar del texto constitucional o incluso del artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando instituye la obligación estatal de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos y las libertades consagrados en ese instrumento. ⁴⁴⁸

V.b.3 Deber determinado

Canda afirma que, al exigir un deber determinado, el legislador adhiere así a un criterio restrictivo que, en principio y con carácter general, concuerda con el proclamado por la Corte Nacional.

Tal como se ha desarrollado precedentemente en” Mosca” (Fallos: 330:563) dicho tribunal sostuvo que era relevante diferenciar las acciones de las omisiones, afirmando que no ha admitido con frecuencia las segundas, y distinguiendo entre las omisiones a mandatos normativos expresos y determinados (cuyo mero incumplimiento configura una falta de servicio) y las omisiones a objetivos fijados por la ley, de modo general e indeterminado. Respecto de estos últimos, no descarta de plano la posibilidad de responsabilizar al Estado por su incumplimiento, pero adopta un criterio cauteloso pues estas omisiones a deberes genéricos “deben ser motivo de un juicio estricto” evaluado

⁴⁴⁶ PERRINO, Pablo Esteban, *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos (Ley 26.944 comentada)*, ob cit, pág. 10

⁴⁴⁷ SÁ ZEICHEN, Gustavo, *ob cit*

⁴⁴⁸ LISTE, Pablo A, *La regulación de la responsabilidad estatal por omisión en la Ley N° 26.944*, RAP n°446, pág. 113

conforme a los parámetros reseñados en “Zacarías” (Fallos 321:1124) y “Mosca” (Fallos: 330:563) ⁴⁴⁹

La ley sin perjuicio de utilizar la misma terminología que la Corte utiliza en Mosca, limita únicamente la responsabilidad por omisión al primero de los supuestos reseñados en dicho precedente, al afirmar que sólo procederá la responsabilidad por omisión “*cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*” Bajo esta redacción, la omisión derivada del incumplimiento a un deber normativo “general e indeterminado” no da lugar a la responsabilidad estatal, agravando los requisitos de procedencia vigentes en la doctrina del Cimero. ⁴⁵⁰

De la norma transcrita surge con claridad que no recepta los parámetros establecidos por la Corte en “Zacarías” desarrollados posteriormente en “Mosca” tal como lo receptan las leyes de Mendoza y Entre Ríos⁴⁵¹ y que también recoge el Anteproyecto de ley de Responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires, que seguidamente analizaremos, y que habían sido receptados en el anteproyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial ⁴⁵².

Se ha sostenido al respecto que resulta controversial la exigencia de que el deber normativo sea determinado, ya que dicha exigencia no se concilia con la interpretación doctrinaria del art. 1074 del CC ya derogado, que no exigía la transgresión de una obligación específica, sino que bastaba con el incumplimiento de un deber general de prudencia, no requiriendo dicha norma la violación de un deber legal determinado. Tampoco dicha exigencia, como ya vimos, ha sido plasmada en el nuevo Código Civil y Comercial que no exige la violación de un deber específico de actuación, ya que contempla la omisión antijurídica en un sentido amplio. ⁴⁵³

En razón de ello, la LRE ha regulado la responsabilidad por omisión en términos más restrictivos para el Estado, y surge, a simple vista, que el legislador se ha apartado

⁴⁴⁹ CANDA, Fabián O, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)*, Infojus, ob cit, pág. 164

⁴⁵⁰ CANDA, Fabián O, ídem nota anterior.

⁴⁵¹ La ley 8968 de Mendoza recepta en su art. 7 los parámetros de “Zacarías” para calificar la falta de servicio (al igual que el art. 4 de la ley 10636 de Entre Ríos), y recepta expresamente en el art. 8 la responsabilidad por omisión al cumplimiento de deberes indeterminados, debiéndose ponderar en dichos casos: a) existencia de un interés jurídicamente relevante, cuantitativa o cualitativamente. b) necesidad material de actuar para tutelar dicho interés y; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comparte el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar. Cabe resaltar que el art. 4 de la Ley de Entre Ríos solo exige para que la omisión genere responsabilidad que se verifique la inobservancia de un deber de actuación-

⁴⁵² Art. 1764 Elaborado por la comisión de juristas creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1911/2011 del 23/2/11

⁴⁵³ LISTE, Pablo A, *La regulación de la responsabilidad estatal por omisión en la Ley n° 26.944*, RAP N°446, Pág. 116

de los criterios de la Corte a partir del año 1984, pese a lo sostenido en el mensaje de elevación de dicha ley. Y dicho apartamiento ha sido aún más limitativo que los parámetros establecidos en la jurisprudencia de la Corte, ya de por sí restrictivos para admitir este tipo de responsabilidad, agravando los mismos.

Al respecto sostiene Cassagne que dicha regulación resulta restrictiva, apartándose de la jurisprudencia de la Corte e importa un grave retroceso institucional, cita como ejemplo la responsabilidad por omisión, la cual sólo procede cuando se viola un deber concreto y determinado (art. 3 inc. d) de la LRE), lo cual excluye la responsabilidad cuando la omisión transgrede algún principio general del derecho, esté o no regulado en la Constitución, o en Tratados Internacionales.⁴⁵⁴

En el mismo sentido, Perrino sostiene que, las diversas limitaciones a la responsabilidad estatal que se consagran en la LRE. son susceptibles de provocar un menoscabo sustancial a los derechos de los sujetos dañados por la actuación estatal y paralelamente generar una inadmisibile protección para el Estado que no se condicen con los postulados del moderno Estado de Derecho.⁴⁵⁵

Asimismo, dicho autor manifiesta que en relación a este requisito debe vedarse una interpretación literal de aquél, porque de lo contrario, implicaría un claro apartamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual no ha descartado en forma absoluta la responsabilidad estatal cuando se viola un deber indeterminado, marginándose del ámbito de la responsabilidad estatal, los supuestos de daños provocados por la inacción efectuada en el ejercicio de potestades administrativas de naturaleza discrecional o por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual, sostiene, es inadmisibile. En razón de ello, dicho autor sugiere que debe ser interpretado de acuerdo a los parámetros de la Corte, a fin de evitar injusticias reñidas con principios constitucionales.⁴⁵⁶

Coincidentemente, se expiden Justo y Egea, quienes sostienen refiriéndose a la responsabilidad por violación a un deber indeterminado, que esta segunda alternativa se encuentra ahora desechada por el dispositivo legal, pues el carácter taxativo de los supuestos de responsabilidad que se deriva de la utilización del adverbio "sólo" en su redacción lleva a que únicamente exista omisión antijurídica si el Estado se ha autoimpuesto un deber expreso y concreto que luego decide infringir.

⁴⁵⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, Prólogo de PERRINO, Pablo Esteban, *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos (Ley 25.6.944 comentada)* 1era Edición, Ciudad Autónoma de Buenos, La Ley, 2015,

⁴⁵⁵ PERRINO, Pablo Esteban, *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos (Ley 25.6.944 comentada)* 1era Edición, Ciudad Autónoma de Buenos, La Ley 2015, pág. 37

⁴⁵⁶ PERRINO, Pablo Esteban, *ídem* nota anterior

Seguidamente, manifiestan que al restringir la posibilidad de configuración de una omisión antijurídica al incumplimiento de deberes normativos expresos y determinados, la nueva norma no sólo ha generado una regresión en relación al marco jurídico vigente al momento de su sanción, sino que ha acentuado uno de los principales instrumentos de selectividad no igualitaria, al despojar a los perjudicados por esa inacción lesiva de derechos de instrumentos eficaces para reclamar la recomposición de su situación.⁴⁵⁷

En dicho sentido, se ha considerado que al adoptar la LRE un criterio más exigente para que se configure este tipo de responsabilidad al requerir que se trate solo de un deber de obrar concreto, que surja en forma expresa y clara de una norma jurídica, resulta trasgresor de la prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos.⁴⁵⁸

Cabe destacar, asimismo, que como ya hemos mencionado, las pautas fijadas por la Corte federal guardan, además, cierta analogía con las aplicadas por la CIDH ya que a fin de determinar la existencia de responsabilidad estatal, dicho tribunal internacional pondera la razonabilidad de la conducta atribuible al Estado y la predictibilidad del daño frente a la obligación de adoptar medidas de protección.⁴⁵⁹

No puede dejar de soslayarse, en este aspecto, citando a Justo, que al analizar si se encuentra comprometida la responsabilidad estatal por omisión, hay que considerar la obligación de protección que surge de las convenciones internacionales de derechos humanos ya citadas, y que requieren que el Estado prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho, por lo que proteger, implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto privado la realización de conductas lesivas.⁴⁶⁰

Citando nuevamente a Justo, es dable mencionar, que el deber de protección tal como ha sido delineado a nivel internacional, nos plantea un enfoque más amplio que el previsto en la LRE para discernir la existencia de omisión antijurídica. La presencia de un mandato legal incumplido ya no es el eje del análisis, pues se ve reemplazado por la falta de la debida diligencia en prevenir la violación a un derecho. Lo central ahora es la diligencia estatal, que involucra no sólo la presencia de un mandato legal, sino un

⁴⁵⁷ JUSTO, Juan B y EGEA, Federico M, *Derecho administrativo y desigualdad. El potencial de los DESC y el desafío de la responsabilidad del Estado*, Sup. Adm.2014 (noviembre), 26 - LA LEY2014-F, 848

⁴⁵⁸ ESPINOZA MOLLA, Martín R., *Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos*, Revista La Ley Sup. Adm. 2014 (agosto), 3 - LA LEY 2014-E,

⁴⁵⁹ LISTE, Pablo A, *La regulación de la responsabilidad estatal por omisión en la Ley N° 26.944*, RAP N°446, Pág. 116

⁴⁶⁰ JUSTO, Juan Bautista, *El deber de protección de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado I, 2014, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, pág. 6

abordaje integral del desempeño del Estado, es decir, el análisis del comportamiento estatal en su conjunto y la evaluación de la factibilidad e idoneidad de las medidas omitidas, incluso para prevenir la lesión causada por un tercero. Esto implica expandir significativamente los horizontes de la responsabilidad por omisión.⁴⁶¹

Canda, en relación a dicha exigencia., sostiene que : *“Lo más complejo será acreditar que la omisión que se endilga incumple un deber “determinado”, si se entiende por tal a un “deber específico”, pues la mayoría de las veces la normas atributivas de competencia evitan–sabiamente– caer en el casuismo y, asumiendo que resulta sumamente difícil (cuando no inconveniente para la realización del interés público) pretender agotar mediante “descripciones” el universo de conductas posibles de los órganos administrativos, se contentan con postularlas de modo más o menos genérico, sin ingresar en mayores determinaciones o especificidades. Resultaría paradójal que esta modalidad genérica de atribución de la competencia, que en buena medida se justifica en la mejor realización del bien común, pueda luego derivar en una prohibición absoluta de reconocimiento de la responsabilidad estatal justamente por razón del carácter abierto” de la norma atributiva y sin dar espacio para el análisis de las circunstancias en las que se sucede la omisión, de las conductas in concreto de la víctima y del omitente o para la valoración de la entidad de los derechos en juego”*⁴⁶²

Tal como mencionamos. con anterioridad, no debe perderse de vista que el ámbito de las omisiones, por las cuales podría ser demandado el Estado es ilimitado, en tanto presta la más amplia gama de servicios y se encuentra obligado a brindar sinnúmero de prestaciones, en razón de lo cual, la cuestión fundamental, no radica en establecer si existe una norma expresa determinada, sino en cuales son los estándares de dichos servicios y prestaciones que pueden serle exigidos razonablemente al Estado en determinadas circunstancias.

CAPITULO II PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Luego de haber analizado la normativa vigente hasta la derogación del Código Civil de Vélez Sarsfield, la responsabilidad por omisión regulada para el derecho privado en el

⁴⁶¹ JUSTO, Juan Bautista, *El deber de protección de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado I, 2014, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, pág. 6

⁴⁶² CANDA, Fabián O *Responsabilidad por omisión en la Ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS ‘C. de P., en EDA, no 13.718, 30/04/2015, pág. 4*

nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la ley vigente en el ámbito nacional y la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estamos en condiciones de analizar la responsabilidad por omisión en la Provincia de Buenos Aires, objeto de nuestro estudio.

En este capítulo analizaremos la situación existente en la Provincia de Buenos Aires, en virtud de los cambios legislativos operados con la sanción del nuevo CCCN, y la circunstancia de que dicha Provincia no ha dictado a la fecha una ley regulando la responsabilidad estatal, en razón de lo cual existe un vacío normativo para los hechos que ocurran con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código.

Asimismo, también analizaremos el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Estatal, que forma parte de la agenda participativa, con el cual la citada provincia proyecta cubrir el vacío legal en la materia

I.MARCO NORMATIVO

I.a. Marco constitucional e implementación del fuero contencioso-administrativo

En cuanto al fundamento constitucional de la responsabilidad estatal en la Provincia de Buenos Aires, en su ley fundamental, a diferencia de otras provincias del país,⁴⁶³ no cuenta con una expresa cláusula constitucional que reconozca la responsabilidad de la provincia ni de los municipios que la componen.

Sin perjuicio de ello, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires,⁴⁶⁴ contiene diversas normas destinadas a reconocer y garantizar el derecho a la reparación por menoscabo a los derechos individuales de los ciudadanos (art 57)⁴⁶⁵; como también la responsabilidad patrimonial personal de los funcionarios provinciales (art. 103)⁴⁶⁶ o

⁴⁶³ Así las provincias de Misiones (art. 80), Santa Fe (Art. 18), Catamarca (arts. 43 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 50), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 48), Chaco (art. 72), Río Negro (art. 55), Formosa (art. 25), Tierra del Fuego (art. 188). y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 56)

⁴⁶⁴ La Constitución provincial fue sancionada el 11 de abril de 1854 con las reformas introducidas en los años 1873, 1889, 1934 y 1994.

⁴⁶⁵ El Artículo 57 (1994) expresamente dispone: " Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado."

⁴⁶⁶ El art. 103 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994), en su parte pertinente establece; - "Corresponde al Poder Legislativo: ...7- Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades de todos los recaudadores de rentas y tesoreros de la Provincia y sus municipios. 8- Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos..."

municipales (art 194),⁴⁶⁷ por los daños y perjuicios que ocasionaren en el ejercicio de sus funciones, ello, en una estructura que se mantiene, prácticamente sin modificaciones desde la Constitución de 1873 hasta la actualidad⁴⁶⁸

A más de las cláusulas mencionadas, en la Constitución bonaerense, en forma similar a la nacional, existen varias cláusulas que justifican del deber de reparar del Estado.⁴⁶⁹ Entre ellas, cabe destacar, los arts. 10 y 31 referentes a la protección del derecho de propiedad de los habitantes,⁴⁷⁰ el principio que veda la posibilidad de dañar a otro (contenido implícitamente en los arts.25 y 26 de la CPBA⁴⁷¹), y la igualdad de las cargas públicas (art. 11).⁴⁷²

La reforma de 1994 a la citada Carta Magna provincial, introdujo una serie de innovaciones fundamentales al sistema de la justicia administrativa, en cuanto modificó la competencia originaria de la Corte Provincial para el enjuiciamiento de los casos administrativos (art. 166); dispuso la creación de un fuero específico para el enjuiciamiento de dichos casos (art 166) y encomendó a la Legislatura el dictado del Código Procesal en la materia y el establecimiento del fuero contencioso administrativo, entre otras.⁴⁷³

⁴⁶⁷El art. 194 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1934), expresamente establece: *"Los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables, no sólo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes"*

⁴⁶⁸ SCHREGINGER Marcelo J, *Análisis preliminar y comparado del anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado para la provincia de Buenos Aires*, Publicado en: ADLA 2021-12, 27

⁴⁶⁹ FLORES, Álvaro Bautista, *La pretensión indemnizatoria en el Proceso Contencioso Administrativo Bonaerense*, CABA, Editorial Albremática S.A., 17/04/2018, cita; elDial DC24F5

⁴⁷⁰ El artículo 10 de la CPBA dispone: *"Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente."*

⁴⁷¹ El artículo 25 dispone: *"Ningún habitante de la Provincia estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni será privado de hacer lo que ella no prohíbe"*. A su vez el artículo 26 establece: *"Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden público ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados."* artículo 27: *"La libertad de trabajo, industria y comercio, es un derecho asegurado a todo habitante de la Provincia, siempre que no ofenda o perjudique a la moral o a la salubridad pública, ni sea contrario a las leyes del país o a los derechos de tercero"*

⁴⁷² El artículo 11 de la CPBA establece expresamente: *"Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución. La Provincia no admite distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales. Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social."*

⁴⁷³ BEZZI, Ana María, *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires – El nuevo Código Contencioso Administrativo. Cauce procesal y responsabilidad*. Derecho ambiental. Buenos Aires. Ediciones Rap, Rap n°326, pág. 81

En dicho sentido la mencionada reforma introdujo un último párrafo al artículo 166 de dicha Carta Magna, en consonancia con el nuevo Código Contencioso administrativo que seguidamente se detallará, el cual expresamente establece: “*Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa*” Al respecto dicha reforma innova en la materia y confiere a una ley especial los procedimientos que regularán el cauce procesal.⁴⁷⁴

Es dable mencionar dos cuestiones fundamentales de dicha norma de derecho público vigente en la Provincia en estudio. En primer lugar, dicha norma constituye una fuente de orden constitucional que contempla la omisión antijurídica que origina la responsabilidad estatal (omisión en el ejercicio de la función administrativa).⁴⁷⁵ Y, en segundo lugar, dicha norma abandona el concepto orgánico (subjetivo) de función administrativa, por un concepto totalmente material, independientemente de la naturaleza estatal o no estatal, pública o privada de del sujeto que opera en tal función.⁴⁷⁶

Asimismo, tal como sostiene Cassagne dicho precepto resulta fundamental para la protección de los derechos de las personas, al eliminar el recaudo de la decisión previa que agotaba la vía administrativa, como requisito indispensable de admisibilidad de la pretensión procesal, consagrando la regla del no agotamiento, aunque permite, por medio de dicha habilitación constitucional, que la ley tipifique excepciones, las cuales deben armonizar con las garantías y principios constitucionales⁴⁷⁷

El párrafo introducido en la precitada reforma al art. 166 de la Constitución bonaerense, atribuye competencia en los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, Municipios, entes descentralizados y otras personas en el ejercicio de funciones administrativas, a tribunales contencioso administrativos, y sustituye la atribución de competencia en la materia que nos ocupa de la justicia ordinaria, específicamente la del fuero civil y comercial, en virtud de encontrarse

⁴⁷⁴ BEZZI Ana María, *ídem* nota anterior

⁴⁷⁵ ECHARRI, Hugo, *Responsabilidad extracontractual por hecho u acto omisivo en la Provincia de Buenos Aires, Con algunas referencias a la responsabilidad por acto lícito*, Buenos Aires, Ediciones Rap, Rap 326, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo pág. 119

⁴⁷⁶ ECHARRI, Hugo, *ídem* nota anterior

⁴⁷⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de la tutela judicial efectiva en el contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires: un Código modélico*, Revista La Ley 28/10/2022 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/3164/2022

anteriormente estructurado como un proceso al acto, no estando en juego en este tipo de responsabilidad acto administrativo preexistente.⁴⁷⁸

Ello implica, una reforma sustancial en el sistema contencioso administrativo cuando se encuentra comprometida la responsabilidad estatal, ya que atribuye competencia en la materia a tribunales contencioso administrativos que constituirán el nuevo “fuer, ” descentralizando de esta manera en un sistema de justicia administrativa especializada ⁴⁷⁹.

Asimismo, la Constitución bonaerense conforme a la reforma de 1994, prevé en su artículo 15 la tutela judicial efectiva ⁴⁸⁰ Dicha cláusula asegura la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia y armoniza con los artículos 8 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagran dicho principio, el cual se ha convertido, como sostiene Cassagne, en central en el contencioso administrativo, siendo dicha provincia pionera al respecto ⁴⁸¹

En relación a ello, no puede dejar de mencionarse otra norma consagrada en la constitución bonaerense, que seguidamente analizaremos con más detalle, el art. 171 que expresamente establece “ *Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

En el año de la citada reforma constitucional, la ley 12. 008 aprobó el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, actualmente vigente en la Provincia, con las reformas introducidas por las leyes 12.310, 13.101. 13.325 y 14.437. Entre los aspectos principales comprendidos en dicho Código, se encuentra la principal innovación en relación con la pretensión procesal, la cual pasa a ocupar el eje del proceso contencioso-administrativo ⁴⁸² Tal norma procesal sigue el principio de unidad de acción con pluralidad de pretensiones, y desarrolla la cláusula constitucional mencionada respecto de la materia, con un criterio funcional que sustituye al subjetivo u orgánico. ⁴⁸³

⁴⁷⁸ ECHARRI, Hugo, *ob cit*, pág. 121

⁴⁷⁹ BEZZI, Ana María, *ob. cit*, pág. 81

⁴⁸⁰ El art. 15 de la CPBA establece: “*La provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave*”

⁴⁸¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de la tutela judicial efectiva en el contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires: un Código modélico*, *ob cit*.

⁴⁸² CASSAGNE, Juan Carlos, *ídem* nota anterior

⁴⁸³ BEZZI, Ana María, *ob.cit.* pág. 82

Respecto al tema objeto del presente trabajo, cabe destacar que el artículo 1° de la precitada ley establece la cláusula general de la competencia contencioso administrativa en estos términos: “ 1.-Corresponde a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código.2.- La actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los Municipios y de los demás entes provinciales o municipales, se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicarán por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho”

El inciso 2 de dicha norma consagra una presunción *iuris tantum* de ejercicio de la función administrativa y encuadre en el régimen jurídico administrativo en relación con los entes públicos estatales.⁴⁸⁴ Asimismo, establece que dicha presunción no cede, aun cuando se apliquen por analogía normas del derecho privado o principios generales del derecho. Por lo cual, el carácter distintivo de la pretensión procesal administrativa radica en el nuevo Código, en su fundamento material de rango constitucional, dado por el art. 166 de la Constitución ya citado, resultando coherente el sistema instaurado con el art. 15 de la Carta Magna provincial⁴⁸⁵

Cabe resaltar que tal como surge de la norma analizada, el tribunal deberá admitir su competencia, siempre que la cuestión se encuentre regida por el derecho público, aun cuando se incorpore como fundamento de derecho la aplicación directa o por analogía de normas de derecho privado o principios generales del derecho.

Entre las controversias que comprende dicha materia, quedan incluidas conforme el artículo 2° inciso 4 del mencionado Código “Las que versen sobre la responsabilidad patrimonial generada por la actividad lícita o ilícita de la provincia, los municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1°, regidas por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado”. La responsabilidad por omisión de los mencionados entes públicos, queda por ende incluida en las que versen sobre responsabilidad por actividad ilícita, aunque no mencione específicamente a la omisión.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ BEZZI Ana María, ídem nota anterior, pág. 82

⁴⁸⁵ BEZZI, Ana María, ob cit, pág. 88

⁴⁸⁶ ECHARRI, Hugo, ob cit, pág. 120

Por otra parte, en el artículo 12, inciso 3 del mencionado Código, se determina entre las pretensiones que pueden articularse en el proceso contencioso administrativo, la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

En razón de lo transcripto, la pretensión indemnizatoria que se promueva contra la provincia o los municipios o los entes comprendidos en el art. 166 de la Constitución Bonaerense, es aquella que enmarca o canaliza la responsabilidad patrimonial de dichos entes públicos, por actividad u omisión, ilícita, de fuente contractual o extracontractual -en todos los casos de función materialmente administrativa- regidas por el derecho público, aunque se apliquen normas del derecho privado o principios generales del derecho⁴⁸⁷ No se comprenden en la materia los supuestos de responsabilidad de entes públicos no estatales y de particulares. No obstante, quedaría incluida la responsabilidad del funcionario por actuación u omisión que implique irregular ejercicio de la función.⁴⁸⁸

Tal como se ha sostenido, la cláusula constitucional introducida por la reforma de 1994 a la Carta Magna bonaerense (art 166) ha fijado como criterio de imputación para la competencia del nuevo fuero el ejercicio de la función administrativa, lo cual, ha incidido profundamente en la determinación de la competencia jurisdiccional cuando se encuentra comprometida la responsabilidad pública.⁴⁸⁹ Los tribunales deberán admitir su competencia, en tanto la cuestión se encuentre regida por el derecho público, aun cuando se invoque como fundamento de derecho la aplicación directa o por analogía de normas de derecho privado.

Al respecto la Corte bonaerense ha declarado propia de su competencia originaria el conocimiento de acciones tendientes a declarar la responsabilidad estatal cuando se produce la lesión en ejercicio de funciones administrativas⁴⁹⁰.

Asimismo el máximo tribunal provincial, sostuvo expresamente en “Moscuza”⁴⁹¹ *Tal como expresara este Tribunal anteriormente, cabe tener en cuenta que los asuntos relativos a la responsabilidad por omisión del Estado provincial eran considerados ajenos a la competencia contencioso administrativa por sustentarse en las normas del Código Civil y no en la lesión de alguna situación administrativa preexistente (cfr. causas B. 63.713, "Campos", res. del 13-III-02; B. 63.897, "Hidalgo", res. del 29-*

⁴⁸⁷ FLORES, Álvaro Bautista, *La pretensión indemnizatoria en el Proceso Contencioso Administrativo Bonaerense*, CABA, Editorial Albremática S.A., 17/04/2018, cita; elDial DC24F5

⁴⁸⁸ BEZZI, Ana María, *ob.cit.* pág. 83

⁴⁸⁹ FLORES, Álvaro Bautista, *La pretensión indemnizatoria en el Proceso Contencioso Administrativo Bonaerense*, CABA, Editorial Albremática S.A., 17/04/2018, cita; elDial DC24F5

⁴⁹⁰ SCBA, B-64.553 Gaineddu, Juan Daniel c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad s/Demanda contencioso administrativa, 23/04/2003

⁴⁹¹ SCBA, B.68.001 Moscuza, Carolina c/Instituto Superior General Pueyrredón S.R.L. y otro s/daños y perjuicios s/conflicto de competencia art. 7 inciso 1º ley 12.008, 8/9/2004

V-02 y sus citas) por lo que atribuía su conocimiento a la justicia ordinaria (v. causa B. 64.553, cit.). Tal situación ha variado con posterioridad a la sanción de la cláusula constitucional que atribuye competencia al fuero especializado cuando el caso se origine en el ejercicio de funciones administrativas (art. 166 cit.) -causa B. 64.553 "Gaineddu", cit."

Respecto de los presupuestos de admisibilidad de la acción, si bien la pretensión de indemnización de daños y perjuicios no está prevista entre las excepciones al agotamiento de la vía en el precitado Código, cabe interpretar que el principio es el de la demandabilidad directa; no resultando exigible el previo agotamiento de la vía administrativa para demandas cuya pretensión sea el resarcimiento de daños y perjuicios causados.⁴⁹²

Así lo ha establecido la Suprema Corte Provincial en el caso "Gaineddu"⁴⁹³ donde estableció el principio de demandabilidad directa en materia de responsabilidad por omisión estatal. Dicho fallo descartó la necesidad de formular un reclamo previo en sede administrativa. Asimismo, tampoco rige el plazo de caducidad de noventa días para demandar del art 18 del mencionado Código.⁴⁹⁴

II. MARCO LEGAL

II.a. Consideraciones preliminares

Tal como hemos sostenido con anterioridad, en materia de responsabilidad estatal, incluyendo la responsabilidad por omisión, al no haberse adherido la Provincia de Buenos Aires a la LRN, no existe en dicha provincia, una regulación sistemática y homogénea de dicha materia.

Existen, sin embargo, normas de derecho público de fondo y procesales que regulan cuestiones de responsabilidad estatal provincial y municipal en forma dispersa, por ejemplo los ya mencionados artículos 57, 103 incisos 7 y 8, 150 y 166 y 194 de la Constitución Provincial; los artículos 146 y 241 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (decreto- ley nº 6.769/1958); los artículos 1, 2, inciso 4, y 12, inciso 3 del CPCA (ley nº 12.008 y modificatorias). En dicho sentido, la ley 8132 de la Provincia, dispone una indemnización a toda persona condenada por error a una pena privativa de libertad.

⁴⁹² BEZZI, Ana María, *ob cit*, pág 83

⁴⁹³ SCBA, B-64.553 Gaineddu, Juan Daniel c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad s/Demanda contencioso administrativa, 23/04/2003

⁴⁹⁴ BEZZI, Ana María, *ob cit*, pág. 81

II.b. El anteproyecto de “Ley de Responsabilidad del Estado”

II.b.1. Generalidades

Como ya mencionaremos anteriormente, a través de la página web ⁴⁹⁵ el Poder Ejecutivo provincial, ha puesto a consideración de la ciudadanía una serie de anteproyectos de ley, entre los cuales, se encuentra el tendiente a regular la responsabilidad del Estado. En razón de ello, como ya adelantáramos, su análisis es provisorio, ya que su texto no es definitivo, en virtud de haber sido sometido a un mecanismo de participación institucional y ciudadana, con la conformación de comisiones de trabajo y el lanzamiento de la mencionada plataforma web (agenda participativa) donde pueden hacerse comentarios a dichos proyectos.

Respecto a la estructura del anteproyecto de ley en análisis, el mismo cuenta con quince artículos, no se encuentra dividido en capítulos, ni consta de separaciones por temas, guardando un orden similar a su par nacional. ⁴⁹⁶

Los primeros artículos son generales (arts. 1 a 4). Luego establece los distintos supuestos de responsabilidad en particular, de la siguiente manera: el art. 5 regula la responsabilidad estatal por actividad o inactividad ilegítima, el art. 7 regula la responsabilidad por actividad legítima, el art. 9 regula su responsabilidad como titular de establecimientos educativos en igual forma al art. 1767 del CCCN, el art. 10 prevé su responsabilidad en carácter de dueño o guardián de las cosas en forma similar al CCCN; el art. 13 dispone la responsabilidad por actividad e inactividad de los funcionarios públicos y, por último, el art. 14 al igual que la LRE dispone que se aplica la ley en forma supletoria a la responsabilidad contractual, salvo respecto al contrato de empleo público (art. 14). ⁴⁹⁷

Se diferencia de la ley nacional en cuanto contempla dos supuestos de responsabilidad objetivas reconocidos en el CCCN, que no fueron receptados en la LRE, nos referimos a la responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas y la responsabilidad estatal en su carácter de titular de establecimientos educativos.

En relación a la responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas el art. 10 de dicho anteproyecto establece expresamente: *“El Estado responde en cuanto dueño o guardián por el daño causado por el vicio o riesgo de las cosas de que se sirve, salvo que su uso especial haya sido otorgado a particulares o a otras personas por las que no deba*

⁴⁹⁵ <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar>

⁴⁹⁶ SCHREGINGER Marcelo J, *Análisis preliminar y comparado del anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado para la provincia de Buenos Aires*, Publicado en: ADLA 2021-12, 27

⁴⁹⁷ SCHREGINGER Marcelo J, *ob. cit*

responder en forma directa. Tal responsabilidad se exige ante el caso fortuito o fuerza mayor o si se prueba que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En el caso de tratarse de bienes del dominio público estatal afectados directamente al uso común, la atribución de responsabilidad exigirá, además, acreditar el incumplimiento del deber estatal de colocar los bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos.”

A su vez, el art. 8° en forma idéntica al art. 6 de la LRE, establece la exclusión de responsabilidad del Estado por daños ocasionados por concesionarios y contratistas cuando el daño sea imputable a la función encomendada

Adicionalmente, en el art. 11 recepta un mecanismo administrativo de reconocimiento indemnizatorio, en el art. 12 fija el plazo de prescripción para entablar pretensiones por responsabilidad extracontractual fijando el plazo de tres años al igual que la normativa nacional y el CCCN. Por último, el art. 15 es de forma.

Por razones metodológicas se analizarán someramente algunas de las disposiciones del anteproyecto, efectuando un análisis particularizado en cuanto a su regulación de la responsabilidad estatal por omisión.

En el artículo primero establece *“Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. Las disposiciones de esta Ley son de aplicación al sector público de la Provincia de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. También resultan de aplicación a los Municipios. En el caso de los entes descentralizados, cuando no ejerzan función administrativa, quedan excluidos de los términos de la presente ley. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Capítulo 1, del Título V, del Código Civil y Comercial (Ley Nacional N° 26.994 y modificatorias) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.”*

Tal como surge de dicha norma, la misma establece, entre otras cosas, el ámbito de aplicación de la ley, estableciendo los sujetos alcanzados por la norma, mejorando en dicho sentido la redacción de la ley nacional, al ceñirlo al sector público de la provincia de Buenos Aires (acepción utilizada en la ley de administración Financiera), que comprende a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y lo extiende a los municipios.⁴⁹⁸

En relación a los Municipios se diferencia de ley vigente en Santa Cruz que reconoce potestad para regular su responsabilidad a los municipios, ya que los mismos quedan

⁴⁹⁸ SCHREGINGER Marcelo J, *ob. cit*

incluidos en dicha normativa. Ello, resulta congruente con la falta de reconocimiento en la Constitución Provincial de plena autonomía a los Municipios bonaerenses, quienes no pueden dictar sus cartas orgánicas, los cuales se encuentran regulados por la Ley Orgánica Municipal sancionada por la Provincia. A más de ello, surge claramente que dicha materia no ha sido delegada a los Municipios por el art. 192 de la Constitución bonaerense.⁴⁹⁹ A consecuencia de ello, el ámbito de aplicación de la ley proyectada sería la Provincia de Buenos Aires y los municipios que la componen, estableciendo un régimen aplicable a todos ellos.

Con respecto a los entes descentralizados, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley en la medida en que no ejerzan función administrativa, despejando las dudas que presentó la redacción del art. 1º de la LRE.⁵⁰⁰

En forma idéntica a la ley nacional, en el artículo transcrito y tal como lo consagrara la doctrina de la CSJN ya desarrollada precedentemente, establece como principio general que la responsabilidad estatal es directa y objetiva

. De igual manera que la ley nacional, dispone la inaplicabilidad del Código Civil y Comercial a la responsabilidad estatal, aunque mejora la redacción de la LRE al limitar la aplicación directa o subsidiaria únicamente al capítulo 1 del título V del mencionado Código y, no con respecto del resto del articulado de los otros capítulos de dicho título, en concordancia con el art. 1764 de dicho Código, que limita la exclusión al capítulo de la responsabilidad civil de dicho cuerpo normativo.⁵⁰¹

Ello, además se relaciona en forma armónica con las previsiones del art. 2º del anteproyecto de ley, donde se prevé la aplicación subsidiaria de los principios generales del derecho, que incluyen necesariamente a los del derecho civil,⁵⁰² a más que tal como se ha dicho la aplicación por analogía de dicho Código no se encuentra restringida.

El art. 2 mencionado en consonancia con el art. 171 de la Constitución bonaerense establece los criterios de prelación de fuentes del derecho para encuadrar un caso administrativo, apartándose de las previsiones del CCCN y en forma similar al art. 16 del CC derogado.⁵⁰³ En dicho sentido establece expresamente “ *Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales en los casos alcanzados por esta ley serán fundadas en su texto expreso y, a falta de éste, en los principios jurídicos del derecho público y, en*

⁴⁹⁹ CICERO, Nidia K, *Regímenes provinciales de responsabilidad del Estado: ¿florece el federalismo?* Revista La Ley 07/07/2017, 1-La Ley 2017-D, 778, Cita: TR LALEY AR/DOC/1752/2017

⁵⁰⁰ CIMINELLI, Darío, *Comentario al proyecto de ley de responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires*. Cita: TR LALEY AR/DOC/2874/202

⁵⁰¹ SCHRENGER Marcelo J, *ob cit*

⁵⁰² CIMINELLI, Darío, *ob cit*

⁵⁰³ SCHRENGER Marcelo J, *ob cit*

su defecto, en los principios generales del derecho, siempre teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

En cuanto a las eximentes de responsabilidad establece los mismos que la ley nacional en su art.4 (caso fortuito o fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder). Asimismo, a diferencia de la ley nacional, prevé expresamente que *“Cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquél no deba responder, la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso.”* Por lo cual, prevé la posibilidad de concausalidad en la ocurrencia del daño entre el Estado y otra persona, circunstancia que ha sido admitido por la jurisprudencia como veremos seguidamente, disponiendo para esos supuestos la limitación de la responsabilidad estatal al porcentaje en que haya intervenido en la causación del daño ⁵⁰⁴

II.b. 2. La responsabilidad por omisión (inactividad) en el anteproyecto

En el art. 5 del anteproyecto de ley citado se regulan los presupuestos de la responsabilidad por omisión en estos términos: *“Son requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una acción u omisión irregular por parte del Estado. Con la finalidad de evaluar la existencia de falta de servicio frente a un deber indeterminado, se deberá apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. La omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifique la inobservancia de un deber de actuación normativo y expreso. Reunidos los presupuestos enunciados precedentemente, el/la juez/a dispondrá el resarcimiento de todos aquellos rubros indemnizatorios efectivamente acreditados”*

De la simple lectura de dicho artículo surge que guarda congruencia con los presupuestos establecidos en el art. 3 de la LRN que ya hemos analizado (daño cierto, imputabilidad material de la inactividad a un órgano estatal, relación de causalidad adecuada entre la omisión y el daño) por lo cual, a fin de desentrañar los interrogantes planteados al comienzo del presente trabajo, nos detendremos únicamente en el factor de atribución.

⁵⁰⁴ CIMINELLI, Darío, *ob cit*

Asimismo, al igual que la ley nacional, no contempla la posibilidad de la responsabilidad por omisión lícita, ya que los arts. 6 y 7 al contemplar la responsabilidad lícita no prevén la inactividad.

En cuanto a la diferencia que presenta con su par nacional, la misma surge respecto a la configuración del factor de atribución falta de servicio consistente en una omisión irregular por parte del Estado.

De la lectura del mencionado art. 5 surge en forma palmaria una diferencia fundamental con la ley nacional, en cuanto admite que se configure dicha responsabilidad ante la inobservancia de un deber indeterminado o genérico. Al respecto establece “ *Con la finalidad de evaluar la existencia de falta de servicio frente a un deber indeterminado, se deberá apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño* “ En razón de ello, admite la procedencia de este tipo de responsabilidad ante el incumplimiento de un deber indeterminado, receptando como criterios de apreciación para evaluar su existencia los receptados por la Corte Nacional en Zacarías (Fallos: 321:1124) ya mencionados en el Capítulo anterior. .

Asimismo, dispone expresamente que la omisión sólo generara responsabilidad cuando se verifique la inobservancia de un deber de actuación normativo y expreso, excluyendo expresamente la palabra “determinado” que prevé el art. 3 inc. d de la ley 26.944, respecto de la cual nos hemos referido con anterioridad, destacando su carácter restrictivo en relación a la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que dice receptar en su mensaje de elevación.

Al respecto, cabe destacar que las leyes de las provincias de Entre Ríos y Mendoza se apartan de la ley nacional en materia de responsabilidad por omisión.

Así en la ley 10.636 sancionada por la primera de dichas provincias, en su art. 4 inciso d recepta en forma amplia este tipo de responsabilidad, al establecer que la omisión solo genera responsabilidad cuando se infringe un deber de actuación. Por lo cual, dicha norma opta por descartar la exigencia de la existencia de un “deber expreso” como tampoco exige que se trate de un deber normativo de actuación cuya inobservancia acarrea la responsabilidad de la Administración, ya que utiliza la voz “deber” a secas, con lo cual no excluye la vigencia de mandatos implícitos o que emerjan de principios generales del derecho que el Estado debe respetar⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ RASCHETTI, Franco, *Valoración crítica de la responsabilidad del Estado de la Provincia de Entre Ríos, Algunos desaciertos de la novel normativa*, El Dial, Albrematica S.A.06/5/201 Cita: elDial DC275A 130

La segunda de dichas provincias regula la responsabilidad por omisión en la ley 8968 en estos términos en su art. 8 ° - *Falta de servicio por omisión. La omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de una obligación de actuación determinada normativamente y de manera expresa; o de deberes indeterminados, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativa o cuantitativamente) b) Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés) c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar.* Como puede verse recepta los parámetros de la Corte Suprema mendocina ante la omisión ilícita en el emblemático fallo “Torres”⁵⁰⁶. En dicho fallo, tal como como vimos, la Corte Suprema mendocina amplió la configuración de la responsabilidad por omisión, al no someterla solo a la existencia de un “mandato expreso” sino también a los parámetros receptados en dicho fallo tomados de la doctrina italiana.

Volviendo al anteproyecto de ley bonaerense, el mismo recepta a diferencia de la LRE la responsabilidad por incumplimiento de mandatos genéricos, los cuales deben ser apreciados conforme los estándares de la Corte Nacional, pero al igual que la ley nacional, requiere en forma excluyente que se verifique la inobservancia de un mandato de actuación normativo y expreso.

En consecuencia, al igual que la ley nacional y, tal como lo señalamos precedentemente, el anteproyecto de ley de responsabilidad bonaerense excluye del factor de atribución falta de servicio, el incumplimiento de deberes normativos implícitos, a diferencia de las leyes de las Provincias de Mendoza y Santa Fe. La consideración de deberes implícitos estaría contenida en el art. 8 de la ley 8968 de Mendoza al regular la omisión de cumplimiento de deberes indeterminados y así también en el art. 4° inc. d de la ley 10.636 de Entre Ríos.⁵⁰⁷

En el mismo sentido, también descarta los deberes establecidos por principios generales, o los que puedan inferirse de las normas que establecen la competencia de los órganos, que mencionamos al analizar la LRE.

III. LA POSICION DE LA SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

III. a. Generalidades. El recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal

⁵⁰⁶ SCJ Mendoza, en Torres c/ Prov. de Mendoza.

⁵⁰⁷ SCHRENGER Marcelo J, *ob cit.*

Luego de haber analizado la jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH, nos adentraremos a analizar la jurisprudencia del máximo tribunal bonaerense, en materia de responsabilidad por omisión, a fin de luego cotejar el anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado analizado con la doctrina que emana de dicho Tribunal.

La doctrina de dicho tribunal resulta trascendental en el ámbito bonaerense, en virtud de la función casatoria que reviste la Corte provincial respecto de los pronunciamientos definitivos que se dicten en toda la provincia. Al respecto el art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial de dicha provincia expresamente establece: *"El recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal procederá contra las sentencias definitivas de las Cámaras de Apelaciones y de los Tribunales Colegiados de Instancia Única..."*. Asimismo, el art. 279 de dicho Código dispone que el recurso: *"Tendrá que fundarse necesariamente en alguna de las siguientes causas: 1) Que la sentencia haya violado la ley o doctrina legal. 2) Que la sentencia haya aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal, El escrito por el que se deduzca deberá contener, en términos claros y concretos, la mención de la ley o de la doctrina que se reputa violada o aplicada erróneamente en la sentencia, indicando igualmente en qué consiste la violación o el error...."*.

Dicha norma contempla dos causales casatorias diferentes: violación de la ley y violación de la doctrina legal existiendo dos carriles de impugnación distintos.⁵⁰⁸

Estas normas establecen claramente que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal es admisible, cuando una sentencia viole o aplique erróneamente la doctrina legal emanada de la Suprema Corte de Justicia bonaerense.⁵⁰⁹ Ello implica que la doctrina legal tiene una entidad tal que se erige en una "causal" o "motivo" de admisibilidad del recurso citado⁵¹⁰ y, que existe un "derecho" de las partes para acceder a la revisión de aquellos fallos que se aparten de ella —con las limitaciones legales que surgen de la naturaleza extraordinaria de la instancia (cfr. arts. 278, 279 y

⁵⁰⁸ CAMPS, Carlos E, *Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense*, cita: TR LALEY 0003/010645

⁵⁰⁹ HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Buenos Aires, Platense, 1998, 2ª edición, pág-370 citado en CAMPS, Carlos E, *ob cit*

⁵¹⁰ NEGRI, Nicolás: *La doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires y su vinculatoriedad*, Revista La Ley 21/08/2020, 6, cita: TR LALEY AR/DOC/2791/2020

concs. del CPCC.; y 31 bis de la ley 5827)⁵¹¹ siempre y cuando se traten de los mismos supuestos de hecho y de derecho a los sometidos en el caso en juzgamiento.⁵¹²

. En razón de lo antedicho, resulta necesario desentrañar qué se entiende por dicha doctrina legal, ya que no ha sido definida en el código de rito provincial. Al respecto, la propia Suprema Corte la ha caracterizado en numerosos precedentes.

Por lo tanto, en primer lugar, se entiende por doctrina legal la interpretación que hace dicha Corte de las disposiciones legales que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia⁵¹³

En el mismo sentido, ha dicho el Cimero que dicha doctrina a la que alude el art. 279 del CPCC, es la que emerge de los fallos de dicha Suprema Corte, establecida sobre la misma o análoga situación jurídica.⁵¹⁴

En segundo lugar, dicha interpretación debe surgir del acuerdo al que arriban los ministros integrantes de dicho Tribunal, es decir, del voto que logra la mayor cantidad de adhesiones, en razón de lo cual los votos en minoría de los magistrados que la integran, por no haber concitado la adhesión de los otros miembros de dicho tribunal no configuran la misma.⁵¹⁵

Al respecto, como señala Camps, resulta fundamental distinguir dentro de una sentencia los argumentos principales y los secundarios. Al respecto citando a Hitters señala que *"...es posible afirmar que la dicotomía entre el llamado fundamento indispensable de la sentencia, y las argumentaciones incidentales de la misma, se corresponden de modo directo y respectivamente con la ratio decidendi y la obiter dicta del derecho angloamericano. La primera constituye la regla o el principio de Derecho que el iudex tomó en consideración en forma preponderante o determinante para resolver el caso, y la segunda hace referencia a conclusiones secundarias, puestas a mayor abundamiento.*

⁵¹¹ DE LÁZZARI, Eduardo, *La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2011, págs. 93-106, en OTEIZA, Eduardo (coord.), "Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios", Santa Fé, Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2011, ps. 93-105

⁵¹² SCBA, L. 121.611, sent. de 27-XI-2019; L. 120.294, sent. de 17-IV-2019; L. 120.524, sent. de 17-IV-2019.

⁵¹³ SCBA LP 117678 S 17/12/2014, Falcón, María Inés contra Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/Despido, SCBA LP C 118313 13/09/2017; Daulias S.A. contra Ministerio de Economía y Producción de la Nación. Incidente de revisión SCBA LP L114059 S 26/3/2015, entre otros

⁵¹⁴ SCBA LP A 75636, RSD-221-19, 6/11/2019, Morales, Pablo Adrián c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/materia a categorizar, entre otros

⁵¹⁵ SCBA LP L 1177648 S 15/07/2015 Serrantes, Alfredo Clemente c/La Campagnola s/diferencia de indemnización.; SCBA LP c 117550 S 04/0/2016 Rusconi, Daniel Fabián c/ING Bank N.V. Sucursal Argentina y otros s/daños y perjuicios, entre otros

El fallo (es decir la parte resolutive) es vinculante para las partes, mientras que la ratio decidendi se extiende -con su autoridad doctrinal- a todos los casos idénticos" ⁵¹⁶

En dicho sentido la Corte bonaerense ha sostenido que no es fundamento válido de la sentencia, citar como doctrina legal de esta Suprema Corte, la opinión vertida por uno de los jueces intervinientes a mayor abundamiento. ⁵¹⁷ Ni tampoco los votos en minoría de algunos de los magistrados que conforman el tribunal, ni puede depender de la accidental constitución de este último. pues, por el contrario, debe entenderse como la emanada del acuerdo logrado por sus miembros ordinarios y naturales ⁵¹⁸

Por otra parte, queda excluida de dicha doctrina las citas jurisprudenciales correspondientes a fallos que provienen de órganos jurisdiccionales distintos a dicho tribunal, aun cuando se trate de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como también los fallos de otros organismos con competencia jurisdiccional.⁵¹⁹ Por lo tanto, en razón de lo que ha sostenido la propia Corte bonaerense, dicha doctrina legal está constituida exclusivamente por los fallos que ella misma emite. ⁵²⁰ Asimismo, queda excluida la opinión de los autores⁵²¹

Para su configuración basta un único precedente, no requiriéndose que dicha doctrina sea reiterada ⁵²² En dicho sentido ha sostenido *“Un solo fallo, interpretando una norma legal, debe ser considerado doctrina legal, hasta tanto no sea modificado por otro posterior.”* ⁵²³

En relación a la jurisprudencia de la Corte Nacional, dicha pauta ha sido flexibilizada en los últimos años, considerando la jerarquía de dicho órgano y su calidad de último intérprete de la Carta Magna y también por razones de economía procesal y

⁵¹⁶ HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Buenos Aires, Platense, 1998, 2ª edición, pág. 330 citado en CAMPS, Carlos E, ob cit

⁵¹⁷ SCBA LP C 119765 S 13/12/2017 Bobbio de Niemela, Lidia contra Clovis Internacional Corp. Suc. Argentina. Ejecución hipotecaria; SCBA LP C 119325 S 31/08/2016: Gueli, Víctor Juan contra Fiat Auto Argentina S.A. y M. y M. Multimar S.A. Cumplimiento de contrato y daños y perjuicios

⁵¹⁸ SCBA 117678 S 17/12/2014, Falcón, María Inés contra Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/Despido; SCBA LP C 118313 13/09/2017; Daulias S.A. contra Ministerio de Economía y Producción de la Nación. Incidente de revisión

⁵¹⁹ SCBA A 73248 RSD.228-19 S 13/11/2019 Esso Petrolera Argentina c/Municipalidad de la Matanza s/pretensión anulatoria, SCBA Rc 124722 I 15/3/2022, Pompilio, Mirta Beatriz c/ Villordo, Norma Liliana y otros s/daños y perjuicios, entre muchos otros.

⁵²⁰ SCBA C 119765 S 13/12/2017: Bobbio de Niemela, Lidia contra Clovis Internacional Corp. Suc. Argentina. Ejecución hipotecaria; SCBA LP C 110709 S 15/11/2017, Troncoso, Hugo y otros contra Parra, Antonio y otros. Daños y perjuicios; SCBA LP C 102534 S 10/08/2016, C., A. contra Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios

⁵²¹ SCBA A 71597 RSD 96-2022 S, 24/11/2022 Heredia Mario Alfredo c/Colegio Público de Martilleros de Bahía Blanca s/impugnación de resolución. SCBA A 75807, RSD 18-2022 S 16/3/2022 Loginter S.A. c/Municipalidad de Avellaneda s/Pretensión anulatoria-

⁵²² SCBA LP C 107702 S 15/07/2015, Arriaga, Jorge Omar contra E.S.E.B.A. Daños y perjuicios; SCBA LP A 72844 RSD-193:15 Estivariz, Carlos A, y ot. c/Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo

⁵²³ SCBA LP A 72268, RSD 287-14 S 23/12/2014 Salonia, Humberto Margheretino Cándido Fungido c/Caja de Previsión Social para Abogados s/pretensión anulatoria,

celeridad, a fin de evitar que la sentencia pueda ser eventualmente revocada con motivo de un recurso extraordinario federal, garantizando la tutela judicial efectiva ⁵²⁴

Así ha sostenido: *“He dicho reiteradamente que -a mi juicio- la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos, tanto en los temas federales como en aquéllos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores. En el primer caso por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra Carta fundamental; en el segundo, vincula moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal “* ⁵²⁵

III. b Carácter vinculante de la doctrina legal y presupuestos para la procedencia del recurso

Conforme dispone el art. 279 del CPCC citado se requiere para la procedencia del recurso extraordinario la violación de la doctrina legal. La Corte bonaerense al respecto ha sostenido que... *“La violación de la doctrina legal a la que se refiere el art. 279 del Código adjetivo se configura en caso de que un fallo sea dictado con injustificado apartamiento o inobservancia de un criterio jurisprudencial sentado previamente por esta Corte en casos análogos o de estrecha similitud. Ello implica por interpretación contraria que no resulta exigible la identidad o absoluta coincidencia ”* ⁵²⁶

Los arts. 278 y 279 precedentemente citados del Código de rito establecen el carácter vinculante de dicha doctrina legal, ya que su apartamiento injustificado habilita la instancia extraordinaria a la parte interesada. Al respecto sostiene Negri, que en dicho sentido y con ese alcance constituye una fuente de derecho⁵²⁷. Asimismo, tiene una obligatoriedad indirecta por mandato legal, ya que conforme lo dispuesto en el art. 279 su violación o errónea aplicación se erige en una de las causales de procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal ⁵²⁸

En dicho sentido sostiene Camps” *De tal manera, si bien es cierto que los jueces que integran las Cámaras de Apelación o tribunales colegiados de instancia única (del trabajo o familia) en el ejercicio de su independencia de criterio tienen libertad para*

⁵²⁴ CAMPS, Carlos E, *Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense*, cita: TR LALEY 0003/010645

⁵²⁵ SCBA, Ac. 85.566, sent. del 25-VII-2002; Ac. 91.478, sent. del 5-V-2004, entre otras

⁵²⁶ SCBA LP C 117832, 17/12/2014 García, Evangelina contra Andreoli, Ricardo Alberto. Ejecución Hipotecaria, entre muchos otros

⁵²⁷ NEGRI, Nicolás: *La doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires y su vinculatoriedad*, Revista La ley 21/08/2020, 6, cita: TR LALEY AR/DOC/2791/2020

⁵²⁸ CAMPS, Carlos E, *Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense*, cita: TR LALEY0003/010645

*resolver los casos sometidos a su jurisdicción, estando sometidos sólo a la letra de la ley y a los dictados de su conciencia, no lo es menos que si se apartan de la "jurisprudencia" de la Suprema Corte de Justicia de la provincia, este tribunal cuenta con la venia del legislador para dejar sin efecto aquella sentencia y dictar una nueva que la reemplace. De allí que sostengamos que la "doctrina legal", como importante subespecie de la jurisprudencia, opere de manera "indirecta" como fuente obligatoria de derecho.”*⁵²⁹

En forma concordante el superior tribunal bonaerense ha dicho: “*En razón la vinculatoriedad de dicha doctrina legal los juzgados y tribunales inferiores deben acatarla, ya que tal como sostiene la propia Corte su finalidad es establecer una unidad interpretativa que hace al imprescindible anhelo de otorgar seguridad jurídica a la comunidad y evitar los efectos del strepitus fori*”⁵³⁰.

La Corte considera al respecto que la seguridad jurídica se frustraría en palabras de ella misma “*si los tribunales de grado, apartándose del criterio de este tribunal, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser revocadas. Esto no significa propiciar un ciego seguimiento a los pronunciamientos de esta Corte ni un menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta —llegado el caso— dejar a salvo sus opiniones personales*”⁵³¹.

Por ende, la unidad interpretativa de criterios jurisprudenciales es lo que se logra a través de la función uniformadora de la casación, la cual resulta un pilar fundamental de la seguridad jurídica, que garantiza la certeza, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.⁵³²

Tal como se ha dicho, para que opere la obligación de seguimiento de la doctrina legal, se requiere que existan presupuestos fácticos y normativos equivalentes.

En cuanto a la vigencia de dicha doctrina legal, ha reiterado en numerosos pronunciamientos, el máximo tribunal bonaerense que la apreciación acerca de la configuración de la violación o no de la misma, debe llevarse a cabo en el contexto de la doctrina vigente a la fecha del pronunciamiento de dicho Tribunal⁵³³

⁵²⁹ CAMPS, Carlos E, *ob cit*

⁵³⁰ SCBA LP C 117832 S 17/12/2014

⁵³¹ SCBA A 73853 S 14/02/2018 Bahía Petróleo SA c/Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca. Restablecimiento de derechos, SCBA LP A 74932 17/10/2018 Martin, Eduardo Luis c/Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/Pretensión Anulatoria

⁵³² . CAMPS, Carlos E, *ob cit*

⁵³³ SCBA C 122303 S 25/02/2021 Dadario, Rubén Oscar y otra / Álvarez Antonio y otros s/ Daños y perjuicios" y su acumulada Chiapero, José Carlos y otros c/ Álvarez, Antonio y otros s/ Indemnización de daños y perjuicios; SCBA Rc 120573 I 31/08/2016: Cabrera, Gabriel Emmanuel contra Sardi, Alejandra Andrea. Daños y Perj. por uso Automotor. (contra Les. o Muerte)

Por lo tanto, dicho Tribunal sostiene que debe aplicarse la doctrina legal vigente a la fecha de la sentencia, atendiendo a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque fuesen sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario.⁵³⁴

En relación a los presupuestos que se requieren para la suficiencia del recurso, el Cimero ha exigido que, a más de la mención de la doctrina legal en el fallo en crisis, se mencione también la norma transgredida.⁵³⁵ En relación a ello ha sostenido: “*No basta con la mera individualización del precedente y la transcripción de un sumario para sustentar la denuncia de violación de la doctrina legal en los términos del art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, sino que deben indicarse los aspectos fácticos del caso donde se sentó el criterio que pretende se le aplique a la pretensión incoada y la similitud con las circunstancias fácticas y jurídicas de la causa.*”⁵³⁶

Sostiene en relación al recurso mencionado, de Lázzari, que cumple la función de uniformización en la aplicación del derecho, que garantiza la certeza, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Del otro lado, la justicia del caso concreto, pues no es concebible un órgano jurisdiccional que se desentienda de la tutela de los derechos que se controvierten en la causa.⁵³⁷

III. c. Doctrina del absurdo

La doctrina del absurdo resulta ser una creación pretoriana de la Suprema Corte bonaerense, por la cual se habilita excepcionalmente la revisión de cuestiones de hecho en el ámbito de la casación provincial.⁵³⁸ Por medio de ella, la SCBA reexamina las cuestiones de hecho de la litis, cuando la misma es producto de errores graves, manifiestos o evidentes por parte de los tribunales de grado⁵³⁹

Resulta ser una inveterada doctrina legal de dicho Tribunal que determinar la existencia de relación causal entre el hecho y el daño como también su ruptura, así

⁵³⁴ SCBA A 73677 RSD-43-21 S 24/02/2021, Álvarez, Diego Antonio y otros c/ Fiscalía de Estado (Prov. de Bs. As.) s/ Expropiación inversa. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal

⁵³⁵ . CAMPS, Carlos E, *ob cit*

⁵³⁶ SCBA, A 73133 S 08/11/2017 Valdez, Blanca Edith contra I.P.S. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal

⁵³⁷ DE LÁZZARI, Eduardo Néstor, *Admisibilidad de recursos extraordinarios estimados en casos sustancialmente análogos art- 31 bis de la ley 5827* (texto ley 13.812), Publicado en: SJA 13/02/2019, 51 • JA 2019-I, 51

⁵³⁸ GIANNINI, Leandro J, *La doctrina del absurdo en la experiencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016. ISSN 0075-7411, pág. 466

⁵³⁹ GIANNINI, Leandro J, *ídem* nota anterior

como la valoración de las pruebas arrimadas por las partes a la causa para su acreditación, constituyen materia reservada a los jueces de grado.⁵⁴⁰

Por lo cual, mediante dicha doctrina se reconoce excepcionalmente la facultad de revisar las cuestiones de hecho mencionadas precedentemente, cuando se configura la eficaz alegación y demostración del absurdo en la apreciación de los hechos y las pruebas o en la afirmación y comprobación de que la evaluación de la conducta de los sujetos involucrados, no ha sido ponderada con la necesaria prudencia jurídica y el grado razonable de acierto que debe imperar en todo pronunciamiento judicial⁵⁴¹

Ha conceptualizado al absurdo dicho Tribunal de la siguiente manera “*la configuración del absurdo requiere la acreditación de un error grave, grosero y fundamental, plasmado en una conclusión incoherente y contradictoria en el orden lógico formal, o incompatible con las constancias objetivas que resultan de la causa*”⁵⁴²

La debida alegación y demostración del absurdo, es por lo tanto, + a criterio de la SCBA, el único motivo que permite ingresar a revisar la plataforma fáctica del caso en esta instancia extraordinaria, el que solo se configura cuando existe en el fallo impugnado un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o una grosera desinterpretación material de alguna prueba, no constituyéndolo las conclusiones meramente objetables, discutibles o poco convincentes, que no llegan a los mencionados extremos ⁵⁴³

En dicho sentido, sostiene dicho tribunal que resulta una carga ineludible la demostración de un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en el proceso de raciocinio, y que se ponga así en evidencia la extravagancia de la conclusión a que se ha arribado⁵⁴⁴

III.d. Análisis particularizado de precedentes jurisprudenciales

Seguidamente pasaremos a analizar los fallos seleccionados conforme al criterio descrito en la introducción del presente trabajo, a fin de extraer de los mismos la doctrina legal de la Corte en materia de responsabilidad por omisión.

⁵⁴⁰ SCBA C. 94.847, sent. del 29-IV-2009; C. 95.666, sent. del 2-IX-2009; C. 104.763, sent. del 14-IV-2010; C. 95.723, sent. del 15-IX-2010; C. 105.937, sent. del 6-X-2010; C. 98.401, sent. del 22-VI-2011; entre otros

⁵⁴¹ SCBA., causas C. 98.596, sent. del 8-VII-2009; C. 99.720, sent. del 23-IX-2009; C. 103.186, sent. del 30-III-2011; entre otras

⁵⁴² SCBA., causas C. 98.596, sent. del 8-VII-2009; C. 99.720, sent. del 23-IX-2009; C. 103.186, sent. del 30-III-2011; entre otras.).

⁵⁴³ SCBA causas Ac. 78.318, sent. del 19-II-2002; Ac. 88.695, sent. del 22-III-2006; C. 105.039, sent. del 16-XII-2009; C. 108.433, sent. del 9-II-2011; entre otras

⁵⁴⁴ SCBA, causas L. 70.295, sent. del 12-III-2000; Ac. 95.794 sent. del 17-XII-2008

III.d.1 “Padovani”⁵⁴⁵

La actora promueve demanda contra los organizadores de la carrera y la Municipalidad de La Plata, a raíz del fallecimiento de su cónyuge, en un accidente producido en una carrera de ciclistas, ocasionado por una persona se interpuso en su camino. La carrera fue organizada en el Paseo Bosques de la Ciudad de La Plata.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda condenando a los demandados a resarcir los daños. Dicha sentencia fue confirmada en lo principal por la Cámara, quien sostuvo que el Municipio incumplió con sus deberes de seguridad, ya que omitió ejercer y exigir un estricto control en las condiciones de seguridad de la carrera, en virtud de sus indelegables funciones de policía de seguridad. Dicha sentencia fue recurrida por el ente municipal.

La sentencia de la Corte, estuvo precedida por el voto del Ministro de Lázzari, al que adhirieron los demás Ministros, rechazando el recurso interpuesto.

En dicho voto se formulan consideraciones en referencia a la relación de causalidad cuando se imputa una omisión, citando a LLambías, que se transcriben *“para apreciar si un cierto acto de abstención puede caracterizarse como causa de determinado daño es menester verificar si ese factor negativo puede ser retenido por nuestra mente como elemento dotado de virtualidad suficiente para producir el efecto que sobrevino. Pues causa adecuada de un cierto resultado es el antecedente que lo produce normalmente, según el curso natural y ordinario de las cosas”* (Llambías, Jorge Joaquín, L.L., 1981-B, pág. 523). ”

Y en relación a la sentencia recurrida, dicho Ministro consideró que la Cámara declaró la responsabilidad del municipio demandado, atento su omisión en el deber de proteger la seguridad de la población, por la precaria adopción de medidas de vigilancia, pues las mismas debieron implementarse anticipadamente para evitar un riesgo. En dicho sentido, sostuvo que la alzada había tenido en cuenta que hechos como los ocurridos en autos eran previsibles según el curso natural y ordinario de las cosas.

Destacó, además, dicho Ministro, citando el dictamen del Subprocurador General, que el poder de policía de la Municipalidad en un evento de las características como

⁵⁴⁵ SCBA AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata t otro s/daños y perjuicios

el de autos, resulta intransferible e indelegable, y por lo tanto, solamente podía haberse eximido de responsabilidad la comuna demandada, probando que de su parte se agotaron las medidas tendientes a preservar aquellos bienes que como la paz, la tranquilidad, la salud, que indiscutiblemente, entran en la esfera de su accionar (conf. doctrina arts. 1074 y 1112 del Código Civil)

III.d 2 “ Vargas” ⁵⁴⁶

La actora promovió demanda de daños y perjuicios contra el Club Náutico Hacoaj y la Municipalidad de Tigre, reclamando los daños y perjuicios padecidos por el fallecimiento de su hijo menor de 8 años, ocurrido, por asfixia, cuando dicho menor cayó en la laguna de 30 metros que se había formado a consecuencia de la extracción de tosca.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda únicamente respecto al precitado club. La Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro, revocó parcialmente dicha sentencia, en cuanto había rechazado la demanda contra la Municipalidad demandada.

Para así decidir, consideró que se encontraba probado en autos la inexistencia de alambrado a la fecha del hecho, que patentiza la omisión del Municipio de Tigre respecto a las obligaciones que emanan del decreto 4348/83, lo que la torna responsable por el daño ocurrido. Contra dicha sentencia interpone recurso extraordinario el Municipio condenado.

El acuerdo de fecha 23/2/2002, estuvo precedido por el voto del Ministro de Lázzari, al cual adhirieron los otros Ministros, rechazando el recurso interpuesto.

En dicho voto se sostiene que el tema a resolver se circunscribe a determinar si el Municipio demandado incurrió en una omisión de sus deberes de vigilancia y custodia respecto a las obligaciones que derivan del decreto 4348/83, que le genere responsabilidad por el hecho de autos.

Mediante dicho decreto la comuna había autorizado al club co-demandado a extraer del lugar, donde se produjo el hecho, la tosca necesaria para la construcción de un club de campo en una zona vecina, imponiendo al autorizado en su art. 3, la

⁵⁴⁶ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

obligación de instalar un alambrado perimetral olímpico en toda la fracción adquirida, antes de comenzar la excavación

Dicho Ministro, refiriéndose al tema objeto del presente trabajo, sostiene expresamente en cuanto a la norma aplicable a la responsabilidad por omisión estatal, citando a Marienhoff que: *“...En el derecho público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado -en el caso la Municipalidad de Tigre- por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o abstención. Por ello, su tratamiento jurídico básico debe efectuárselo recurriendo a la norma del art. 1074 del Código Civil (art. 16 del C.C.) que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención ...Dice el mencionado autor que no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento puede determinar que una omisión sea sancionable y obligue la responsabilidad del autor de la misma, sino que basta que la omisión sea antijurídica, vale decir contraria a derecho..Lo que litigantes deben acreditar es la existencia de la mencionada omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido.....”*

Seguidamente citando a la Dra. Kemelmajer de Carlucci en el fallo Torres ya analizado, sostiene: *“que declarar que existe omisión antijurídica exige demostrar la existencia de intereses cuantitativamente superiores. Dicho de otro modo -continúa- debe haber proporción entre el sacrificio general que comporta el actuar del Estado y la utilidad que se consigue con el accionar “*

Procede, dicho Ministro, desde dicha óptica, a analizar si el ente comunal ha incurrido en una omisión antijurídica. A tal efecto, considera que por expresa disposición del decreto autorizante para la construcción de la tosquera, el propietario estaba obligado, entre otras cosas, a la instalación de un alambrado perimetral olímpico en toda la fracción adquirida antes de comenzar la excavación. En razón de ello, sostiene que se encuentra acreditado en dichas actuaciones, que al momento del siniestro tal exigencia no estaba cumplida y, obviamente, la misma se justificaba por la extrema peligrosidad y envergadura de la obra, obligación que persistía aún después del cese de la extracción, atento la formación de la laguna, que hacía más operativo el decreto cuyo fin principal era proteger a la población de las consecuencias del emprendimiento empresarial de los demandados.

Por lo cual, sostiene expresamente el Ministro que el ente comunal *“ debió constatar antes y controlar después el cumplimiento de los recaudos a que se*

condicionó la autorización solicitada y concedida, y el daño que resultó en relación causal con la omisión lo responsabiliza pues no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, 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.”

En razón de ello, y citando lo expuesto en “Padovani”⁵⁴⁷ respecto de la relación causal, sostiene que la Cámara declaró la responsabilidad de la Municipalidad, pues entendió que hechos como los descritos eran previsibles según el curso natural y ordinario de las cosas. En dicho sentido sostuvo expresamente: *“La omisión de las medidas de control idóneas para evitar la contingencia acaecida la convierte en corresponsable con el dueño del predio -condenado en autos- contingencia que era previsible dada su peligrosidad, la cual ha sido demostrada por los casos similares acontecidos que se relatan en la causa. El deber de seguridad para con la comunidad así se lo imponía.*

Cita, además, en apoyo de su postura lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re “Lanati” Fallos, 314:661) sosteniendo expresamente: *“no puede soslayarse en el análisis del caso, el principio contenido en el art. 902 del Código Civil, especialmente aplicable cuando el obligado por 'el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas' es la misma Administración Pública “*

III.d. 3 “Zapata”⁵⁴⁸

La actora demandó al Municipio Urbano de la Costa y a los explotadores del balneario, reclamando daños y perjuicios a raíz del fallecimiento de su hijo por ahogamiento, al introducirse al mar con la intención de salvar a dos niñas que se estaban ahogando.

Imputa al Municipio responsabilidad por omisión, en virtud de la falta de elementos de seguridad en una playa pública conforme al decreto 27/1989 Reglamento de Guardavidas, ya que se carecían de los mínimos elementos de seguridad, al faltar el mástil y la bandera en el balneario, indicativos del estado del mar, no habiendo adoptado las mínimas medidas de seguridad.

⁵⁴⁷ SCBA AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

⁵⁴⁸ SCBA, Ac. 79002, 17/7/2002, Zapata, Irma Nelly c/Iovonovich, Lorena y otro s/daños y perjuicios”

El juez de primera instancia rechazó la demanda respecto al Municipio. La Cámara confirmó dicha sentencia. Al respecto consideró que no se había acreditado una omisión por parte del guardavidas, que tenga relación causal con el fallecimiento de la víctima, quien, además, había participado culposamente en la producción del siniestro, ya que tal como surge de declaraciones testimoniales, pese a conocer el estado peligroso del mar, se adentró al mismo, a fin de socorrer a las niñas

La Corte, por mayoría, rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, interpuesto por la actora. El acuerdo estuvo precedido por el voto del Ministro Hitters, quien en su voto consideró que el recurso no debe prosperar. Fundó su voto negativo en la falta de demostración de un presupuesto fundamental de la responsabilidad estatal, el adecuado nexo causal entre el acto u omisión antijurídica, y el daño.

Sostuvo dicho Ministro, que si bien se encontraba probado en las actuaciones la falta del mástil y de la bandera, la recurrente no había logrado desvirtuar la conclusión vertida por la Cámara, consistente en que la víctima fue advertida por otro bañista del peligro y no obstante ello, decidió internarse igualmente en el mar en una acción en la que no cabe realizar reproche alguno al municipio.

El Ministro Negri, votó en disidencia, considerando que el recurso debía prosperar. Al respecto sostuvo que el ente municipal demandado había incurrido en una omisión de sus deberes de seguridad en los balnearios públicos marítimos, que generaba su responsabilidad

El doctor de Lázzari se adhiere al voto del Dr. Hitters, agregando *obiter dicta* sus propias consideraciones. Al respecto, sostuvo que de la causa surge con nitidez que el ente municipal demandado incurrió en una omisión (la de proveer mástil y bandera, elementos de seguridad indispensables para alertar a los bañistas sobre los peligros del mar). Al respecto, citando a Kemelmajer de Carlucci y Marienhoff, entre otros, concluye en que dicha omisión es antijurídica en los términos del art. 1074 del Código Civil, desde que el reglamento pertinente lo imponía (dec. 27/1989)

Sin perjuicio de ello, concluye que la accionante no ha podido remontar el problema de la interrupción de la relación causal, ya que aun cuando se hubiere configurado una omisión antijurídica del Municipio, la Cámara concluyó que medió, sin embargo, culpa de la víctima, es decir, ha entendido que la parte demandada demostró la interrupción del nexo causal. Esta conclusión de los hechos no es susceptible de revisión en el ámbito extraordinario, salvo absurdo, vicio que en su opinión no está configurado.

III.d. 4 “ Colegio de Abogados de La Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires”⁵⁴⁹

El presidente y Secretario del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, promueven acción de amparo contra dicha Provincia, a fin que se repare la omisión arbitraria e inconstitucional del Poder Ejecutivo de poner en funcionamiento el fuero contencioso administrativo que había sido establecido por las leyes 12.008, 12.310 y 12.074, encontrándose harto vencido el plazo constitucional. Sostienen que dicha inacción coloca a los habitantes de la provincia, en situación de privación de la tutela judicial efectiva y continua en materia contenciosa administrativa. Requieren mediante dicha acción que se proceda a la puesta en marcha del indicado fuero, ordenándose tomar juramento a los jueces designados.

La Fiscalía de Estado, al responder el informe circunstanciado previsto en el art. 10 de la ley 7.166, plantea la falta de legitimación activa de los representantes del Colegio de Abogados, como también la improcedencia de la pretensión.

Tal como se sostuvo al analizar la constitución provincial, la reforma del año 1994, suprimió la competencia originaria de la Corte en materia contencioso administrativa, estableciendo una nueva cláusula general en dicha materia, disponiendo la creación de tribunales específicos para el juzgamiento de dichos casos... Asimismo, dicha reforma encomendó a la Legislatura el establecimiento del fuero contencioso administrativo y la sanción del Código procesal respectivo, e impuso la designación de los jueces de ese fuero de acuerdo con el procedimiento de selección instituido por la Constitución con intervención del Consejo de la Magistratura, todo ello para empezar a regir antes del primero de octubre de 1997.

El 3 de noviembre de 1997 se sancionó el Código en la materia ya citado (ley 12.008) el cual estableció un nuevo plazo para el comienzo de las actividades del nuevo fuero (1/10/1998) el cual fuera prorrogado por ley 12.162 hasta el 1/6/1999. En el año 1999 el Consejo de la Magistratura realizó las convocatorias a los concursos para la

⁵⁴⁹ SCBA, B- 64. 474, 19/3/2003, Colegio de Abogados de La Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/amparo

cobertura de los cargos de jueces de los órganos con los que, según los decretos 5.188/98 y 2.309/99, comenzarían las funciones del fuero especializado

Luego de ello el Poder Ejecutivo omitió proceder a la designación de los jueces seleccionados, paralizando de dicha manera la puesta en funcionamiento del fuero, motivando el inicio de la acción de amparo reseñada.

El Címero hace lugar a parcialmente a la acción de amparo interpuesta, declarando manifiestamente arbitraria la demora de la Provincia de Buenos Aires en la puesta en funciones del fuero contencioso administrativo previsto por la Constitución de la Provincia. Asimismo, por mayoría, condenó a dicha Provincia a realizar distintas actuaciones para la implementación del fuero en los plazos que establece en dicho fallo.

En el voto del Ministro Hitters se destaca que la mora del Poder Ejecutivo, quien ha incurrido en una omisión o “inactividad” en el cumplimiento de la manda constitucional, legal y reglamentaria, pese a los diversos requerimientos efectuados por ese mismo Tribunal, lo cual arrasó con la operatividad de la reforma, e implicó una inobservancia continuada de graves consecuencias institucionales y menoscabo de los derechos y garantías esenciales.

Agrega, además, dicho Ministro, que existía un deber jurídico concreto, que estaba impuesto con precisión por la mayor grada normativa local y sujeta a un término (art 215 CP), el cual se encontraba vencido con holgura.

El ministro Soria en su voto que fue mayoritario, destacó que se encontraba configurada una conducta omisiva o dilatoria del Ejecutivo provincial, con quebrantamiento de pautas normativas o de razonabilidad aplicables al caso, existiendo en autos motivos suficientes para descalificar dicha tardanza. Entiende, dicho Ministro que dicho Poder ha excedido notablemente las pautas de orden temporal, no actuando dentro de un plazo prudencial, en atención a las circunstancias, configurándose una morosidad en la implementación del fuero judicial, incumpliendo un deber constitucional operativo.

III.d. 5° “Carabajal”⁵⁵⁰

Los hechos del presente caso son similares al precedente “Vargas”⁵⁵¹ mencionado anteriormente. La actora, demanda, entre otros, al Municipio de Tigre reclamando daños y perjuicios por el fallecimiento de su hijo menor al ahogarse

⁵⁵⁰ SCBA, Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

⁵⁵¹ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

en una tosquera. Dicha tosquera se encontraba en un terreno colindante respecto del cual el Municipio de Tigre había autorizado la extracción de tosca en la causa “Vargas”-

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro modificó la sentencia de primera instancia, haciendo extensiva la condena a la Municipalidad de Tigre, al entender que su conducta omisiva concurrió causalmente a la producción del daño. Citó como antecedente para fundar dicha decisión la causa “Vargas”, expresando que el tratamiento jurídico del caso debía realizarse en base al art. 1074 del Código Civil por analogía

Consideró, el tribunal interviniente, que no obstante no haber otorgado el Municipio demandado un permiso expreso para la explotación, tenía conocimiento, desde hace muchos años, que existía una cantera abierta, llena de agua y de fácil acceso a la población como también de la explotación que se efectuaba en el inmueble, sin que se haya cumplimentado con la colocación del alambre olímpico perimetral exigido para dicho tipo de actividades por un decreto municipal. En razón de ello, endilga responsabilidad al ente comunal al no haber adoptado las medidas preventivas que manda el art. 108 inc. 5 del decreto ley 6769/1958 (LOM) tendientes a evitar un grave daño a la población

La Corte resolvió rechazar el recurso extraordinario interpuesto por el ente comunal. En el voto del Ministro Pettigani al que adhirieron los otros Ministros, se hace referencia a la que la Cámara aplicó el precedente “Vargas”, doctrina legal que considera perfectamente aplicable al presente.

Respecto de dicho precedente menciona en su voto que la norma aplicable resulta ser el art. 1074 del CC, conforme la interpretación amplia del profesor Marienhoff, y, que, existiendo en la causa, un daño (la muerte del menor) en relación causal con la omisión de la Comuna, la responsabiliza, ya que no cumplió con su deber de vigilancia y custodia. Asimismo, cita el caso Torres, ya que la Comuna se abstuvo 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.

Considera, además, dicho Ministro, citando la causa “Padovani”⁵⁵², que la omisión de la demandada (falta de adopción de las medidas de control idóneas)

⁵⁵² SCBA, AC 70593, 28/11/1999, Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

podría considerarse como causa del daño, atento que el luctuoso suceso padecido era previsible según el curso natural y ordinario de las cosas, dada su peligrosidad, resultando corresponsable con el dueño del predio. Destaca, al respecto, que con la prueba rendida en dichas actuaciones, se había acreditado la peligrosidad que la zona revestía para la comunidad -de hecho convertida en una especie de balneario- lo cual era público y notorio y no pudo ser ignorado por la Municipalidad demandada, incurriendo en la omisión que unida al daño mediante causalidad adecuada, fundamenta la responsabilidad que le cupo en el desafortunado evento.

El voto del Dr. Soria, sin perjuicio de adherirse al voto precedentemente mencionado, agrega *obiter dictum* algunas interesantes consideraciones que luego serán tomadas por el Címero en otras causas. Al respecto, señala, que el criterio general de nuestro máximo Tribunal sostenido en reiterados fallos (“Fallos”, 312:2138; 313:1636; 323:30) respecto a que el ejercicio del poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos tuvo parte, debe ceder, a su juicio en determinadas circunstancias. Entre dichas circunstancias, cita a título ejemplificativo *“cuando mediare desatención negligente o irregular en el actuar jurídicamente exigible a la autoridad pública o si se acreditare que ésta tenía cabal conocimiento de la existencia de concretas situaciones o hechos ilícitos dotados de clara potencialidad dañosa y, no obstante, descuidó la adopción de mínimos recaudos para prevenirlos o evitarlos”*

En razón de ello, considera que, en dichas actuaciones, ha ocurrido el último de dichos supuestos, ya que pese a que el predio donde ocurrió la desgraciada muerte fue excavado por un tercero sin autorización municipal (accionar ilícito por clandestinidad) el ente gubernamental estaba en pleno conocimiento de esa actividad irregular, sin haber tomado medidas adecuadas para prevenir daños a terceros.

III.d.6. T.F.A.⁵⁵³

La actora promovió, en representación de su hija menor de edad, acción de amparo con la finalidad de hacer cesar la omisión del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires en suministrarle en forma gratuita- tal como lo venía haciendo hasta dicha fecha- un medicamento (hormona de crecimiento) a su hija menor, fundando su pretensión en el derecho constitucional de protección a su salud.

⁵⁵³ SCBA B-65.238. 5/11/2003. T.F.A. C/ Provincia de Buenos Aires s/amparo

La menor padecía de déficit de hormona de crecimiento y síndrome de Noonan y, formaba parte del Programa Provincial de Hormona de Crecimiento, en cuyo marco la provincia demandada le venía suministrando la hormona,

La Corte mediante el voto del Dr. Roncoroni, al que se adhieren los otros Ministros, condena a la Provincia a continuar suministrando a la menor la hormona de crecimiento en el marco del Programa citado.

El fallo se funda en diversas normas constitucionales y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, considerando que el Estado provincial estaba obligado a garantizar a la niña la protección que le era debida y el acceso a la salud, como también su derecho a la vida,

Sostiene, al respecto, el precitado Ministro que existía un mandato normativo expreso incumplido, habiendo quedado plenamente configurada la omisión de la administración.

III. d. 7 “País” ⁵⁵⁴

La actora demandó por daños y perjuicios al dueño de un contenedor y a la Municipalidad de Morón, a raíz del accidente ocurrido el 15 de mayo de 1995, en el cual perdiera la vida su esposo, cuando conducía su ciclomotor y embistió un contenedor, el cual se encontraba ubicado en la cinta asfáltica de la calle por la cual circulaba.

En lo que aquí nos interesa, imputó al Municipio demandado responsabilidad por no haber ejercido medidas preventivas derivadas del ejercicio de la policía vial, procediendo a retirar el volquete ubicado en forma antirreglamentaria.

El juez de primera instancia hizo parcialmente lugar a la demanda, excluyendo de la condena al órgano comunal. Dicha sentencia fue confirmada la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón

La Cámara fundó dicha decisión, entre otras consideraciones, en el quebrantamiento de la relación causal, en relación a la imputación atribuida al ente municipal accionado, y asimismo, en que no resulta razonable pretender responsabilizarlo en orden a sus deberes de prevención de toda consecuencia dañosa producida por los vehículos o volquetes mal estacionados en su municipio. A su vez sostuvo que el poder de policía, es una función propia del Estado, pero su ejercicio no es suficiente por sí solo para atribuirle responsabilidad en un accidente de tránsito, donde lamentablemente

⁵⁵⁴ SCBA, Ac. 90.965, 30/11/2005, P., L.B. c/Cernecca, Héctor Mario y otros s/daños y perjuicios

influyeron factores climáticos, la poca iluminación, etc. que le impidieron a la víctima advertir y esquivar el volquete antirreglamentariamente estacionado por su propietario.

El Tribunal mediante el voto del Dr. Genoud, rechaza el recurso extraordinario interpuesto en virtud de no haber logrado la actora, acreditar el absurdo ni la violación de la doctrina legal,

El Ministro Soria, ampliando los fundamentos del voto del Dr. Genoud, sostiene, respecto a su criterio ya sustentado referente a las excepciones en que el Estado puede ser condenado por la omisión a su deber genérico de policía de seguridad, que de la prueba arrimada a dichas actuaciones, no surgía acreditado que el Municipio tuviera conocimiento de la existencia del volquete colocado antirreglamentariamente en la vía pública, como tampoco que se le había requerido a dicho municipio el correspondiente permiso para su colocación, ni, por último, que existieran denuncias sobre su presencia y ubicación en la arteria del accidente. En razón de ello, concluye que no es dable imputar a dicha comuna un desaprensivo o negligente obrar que habilite a pronunciar una condena en su contra.

III.d. 8. “Konrad”⁵⁵⁵

La actora promovió demanda contra ESEBA S.A. y la Municipalidad de Bahía Blanca, reclamando los daños y perjuicios que sufriera a raíz del accidente que tuviera, mientras circulaba con su bicicleta, al engancharse con un cable de electricidad en una calle carente de iluminación artificial,

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca confirmó, en lo principal, la sentencia que había hecho lugar a la demanda,

En cuanto a la empresa de electricidad le imputo negligencia en la colocación del poste en cercanías del cordón cuneta y no sobre la línea de edificación, como se dispuso luego del accidente

En relación al Municipio la Cámara consideró que el mismo resulta titular del dominio público del bien, por el cual le compete el ejercicio de la policía para su conservación, ordenamiento, prevención y seguridad. En razón de ello, le imputó omisión de contralor, no solo del zanjeo realizado, respecto del cual tenía el poder-deber indeclinable de tomar nota de su existencia y actuar en consecuencia, sino también en relación al lugar de emplazamiento del poste de la empresa de electricidad en un lugar no reglamentario. Por lo cual la omisión o deficiente cumplimiento de los

⁵⁵⁵ SCBA, C 88159. 20/12/2006, Konrad, Carlos Alberto c/ESEBA S.A. s/daños y perjuicios

de deberes que surgen de su poder de policía, comprometen inexcusablemente su responsabilidad por los daños ocasionados al actor.

La Corte, por mayoría, resuelve rechazar el recurso interpuesto por la Comuna. En el voto del voto del Ministro Roncoroni se sostiene que el recurrente no logra conmover lo sostenido por la Alzada, habiendo quedado acreditado en autos, que hubo omisión o deficiente cumplimiento de los deberes inherentes a la policía de seguridad, que le corresponde por su carácter de titular del dominio público que comprometen inexcusablemente su responsabilidad.

Cita, asimismo, el art. 1074 del CC e invoca, asimismo, el precedente “Vargas”⁵⁵⁶ respecto a que el daño guarda relación causal con la omisión, y se configura su responsabilidad, pues no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particularmente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población”

III.d.9. “ Lencina”⁵⁵⁷

La actora promovió demanda por daños y perjuicios contra el Municipio de la Plata, en razón del accidente que sufriera cuando circulaba por la calle y embistió a un carro que circulaba tirado por animales en una calle pavimentada en zona urbana.

Imputó a la Municipalidad demandada responsabilidad por omisión en torno al control de tránsito, ya que conforme la ley de tránsito la circulación de vehículos de tracción animal estaba prohibida en la calle donde ocurrió el accidente,

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida contra la Municipalidad de La Plata, sentencia que fue confirmada por la alzada.

La Corte provincial resuelve rechazar el recurso interpuesto. El voto del Dr. Roncoroni, al cual adhirieron los otros ministros, se refiere a la responsabilidad por omisión, la cual surge cuando existe un deber jurídico incumplido por el ente estatal.

Cita lo resuelto por dicho Tribunal en las causas “Padovani”⁵⁵⁸ “Vargas”⁵⁵⁹ y “Carabajal”⁵⁶⁰ ya mencionadas, considerando que existe relación causal entre la omisión de la Comuna (impedir la circulación del carro) y el daño.

⁵⁵⁶ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

⁵⁵⁷ SCBA, C.92.854, 13/12/2006 Lencina, Rosana Silvia y otro c/ Silva, Jorge Omar s/daños y perjuicios.

⁵⁵⁸ SCBA AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

⁵⁵⁹ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

⁵⁶⁰ SCBA, Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

Considera, asimismo, que existe un mandato expreso incumplido por dicho ente comunal (art. 67 de la Ley de Tránsito) prohibición basada en los riesgos que generan dicho tipo de vehículos, habiendo el municipio incurrido en una abstención a su deber de policía y custodia, generadora de un riesgo para la sociedad

III.d. 10. “González”⁵⁶¹

La actora promovió demanda contra el Municipio de Vicente López, en razón de los daños que sufriera a causa del accidente que tuviera al enredarse la bicicleta en la cual circulaba, con un pasacalle caído sobre la Av. Del Libertador.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida, la que fue confirmada por la Sala departamental.

La Corte, por mayoría de fundamentos, rechaza el recurso interpuesto por el ente comunal demandado. El voto del Dr. Genoud que abre el Acuerdo, considera aplicable a dicho caso la doctrina sentada en “Vargas”⁵⁶² A sus efectos, transcribe el voto del Dr. de Lázzari. Cita, asimismo, en dicho voto sus consideraciones efectuadas en “Padovani”⁵⁶³ respecto de la relación causal.

En razón de ello, sostiene que la doctrina legal de “Vargas” es aplicable al caso en examen, considerando las circunstancias del mismo. A más de ello, sostiene que el art. 1074 del CC tiene su correlato en el art. 1112 del mismo cuerpo legal que cita el fallo.

El ministro Soria vota en el mismo sentido, aunque formula sus propias consideraciones, concluyendo que la responsabilidad que le fuera imputada al Municipio reposa en la falta de servicio, no habiendo logrado demostrar la comuna recurrente que no existió falta de servicio, habiéndose limitado a formular apreciaciones genéricas

III.d.11. “Acuña”⁵⁶⁴

La actora promovió demanda contra el Municipio de Villa Gessell, reclamando los daños y perjuicios padecidos a raíz de un accidente de tránsito ocurrido mientras circulaba con un arenero alquilado, imputando a la misma omisión a su deber de contralor sobre una actividad habilitada municipalmente.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida contra el Municipio accionado. La Cámara Civil y Comercial revocó dicha

⁵⁶¹ SCBA, C. 89.545, 8/3/2007, González, Marcelo Adrián c/Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios

⁵⁶² SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

⁵⁶³ SCBA AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

⁵⁶⁴ SCBA, C. 90.664, 11/4/2007, Acuña, Luis E y otros c/Rosano, Mariano E. y otros s/daños y perjuicios

sentencia, fundado en que no se había acreditado que el accidente se debiera a vicio o deficiencia del rodado.

El Cimero resolvió rechazar el recurso interpuesto por la actora. En el voto del Ministro Pettigiani, al cual se adhirieron los demás Ministros, se formularon diversas consideraciones sobre la responsabilidad estatal por omisión.

En relación a dicho tipo de responsabilidad estatal, sostuvo que la omisión, es decir, el no hacer, que lo convierte en un ilícito sancionable es que el mismo constituya un deber jurídico que el sujeto debió cumplir. Destaca , además, que ante la ausencia de una norma específica que lo regule, su tratamiento debe efectuarse recurriendo por analogía al art. 1074 del CC, citando a su vez la doctrina de “Vargas”⁵⁶⁵

Seguidamente, también señala citando a “Vadell” (Fallos 306:2030) que nuestro máximo tribunal ha reconocido a la abstención ilegítima del Estado como factor de atribución. Asimismo, menciona la doctrina de Giovanni Dunni citada en el fallo “Torres” ya referenciado.

Puntualiza dicho Ministro que resultan aplicables a la abstención ilícita los mismos requisitos derivados del régimen general de responsabilidad (factor de imputación, falta de servicio, la adecuada relación causal entre la omisión y el daño y el daño cierto)

Analiza, en base a ello, que la impugnante alega que el municipio demandado resulta responsable puesto que el vehículo siniestrado-un arenero- pertenecía a un negocio cuyo funcionamiento había sido autorizado por la comuna, con total incumplimiento de las normas municipales y de tránsito, puesto que ningún rodado se hallaba registrado, habilitado y asegurado. En consecuencia, sostiene, lo que deba analizarse es si la omisión imputada por la recurrente produce el deber de reparar del ente municipal

En dicho sentido sostiene que en dichas actuaciones no se configuran los extremos para viabilizar la pretensión resarcitoria contra el Estado. Ello debido a que no se ha probado que el accidente que sufriera la accionante, se debiera a vicio o deficiencia del rodado, con lo cual ninguna incidencia causal tuvo en el siniestro el permiso otorgado por el municipio para el desarrollo de la actividad comercial.

En consecuencia, merita que la recurrente no cumplió con la carga de probar la imputación de una responsabilidad concreta.

⁵⁶⁵ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

III.d.12. “Mansilla”⁵⁶⁶

La actora demandó al conductor, al concesionario y al Estado provincial por los daños y perjuicios que sufriera debido al impacto de una piedra despedida por un tractor que cortaba el césped en inmediaciones de la calle. Dicho vehículo era de propiedad de la concesionaria y no se encontraba asegurado.

En relación a la provincia accionada sustentó su pretensión en la omisión de contralor del concesionario como también el incumplimiento de su obligación de exigir la contratación de un seguro que resultará suficiente para cubrir la actividad riesgosa encomendada.

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, revocó parcialmente la sentencia, eximiendo de responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires, en razón de no encontrarse acreditado el nexo causal entre la omisión imputada y el hecho dañoso

La Corte bonaerense rechazó el recurso interpuesto por la parte actora.

En el voto del Dr. Soria, al cual se adhirieron los demás Ministros, se destacó la doctrina ya citada que cabe hacer excepción al criterio general de la Corte federal según la cual el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para imponerle el deber de resarcir en un evento en el cual ninguno de sus órganos tuvo parte, (Fallos 312:2138; 313:1636; 323:305; 324:3974) cuando mediere desatención negligente o irregular en el actuar jurídicamente exigible a la autoridad pública o si se acreditare que ésta tenía cabal conocimiento de la existencia de concretas situaciones o hechos ilícitos dotados de clara potencialidad dañosa y, no obstante, descuidó la adopción de mínimos recaudos para prevenirlos o evitarlos

Adujo, al respecto, que ninguna de dichas circunstancias concurrían en dicho caso, no siendo admisible atribuir responsabilidad al Estado provincial en los términos pretendidos por la recurrente, ya que de lo contrario tal como ha sostenido la Corte Nacional en “Cohen”, se instituirá 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" (cfr. Fallos 323:318 y 3599)

En razón de ello, considera que el impugnante no ha logrado rebatir el fundamento central del fallo recurrido, respecto a la ausencia del nexo causal entre la

⁵⁶⁶ SCBA, C. 93.859. 14/11/2007, Mansilla, Delfina c/Sosa, Eduardo y otros s/daños y perjuicios

omisión imputada a la provincia y el daño, atento no resultar la dicha provincia ni propietaria de la máquina, ni tampoco resultar el conductor agente de la misma.

III.d.13 “E.A.”⁵⁶⁷

La actora en representación de su hijo menor de edad demandó, entre otros, al Municipio de Coronel Brandsen y a la Provincia de Buenos Aires, reclamando los daños y perjuicios que sufriera su hijo en un accidente en la vía pública (caída de un colectivo en movimiento). Imputó responsabilidad a dichos entes de gobierno en virtud de circular el colectivo en condiciones antirreglamentarias (deficiencias del rodado), lo cual permitió que el menor, cayera por la puerta trasera del rodado que se encontraba abierta, pese a encontrarse en movimiento el vehículo.

La Cámara Civil y Comercial de la Plata confirmó el pronunciamiento de primera instancia, en cuanto había rechazado la demanda contra la Provincia y la Comuna, en razón de considerar que no había existido vínculo de conexión adecuado entre la omisión que les endilga la actora y el daño sufrido.

El acuerdo conformado por el voto del Dr. Pettigiani reitera la doctrina mencionada en la causa “Acuña”⁵⁶⁸ precedentemente relacionada.

En razón de la precitada doctrina, puntualizo que tal como ha considerado la Cámara, la accionante no ha logrado acreditar la adecuada relación causal entre el incumplimiento de la obligación, la prescindencia estatal y el daño causado. Ello debido a que la actora se ha limitado a una mera imputación genérica del incumplimiento de la policía municipal, sobre las condiciones en que se hallaba el automotor con que se prestaba el servicio de transporte de pasajeros intercomunal, sin referencia a la posible normativa incumplida por el ente municipal, ni tampoco había acreditado la adecuada incidencia de dicho genérico omitir estatal en la generación del evento dañoso, atento la específica mecánica del siniestro,

Sostiene, asimismo, que el deber genérico de proveer al bienestar y la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar, de modo tal de evitar cualquier evento dañoso, ni la circunstancia de que este haya tenido lugar, autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario, alega, citando a “Mansilla”⁵⁶⁹ significaría instituir al Estado en un asegurador anómalo de indemnidad

⁵⁶⁷ SCBA, 98541, 10/9/2008 “E.A. y otro c/Daguerre, Jorge Raúl y otros s/daños y perjuicios

⁵⁶⁸ SCBA, C. 90.664, 11/4/2007, Acuña, Luis E y otros c/Rosano, Mariano E. y otros s/daños y perjuicios

⁵⁶⁹ SCBA, C. 93.859. 14/11/2007, Mansilla, Delfina c/Sosa, Eduardo y otros s/daños y perjuicios

frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder

III.d 14. “Mazza”⁵⁷⁰

La actora promovió demanda contra el Municipio de la Costa, reclamando los daños y perjuicios padecidos por su hija menor, cuando fue embestida en la playa, por un automovilista que ingreso indebidamente, violando la prohibición existente.

La Cámara Civil y Comercial de Dolores confirmó la sentencia que había hecho lugar a la demanda. Fundó su decisión, entre otras consideraciones en, que, pese a la concesión existente, la municipalidad concedente no podía delegar en el concesionario, sus deberes de seguridad y protección de los habitantes de su distrito. Consideró, además, que el Municipio incurrió en una omisión en los términos del art. 1074 del CC, en virtud de haber ejercido insuficientemente sus deberes que emanan de su policía de seguridad.

La Corte por mayoría rechaza el recurso interpuesto por el Municipio demandado. En el voto del Dr. Genoud, al cual se adhiere la mayoría, se destaca que la seguridad en las playas públicas y demás lugares en los que existe riesgo para los usuarios, es materia propia del control del poder municipal.

Puntualizó en su voto, dicho Ministro, que lo corresponde analizar en la litis, es, si el municipio codemandado ha incurrido en una omisión en su deber de policía, en relación causal adecuada con el evento dañoso de autos, que la Cámara entendió configurado. Y en tal sentido, citando a “Padovani”⁵⁷¹, “Vargas”⁵⁷² y “Carabajal”⁵⁷³, sostiene que dicho Tribunal ha expresado que para apreciar si un cierto acto de abstención puede caracterizarse como causa de determinado daño es menester verificar si ese factor negativo puede ser retenido por nuestra mente como elemento dotado de virtualidad suficiente para producir el efecto que sobrevino. Pues causa adecuada de un cierto resultado es el antecedente que lo produce normalmente, según el curso natural y ordinario de las cosas

Citando a “Vargas” alega que si el Estado debió constatar antes y controlar después el cumplimiento de los recaudos a que se condicionó la autorización solicitada

⁵⁷⁰ SCBA, C 91.336. 18/11/2018. Mazza, Claudio Alberto y Zaffora, Gladys Miriam c/Acosta, Alcides R y otros s/Indemnización daños y perjuicios, daño moral

⁵⁷¹ SCBA AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

⁵⁷² SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

⁵⁷³ SCBA, Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

y concedida, y no lo hizo, y el daño resultante guarda relación causal con la omisión, por ende, se configura su responsabilidad pues no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, 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

Concluye de la siguiente manera: “ *Surge de la reseña probatoria aquí realizada que si bien el ente municipal sancionó normas que impedían el ingreso a la playa, colocó carteles que demostraban la prohibición, ante la violación concreta, perfectamente visible, no motorizó por medio de sus agentes, las actividades tendientes a impedir la vulneración normativa, y tal comportamiento omisivo, considerado con virtualidad causal en relación con el hecho dañoso por el a quo, no ha demostrado que el impugnante se encuentre contaminado con el vicio lógico que le imputa, por lo que debe desestimarse la queja.* ”

El Dr. Soria vota en disidencia, considerando que el recurso debe prosperar. Alega reiterando lo sostenido en Carabajal que los casos en examen no median ninguno de los supuestos de excepción al criterio general sostenido por la Corte Nacional que el ejercicio genérico del poder de policía no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos tuvo parte.

III.d 15. “Suarez” ⁵⁷⁴

El actor entabló demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a raíz de los daños y perjuicios ocasionadas a su salud, derivados de la elaboración, venta y consumo de carne de origen porcino contaminada por triquinosis, imputando a la misma responsabilidad por omisión, ante la falta de control de la aptitud sanitaria de los alimentos de expendio público.

La Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca confirmó la sentencia estimatoria de la responsabilidad de dicha provincia, considerando que se encontraba acreditado en autos, el deber estatal de inspeccionar los comercios dedicados a la venta de alimentos, obligación que para la provincia surge respecto de establecimientos previamente habilitados, en especial a lo atinentes a la crianza, faena, elaboración, etc. de carne porcina.

Aduce dicho Tribunal que los criaderos se encontraban a la vera de la ruta nacional nº 3 de ingreso a la ciudad de Carmen de Patagones, en un conglomerado caracterizado

⁵⁷⁴ SCBA, C.97.458,18/2/2009, Suárez, Herben c/Baumgartner, Ernesto y otros s/Daños y perjuicios

como basurero a cielo abierto. En razón de lo cual, ante dicho terrible panorama, conocido públicamente, no puede justificarse la ausencia de control por parte de los organismos competentes, en especial de la citada provincia.

La provincia demandada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. En su recurso, sostiene que actuó conforme a la ley 6703, ya que, ante la denuncia de la presencia de triquinosis, realizaron las inspecciones y tomaron las medidas exigidas por la ley, no encontrándose el demandado inscripto como fabricante de chacinados, en razón de lo cual su actividad no pudo ser controlada, siendo su obligación en relación a los establecimientos inscriptos.

La Corte rechaza el recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado. En el voto del Ministro Genoud, al cual se adhirieron los demás Ministros, se establece que la responsabilidad del ente provincial se funda en una falta de actividad preventiva, de ejercicio de policía sanitaria animal, sobre los establecimientos dedicados a la crianza, faena y elaboración de carne porcina. Al respecto, sostiene que toda la actividad desplegada por el ente provincial, de carácter represivo fue posterior a la infección contraída por la actora, lo cual demuestra su inactividad preventiva.

Considera, además, que tampoco la recurrente ha desvirtuado lo afirmado por el juzgador en punto al conocimiento público de la actividad desplegada por el demandado y al lugar de funcionamiento del criadero, en un basurero a cielo abierto.

Asimismo, menciona que los argumentos del impugnante no permiten advertir el error del fallo sobre la configuración de los presupuestos que habilitan la responsabilidad estatal, específicamente respecto al factor de atribución, toda vez que surge de autos la omisión o deficiente cumplimiento de los deberes inherentes a la policía sanitaria que las comprometen inexcusablemente-

Cita al respecto la doctrina de “González” ⁵⁷⁵ reiterando el voto del doctor de Lázzari, respecto a la aplicación analógica del art. 1074 del CC, y de la relación causal existente entre la omisión y el daño, pues el ente provincial no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población, Cita, asimismo, a “Padovani” ⁵⁷⁶ en relación al nexo causal.

⁵⁷⁵ SCBA, C. 89.545, 8/3/2007, González, Marcelo Adrián c/Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios

⁵⁷⁶ SCBA, AC 70593, 28/11/1999, Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

El Ministro Pettiigiani adhiriéndose al voto citado, añade *obiter dictum* que considera que el factor de atribución de la responsabilidad estatal por omisión es la "falta de servicio". Seguidamente se refiere a la necesidad de acreditar la falta de servicio, mencionando lo sostenido por la Corte en "Vadell" y los criterios para apreciar su existencia mencionados en "Zacarías" (Fallos: 321:1124)

El Ministro Soria adhiriéndose también al voto que abre el acuerdo, agrega que la Cámara de Apelación identificó correctamente la omisión antijurídica en el cumplimiento de la acción preventiva que le incumbe al Estado en materia de policía sanitaria animal.

III.d. 16. "Lobato" ⁵⁷⁷

La actora promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires, reclamando los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su hijo, quien se suicidó mientras se encontraba detenido en la Comisaría 1° de la localidad de San Martín.

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, confirmó la sentencia que hizo lugar a la demanda, considerando la responsabilidad de dicha provincia en razón de haberse configurado una falta de servicio.

La Corte, por mayoría, rechaza el recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado. El acuerdo estuvo precedido por el voto del Dr. Pettigiani, al cual se adhirieron los demás Ministros.

Dicho magistrado cita la doctrina legal de "González"⁵⁷⁸ ya desarrollada precedentemente. Considera, que, en el caso de marras, se han configurados todos los presupuestos para considerar responsable por omisión a la Provincia demandada

Al respecto, señala que la sentencia de la Cámara resulta ajustada a derecho, ya que haciendo mérito de los hechos demostrados en la causa y sobre los que no existe controversia, condenó al Estado provincial con sustento en que los agentes policiales no cumplieron adecuadamente con el deber de cuidado en relación al hijo de la actora en tanto lo dejaron alojado, sin custodia y con elementos con los que previsiblemente podía atentar contra su vida. De esta manera el personal policial incumplió el Reglamento de Detenidos, que le impone al personal policial, la obligación de requisar los elementos con los que los detenidos pudieran dañarse a sí mismos o a terceros. En razón de dicho incumplimiento, sostiene que la Provincia debe responder por los daños

⁵⁷⁷ SCBA. 69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

⁵⁷⁸ SCBA, C. 89.545, 8/3/2007, González, Marcelo Adrián c/Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios

causados al haberse omitido el cumplimiento de tal obligación normativamente impuesta (art. 1074 del Código Civil).

Y en relación a la conducta suicida de la víctima, considera que la omisión en el cumplimiento de los deberes de custodia del detenido, como causa originaria, pudo haber tenido en el desarrollo del suceso dañoso (muerte de aquél) y, por ende, la extensión de la responsabilidad del que incumplió los deberes a su cargo, debe medirse por la previsibilidad que pudo haber tenido del acaecimiento de la concausa (conducta suicida del detenido).

Asimismo, invoca la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, en casos similares al presente, por la cual corresponde ser particularmente exigente en el cumplimiento del deber de cuidado de los detenidos que surge del principio constitucional del art. 18 de la Constitución Nacional en "Badin" (Fallos 318:2002) como también en "Manzini" (Fallos 327:5857) conforme la doctrina que emana del art. 1112 del Código Civil.

Por lo cual, concluye que el recurrente no ha logrado conmover los cimientos en los que se asienta el fallo recurrido. En particular no demostró la existencia de algún vicio lógico que descalifique la conclusión de la Cámara

El Ministro Genoud, aunque comparte la responsabilidad del ente provincial, sin embargo, entiende que debido a las particularidades que exhibe dicha causa, - la responsabilidad que le ocupa a la demandada debe ser compartida por configurar el accionar de la víctima una concausa determinante del hecho dañoso.

III.d. 17. "Robledo" ⁵⁷⁹

La actora accionó contra la Provincia de Buenos Aires reclamado la reparación de los daños y perjuicios que alega haber sufrido a consecuencia del accidente que padeciera al atravesar un bache existente en el pavimento.

El juez de primera instancia acogió la demanda contra la Provincia de Buenos Aires

La Cámara revocó la sentencia en cuanto la había admitido respecto de dicha Provincia, por no encontrarse acreditada la relación de causalidad respecto de la intervención de una cosa riesgosa.

La Corte rechaza el recurso. El voto mayoritario que forma el acuerdo es el del Ministro Pettigiani. Dicho Ministro considera que la Cámara ha sostenido en el fallo en crisis que no se ha demostrado, concretamente, la imprescindible relación causal, lo

⁵⁷⁹ SCBA, C.107.242, 14/4/2010. Robledo, Benjamín Doselin c/Municipalidad de Quilmes y otro s/daños y perjuicios

que constituye una típica cuestión de hecho, que solo puede ser revisada, tal como se ha sostenido precedentemente, salvo en el supuesto de demostrarse la existencia de absurdo.

Al respecto reitera que el Estado solo resulta responsable si se acredita una relación causal adecuada entre el incumplimiento de una obligación (en el caso el cuidado de la vía pública) y el daño producido

Asimismo puntualiza, que si bien se acreditó la existencia del pozo o bache en el lugar por el cual circulaba el demandado, no ocurrió lo mismo con el postulado de que el accidente se debiera al vicio o deficiencia del pavimento, con lo cual ninguna incidencia causal tuvo el siniestro con la referida cosa riesgosa, razón por la cual, estima que no se acreditó la imprescindible relación causal que debe existir para el progreso de la acción entre ese elemento o circunstancia y el daño experimentado por el actor.

Sostiene, por último, que la carga de probar los extremos que llevan a la imputación de una responsabilidad concreta se halla en cabeza del accionante, puesto que la carga de la prueba de la relación causal incumbe a quien la alega, la que, no habiendo sido demostrada, lleva al rechazo de la demanda.

III.d.18 “Otero”⁵⁸⁰

La actora promueve demanda contra el concesionario y la Provincia de Buenos Aires reclamando daños y perjuicios, a raíz de los daños que sufre por el accidente ocurrido al circular con su automóvil, por la ruta concesionada, a causa de haber embestido un animal que se interpuso en su camino.

La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que había condenado a “Camino del Atlántico S.A” y a la citada en garantía atribuyéndole un 80% de responsabilidad, atribuyéndole el 20 % restante a la citada provincia.

Todas las partes interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Nos limitaremos a examinar lo resuelto por la Corte acerca del recurso interpuesto por la Provincia, atento el objeto del presente trabajo.

La Corte por mayoría, resuelve hacer lugar al recurso interpuesto por la Provincia

Conforme el orden de votación, en primer lugar, vota el Dr. Negri, quien opina que dicho recurso no puede prosperar. Al respecto sostiene que la Cámara basó su

⁵⁸⁰ SCBA, C.85.774, 5/5/2010, Otero, Julio c/Camino del Atlántico s/daños y perjuicios

decisorio en el contenido del Reglamento de Explotación de la concesión que mantiene la guarda de la vía en cabeza de la concedente(salvo en aquello que él mismo atribuye al concesionario) así como la cláusula que otorga la vigilancia de la misma a la Provincia de Buenos Aires, entendiendo que al ser la autovía de dominio público, el Estado provincial resultaba responsable por los ilícitos producidos por el incumplimiento del deber de garantía y seguridad como dueño de la ruta.

Vota también en el mismo sentido el Dr. de Lázzari, sosteniendo que la Provincia no ha logrado rebatir adecuadamente los fundamentos que ha considerado la Cámara para atribuirle responsabilidad, por lo cual considera insuficiente el recurso.

El Dr. Hitters, en su voto, al que luego se adhieren los Ministros restantes, sostiene lo contrario, ya que a su juicio el recurso debe prosperar. Considera aplicable a dicha causa la doctrina sentada por la Corte nacional en las causas “Bertinat,” (Fallos:312:2138) “Colavita” (Fallos 323:318), “Rodríguez “(Fallos: 323:3599) y “Expreso Hada” (Fallos:325:1265)

En dichos precedentes tal como se sostuvo anteriormente, el Alto Tribunal, siguiendo su tradicional criterio en materia de responsabilidad estatal por omisión en el ejercicio de la policía de seguridad, sostuvo que *"la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora"*

En razón de ello, sostiene que la responsabilidad que se imputa al Estado provincial como consecuencia de un incumplimiento genéricamente denunciado respecto de sus poderes de seguridad, vigilancia y control, no resulta procedente (arts. 1112, 1074 y ccs., Cód. Civil).

Opina, a su vez, que lo mismo cabe resolver acerca de la obligación de resarcir colocada en cabeza del Fisco, con sustento en su dominio sobre la ruta en donde ocurriera el accidente, ya que de dicho elemento no se han derivado los perjuicios, sino del animal embestido (art. 1124 CC), cuya titularidad no corresponde al Estado.

III.d. 19.”Carrizo” ⁵⁸¹

La actora promovió demanda de daños y perjuicios contra Vialidad Provincial y la Provincia de Buenos Aires, entre otros, a raíz del accidente ocurrido cuando la actora circulaba con su automóvil por la ruta nº 178 y fue embestida por un caballo que intempestivamente se cruzó en su camino.

⁵⁸¹ SCBA, Originario C 105.743 7/7/2010, Carrizo María Rafaela c/Sindicato de Choferes de camiones y otros s/sentencia definitiva. Originario C 105.743 7/7/2010

El juez de primera instancia, desestimó la acción dirigida respecto a Vialidad Provincial y la Provincia de Buenos Aires, la cual fue confirmada por la Cámara.

Fundó dicha decisión, entre otras consideraciones, en que el análisis de la prueba colectada en autos no conducía a establecer la carga impuesta al estado provincial- tendiente a la guarda, el cuidado y mantenimiento y conservación de los caminos provinciales- hubiese tenido relación causal con los daños padecidos por la actora.

Sostuvo, además, que la responsabilidad por la presencia del caballo sobre la carretera corresponde al dueño o guardián del equino, la cual, no es posible hacerla extensiva a la citada Provincia, en función de la alegada culpa por omisión del poder de contralor.

Por unanimidad la Corte rechaza el recurso interpuesto. En el voto del Ministro de Lázzari, cita la doctrina acerca de la inexistencia de una norma de derecho público que regule la responsabilidad estatal por omisión, por lo cual, su tratamiento jurídico debe efectuarse aplicando analógicamente el art. 1074 del CC (art. 16CC). Asimismo, considera dicha norma, conforme la interpretación amplia que le diera Marienhoff bastando que la omisión sea antijurídica, debiendo quien reclama acreditar la existencia de la mencionada omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido

Por último, considera que la atribución del deber de seguridad vulnerado que la actora endilga al Estado provincial, no puede ser considerada a dicho fin, ya que se vale de una afirmación dogmática, en torno a la existencia de pastizales que imposibilitaban al conductor del rodado la visión de la ruta y sus adyacencias. En dicho sentido, sostiene que la sentencia atacada brinda fundamentos que desechan dicho antecedente como factor causal en términos de la teoría de la causa adecuada a partir de las circunstancias de tiempo, modo y lugar comprobadas en la causa, los que no han sido idóneamente refutados.

III.d 20.” Vega”⁵⁸²

La actora demanda al Municipio de General Pueyrredón y a la Provincia de Buenos Aires, a raíz de los daños que sufrió el inmueble su propiedad en virtud de los incidentes ocurridos a la salida de un recital de la Banda “Patricio Rey y sus redonditos de Ricota”, en las inmediaciones del Estadio Patinódromo municipal donde se había realizado el evento, lugar que había sido cedido por la Comuna.

⁵⁸² SCBA, C 105.374 22/12/2010, Vega, Agustín José y otros c/Municipalidad de General Pueyrredón y otros s/daños y perjuicios C 105.374 22/12/2010

La Cámara en lo Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda contra la Municipalidad de General Pueyrredón, en razón del incumplimiento de su deber de seguridad.

La Corte resuelve hacer lugar al recurso interpuesto por la Comuna. En el voto del Ministro Soria, al que se adhirieron los demás ministros, dicho Ministro sostiene que la Cámara ha incurrido en una errónea aplicación del art. 1074, al condenar a la Comuna por el incumplimiento del deber de “prevención del delito, vigilancia y custodia” por tratarse de funciones ajenas a las competencias propias del Municipio, ya que tal como establece la ley 12.154 dicho cometido público resulta de competencia exclusiva del Estado provincial.

Asimismo, considera que no concurre ningún supuesto de excepción al criterio general ya señalado reiteradamente en el presente respecto al ejercicio del poder de policía de seguridad, remitiéndose a la doctrina legal de “Carabajal”⁵⁸³ y “Suárez”⁵⁸⁴

A más de ello, sostiene que tales extremos de excepción presuponen, en todo caso, la existencia de una obligación legal de cumplir el servicio o misión específicamente requeridos, pues de lo contrario no se configura uno de los presupuestos determinantes de la responsabilidad estatal por omisión (art. 1074 del C.C.). En razón de lo cual, la inexistencia de un precepto que explícita o implícitamente establezca el mandato de actuar positivamente impide la aplicación de la regla que impone responder por el deficiente o anormal funcionamiento de los servicios que tiene a su cargo el ente estatal.

En tal sentido, continua *“la determinación de la existencia de una falta de servicio, en tanto violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular (doct. C.S.J.N., Fallos 306:2030, 318:845, entre otros) sea por acción u omisión, requiere inicialmente una apreciación en concreto que repare en las características de la actividad comprometida (doct. C.S.J.N., Fallos 321:1124), a la luz de las normas del derecho público a las que, en cierto modo, reenvían los arts. 1112 y 1074 del Código de Vélez.”*

En función de ello, concluye que la función prevenir o evitar ataques a la integridad física o el patrimonio de las personas provenientes de hechos delictivos ha sido asignada en forma expresa a otra esfera del gobierno de la Provincia, por lo cual, mal puede haber omitido el Municipio demandado el cumplimiento de deberes que no

⁵⁸³ SCBA, Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

⁵⁸⁴ SCBA, C.97.458, 18/2/2009, Suárez, Herben c/Baumgartner, Ernesto y otros s/Daños y perjuicios

le eran jurídicamente exigibles, lo que demuestra la transgresión en que incurriera la Cámara en la aplicación del art.1074 del CC.

III.e. 21 “O.G.E.”⁵⁸⁵

La parte actora demanda a la Provincia de Buenos Aires reclamando los daños y perjuicios sufridos a raíz del fallecimiento de su concubino y padre de su hijo, en una pelea con otros detenidos, ocurrida cuando se encontraba detenido en una Comisaría de General Pacheco.

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de primera instancia, que había rechazado la demanda. Dicha decisión se basó en razón de encontrar debidamente comprobada la responsabilidad del Estado con base en el art. 1112 del CC., teniendo por configurada la responsabilidad del ente provincial por su conducta omisiva, en un 50%, ya que estimó que el obrar del occiso coadyudo al desenlace fatal al haber dado origen a la pelea.

La Corte resolvió rechazar el recurso de la Fiscalía de Estado. En el voto del Dr. Soria se brindan los siguientes fundamentos para su rechazo, al cual se adhieren los demás ministros.

En primer lugar, conforme la doctrina de dicho tribunal que cita considera que no ha demostrado la existencia de un error grave en la sentencia recurrida, que patentice el absurdo.

En segundo lugar, tampoco considera que haya habido errónea aplicación del art. 1112 del Código Civil, en cuyos términos la Cámara fundamentó su decisión de revocar parcialmente el rechazo de la pretensión indemnizatoria reclamada en autos.

A tal fin, cita la doctrina de dicha Corte sostenida en diversas causas relativas a la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de los deberes de seguridad y custodia respecto de las personas que se encuentran privadas de libertad en las causas “Lobato” y, “G., M.L.” ya mencionadas, en las cuales el Címero ha seguido los lineamientos de la doctrina de la CSJN en los fallos ya desarrollados precedentemente, “Badin” (Fallos: 318:2002) y “Gatica” (Fallos 332:2842)

Por lo cual, concluye que los antecedentes de la causa son demostrativos de la irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad policial, que posibilitó la existencia de armas blancas en la celda merced a la falta de requisa

⁵⁸⁵ SCBA, A. 69.602 4/12/2013 O.G.E. y otros c/L.M. y Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios Otero, Julio c/Camino del Atlántico s/daños y perjuicios

Por último, en cuanto a la culpa de la víctima sostenida por la recurrente, señala que -aún admitida la participación de la víctima en el hecho-, la comprobación de la existencia de elementos prohibidos en las celdas que, a la postre, fueron los que ocasionaron la herida fatal causante del deceso del occiso constituye una eventualidad que pudo evitarse si la autoridad policial hubiera cumplido adecuadamente sus funciones.

III.d. 22. “Rojas”⁵⁸⁶

La actora inicia demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, ocasionados por el fallecimiento de su concubino y padre de su hijo, a consecuencia de un síndrome asfíctico ocurrido mientras era trasladado desde la comisaría donde se encontraba detenido hacia el Hospital. Imputa responsabilidad al Estado provincial por la omisión incurrida por el personal policial, consistente en la falta de asistencia médica brindada al interno, en el marco del art. 1112 del CC

La Cámara Civil y Comercial, revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda, al considerar que no había existido un comportamiento de abstención que endilgarle al personal policial.

La sentencia del Címero se basó en el voto de la Dra. Kogan. La misma consideró fundado el recurso interpuesto por la actora. Fundó dicha conclusión en la doctrina de la causa “Lobato”⁵⁸⁷ considerando que el Estado responde por su falta de servicio. Se remite, asimismo, a lo sostenido en dicha causa acerca de la singular relación que une al Estado con las personas privadas de su libertad, pesando sobre el Estado un deber de cuidado respecto de los mismos, que se encuentra reforzado conforme a lo previsto en el art. 18 de la Carta Magna.

Cita también la doctrina de la Corte federal en los fallos ya mencionados Badin (Fallos 318:2002) y Gatica (Fallos: 332:2842), donde también la Corte citó las declaraciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a esta temática.

Menciona, asimismo, en apoyo de su postura, jurisprudencia de la CIDH en cuanto al derecho a la integridad personal *“no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su*

⁵⁸⁶ SCBA, C 110.499, 26/3/2014, Rojas, María Gabriela.M. G y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios

⁵⁸⁷ SCBA. 69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

deber general establecido en el art. 1.1. de la Convención Americana", circunstancia que ya fuera considerada por la Corte federal al fallar la causa "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus" (Fallos 328:1146.), como también lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", sent. del 2-IX-2004, Serie C-112

Efectuadas dichas consideraciones, la Dra. Kogan en su voto procede a analizar si existió falta de servicio, presupuesto ineludible para la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita.

Entiende, en dicho sentido, que le asiste razón a la recurrente, pasando a analizar las pruebas agregadas a dichas actuaciones. Atento las mismas, sostiene a diferencia de la Cámara, que se encuentra acreditado en la causa la omisión en que incurrió el personal policial al no auxiliar ni brindar atención médica inmediata al detenido, ante el grave cuadro asfíctico que presentaba, a fin de evitar su agravamiento y posterior muerte.

Así, puntualiza que el incumplimiento por parte de los funcionarios públicos de su deber de garantizar la vida, salud e integridad física y moral de una persona privada de su libertad, se ve cristalizado en el caso en la pérdida de "chance" o posibilidad que pudo haber tenido el detenido de ser asistido médicamente, omisión que compromete la responsabilidad del Estado provincial, en los términos del art. 1112 del Código Civil.

En tales circunstancias, considera acreditado que las deficientes condiciones de detención y la negligente prestación de un adecuado servicio médico, constituyen una eventualidad que habría podido evitarse si la autoridad policial hubiera cumplido adecuadamente sus funciones.

III. d. 23 “Brandan”⁵⁸⁸

Los actores promovieron demanda contra la Municipalidad de General Pueyrredón, entre otros, a fin de lograr la reparación de los perjuicios que alegan haber padecido a raíz del fallecimiento por asfixia –por inmersión en el mar- de su padre y esposo, ante la falta de vigilancia-guardavidas- en dicha playa

El juez hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios articulada por los actores únicamente contra la Municipalidad de General Pueyrredón, a quien atribuyó el 20 % de responsabilidad, endilgándole el porcentaje restante a la culpa de la víctima.

⁵⁸⁸ SCBA, C-111.115 3/12/2014 Brandan Sara y otros c/Municipalidad de General Pueyrredón y otros s/daños y perjuicios.

Dicha sentencia fue confirmada por la alzada, en cuanto a la condena a la Comuna, desestimando la interrupción parcial del nexo causal por la conducta de la víctima

En el acuerdo, por mayoría, se resolvió rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Comuna, el cual estuvo precedido por el voto del Ministro Genoud, quien consideró que el recurso debía prosperar parcialmente.

Cita dicho Ministro el voto del Ministro de Lázzari en la causa “Vargas”⁵⁸⁹ cuya doctrina encuentra aplicable al supuesto bajo estudio. En razón de ello, considera que su tratamiento jurídico debe efectuarse recurriendo a la norma del art. 1074 del CC., citando la interpretación dada por Marienhoff respecto de dicha norma como también lo sostenido por Kemelmajer de Carlucci en “Torres”.

Asimismo, destaca dicho Ministro que *“es el propio Marienhoff quien dice que “la obligación legal -diríase al deber jurídico- de cumplir el hecho omitido puede estar expresa o implícitamente establecida. Todo depende de las circunstancias del caso concreto. Pero la obligación legal, el deber jurídico, aún la obligación implícita, debe resultar o aparecer, sin duda alguna, plenamente fundada en la razón, en el buen sentido”*

En función del voto que cita, analiza lo expuesto por el Municipio recurrente acerca de que por tratarse de un ámbito privado, y que por la ordenanza vigente al momento de los hechos, no existía la obligación legal de contralor cuya omisión se imputa al Municipio, Sostiene expresamente al respecto dicho Ministro *“Analizando tales manifestaciones y conclusiones a la luz de las enseñanzas que dimanarían del voto más arriba transcrito, considera que no es exacto que, tal como lo pretende el impugnante, únicamente la violación de un específico dispositivo normativo expreso -que imponga una conducta precisa y concretamente delineada- pueda dar lugar a la configuración del recaudo de antijuridicidad necesario a fin de que nazca la responsabilidad del Estado por omisión. Alega que ello tiene lugar -entendiendo a este término en el sentido que se desprende del voto de marras- cuando la omisión es contraria a derecho. En razón de ello, afirma que ello adquiere particular trascendencia en el supuesto de autos, en el que se encuentran en juego tan supremos valores del hombre como lo son la vida y la integridad física, a lo que se suma la circunstancia -de gran relevancia- de que la comuna tenía conocimiento de la problemática existente en el sector de playas de propiedad privada.*

⁵⁸⁹ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

A fin de resaltar dicho conocimiento por la Municipalidad recurrente, cita las constancias del expediente administrativo obrante en autos, en el cual ya se exponía la problemática de la falta de guardavidas y la preocupación que generaba, en virtud de la concurrencia de numeroso público.

A su vez, se destaca en su voto que en este caso no se está ante un deber genérico, difuso o indeterminado, sino que, por el contrario, es concreto y definido y, asimismo, el conocimiento por parte del Estado municipal del estado de cosas imperante en la porción de playa aludida tornaba necesaria -de manera inexcusable e imperiosa- la adopción de medidas cuyo fin principal era proteger a la población de los innegables peligros que la falta de guardavidas aparejaba en la zona.

En función de ello, asimismo sostiene expresamente:” *La comuna debió actuar a fin de cumplimentar tan alta misión como es velar por la seguridad de la población, no pudiendo desentenderse de una situación de la cual tenía pleno conocimiento y en la cual, además, como se dijera, se encontraban en juego intereses superiores como son el derecho a la vida y a la integridad física, bajo el pretexto de que no hubiera una norma expresa que le impusiera actuar en atención al espacio geográfico del que se trata y tal la omisión, siendo -como se dijera- antijurídica, compromete su responsabilidad (conf. arts. 1074, 1112 y conchs. Cód. Civil).*”

Concluye, en virtud del análisis efectuado, que medió en el caso una abstención del municipio dotada de la suficiente virtualidad para producir el efecto que sobrevino y que dicha abstención operó de este modo como causa adecuada del lamentable efecto, en razón de lo cual, la responsabilidad del Estado municipal deviene inexcusable.

En relación a la segunda cuestión planteada, referida a la interrupción del nexo causal, por la pretendida incidencia de la conducta de la víctima en el fatal desenlace, el Ministro, al respecto, analiza las pruebas obrantes en autos, En razón de ello, consideró que existía un cartel de advertencia en el acceso a la playa, como también había una indicación en el reglamento del camping, en razón de lo cual tuvo por acreditada la eximente de responsabilidad contemplada en el art. 1113 del CC, habiendo por lo tanto la Cámara incurrido en una absurda valoración de la prueba rendida en autos. Sostiene, al respecto, que converge en la causación del daño la propia conducta de la víctima quien se expuso a una situación que, en definitiva, provocará las trágicas consecuencias producidas. Por lo cual, vota en el sentido que corresponde el 50% de responsabilidad a cada sujeto involucrado

III.d. 24 “Cabral”⁵⁹⁰

El presente guarda similitud con “Lobato”⁵⁹¹ La señora Cabral reclama a la Provincia la reparación de los daños y perjuicios sufridos a raíz del fallecimiento-por suicidio- de su hijo , ocurrido mientras cumplía una condena privativa de libertad en la Unidad Penitenciaria de Batán . Atribuye la responsabilidad por dicho suceso a la omisión del Servicio Penitenciario de la provincia demandada en los términos de los arts. 1112 y 1113 del Código Civil entonces vigente.

El juez de primera instancia desestimó la pretensión deducida, a en virtud de no considerar configurada la falta de servicio reprochada, como tampoco tuvo por acreditada la relación causal entre el deceso y las irregularidades endilgadas a la provincia accionada

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo confirmó dicho pronunciamiento. Dicha decisión se fundó en que no se logró acreditar una omisión susceptible de comprometer la responsabilidad de la demandada, atribuyendo a la conducta suicida del fallecido (quien se ahorcó con las sabanas de la celda), la exclusiva responsabilidad en el lamentable suceso.

En el acuerdo se resolvió hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora, revocar el fallo impugnado y acoger -en consecuencia- la pretensión indemnizatoria entablada contra la Provincia de Buenos Aires, estableciéndose su responsabilidad en un 70% en la causación del daño,

Dicho acuerdo estuvo precedido por el voto de la Dra. Kogan. Cita dicha magistrada los precedentes en los cuales la Corte se expidió sobre la responsabilidad de la provincia derivada del incumplimiento de los deberes de seguridad y custodia respecto de las personas que se encuentran privadas de libertad, en los cuales se ha abordado una problemática similar a dicha causa , entre ellas “O.G.E.”⁵⁹² “Cabral”⁵⁹³ y “Lobato”⁵⁹⁴ entre otras

⁵⁹⁰ SCBA, A. 71.596 2/3/2017, Cabral, Elma Elsa c/Policía de la Provincia de Buenos Aires y ot s/Pretensión Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de Ley

⁵⁹¹ SCBA. 69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

⁵⁹² SCBA, A. 69.602 4/12/2013 O.G.E. y otros c/L.M. y Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios Otero, Julio c/Camino del Atlántico s/daños y perjuicios

⁵⁹³ SCBA, 2/3/2017, A.71.596, Cabral, Elma Elsa c/Policía de la Provincia de Buenos Aires y ot s/pretencción Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de Ley

⁵⁹⁴ SCBA. 69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

Luego de dichas consideraciones preliminares, ingresa la Dra. Kogan en el análisis de uno de los presupuestos ineludibles para la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, esto es la "falta de servicio".

Considerando las peculiares circunstancias de la causa, estima que el suicidio no exime por sí solo de responsabilidad a la autoridad estatal, habida cuenta del obrar disfuncional desplegado por el Servicio Penitenciario, injustificable a la luz de la obligación de seguridad que pesa sobre la demandada, constitutivas de una irregular prestación de servicio generadora de responsabilidad a su cargo.

Seguidamente sostiene, que surgen a simple vista de las constancias probatorias obrantes en autos las serias falencias en la organización y ejecución del deber de vigilancia y cuidado del detenido, frente a los indicios que claramente fueron evidenciando la conducta peligrosa del interno, que hacían suponer previsiblemente el desenlace nocivo sobreviniente; aspectos que no fueron debidamente atendidos por el personal encargado de su custodia, ni valorados por los jueces de instancia. .

Asimismo, añadió que los criterios consolidados sobre el resguardo a detenidos debieron ser extremados en el caso, dadas las condiciones de detención y los antecedentes de la víctima. Por ello, afirma que el hecho que la víctima se haya suicidado no exime de responsabilidad al Estado, ya que ello constituye una eventualidad previsible para la organización del servicio penitenciario (conf. causa C. 87.463, "Zárate", sent. del 27-VI-2012).

. Al respecto concluye que la prueba rendida evidencia las graves e inexcusables deficiencias del mentado servicio, factor que compromete la responsabilidad del Estado provincial, pues importa la omisión de sus deberes primarios y constituye una irregular prestación del servicio a su cargo que, valga reiterar, ha constituido la causa que permitiera la producción del evento lesivo.

III.d. 25. "Squassi"⁵⁹⁵

Los hechos del presente guardan similitud con Lobato⁵⁹⁶, ya que el padre del hijo de la actora se suicidó estando detenido en una comisaría de Necochea, mediante la utilización de un cable de la deficiente instalación eléctrica.

⁵⁹⁵ SCBA, A-71.596, 25/10/2017, Squassi, Andrea Carolina c/Policía de la Provincia de Buenos Aires y otros/Preensión Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley

⁵⁹⁶ SCBA. 69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

La actora promovió pretensión indemnizatoria contra la Provincia de Buenos Aires- Ministerio de Seguridad-, a raíz del fallecimiento-por suicidio- del padre de la niña, ocurrido mientras se encontraba detenido en la Comisaria Tercera de la Ciudad de Necochea.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, por mayoría, revoco la sentencia de primera instancia:

El acuerdo resolvió que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto; revocar la sentencia impugnada y acoger la pretensión indemnizatoria articulada en representación de la menor A. M., S., contra la Provincia de Buenos Aires a quién se le asigna el 50% de responsabilidad.

Dicho acuerdo estuvo precedido por el voto del Dr. de Lázzari. El precitado Ministro, conforme la doctrina de la causa “Lobato” sostuvo que existía una clara falta de servicio del personal policial, por haber infringido los deberes de custodia y seguridad respecto de las personas que se encuentran privadas de libertad.

En razón de ello, considera que la Cámara ha incurrido en una violación de la doctrina legal ya citada, ya que se encuentra fehacientemente acreditado el deficiente cumplimiento de las obligaciones a cargo de los funcionarios policiales, cuya finalidad primordial consistía en preservar la vida del detenido. Ello, en virtud de que de las constancias de la causa surgía que el detenido se suicidio por asfixia, mediante la utilización de un cable de energía eléctrica que arrancó de una caja de cableado de luz sin tapa, existente en la celda en la que se hallaba alojado, provocando su asfixia por ahorcamiento al atarlo en el pasador del cerrojo del calabozo.

En razón de ello, afirma que el suicidio no exime por sí solo de responsabilidad a la autoridad estatal, habida cuenta del obrar disfuncional desplegado por el personal de la comisaría, injustificable a la luz de la obligación de seguridad que pesa sobre la demandada, constitutivas de una irregular prestación de servicio (art. 1.112 del Código Civil, entonces vigente)

Asimismo, reitera lo ya sostenido acerca de que en virtud de la singular relación que vincula al Estado con las personas privadas de su libertad, corresponde ser particularmente exigente en el cumplimiento del deber de cuidado de los detenidos (doctr. causas A. 70.322, cit. y C. 110.499, "Rojas", sent. de 24-III-2014).

Concluye, por ende, que las deficientes condiciones del lugar de detención y la negligente prestación de un adecuado servicio de custodia, constituyen una

eventualidad que pudo evitarse si la autoridad policial hubiera cumplido en forma diligente con las funciones a su cargo. Por último, considera la participación causal del detenido, quien al ahorcarse con un cable asumió una conducta activa contribuyó en el fatal desenlace, la cual estima en un 50 %

III.d.26.”Yane”⁵⁹⁷

El actor promovió demanda contenciosa administrativa contra la Municipalidad de General Alvarado pretendiendo la nulidad del decreto 333/05, en el marco de un expediente municipal, en el cual se resolvió rechazar la solicitud de apertura de la calle 72 en la ciudad de Miramar. Como consecuencia de la anulación pretendida, solicita se ordene la remoción de los obstáculos existentes en dicha arteria, a fin de garantizar la libre circulación.

Al respecto, alega el actor que la mencionada calle a la altura del ex edificio del matadero municipal, fue cerrada al tránsito mediante la colocación de un alambrado y una tranquera por un vecino del lugar, quien sin exhibir título o permiso administrativo alguno, hizo uso exclusivo de la mencionada arteria, impidiendo la circulación vehicular y peatonal, como así también, el libre acceso del actor al terreno de su propiedad emplazado en dicho lugar.

Sostiene, asimismo, que el ente municipal en su carácter de titular de la calle, la cual pertenece a su dominio público, destinada, por ende, a una finalidad de uso público, tenía la potestad suficiente en ejercicio de la policía municipal, para remover los obstáculos que impedían la libre circulación de dicha calle, solicitando se ordene reabrir la misma, mediante la eliminación de los obstáculos allí existente,

Por último, reclama el daño moral que alega padecer por la medida impugnada, como también los derivados de la omisión de actuar en ejercicio de su policía municipal.

Corrido el traslado de la demanda, la Municipalidad accionada al presentarse se allana a la pretensión anulatoria y solicita el rechazo de la indemnización peticionada, sosteniendo, entre otros fundamentos, que el daño moral peticionado no se encuentra acreditado, como también que no existe relación causal entre el eventual daño y la omisión imputada.

En el acuerdo integrado por el voto de la Dra. Kogan, se resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta, ordenando anular el decreto 333/02. Asimismo, se condenó a la

⁵⁹⁷ SCBA, B.64.180, Yane, Salvador c/Municipalidad de General Alvarado. Demanda Contencioso Administrativa originario 27/12/2017

Municipalidad demandada a llevar adelante las acciones necesarias para remover todos los obstáculos que impiden el libre tránsito por la calle 72 y a indemnizar el daño moral.

En dicho voto se analizan las actuaciones ante el Municipio demandado como también ante el Juzgado de faltas. Asimismo, considera dicha Ministra que la calle citada se encuentra abierta y cedida al uso común, en consecuencia, se trata de un bien del dominio público del Municipio demandado, afectado a un régimen jurídico especial.

Resalta, en su voto, que surge de las actuaciones, que dicha arteria a la altura del matadero municipal, se encuentra cerrada al tránsito mediante la colocación de un alambrado, que impide la circulación peatonal y vehicular, como también el libre acceso al actor al terreno de su propiedad.

Considera, la magistrada, que tal como surge de la prueba recolectada en autos, la comuna accionada no había otorgado permiso administrativo de uso exclusivo a favor de persona alguna sobre el citado bien, encontrándose la calle en cuestión usurpada por un vecino del lugar desde hace 15 años.

Luego de referirse al decreto impugnado por el actor, analiza si se encuentra configurada la responsabilidad de la comuna por haber omitido el ejercicio de la policía sobre el bien de dominio público en cuestión - y, en su caso, si dicha omisión genera los daños que se dicen padecer.

A tales fines, pondera el marco normativo en el cual subsume la cuestión, la Constitución Provincial, la Ley Orgánica de las Municipalidades y el decreto ley 9533/80, de los cuales se desprende que, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, lo atinente a la conservación de las calles o vías públicas locales, es de incumbencia municipal.

Por lo cual, afirma dicha magistrada que la Municipalidad accionada tenía la obligación de asegurar que la calle 72 tenga un mínimo y razonable estado de conservación y transitabilidad, debiendo a dichos fines de remover los obstáculos allí existentes, generando su incumplimiento, una omisión ilegítima pasible de reproche en los términos del art. 1.074 del Código Civil, entonces vigente (conf. doctr. causa Ac. 73.526, "Vargas", sent. 23-II-2000).

También citando la doctrina de "Lobato" (A- 69485), concluye la Dra. Kogan, que, conforme la doctrina que emana del art. 1.112 del Código Civil, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el

fin para el que ha sido establecido y, es responsable por los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular

III.d. 27 “Hernández,”⁵⁹⁸

Los actores demandaron, a la Municipalidad de Tres Arroyos, entre otros, reclamando los daños y perjuicios sufridos a raíz de las lesiones que padecieron tras ser agredidos al salir de un local comercial. Alegan los accionantes que dichas lesiones le fueron ocasionadas por el custodio del bar al cual habían asistido, quien los agredió luego de una discusión.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda. En relación a la Municipalidad la considero responsable en función de su policía de contralor y ante el incumplimiento de expresas disposiciones legales vinculadas al contralor de las condiciones subjetivas que debían reunir los empleados de los locales nocturnos. La Cámara, en lo que aquí nos interesa, revocó dicho pronunciamiento en cuanto condenó al Municipio, en razón de considerar que la omisión que se le atribuía no se encontraba causalmente vinculada con el resultado dañoso.

El acuerdo, estuvo conformado por el voto del Ministro Negri, y resolvió hacer lugar al recurso interpuesto, revocando lo resuelto respecto de la Municipalidad demandada.

Reitera el ministro preopinante la doctrina de dicho Tribunal acerca de la falta de un texto específico en el derecho público aplicable al caso, por lo cual su tratamiento jurídico básico debe efectuarse recurriendo a la norma del art. 1074 del CC (art 16 CC) (conf. causas AC 81.917 Carabajal, sent del 30.IV-2003 y C. 91.336 “Mazza” sent. Del 18-XI- 2008)

Sostiene, además, en su voto, el mismo que corresponde analizar si el Municipio demandado ha incurrido en una omisión a su deber de policía en relación causal adecuada con el evento dañoso En dicho sentido, señala que la ordenanza 5.163/03, vigente al momento de los hechos, la cual regulaba el funcionamiento de las confiterías bailables, establecía las exigencias para el desempeño de cualquier tarea en ellos. Entre dichos requisitos, se exigía a todo el personal la libreta sanitaria, examen psicológico, y el certificado de antecedentes penales nacional y provincial. A su vez, en dicha ordenanza se disponía que el Departamento Ejecutivo a través de las áreas

⁵⁹⁸ SCBA, C 119370, Hernández, Alejandro y otro c/Municipalidad de Tres Arroyos y otros s/daños y perjuicios 9/5/2018

correspondientes, sería el responsable de supervisar el cumplimiento de todas las disposiciones legales de la ordenanza y no permitirá la apertura de ningún local que no haya dado cumplimiento a las mismas.

En razón de ello, sostiene que tal como había indicado el juez de primera instancia, dicho Municipio omitió controlar el cumplimiento de los recaudos dispuestos en la precitada ordenanza, debiendo dicho local-al encontrarse en funcionamiento a la entrada en vigencia de dicha ordenanza- ajustarse a los términos de dicha norma, bajo pena de sanción de multa o clausura, conforme dispone dicha ordenanza. Dicho incumplimiento respecto de los recaudos que debía cumplir quien se desempeñaba como custodio de dicho local, surge evidente de las constancias de la causa, ya que varios testigos declararon sobre su carácter irascible y violento, quien, asimismo, contaba con antecedentes penales.

En base a lo expuesto, concluye que resulta evidente la omisión de las medidas de control idóneas por parte del Municipio demandado, y que por ello, resulta responsable por los hechos acaecidos, ya que de haber cumplido con el control correspondiente y, requerido la documentación pertinente, el custodio demandado no hubiera permanecido prestando tareas como custodio en el local nocturno., considerando que se encuentra acreditada la relación causal entre la omisión de la Comuna y el resultado dañoso. .

III.d.28”Mercadante”⁵⁹⁹

Los hechos del presente son de similares características al de los precedentes “Vargas”⁶⁰⁰ y “Carabajal”⁶⁰¹. En el presente, la actora promovió pretensión indemnizatoria, contra la Municipalidad de Florencia Varela y la Provincia de Buenos Aires, entre otros, reclamando los daños padecidos a raíz del fallecimiento de su hijo menor por asfixia por inmersión en un espejo de agua producido de manera artificial por una explotación minera de tercera categoría, comúnmente conocida como tosquera

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Plata, dejó sin efecto la condena impuesta por el juez de grado a la Municipalidad de Florencia Varela y a la Provincia de Buenos Aires. En relación al ente municipal demandado sostuvo que las obligaciones en materia de habilitación y fiscalización de actividades no generan su

⁵⁹⁹ SCBA, A. 73.628, 3/10/201/, Mercadante, María Inés c/Scarpato, Antonio y otro s/daños y perjuicios. 3/10/2018”⁵⁹⁹

⁶⁰⁰ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

⁶⁰¹ SCBA, Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

responsabilidad en hechos como el de autos, ya que no se ha demostrado un adecuado nexo causal entre éste y la omisión de deber de actuar preciso y singular, relativo a sus cometidos inherentes.

Con relación a la Provincia accionada sostuvo que no cabía imputarle responsabilidad en el hecho ya que la misma solo desplegó actuaciones tendientes a la registración y habilitación de la actividad en cuestión, y que de ello no podía razonablemente extraerse un deber insatisfecho que actuará como fuente del suceso debatido.

La parte actora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y denunció absurdo. Sostuvo que la tosquera en cuestión resultaba peligrosa para la comunidad, que se había convertido en una especie de balneario para los vecinos de la zona. Asimismo, funda dicho recurso en la circunstancia que la Municipalidad había habilitado su explotación, razón por la cual, conocía la situación, no habiendo adoptado medidas de seguridad idóneas, (alambrar el predio, señalización con cargo al propietario, etc.). En abono de su posición, citó distintas decisiones judiciales, en particular la adoptada por dicha Corte en la causa Ac. 73.526, "Vargas". Resaltó que allí la responsabilidad de la municipalidad demandada fue encuadrada en lo dispuesto por el art. 1.074 del Código Civil y que la antijuridicidad de la omisión estatal se consideró acreditada por tratarse de un hecho previsible según el curso natural y ordinario de las cosas, de cuyo peligro la comuna estaba en conocimiento debido a accidentes fatales previos en el mismo lugar, tal como -apuntó- sucede en el caso.

El acuerdo integrado por el voto del ministro Pettigiani, resolvió hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, revocando la sentencia impugnada en cuanto liberó de responsabilidad en el caso a la Municipalidad de Florencio Varela, con el consiguiente restablecimiento de lo decidido por el juez de primera instancia sobre el punto (conf. art. 289, CPCC).

En lo que atañe específicamente al deber del que derivaría la pretendida responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires, considera dicho Ministro insuficiente la postulación efectuada para conmover lo resuelto respecto a la provincia, ya que tal como sostuvo la Cámara la mencionada autoridad de aplicación provincial se encuentra limitada a aspectos ambientales y de seguridad laboral, ajenos a la controversia trabada.

En relación al Municipio demandado sostiene que distinta es la solución. Alega al respecto la doctrina de la Corte en las causas Ac. 73.526, "Vargas" y causa Ac.

81.917, "Carabajal" y, que, ante la ausencia de una norma específica, el tratamiento jurídico básico de este tema debe partir de lo dispuesto en el por entonces vigente art. 1074 del Código Civil (arg. art. 16, Cód. Civ.).

Sostiene, asimismo, que, en dichos precedentes, con sustento en la norma mencionada y con cita de reconocida doctrina, la Corte sostuvo que no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento determine una omisión sancionable y obligue a su autor como responsable, sino que basta que aquélla sea antijurídica, vale decir contraria a derecho. De allí que lo que los litigantes deben acreditar es la existencia de la mencionada omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido.

Además, menciona que, en dichos precedentes, el Cimero, destacó que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como los derechos a la vida y a la integridad física de la población y analizó la posible relación de causalidad entre el daño producido y la omisión de los deberes de vigilancia y custodia por parte del municipio.

Tras ello, menciono que, en Vargas, dicha Suprema Corte concluyó que la omisión de las medidas de control idóneas para evitar la contingencia acaecida convertía a la municipalidad del caso reseñado en corresponsable con el titular del predio, en tanto el hecho dañoso resultaba previsible dada su peligrosidad (lo que se entendió demostrado por la ocurrencia de eventos similares) y el deber de seguridad para con la comunidad imponía otro comportamiento.

Sostiene, así dicho Juez, que sin considerar la posible incidencia de la doctrina recién reseñada en el caso sujeto a decisión, la Cámara interviniente descartó que la Municipalidad de Florencio Varela pudiera ser tenida por responsable, considerando que el cometido de fiscalización no puede concebirse con semejante extensión, sino sólo cuando se demuestre que en el nexo causal haya concurrido la omisión de un deber de actuar, preciso y singular, y que éste sea relativo a sus deberes de policía inherentes.

Seguidamente evalúa que conforme la ordenanza vigente en dicho municipio las canteras de explotación deben estar rodeadas por un alambre perimetral que impida el acceso inadvertido a las mismos, como también se exigía la colocación de carteles en el ingreso que indiquen la proximidad de las excavaciones, extremos que no fueron cumplimentados con anterioridad al suceso de autos. En razón de ello, afirma que la comuna, tenía a su cargo tanto el control como la adopción de recaudos consistentes con la índole de los bienes en juego y sus obligaciones en la materia.

Asimismo, cita la doctrina de dicho Tribunal respecto a que la mera alegación de un incumplimiento genérico del poder de policía por parte del Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad (conf. causa C. 101.243, "Zago", sent. de 7-X-2009), pero que tal caracterización de la irresponsabilidad estatal por omisión debe ceder en determinadas circunstancias, ya mencionadas

En razón de lo expuesto, concluye que el pronunciamiento recurrido incurrió en dogmatismo y absurdo al liberar de responsabilidad al Municipio demandado, sin considerar las pruebas rendidas, de las cuales surgía con claridad que dicho Municipio tenía conocimiento de las medidas de seguridad exigidas por las normas locales en la materia, y aun así, omitió adoptar las medidas idóneas para prevenir daños a la población como el que sufrió el hijo de la actora, más aún ante la reconocida utilización de la tosquera como balneario y la previa ocurrencia de sucesos similares conforme la doctrina de las causas Ac. 73.526 y Ac. 81.917 ya citadas.

III.d.29 “García”⁶⁰²

El presente resulta de gran interés ya que en dicho precedente se imputan una serie de omisiones antijurídicas a varios órganos de la Provincia de Buenos Aires. Además, puede destacarse que es resuelto con perspectiva de género y teniendo en cuenta el deber reforzado del Estado, conforme las Convenciones Internacionales ya citadas a lo largo del presente trabajo,

La actora promovió demanda contenciosa administrativa contra la Provincia de Buenos Aires., sustentada en la responsabilidad que incumbía a dicha provincia, en los hechos que culminaron con el asesinato de sus dos hijos menores de edad, causado por el padre de los mismos y esposo de la actora el 16 de octubre de 2000. Dicho reclamo indemnizatorio se fundaba en la omisión en que incurrió dicha provincia, ya que, con anterioridad al luctuoso hecho, había denunciado penalmente al padre de su hijo, denuncia que fue reiterada y mantenida hasta la fecha del crimen, y que pese a ello, la provincia demandada a través de sus órganos, no brindó ningún tipo de garantía a quienes se encontraban en riesgo.

La sentencia de primera instancia rechaza la pretensión indemnizatoria articulada en autos, sentencia que fue confirmada por la Cámara, fundada en que, pese a las deficiencias en las actuaciones estatales, las mismas carecían de relevancia causal, y,

⁶⁰² SCBA, A 72474 García, Mabel Adriana c/ Poder Ejecutivo s/pretensión indemnizatoria. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley 28/11/2018

en que, además, no se había demostrado un incumplimiento estatal que permitiera tener por configurada una falta de servicio, de la cual resultara la muerte de los menores.

El acuerdo estuvo conformado por el voto del Dr. Negri. En dicho acuerdo se resolvió, por mayoría, hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, dejando sin efectos las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de grado declarando que la demanda contra el Estado resulta procedente

Fundó dicha decisión, el Ministro citado en que la Cámara había incurrido en el vicio del absurdo al apreciar la relación de causalidad.

Al respecto analizó, en primer lugar, la actuación de la Policía, considerando que la misma fue tardía, y que las denuncias fueron tomadas como exposiciones civiles, las que, luego fueron puestas en conocimiento del Ministerio Público, quien ordenó el archivo de las actuaciones.

Luego, continúa con la narración de los hechos. Así relata que, con posterioridad ante una nueva denuncia de la actora, intervinieron dos órganos integrantes del Poder Judicial de la provincia demandada. En la mencionada denuncia se expusieron variadas situaciones de violencia familiar que detalla en su voto, que quedaron acreditadas en la causa, acerca de que la familia vivía en un contexto violento, como también constaba la circunstancia que el agresor estaba bajo tratamiento psiquiátrico,

En razón de todo lo analizado, concluye que la actuación estatal fue deficiente, que la debida evaluación de la situación podría haber razonablemente evitado lo sucedido. Merituando las constancias de la causa, considera que se ha acreditado que en el caso no se arbitraron los medios necesarios para procurar el cese de la violencia, ni siquiera evitar su acrecentamiento.

Al respecto, asevera: *“El accionar resultó deficiente. Y esas deficiencias cobran gran entidad en el contexto general de violencia familiar en que se encontraban sumergidos tanto las víctimas como el victimario. Los hechos oportunamente denunciados debieron ser debidamente investigados, evaluados: evidenciaban una situación de riesgo, una peligrosidad ostensible. Si efectivamente se hubiera procurado salvaguardar la integridad psicofísica de las víctimas, el fatal desenlace - como ya he dicho- podría no haber sucedido”*

Concluye en que los órganos del Estado incurrieron en una falta de servicio, en una actuación deficiente. Sostiene al respecto *“Hubo dilación en la toma de medidas, indiferencia ante los distintos indicadores que oportunamente fueran puestos en conocimiento. El escenario de violencia creciente imponía la necesidad de tratamiento*

urgente y, la omisión en el accionar estatal resultó apta para ocasionar el daño...Entiendo que existe responsabilidad jurídica del Estado por esa omisión. En el caso no se garantizó la seguridad ni se otorgó asistencia integral al grupo familiar que padecía violencia, quienes requerían protección urgente y la adopción de medidas preventivas (conf. arts. 75 inc. 22, Const. nac.; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1.074 y 1.112, Cód. Civ. -por entonces vigente y aplicable al caso-). Esas deficiencias en el desempeño de los órganos estatales, contribuyeron en la producción y consecuencias del evento dañoso, tienen relevancia causal pues posibilitaron la consumación de los hechos que tuvieron como desenlace fatal el filicidio perpetrado. En consecuencia, corresponde determinar la procedencia de la demanda contra el Estado (conf. arts. 1.074 y 1.112, Cód. Civ., conf. ley 340)”

El Ministro de Lázzari, añade *obiter dictum*, que con el conocimiento sobre los derechos de la mujer y de los niños, y frente a la previsibilidad del riesgo que surgía de una serie de indicios sobre prácticas de agresión del señor Bualo, siendo que además el Estado estaba anoticiado de todo ello, alega que la solución propiciada de falta de servicio de seguridad “*está inscripta en el incumplimiento de un deber de protección reforzado que la debida diligencia imponía para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la señora García y sus hijos* (arts. 7 inc. "b", Convención de Belém do Pará; 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1.074 y 1.112, Cód. Civ.; 384, CPCC;

III.d.30”Auge”⁶⁰³

El actor promueve demanda contra la Municipalidad de Cañuelas, reclamando el pago de una indemnización a consecuencia del asesinato de su hija, Beatriz Analía Auge, ocurrido durante su desempeño como mucama en el hospital Municipal Dr. Ángel Marzetti,

Imputa al Municipio demandado la omisión de su deber de protección y vigilancia, por no haber provisto de seguridad a sus empleados dentro de sus dependencias públicas, ya que dicho nosocomio no contaba con personal de vigilancia, lo cual facilitó que la pareja de su hija terminara con su vida en su lugar de trabajo.

La Municipalidad mencionada al contestar demanda, solicita el rechazo de la misma, sosteniendo la legitimidad de la actuación municipal. Reconoce dicha Comuna los

⁶⁰³ SCBA B.65.844, 107/7/2019, Auge, Hugo Eduardo c/Municipalidad de Cañuelas. demanda contencioso administrativo, originario

hechos relatados por el actor en su demanda, en cuanto a las circunstancias en que se produjo el asesinato de su hija, durante su horario de trabajo en el Hospital, pero niega que ello pueda generarle responsabilidad, ya que el daño producido es el resultado de una causa ajena o extraña al hecho del demandado, habiéndose interrumpido el nexo causal

El acuerdo resolvió rechazar la demanda, y quedo constituido por el voto del Dr. Negri. En su voto dicho Ministro analiza, en primer lugar, si efectivamente la Municipalidad demandada incurrió en actos u omisiones ilegítimas.

En dicho voto cita lo sostenido en “Vargas” y “Lobato” acerca de que la norma aplicable resulta ser el 1074 del CC derogado

Sostiene al respecto el Ministro preopinante que, en el caso de marras, tanto las autoridades como el personal dependiente el Hospital municipal, conforme las circunstancias de las personas, el tiempo y del lugar, no han podido prever el lamentable hecho que culminó con la vida de la hija del actor.

Destaca dicho Ministro que de acuerdo a las declaraciones testimoniales obrantes en la causa el asesino mantenía una relación personal con su víctima, vínculo caracterizado por la violencia y amenazas, pero dicha circunstancia era desconocida por las autoridades del hospital, caso contrario, podrían haber resguardado extraordinariamente la seguridad de su empleada.

Resalta que, de las probanzas en obrantes en autos, no puede evidenciarse siquiera que el municipio demandado haya incurrido en una actuación siquiera negligente, ni tampoco se produce prueba tendiente a acreditar la concurrencia en dichas actuaciones de todos los recaudos exigidos para la configuración de la responsabilidad del Estado.

III.d. 31. “Becerra”⁶⁰⁴

Los actores promovieron demanda contra la provincia de Buenos Aires reclamando los daños y perjuicios que alegan haber sufrido a raíz del accidente de tránsito ocurrido en la ciudad de Bahía Blanca, que culminó con el deceso del hijo de los actores.

Alegan que el día del accidente su hijo, en el momento en que circulaba en bicicleta por la ruta 229, fue embestido por un colectivo interurbano bahiense, que carecía de seguro de responsabilidad civil vigente, debido a la omisión de control de los recaudos formales que deben cumplir las empresas de transporte urbano de pasajeros, a fin de

⁶⁰⁴ SCBA, C.121.449, 10/7/2019, Becerra, Juan Antonio c/Fioretti, Raúl Oscar y otra s/daños y perjuicios y su acumulado “Sargado, Marta Noemí contra Provincia de Buenos Aires 10/7/2019 causa C 121.449

obtener la correspondiente habilitación y consecuentemente el permiso de circulación de sus vehículos por la vía pública.

La sentencia de primera instancia desestimó la acción de daños y perjuicios iniciada.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial revocó dicho pronunciamiento, acogiendo la demanda. Fundó dicha decisión en la falta de servicio en que incurrió la Dirección Provincial de Transporte en relación a su omisión de control.

El acuerdo resolvió rechazar el recurso interpuesto por la Provincia.

En el voto del Dr. Soria que integra el acuerdo, se destacó que la Cámara, estructuró su pronunciamiento apoyándose en dos pilares centrales: la conducta antijurídica de la accionada y el nexo de causalidad entre el hecho lesivo y el daño causado.

En relación a la conducta antijurídica de la provincia destacó que existía un mandato expreso y determinado que fue desatendido, el cual emanaba del régimen jurídico del transporte público de pasajeros. Dicha normativa resaltó- establecía obligaciones y cargas a satisfacer por el prestatario del servicio en materia de seguros, cuya verificación quedaba a cargo de la autoridad provincial de aplicación. Reseñando los hechos que tuvo por probado el inferior, destacó que la Cámara consideró que la conducta adoptada por la autoridad estatal revelaba un obrar omisivo encuadrable en el concepto de falta de servicio

En segundo lugar, sostiene que la Cámara, además, tuvo por demostrado el vínculo de causalidad adecuada entre la omisión de adecuado control y la imposibilidad de los actores de percibir las indemnizaciones correspondientes

Luego de analizado lo resuelto por la Cámara, concluye que la impugnación de la provincia, no logra conmover el pronunciamiento atacado, ya que tal como ha sostenido la Cámara, se ha configurado una falta de servicio por omisión en el ejercicio de la actividad administrativa de contralor encomendada por el ordenamiento a la autoridad estatal (arts. 1.074 y 1.112, Cód. Civ.).

III. e. Consideraciones sobre la doctrina de la Corte bonaerense

De los fallos que hemos transcripto podemos concluir que la doctrina que emana de los mismos surge claramente de “Vargas”⁶⁰⁵ Carabajal,⁶⁰⁶ y “Lobato”⁶⁰⁷ como de “Padovani”⁶⁰⁸, referente a la relación causal,

De dichos precedentes puede extraerse que la Corte provincial recepta la postura amplia en la interpretación del art. 1074 del CC derogado, norma que consideran aplicable por analogía en virtud de no existir en el derecho público una norma específica que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, el deber omitido por el Estado, que puede generar su responsabilidad, puede provenir, no solo de la ley formal sino también de la ley material, bastando que la omisión sea antijurídica, contraria a derecho.

En razón de lo expuesto, quien imputa responsabilidad de este tipo deberá acreditar la existencia de la omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido. En consecuencia, la clave para la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, es decir cuando el Estado incumple una obligación legal de acuerdo a la interpretación amplia esbozada por Marienhoff, ya sea expresa o implícita”, con cita expresa y aplicación analógica del art. 1074 del Código Civil derogado conforme al art. 16 de dicho Código.

En los casos reseñados, tal como vimos, se analiza muchas veces paralelamente, la omisión estatal, desde el prisma de la “falta de servicio” y la jurisprudencia de la Corte Suprema elaborada en base al art. 1112 del CC, citando a “Vadell” (Fallos:306:2030), fundamentalmente a partir de “Lobato”

En razón de ello, al igual que la Corte Nacional la razonabilidad juega un papel fundamental en la valoración de la configuración de una omisión antijurídica, *“apreciando en el caso concreto 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), como también los llamados estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño.*

⁶⁰⁵ SCBA Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

⁶⁰⁶ SCBA, Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

⁶⁰⁷ SCBA. 69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

⁶⁰⁸ SCBA AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

(Perrino, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia" LL 24-VIII-2011, 1. LL 2011-E, 715)" ⁶⁰⁹

En cuanto a las normas fundantes de responsabilidad, como vimos la Corte provincial aplica por analogía el art. 1074 del CC derogado y en algunos de sus fallos el art. 1112 del mismo cuerpo legal simultáneamente con el mencionado art. 1074, y además, como vimos normas de jerarquía constitucional (como el art. 30 de la Constitución Provincial equivalente al 18 de la Constitución Nacional, entre otros) Asimismo, aplica la Corte leyes provinciales u ordenanzas municipales que establecen deberes específicos de obrar al Estado provincial o municipal como por ejemplo, la Ley Orgánica de las Municipalidades.

Por otro lado, al igual que la Corte Federal sostiene que la mera alegación de un incumplimiento genérico del poder de policía por parte del Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad (conf. causa C. 101.243, "Zago", sent. de 7-X-2009), pero que tal caracterización de la irresponsabilidad estatal por omisión debe ceder en determinadas circunstancias, ellas son, entre otras cuando haya actuación negligente o irregular de la administración o cuando el propio Estado tenga cabal conocimiento de concretas situaciones o de hechos ilícitos potencialmente dañosos y no obstante, no adopte las mínimas medidas requeridas para prevenirlos o evitarlos."

En razón de ello, a más de receptar también los estándares de "Zacarías" (Fallos: 321:1124) toma los parámetros mencionados ut-supra.

Este último parámetro fue receptado en "Carabajal" ⁶¹⁰ donde pese a la inexistencia de habilitación municipal de la tosquera y no existiendo, por ende, norma concreta que impusiera un deber al Municipio demandado, considero que en virtud su deber genérico de velar por la seguridad de la población debía actuar, en razón de haber tomado conocimiento de la existencia de un balneario y de muertes ocurridas en el lugar, inacción que torno responsable a la Municipalidad demandada.

Igual criterio fue empleado en "Suarez" ⁶¹¹ donde pese a no estar habilitado por la provincia, la existencia del criadero de chanchos a cielo abierto a la vera de la ruta nacional número 3, tornaron en antijurídica la omisión del estado provincial ya que no podía alegar el desconocimiento de la actividad desplegada por el co-demandado.

⁶⁰⁹ SCBA, C-111.115 3/12/2014 Brandan Sara y otros c/Municipalidad de General Pueyrredón y otros s/daños y perjuicios.

⁶¹⁰ SCBA, Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

⁶¹¹ SCBA, C.97.458,18/2/2009, Suárez, Herben c/Baumgartner, Ernesto y otros s/Daños y perjuicios

En “Mazza”⁶¹² no obstante haber acreditado el Municipio demandado haber colocado carteles, y otras medidas, rechazó el Címero el recurso interpuesto por el Estado municipal, ya que lo considero responsable del accidente padecido por la hija de la actora, al ser embestida por un vehículo que ingreso a la playa, pese a la prohibición existente. Al respecto sostiene: “*Surge de la reseña probatoria aquí realizada que si bien el ente municipal sancionó normas que impedían el ingreso a la playa, colocó carteles que demostraban la prohibición, ante la violación concreta, perfectamente visible, no motorizó por medio de sus agentes, las actividades tendientes a impedir la vulneración normativa, y tal comportamiento omisivo, considerado con virtualidad causal en relación con el hecho dañoso por el a quo, no ha demostrado que el impugnante se encuentre contaminado con el vicio lógico que le imputa, por lo que debe desestimarse la queja.*”

Ha admitido en “Becerra”⁶¹³ la responsabilidad de la provincia por incumplimiento del contralor de la actividad de transportes interurbano de pasajeros ante la falta de supervisión de la contratación de las pólizas de seguros que imposibilitaron al actor percibir las indemnizaciones por los daños sufridos por la muerte de su hijo en ocasión del transporte

En razón de lo transcrito, puede concluirse que la Corte no ha sido tan restrictiva al admitir la responsabilidad estatal, ya que ha considerado responsable al Estado provincial o municipal, ante el incumplimiento de un deber estatal, incluso genérico de actuar, siempre que se encuentren acreditados los demás presupuestos de la responsabilidad, entre ellos, del adecuado nexo de causalidad entre dicha omisión y el daño, habiendo flexibilizado la procedencia de la responsabilidad ante incumplimiento de mandatos genéricos e indeterminados.

Aunque no menciona expresamente los parámetros receptados en “Mosca” la Corte provincial, citando la doctrina italiana mencionada en el fallo “Torres”, pondera los bienes jurídicos protegidos, como los demás parámetros receptados en dicho fallo,

En cuanto a los presupuestos requeridos para la procedencia de la responsabilidad, requiere los mismos que ya mencionamos al referirnos a la jurisprudencia de la Corte Nacional, es decir, factor de imputación, falta de servicio, la adecuada relación causal entre la omisión y el daño y la existencia de un daño cierto.

⁶¹² SCBA, C 91.336, 18/11/2018. Mazza, Claudio Alberto Y Zaffora, Gladys Miriam c/Acosta, Alcides R y otros s/Indemnización daños y perjuicios, daño moral

⁶¹³ SCBA, C.121.449, 10/7/2019, Becerra, Juan Antonio c/Fioretti, Raúl Oscar y otra s/daños y perjuicios y su acumulado “Sargado, Marta Noemí contra Provincia de Buenos Aires 10/7/2019, causa C 121.449

En materia de relación de causalidad adopta el criterio de la causalidad adecuada, considerando que debe ser debidamente acreditado dicha relación, siendo incluso algunos recursos rechazados por falta de la debida acreditación de la relación causal, como por ejemplo, “Mansilla”,⁶¹⁴ entre otros.

Al igual que la Corte Federal y siguiendo los fallos de este tribunal en la materia “Badin” (Fallos 318:2002), “Gatica” (Fallos: 332:2842) y “Manzini,” (Fallos 327:5857) ha sido estricta y exigente en el cumplimiento del deber de cuidado de las personas privadas de su libertad conforme a los arts. 18 del a CN y 30 de la Constitución provincial, admitiendo la responsabilidad de la provincia en “Lobato”⁶¹⁵ “O.G.E.”⁶¹⁶ “Rojas”⁶¹⁷ “Squassi”⁶¹⁸, invocando, asimismo, jurisprudencia de la CIDH.

También recepta la doctrina de la Corte Nacional en materia de accidentes causados con animales en las rutas o caminos, conforme las causas “Bertinat,” (Fallos:312:2138) “Colavita” (Fallos 323:318), “Rodríguez” (Fallos: 323:3599) y “Expreso Hada” (Fallos:325:1265) así lo resuelve en “Otero”⁶¹⁹ y “Carrizo”⁶²⁰

En “García”⁶²¹ resuelve con perspectiva de género y considera la existencia de un deber reforzado del Estado, atento existir “*un deber de prevención y protección diferenciado o reforzado*”, conforme las convenciones Internacionales ya citadas a lo largo del presente trabajo, de protección de las mujeres y de los niños de la violencia familiar.

III. f. Cuadros:

Por último, hemos procedido a elaborar dos cuadros con la información obtenida de los fallos analizados.

III.f. 1. Cuadro 1 Resultados

Demandados	Favorables	En contra	Total	Porcentaje total
------------	------------	-----------	-------	------------------

⁶¹⁴ SCBA, C. 93.859. 14/11/2007, Mansilla, Delfina c/Sosa, Eduardo y otros s/daños y perjuicios

⁶¹⁵ SCBA. 69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

⁶¹⁶ SCBA, A. 69.602 4/12/2013 O.G.E. y otros c/L.M. y Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios Otero, Julio c/Camino del Atlántico s/daños y perjuicios

⁶¹⁷ SCBA, C 110.499, 26/3/2014, Rojas, María Gabriela M. G y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios

⁶¹⁸ SCBA, A-71.596, 25/10/2017, Squassi, Andrea Carolina c/Policía de la Provincia de Buenos Aires y ot s/Pretensión Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley

⁶¹⁹ SCBA, C.85.774, 5/5/2010, Otero, Julio c/Camino del Atlántico s/daños y perjuicios

⁶²⁰ SCBA, Originario C 105.743 7/7/2010, Carrizo María Rafaela c/Sindicato de Choferes de camiones y otros s/sentencia definitiva. Originario C 105.743 7/7/2010

⁶²¹ SCBA, A 72474 García, Mabel Adriana c/ Poder Ejecutivo s/pretensión indemnizatoria. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley 28/11/2018

Municipios	6 (35,29%)	11 (64.70 %)	17	54,83 %
Provincia	5 (33. 33 %)	10 (66.66 %)	15	48,38 %
Totales	11	21	32	

Fuente: Elaboración propia

Podemos apreciar que en más de la mitad de los casos obtenidos de los últimos 20 años, han sido demandados los Municipios que integran la provincia en un 54,83 % de los casos, habiendo la Corte resuelto en contra de los mismos, es decir, teniendo por acreditada su responsabilidad por omisión en el 64,70 % de los casos.

Con respecto a la Provincia de Buenos Aires ha sido demandada en el 48, 38 % de los casos, habiendo la Corte tenido por acreditada su responsabilidad en el 66.66%. Dejamos aclarado que en algunos casos han sido demandados conjuntamente los Municipios y la Provincia como hemos detallado al analizar caso por caso.

III. f. 2 Cuadro 2 Materias

En este cuadro procedimos a disgregar las materias por las cuales se demanda por omisión tanto a los Municipios como a la Provincia en las siguientes: policía vial (seguridad en la circulación vial), policía de seguridad (relacionado a la prevención de daños tanto patrimoniales como personales), policía sanitaria (policía de seguridad de alimentos, medicinales, etc.) custodia y seguridad de detenidos (función exclusivamente provincial) dominio público (donde incluimos el mantenimiento y conservación del dominio público y el aseguramiento de su uso y goce); derecho a la salud; omisión de control (control y supervisión de actividades mediante concesionarios, autorización y/o habilitación, etc.), deberes reforzados de protección por violencia de género y familiar y por último, tutela judicial efectiva.

Materias	Municipios	Provincia	Total	Cantidad
Policía vial	2	2	4	12,90%
Policía de seguridad	9	0	9	29,03%
Policía Sanitaria	0	1	1	3,22%
Custodia seguridad detenidos	0	5	5	16.12 %
Dominio Público	3	1	4	12.90%
Violencia de género y familiar	0	1	1	3.22 %
Derecho a la salud	0	1	1	3.22%

Omisión de control	3	3	6	19,35%
Tutela judicial efectiva	0	1	1	3,22%
Total	17	15	31	

Fuente: Elaboración propia

En el presente cuadro se puede apreciar las materias por las cuales fueron mayormente demandadas tanto la Provincia de Buenos Aires (custodia y seguridad de detenidos) como los Municipios (policía de seguridad) seguido en ambos casos por la omisión de control y en el caso de los Municipios por cuestiones vinculadas a su dominio público.

IV. NORMATIVA APLICABLE ANTE LA AUSENCIA DE REGULACION EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

IV. a. Laguna normativa. La analogía

Tal como hemos planteado al inicio del presente trabajo de investigación, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, en agosto de 2015 y conforme lo previsto en el art. 7 de dicho cuerpo legal, las normas del Código Civil que se aplicaron durante años a la responsabilidad estatal. no pueden ya aplicarse para regir los daños y perjuicios ocasionados por omisión tanto del Estado provincial como de los 135 municipios que integran dicha provincia a partir de dicha fecha (1/8/2015).

También hicimos referencia al hecho, que en la citada provincia, sin perjuicio de contar con normas dispersas, no existe un régimen integral que regule dicha responsabilidad, ya que la provincia mencionada no se ha adherido a la ley nacional y proyecta sancionar una norma, cuyo anteproyecto que ya hemos analizado.

Al respecto cabe resaltar nuevamente, que tal como vimos al analizar la Constitución bonaerense, en virtud de la reforma efectuada a la misma en el año 1994, y la sanción del Código Contencioso Administrativo, se produjo un cambio fundamental en el régimen imperante en dicha provincia, contando con un sistema de normas que, aunque no sistemáticas ni comprensivas de todos los institutos jurídicos relativos a la responsabilidad, permiten el encuadramiento genérico de la materia en un marco de derecho público.⁶²²

La entrada en vigencia del CCCN implicó un cambio de paradigma, ya que excluye su aplicación de manera directa y subsidiaria a la responsabilidad estatal en la provincia, la cual se regía por el mismo sistema de responsabilidad de base pretoriana

⁶²² ECHARRI, Hugo, ob.cit, pág. 118

existente a nivel nacional, basado en la aplicación analógica de normas del Código Civil derogado.

Vimos al analizar la jurisprudencia del eximio superior tribunal provincial que el régimen normativo en materia de responsabilidad por omisión tanto de la provincia como de los municipios, se sustentaba en la aplicación analógica en virtud del art. 16 del CC tanto del art. 1112 como del 1074 de dicho cuerpo normativo.

En consecuencia, atento no haberse adherido la provincia de Buenos Aires a la ley nacional, ni dictado su propia normativa en la materia, se carece de un régimen jurídico integral en materia de responsabilidad por omisión, existiendo un vacío legal que implica la continuación de la histórica situación de orfandad normativa en la cuestión, al menos en términos integrales.⁶²³

Existe, por ende, en dicha provincia, una clara laguna normativa, una carencia histórica de normas.⁶²⁴, un caso no previsto, entendiendo por tal, aquella situación en la cual no existe una norma general que contemple, en todo o en parte, un determinado supuesto de hecho.⁶²⁵

Por de pronto, tal como sostiene Cassagne, la carencia histórica de normas se da cuando el legislador no ha previsto el caso o bien, lo ha regulado en forma incompleta, En tal supuesto, hay que acudir a la norma positivamente plasmada en el ordenamiento mediante la técnica de la analogía (autointegración).⁶²⁶

En razón de ello, a fin de solucionar dicha laguna normativa resulta necesario recurrir a una tarea de integración del ordenamiento jurídico⁶²⁷ Esa carencia obliga al órgano de aplicación de la ley a "encontrar" interpretativamente la norma, para de esa forma resolver el caso y no infringir la prohibición del *non liquet*.⁶²⁸ En este sentido, Linares sostiene que la función del órgano de ejecución —ya sea la Administración o el Poder Judicial- se asemeja de manera significativa a la del legislador, quien al legislar crea como explícito algo ya implícito en la Constitución⁶²⁹ es decir, elaboran

⁶²³ REY VÁZQUEZ, Luis E, *La responsabilidad del Estado en las provincias argentinas*, Revista La ley, 18/02/2020, 1, cita: AR/DOC/4116/2019

⁶²⁴ SABALÚA, Francisco M, *ob. cit.*

⁶²⁵ JUSTO, Juan B y EGEA, Federico M, *La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional*, Revista La Ley 2016-F, 924 Sup. Adm.2016 (noviembre),1, cita: TR LALEY AR/DOC/3181/2016

⁶²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *El método de la tópica y los principios generales en el derecho público*, Revisa La Ley 2017-D,1189, 14/08/2017, Cita: TR LALEY AR/DOC/2129/2017

⁶²⁷ SABALÚA, Francisco M, *ob. cit.*

⁶²⁸ LINARES, Juan F, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pág. 20

⁶²⁹ JUSTO, Juan B- y EGEA, Federico M, *La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional*, *ob.cit.*

o crean normas jurídicas mediante la integración del ordenamiento jurídico ante la carencia histórica de normas .⁶³⁰

En el caso de la provincia de Buenos Aires, como hemos mencionado, existen normas dispersas, pero no existe una regulación integral de la responsabilidad por omisión ilícita tanto de los municipios como de la Provincia, existe. por ende. un claro vacío legal, una carencia histórica de normas el cual no puede ser suplido por la aplicación del CCCN en virtud de lo dispuesto en el art. 1764 ya citado.

La solución a dicho problema como hemos visto debe hallarse en la tarea de integración del ordenamiento jurídico. En dicho sentido, pese a la inexistencia o insuficiencia de normas positivas aplicables el juez se encuentra obligado a decidir la controversia, (art 3 CCCN) y la administración también tiene el deber de obrar dentro del ordenamiento jurídico.⁶³¹ En razón de lo expuesto, resulta necesario acudir a la analogía.

La analogía, consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una determinada situación a otra que coincide con la primera. Se deriva del principio de *lógica ubi est eadem ratio, ibi ea-dem dispositio iuris esse debet* (donde existen las mismas razones deben existir las mismas disposiciones jurídicas).⁶³²

Para Cassagne la analogía constituye una técnica de interpretación del derecho, y no una fuente del mismo, ya que es el propio ordenamiento el que obliga a la utilización de esta herramienta jurídica ante la ausencia de normas positivas.⁶³³

En el mismo sentido, Balbín sostiene que ante una laguna es necesario recurrir a los métodos de integración normativa que permitan dar una respuesta a una situación no prevista expresamente en el ordenamiento jurídico, resultando al efecto especialmente relevante el instituto de la analogía que, si bien se encuentra previsto en el artículo 16 del Código Civil, está ubicado en el Título Preliminar del referido cuerpo normativo y por ello constituye, en realidad, un principio general del derecho aplicable a todas las ramas jurídicas⁶³⁴.

Al respecto afirma Cassagne que en la analogía hay siempre una relación de semejanza basada en situaciones que exhiben una identidad parcial de razones para cubrir el vacío legal, con una norma semejante que incluso puede adaptarse a la

⁶³⁰ SABALÚA, Francisco M, ob. cit.

⁶³¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob.cit., pág. 175

⁶³² CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob.cit., pág. 147

⁶³³ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob.cit., pág. 176

⁶³⁴ BALBIN, Carlos F, *Responsabilidad del Estado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Revista RAP, 326, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, pág. 274.

institución ampliando o restringiendo su contenido, mencionado la analogía legis que consiste en la aplicación de normas y la analogía juris que acude a los principios generales del derecho positivo ,⁶³⁵

En la analogía legis, tenemos la analogía de primer grado que es la que tiene lugar cuando en caso de lagunas en el derecho administrativo recurrimos a otras reglas de derecho administrativo, mientras que la analogía de segundo grado ocurre cuando ante las lagunas del derecho administrativo se aplican las reglas del derecho privado. La analogía de primer grado procede cuando existe semejanza entre el supuesto de hecho (reglado normativamente) y el hecho no previsto (laguna) y, a su vez, la solución es justa. En la analogía de segundo grado, además de las condiciones antes detalladas, el intérprete debe reelaborar la regla del derecho privado según los principios del derecho público.⁶³⁶

Dicha integración analógica debe ser diferenciada de la supletoriedad y de la subsidiariedad normativa. La supletoriedad, tal como sostiene Perrino, opera para integrar *"de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general común respecto de aquellas de carácter especial o susceptibles de ser suplidas"*. De tal modo, *"el fenómeno de la supletoriedad se da sólo entre una norma general supletoria y otra especial/suplible"*. En cambio, en la analogía *"se descubre una norma específica en cualquier otra ley general o especial del ordenamiento, con las cuales no hay conexión alguna de suplencia; y, por vía interpretativa, de razonabilidad, se aplica al caso no previsto"*

En la analogía se atribuye a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial. Por lo cual, en la subsidiariedad hay dos normas vinculadas en relación de especialidad, en la analogía no se da dicha vinculación, sino que la carencia de norma se suple a partir de la elaboración interpretativa de una nueva prescripción ⁶³⁷ Además de ello, en la aplicación subsidiaria, o supletoria, no hay, en verdad, tarea de

⁶³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *El método de la tópica y los principios generales en el derecho público*, ob. cit

⁶³⁶ BALBIN, Carlos F, *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo*. Buenos Aires, Astrea, pág. 97/103

⁶³⁷ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 56

interpretación ni laguna alguna, sino sólo un caso de aparente normación incompleta que, por imperio legis, se cubre por aplicación directa de otra norma,⁶³⁸

Como hemos mencionado, la analogía supone carencia histórica de normas. La elaboración y adaptación en ella implicadas derivan, no solo de esa carencia, sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado. La analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado.⁶³⁹

Tal como vimos con anterioridad, el Código Civil de Vélez Sarsfield contenía una norma de interpretación jurídica contenida en el art. 16, que permitía la recurrencia a la analogía frente a las lagunas normativas, habiendo aplicado en razón de dicho artículo, normas de dicho Código (arts. 1074 y 1112) como fundamento normativo de la responsabilidad estatal tanto la Corte nacional como la Corte bonaerense.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece reglas para una interpretación dinámica del Cuerpo normativo, derogando el art. 16.⁶⁴⁰ Así el capítulo 1 de dicho Código comprende tres artículos: art. 1º: fuentes y aplicación. 2º: interpretación y el art. 3 establece el deber de resolver del juez, En su artículo 2 establece expresamente: *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”*

Cabe destacar que, en primer lugar, con el propósito de integrar dicha laguna en el ordenamiento jurídico provincial, Reiriz, sostiene que se deben aplicar analógicamente otras normas del derecho administrativo, es decir, resolver el caso recurriendo a una solución legal que, si bien fue prevista para un supuesto diferente, resulta extensible al caso no previsto expresamente, por tratarse de situaciones similares. Así, aun cuando una solución a un caso pueda no estar prevista en una ley que rija específicamente la materia a resolver, puede ocurrir que ésta se encuentre en otras normas de derecho público local. En definitiva, el intérprete debe agotar el ámbito del derecho público

⁶³⁸ LAGARDE, Santiago, ob.cit, págs 8/9

⁶³⁹ COMADIRA, Julio R. *El acto administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág.14

⁶⁴⁰ PALACIOS VALLEJOS, Ramiro C y VALENZUELA, Yanina, *Análisis de la responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires*: RDA 2017-113, 817, Cita: TR LALEY AR/DOC/4004/2017

local y, sólo en caso de imposibilidad en ese contexto de integrar la indeterminación normativa se debe recurrir a otras ramas del derecho⁶⁴¹.

Sostiene dicha autora que existen dos posibilidades con el propósito de "crear" la norma general aplicable al caso administrativo, a saber: "1) la aplicación analógica de normas administrativas, principios generales del derecho administrativo, o principios generales del Derecho, 2) la aplicación de normas del derecho común." ⁶⁴²

Asimismo, debe tenerse en cuenta que tal como sostiene Balbín, para poder recurrir a la analogía, se deben dar dos condiciones, en primer lugar, los casos deben ser semejantes en cuanto a los hechos y, en segundo lugar, la solución que arroje debe ser justa. ⁶⁴³

IV.b. Posibles soluciones hermenéuticas.

Establecido que el vacío legal debe ser integrado por analogía, surge la disyuntiva respecto a que norma debe recurrirse para aplicar analógicamente al caso concreto. Seguidamente analizaremos las distintas alternativas propuestas por la doctrina y jurisprudencia, ante dicha laguna normativa, y siempre que los hechos hayan ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del CCCN.

IV. b.1. La aplicación del CCCN de manera analógica.

Como hemos visto en este trabajo la creación pretoriana de la responsabilidad estatal por omisión, se basaba en la aplicación analógica de diversas normas del Código Civil derogado. Así lo ha efectuado la Corte tanto nacional como provincial, en diversas materias, como, por ejemplo, la CSJN lo ha hecho en materia de nulidades del acto administrativo, tal como lo sostuvo en "Ganadera Los Lagos" (Fallos: 190:142), con las adaptaciones necesarias de dichas normas para ser aplicadas en el derecho público.

Se ha propuesto que, ante el vacío legal existente en la Provincia, se deben aplicar por analogía las disposiciones del CCCN. ⁶⁴⁴

El cuestionamiento que se le puede hacer a la aplicación analógica del Código Civil y Comercial, es que la ley 26.944 prohíbe la aplicación directa o subsidiaria de la totalidad del Código Civil. Lo mismo sucede con los artículos 1.764, 1.765, y 1.766

⁶⁴¹ REIRIZ, María Graciela *Responsabilidad del Estado*, El Derecho Administrativo Argentino hoy, Editorial Ciencias de la Administración. as del Derecho, 1996, pág. 226

⁶⁴² REIRIZ, María Graciela *Responsabilidad del Estado*, ob cit, pág. 226

⁶⁴³ BALBIN, Carlos F., *Manual de Derecho Administrativo*, CABA, Thomsom-Reuters, 2015, 3ª edición, pág. 134

⁶⁴⁴ SARMIENTO GARCIA, Jorge H, *Principios y proyecto de ley*, Revista La Ley, Suplemento Actualidad, Tomo La Ley 2014-B, 11/3/2014, pág.- 2; LAGARDE, Fernando, ob, cit, pág. 41; GAITAN, Romina, *La responsabilidad del Estado desde el Derecho Administrativo*, Revista La Ley 2014-F 646, 21/10/2014. Cita: TR LALEY AR/DOC/2683/2014

del Código Civil y Comercial, que prohíben la aplicación directa o subsidiaria del capítulo de responsabilidad civil, a la materia responsabilidad del Estado. En dicho sentido, Canepa sostiene que esta dicotomía tan tajante entre el derecho público y el derecho privado, aparecería como un obstáculo para la aplicación analógica de esta norma.⁶⁴⁵

Hemos visto con anterioridad que tanto la LRE como el CCCN vedan únicamente la aplicación de dicho cuerpo legal a la responsabilidad estatal, sin que ello implique que quede prohibido, recurrir a dicho cuerpo normativo de derecho privado por vía analógica. Al respecto sostiene Cassagne, que dichas normas, *“incurren en el vicio de arbitrariedad de la ley, ya que se trata de un mero capricho del legislador opuesto al principio de razonabilidad. Si el sistema administrativo regula escasamente el campo de las obligaciones, resulta por demás obvio que, cuando surgen lagunas de regulación, habrá que acudir a las normas del Cód. Civ. Y Com., en forma directa y no por remisión legislativa, aplicando, llegado el caso, la técnica de la analogía cuando la norma del ordenamiento civil y comercial sea opuesta a los principios generales del sistema del Derecho Administrativo.”*⁶⁴⁶

Asimismo, y como mencionamos la analogía fue expresamente admitida por el Poder Ejecutivo, en el mensaje de elevación del proyecto de la ley 26.944.

Rey Vázquez, sostiene que podrá recurrirse a las normas nacionales —aún a las de derecho común— solo cuando en el orden local no se hubiese hallado la norma que brinde la solución al caso administrativo no previsto de modo expreso. Y si resulta necesario acudir a ellas, será a fin de extractar un principio jurídico que sirva para construir la norma que, modulada por vía analógica, sirva para dar la solución al caso regido pura y exclusivamente por el derecho administrativo local, incorporándose así al plexo de principios de derecho público que regulan el caso.⁶⁴⁷ En el mismo sentido, sostiene Perrino, que pese a lo dispuesto en el art 1764 del Código Civil y Comercial, siempre será posible acudir a la legislación civil para cubrir las innumerables lagunas que presenta, por ejemplo, la LRE en la materia, ya sea a fin de aplicar principios generales del derecho u otras soluciones allí, consagradas

⁶⁴⁵CANEPA, Guillermo Patricio La Responsabilidad del Estado en el Derecho Público Provincial. Alternativas para explorar ante el vacío legal, CABA, Albrematica S, A. 25/09/2020, cita: elDial DC2C38 En el mismo sentido, SABALUA, Francisco M, ob.cit.

⁶⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *El método de la tópica y los principios generales en el derecho público*, Revisa La Ley 2017-D,1189, 14/08/2017, Cita: TR LALEY AR/DOC/2129/2017

⁶⁴⁷ REY VÁZQUEZ, Luis E, *La responsabilidad del Estado en las provincias argentinas*, Revista La ley, 18/02/2020, 1, cita: AR/DOC/4116/2019

mediante la técnica de la interpretación analógica, lo cual resulta ineludible ya que la mencionada ley solo contiene una regulación de aspectos básicos de la responsabilidad.⁶⁴⁸

La aplicación analógica de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo –tarea que conlleva muchas veces como mencionamos la adaptación de las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas del derecho público- ha sido admitida con anterioridad a la sanción del CCCN, por la mayoría de la doctrina administrativista como ya mencionamos.⁶⁴⁹

Sin perjuicio de ello, la aplicación por analogía del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente para integrar la laguna existente en la Provincia, no está exenta de críticas, En primer lugar, dicho Código es ajeno al sistema de derecho público provincial. En segundo lugar, el mismo constituye una norma de derecho privado, que no recepta mucho de los principios de derecho público, como por ejemplo el factor de atribución falta de servicio⁶⁵⁰

Cabe mencionar que en algunas de las provincias en las cuales a la fecha no se ha sancionado ley que regule la responsabilidad estatal, ni se han adherido a la LRE algunos tribunales se han expedido por la aplicación analógica de dicho cuerpo normativo.

Así el tribunal superior de la Pampa resolvió la competencia de la justicia civil por considerar aplicable a un caso de responsabilidad estatal las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.⁶⁵¹ En análogo sentido, por la aplicación analógica de normas civiles, se pronunció la Corte de Justicia de Salta, en un caso en el que se debatía una acción de daños y perjuicios contra la Provincia, por el accionar de un agente de seguridad que generó un daño a la integridad física del actor, resolvió que hasta tanto se ejerza la competencia positiva de regular el instituto de la responsabilidad estatal, el Código Civil y Comercial es aplicable por analogía.⁶⁵²

En la Provincia en análisis, en dicho sentido se expresó el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 2 de San Isidro, en una demanda interpuesta contra la

⁶⁴⁸ PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, págs. 53/54

⁶⁴⁹ MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo, ob cit.*, T. 1, pág. 87 y ss, CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Tratado de Derecho Administrativo, ob, cit.*, pág. 176, entre otros

⁶⁵⁰ JUSTO, Juan B- y EGEA, Federico M, *La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional, ob.cit.*

⁶⁵¹ ST La Pampa, 24/05/2016, "Varela, Nicolás Mauricio E. c. Provincia de La Pampa y otro s/ accidente acción civil s/ competencia, Expediente registro 36/16, cita TR LALEY AR/JUR/41850/2016

⁶⁵² CJ Salta, 18/05/2016, "C., R. D. c. M., J. M. - Provincia de Salta (policía de la provincia de Salta) s/ recurso de apelación", citado en REY VÁZQUEZ, Luis E, ob.cit

Dirección General de Cultura y Educación de dicha provincia, por la madre de una menor, quien sufrió una lesión mientras desarrollaba una actividad deportiva escolar. El magistrado consideró que debían aplicarse en forma analógica, diversas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, entre ellas el art. 1767, aplicable a la Provincia en su carácter de titular de un establecimiento educativo, por tratarse de un caso de responsabilidad extracontractual estatal.⁶⁵³

El juez sostuvo en el fallo citado que el hecho dañoso ocurrió luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y de la Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, y en dicho sentido, afirmó: “ *En ese derrotero, frente a la ausencia de normativa local específica que regule los presupuestos y alcances de la responsabilidad del Estado, siguiendo la pauta del art. 171 CPBA, corresponde aplicar los principios jurídicos vigentes en la materia respectiva, que emergen de la CN y la CPBA y que reiteradamente han sido aplicados por los máximos tribunales federal y provincial, como así, en el caso concreto, por analogía, el art. 1767 del C.C.C. (el art. 1764 C.C.C. como el art. 1 LRE, no impiden el empleo de dicha técnica,.....) en tanto resulte compatible con las aludidas directrices propias del derecho público. Por lo demás, entiendo que no cabe, en el caso, la aplicación analógica de la LRE, en tanto reitero, no ha sido objeto de adhesión por la legislatura bonaerense a la fecha de la presente (cfr. art. 11 LRE) en contraposición de a la efectiva vigencia de C.C.C. en el territorio provincial (cfr. art. 75 inc. 12 CN); ello, más allá de que, aun asumiendo un criterio diverso, no se observa que la Ley 26.944 haya regulado la responsabilidad de los establecimientos educativos públicos”*

IV.b.2 La aplicación analógica de la ley de responsabilidad del Estado Nacional

Otra posible solución hermenéutica sería la aplicación analógica de la ley nacional de responsabilidad estatal, ya que dicha norma regula la responsabilidad estatal desde los principios del derecho público, es decir, con un enfoque iuspublicista, regulando específicamente el factor de atribución falta de servicio y, ha sido diseñada para resolver un pleito entre la autoridad administrativa y los particulares, en contraposición al Código Civil y Comercial, que regula las relaciones entre sujetos del derecho privado y prevé otros factores de atribución, entre otras diferencias.⁶⁵⁴

⁶⁵³ Juzgado Contencioso Administrativo n° 2 del Departamento Judicial de San Isidro, Seibane, Sandra Marcela y otro c/ Dirección General de Cultura y otro s/pretenção indemnizatoria, causa 13.091, sentencia del 07/03/2019

⁶⁵⁴ CANEPA, Guillermo Patricio, *La Responsabilidad del Estado en el Derecho Público Provincial. Alternativas para explorar ante el vacío legal*, CABA, Albrematica S. A. 25/09/2020, cita: elDial DC2C38 196

Dicha aplicación analógica ha sido, sin embargo, objetada en razón de las numerosas críticas efectuadas a la LRN, que ya hemos reseñado⁶⁵⁵ en la materia que nos ocupa, ya que efectúa una regulación sumamente restrictiva sobre la responsabilidad por omisión, en contraposición a lo sostenido por la CSJN .

Otra de las objeciones que se ha efectuado a dicha aplicación analógica, es que tal como hemos dicho la analogía es una técnica interpretativa que presupone recurrir a una norma del mismo sistema normativo en el que se desenvuelve el intérprete.⁶⁵⁶ La LRN, como hemos visto, sólo rige las relaciones entre el Estado Nacional y los particulares, reconociendo la autonomía que tienen las provincias para regular esta materia, invitando a las mismas a adherirse, ya sea total o parcialmente a ella. En razón de ello, no puede recurrirse a dicha norma ya que no pertenece al régimen jurídico local, caso contrario se violentaría el reparto federal de competencias.⁶⁵⁷

En dicho sentido, Linares señala que la analogía procede siempre que la norma pertenezca al mismo nivel jurídico (federal o local) y resulte clara, además el análisis comparativo debe ser convincente y el resultado coherente con el ordenamiento jurídico.⁶⁵⁸

Asimismo, la provincia de Buenos Aires no se ha adherido a dicha ley, por lo cual se ha sostenido que la misma resulta inaplicable⁶⁵⁹ . En el mismo sentido, se ha afirmado que dicha norma federal es inaplicable a la responsabilidad de los estados provinciales en forma analógica, por cuanto, la relación entre el bloque de derecho administrativo federal y el derecho administrativo provincial es inexistente en términos jurídicos.⁶⁶⁰

En el mismo sentido Lagarde opina que no sería adecuado cubrir el vacío normativo local con una aplicación extensiva de la ley 26.944, toda vez que, si bien regula la misma materia, lo hace en otro ámbito jurisdiccional, no siendo aplicable la LRE en el territorio, en nuestro caso, de la Provincia de Buenos Aires. En cambio, considera dicho autor que si resulta aplicable el CCCN, aunque regule otras materias, lo que permitirá recurrir a este para cubrir casos no previstos por el ordenamiento

⁶⁵⁵ CANEPA, Guillermo Patricio, *La Responsabilidad del Estado en el Derecho Público Provincial. Alternativas para explorar ante el vacío legal*, CABA, Albrematica S, A. 25/09/2020, cita: elDial DC2C38

⁶⁵⁶ JUSTO, Juan B- y EGEA, Federico M, *La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional*, ob. cit

⁶⁵⁷ JUSTO, Juan B- y EGEA, Federico M, *La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional*, ob.cit.

⁶⁵⁸ LINARES, Juan F, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976, págs. 30/32

⁶⁵⁹ SABALÚA, Francisco M, ob.cit.

⁶⁶⁰ BALBIN, Carlos F, *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo*. Buenos Aires, Ed. Astrea, pág. 119

local., tomando en cuenta para efectuar la adaptación pertinente la jurisprudencia y la ley 26.944, para extraer de ella sus criterios rectores.⁶⁶¹

Sin perjuicio de lo expuesto, algunos tribunales provinciales se han expedido en forma favorable a la aplicación analógica de la LRE.

Así el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 1 de Morón, se expidió en una pretensión indemnizatoria en donde se reclamaban los daños padecidos, por un accidente de tránsito en la vía pública por el cual un vehículo de propiedad del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, embistió a un peatón provocándole lesiones.⁶⁶² En la sentencia, el magistrado sostuvo expresamente: “... Efectuado este encuadre jurídico, no puedo menos que agregar que aun erigiendo la vigencia plena del nuevo código que excluye de su plexo la normativa referida a la responsabilidad del Estado (conc. art. 1112 CC del Código Vélez Sarsfield y arts. 1764 y 1765 CCyC.) el tema mereció tratamiento en la ley Nacional de Responsabilidad del Estado 26944 - que si bien no ha sido ratificada por la provincia de Buenos Aires - nada obsta a su aplicación analógica”

IV. b. 3. La solución conforme a la Constitución Provincial

Ya hemos mencionado que existe una laguna normativa por carencia histórica de normas, y que las normas que fueron aplicadas analógicamente para regular la responsabilidad por omisión no se encuentran actualmente vigentes (1112 y 1074 del Código Civil velezano), pudiendo solo ser aplicadas a hechos ocurridos con anterioridad al primero de agosto de 2015

Asimismo, hemos destacado que el nuevo Código Civil y Comercial prohíbe la aplicación directa y subsidiaria de sus normas en esta materia, lo que no implica que quede vedada la analogía.

También hicimos referencia a que conforme al art. 3 del CCCN los jueces están obligados a resolver mediante una decisión razonablemente fundada y que el nuevo digesto civil y comercial no resuelve la cuestión planteada, estableciendo un sistema de prelación de fuentes.

Al respecto cabe destacar que el art. 171 de la Constitución bonaerense ya mencionado, establece expresamente: “Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales

⁶⁶¹ LAGARDE, Santiago, ob. cit, pág. 6

⁶⁶² Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Morón” D. S. S. P. A. C/ BENITEZ EDGARDO GASTON Y OTRO/A S/ MATERIA A CATEGORIZAR” P-12467 ", Sentencia del 26/09/2016. En el mismo sentido, Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín, marzo de 2016, Cesar, Carla c/Municipalidad de Morón s/pretensión indemnizatoria, Expediente 25163/2010;

letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

Dicha norma constitucional establece criterios de integración del ordenamiento jurídico con un orden jerárquico de fuentes, partiendo de la ley y si no la hay, se deberá recurrir a los principios del derecho público y luego, a los principios generales del derecho.⁶⁶³ . Por lo cual, en el caso que haya una norma que rijan la cuestión, conforme a la manda constitucional no puede omitirse la cita normativa adecuada, ya que respecto de ella se ha establecido el "deber de motivación" de toda resolución judicial.⁶⁶⁴

Como surge de la lectura de dicho artículo, el mismo no menciona a la analogía como técnica de integración del derecho, sin embargo la remisión final a los principios generales del derecho brinda parámetros amplios⁶⁶⁵

En razón de lo establecido en el art. 171 citado, ante el vacío legal existente en la provincia, la solución debe buscarse, como se ha sostenido, en el plexo de principios de derecho público llamados a regir el caso administrativo no previsto, o bien se construye la solución por vía analógica a partir de normas locales de derecho público, aun cuando regulen de manera fragmentada supuestos específicos de responsabilidad, por aplicación del principio *alterum non laedere*.⁶⁶⁶

Ante la imposibilidad de recurrir a dichos principios de derecho público, la propia manda constitucional, ordena recurrir a los principios generales del derecho, lo que no impide la aplicación analógica, incluso del Código Civil, ya que tal como ha reconocido nuestro máximo Tribunal, dichas normas constituyen principios generales del derecho aptos para la recta solución del caso.⁶⁶⁷

Hemos visto que a diferencia de otras constituciones provinciales la de Buenos Aires solo contiene normas aisladas que se refieren a la responsabilidad de la Provincia y de los Municipios, tampoco existen leyes que regulen orgánicamente la materia.

⁶⁶³ JUSTO, Juan B- y EGEA, Federico M, *La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional*, ob cit.

⁶⁶⁴ CAMPS, Carlos E, ob.cit.

⁶⁶⁵ SCHREGINGER Marcelo J, ob.cit.

⁶⁶⁶ REY VÁZQUEZ, Luis E, *La responsabilidad del Estado en las provincias argentinas*, Revista La ley, 18/02/2020, 1, cita: AR/DOC/4116/2019

⁶⁶⁷ REY VÁZQUEZ, Luis E, *La responsabilidad del Estado en las provincias argentinas*, ob cit

Por lo cual, conforme la manda constitucional transcrita resulta necesaria recurrir a los principios de derecho público vigentes en materia de responsabilidad estatal por omisión. Y también a los principios generales del derecho (público nacional y supranacional) muchos de los cuales poseen rango constitucional federal a tenor de lo dispuesto en el art.75 inc. 22.⁶⁶⁸

Ya hemos analizado el fundamento constitucional tanto a nivel nacional y de la provincia de Buenos Aires, como también los principios en que se funda dicha responsabilidad; principio de responsabilidad, razonabilidad, inviolabilidad de la propiedad, *alterum non laedere*, igualdad ante las cargas pública, propiedad, el de la reparación integral, tutela judicial efectiva, etc.,

. Debemos señalar, en primer lugar, que debe entenderse por principio. Al respecto, sostiene Lorenzetti que la responsabilidad tiene su norma básica en la Constitución Nacional, y en ella se detectan principios: no dañar a otro, favor víctimae, , etc..En razón de dicho rango constitucional, los principios son normas jurídicas y como tales son enunciados amplios que permiten solucionar un problema y orientar un comportamiento.⁶⁶⁹

Tal como sostiene Cassagne, el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios. A diferencia de las normas, que tienen una estructura tripartita (la descripción del supuesto de hecho, el mandato (o cópula que expresa el deber ser) y la consecuencia jurídica), los principios carecen de supuestos de hechos y de consecuencias jurídicas determinadas, siendo sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública, que los protege.⁶⁷⁰

Además, de diferenciarse en su estructura, dicho autor afirma, que también se diferencian de las normas, en que los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción, por lo cual, requieren siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de este, en su aplicación al caso concreto.⁶⁷¹

Cabe destacar que muchos de dichos principios se encuentran positivizados e incluso constitucionalizados. Ya nuestra Constitución Nacional establece desde 1853 la presencia de principios, garantías y derechos en su art. 28 que no pueden ser

⁶⁶⁸ ECHARRI, Hugo, ob.cit. pág. 119

⁶⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *La responsabilidad civil* LLP 2002, 1302 - LA LEY2003-A, 973 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 153 - RCyS2011-II, 255

⁶⁷⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo*, Revista La Ley, Sup. Internacionalización del Derecho 2022 (agosto), 5, Cita: TR LALEY AR/DOC/1929/2022

⁶⁷¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo*, ob cit

desvirtuadas por las normas legales que se dicten en su consecuencia, sino que, además, se refiere a ellos como “reconocidos” aceptando así su preexistencia y superioridad,⁶⁷²

Asimismo, la reforma de 1994 a dicha Carta Magna introdujo la expresión escrita de principios y valores concretos como los de “equidad y solidaridad” (art. 75 inc. 2 y 8 CN), de “igualdad de oportunidades” (art. 75 inc. 2, 19 y 23 CN), el progreso económico “con justicia social” (art. 75 inc. 19 CN), entre otros. A lo que se suma la jerarquización de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados expresamente por el art. 75 inc. 22 CN que ya mencionamos.⁶⁷³

Tal como hemos reseñado al referirnos al fundamento constitucional de la responsabilidad estatal, podrían aplicarse principios jurídicos de derecho público elaborados en base a preceptos contenidos en la Constitución Nacional y Provincial, que han sido receptados por la jurisprudencia,

En primer lugar, cabe destacar como ya mencionamos, que el fundamento de la responsabilidad estatal se encuentra en el complejo de principios que inspiran y dan sentido al Estado de Derecho, receptados en nuestra Constitución Nacional, tales como la sujeción de los poderes públicos a la legalidad y el respeto de los derechos de los administrados; en particular, los derechos de propiedad e igualdad ante las cargas públicas. Asimismo, tal como vimos, la función del Estado como garante de los derechos humanos es cardinal en el concepto de Estado de Derecho, tanto en la esfera doméstica como frente al derecho internacional.⁶⁷⁴

Por lo cual, tal como destaca Comadira, la sujeción del Estado al ordenamiento jurídico es una idea que se expresa normalmente con el principio de legalidad, al cual, prefiere designar como principio de juridicidad toda vez que éste nomina mejor el fenómeno que se intenta describir. En razón de ello, afirma que el sometimiento del Estado al Derecho no implica, en efecto, sólo la subordinación a la ley formal -como podría hacer pensar, quizás, la locución legalidad- sino a todo el orden jurídico, desde los principios generales del Derecho hasta los precedentes en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando, desde luego, por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos y ciertos contratos administrativos, debiendo la responsabilidad estatal operar como garantía de juridicidad.⁶⁷⁵

⁶⁷² PEREZ HUALDE, Alejandro, *ob cit.* pág. 751-752

⁶⁷³ PEREZ HUALDE, Alejandro, *ob. cit* pág. 753

⁶⁷⁴ NIKKEN, Pedro, *ob.cit.*

⁶⁷⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo, *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, Principio de Juricidad y responsabilidad del Estado.*, *ob. cit.* pág. 6

En segundo lugar, tal como mencionamos, la incorporación efectuada por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22 de los instrumentos internacionales de derechos humanos otorgándoles jerarquía constitucional, implica la constitucionalización de los principios que emergen de dichos instrumentos. En dicho sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han reconocido la dignidad humana como principio básico del derecho ⁶⁷⁶

Al respecto, tal como sostiene Cassagne, de un modo u otro, todos los derechos humanos están relacionados con la dignidad de la persona que constituye algo así como el principio general básico de todo el derecho, el cual informa el contenido del ordenamiento y resulta un valor jurídico exigible. Por esa causa, afirma que el primer derecho que prevalece respecto de cualquier otro derecho es el derecho a la vida, uno de cuyos contenidos principales es el derecho a la salud, dado que la preservación de la persona representa el grado máximo de su dignidad. ⁶⁷⁷

En dicho sentido ha sostenido nuestro máximo tribunal: *“El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza transcendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.”* ⁶⁷⁸

Asimismo, en la dignidad de la persona humana se fundamentan los demás principios generales del derecho ya sean comunes a todo el derecho como el principio “pro homine”, etc. junto a los que son propios y típicos del derecho público, como el principio de la tutela judicial efectiva, entre otros, que constituyen nuevos paradigmas del derecho administrativo. ⁶⁷⁹

Ya mencionamos al referirnos al fundamento constitucional y convencional de la responsabilidad estatal, la trascendencia que tiene en esta materia el, el principio *pro homine* como criterio hermenéutico que “*que informa todo el derecho de los derechos*

⁶⁷⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo*, Revista Trimestral de Derecho Público: RTDP, Belo Horizonte, n. 63, octubre. 2015, pág. 37-76

⁶⁷⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo*, Revista Trimestral de Derecho Público: RTDP, Belo Horizonte, n. 63, octubre. 2015, pág. 37-76

⁶⁷⁸ CSJN, Campodónico de Beviacqua, Ana Carila c/Ministerio de Salud y Acción Social, - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/amparo ley 16.986, 24/10/2000, Fallos. 323:3229

⁶⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo*, ob.cit.

*humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos [...] Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estará siempre a favor del hombre”*⁶⁸⁰

En virtud de dicho principio prevalece la regla que este siempre orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, es decir, corresponde la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.⁶⁸¹

Dicha interpretación *pro homine* ha sido adoptada por la Corte Interamericana como criterio exegético por excelencia en materia de Derechos Humanos, e impone acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁶⁸²

Al respecto también se ha afirmado que las cuestiones de derechos humanos deben abordarse desde la perspectiva pro persona. Dicho criterio hermenéutico debe ser la herramienta básica para interpretar y aplicar normas de derechos humanos tanto de parte de los Estados como por los órganos internacionales. Asimismo, está compuesto por varios elementos que se complementan entre sí; entre ellos el principio pro persona, el cumplimiento del objeto y fin (postulado teleológico de interpretación), el principio de desarrollo progresivo, entre otros, y la consideración de las reglas que informan abordajes particulares (interés superior, perspectiva de género, etc.).⁶⁸³

La Corte ha afirmado respecto de este principio :” *El impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio pro homine determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida proteja a la persona humana; y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o*

⁶⁸⁰ PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos los tribunales locales*, Cels. Editores del Puerto, 2004, pág. 163. Citado en BOULIN VICTORIA, Ignacio A., *A buen puerto por mal rumbo. El fallo de la Corte en el reciente caso "Sánchez"*, LA LEY 31/08/2007, 6 - LA LEY2007-E, 294 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2606/2007

⁶⁸¹ NIKKEN, Pedro, *ob.cit.*

⁶⁸² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *Tratados de Derechos Humanos e internacionalización del derecho administrativo*, Buenos Aires. RAP, 2007, pág.13

⁶⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, BARROS LEAL, César, ZERBINI RIBEIRO Leão, O Cinquentenario Dos Dois Pactos de Direitos Humanos Da Onu· Volume 1, Fortaleza, 2016, pág. 113

*derechos constitucionales" -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. -El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo-*⁶⁸⁴

En relación al principio expansivo, o de progresividad, citado por la Corte en el precedente mencionado en el párrafo anterior, implica la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un estándar mínimo de vigencia de los derechos humanos, y se encuentra establecido, entre otros, en el art. 2. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 26 CADH.⁶⁸⁵

De dicho principio se deriva como una consecuencia el de no regresividad, dentro del cual encontramos el de no regresividad normativa referida a la pérdida de extensión de derechos -por supresión, limitación o restricción- generada por una norma jurídica posterior.⁶⁸⁶

En dicho sentido, se ha afirmado que una medida es regresiva cuando: 1) se recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del derecho involucrado; 2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; y/o 3) cuando disminuye o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a su satisfacción.⁶⁸⁷

Sin perjuicio que dicho principio se ha considerado aplicable fundamentalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, autorizada doctrina sostiene que dicho principio rige también respecto de todos los derechos humanos. En dicho sentido se ha afirmado..... *“Los derechos humanos son indivisibles como indivisible es la dignidad humana. En ese sentido, la separación entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, es un extravío que sólo se explica por razones políticas y por la coyuntura histórica presente cuando se discutieron los Pactos de las Naciones Unidas pero que carece de fundamento conceptual. Igualmente, la distinción que se hace entre “tres generaciones de derechos humanos” sólo es admisible didácticamente, pero no como una cuestión de concepto.”*⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ CSJN, Escalona, Martín Reynaldo y otro c/Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) s/amparo ley 16.986, 13/5/2021, Fallos: 344:1070

⁶⁸⁵ PEREZ HUALDE, Alejandro, *ob. cit* pág. 754

⁶⁸⁶ ROSATTI, Horacio, *Progresividad y operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales en una sociedad en conflicto*, *ob. cit.*

⁶⁸⁷ RUIZ, María Fernanda, *Principio de progresividad en materia de derechos y acciones sociales en el fuero Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires* CABA, Editorial Albrematica S.A., 2021, cita elDial DC2F24

⁶⁸⁸ NIKKEN, Pedro, Revista IIDH 2010. En el mismo sentido, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, Revista La Ley 2001-D-22, Cita: TR LALEY AR/DOC/233/2001

No pueden dejar de mencionarse en esta materia, también, el principio de indemnización justa que recoge el CADH (art. 21 inc. 2) con rango constitucional como también los principios de justicia y equidad, la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 15 de la Constitución bonaerense y, por último, el principio trascendental de no dañar a otro, a los cuales nos hemos referido al desarrollar el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal.

También hemos destacado a lo largo de este trabajo la importancia trascendental que tiene el principio de razonabilidad ínsito en el art. 28 de la Constitución Nacional.

En palabras de Cassagne podemos afirmar que *“el principio de razonabilidad se configura en el derecho moderno como una suerte de metaprincipio que alberga diferentes principios como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos, la interdicción de arbitrariedad y el principio de proporcionalidad. De acuerdo con esa categorización, no puede menos que decirse que se trata de un principio universal enraizado en el Estado de derecho y orientado, por tanto, a la protección de las libertades y demás derechos fundamentales o humanos de los ciudadanos.”*⁶⁸⁹

Por lo cual, desde la óptica de la interpretación constitucional, surge que toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable: el Congreso, el Poder Ejecutivo y los Jueces, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable.⁶⁹⁰ Cabe destacar que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo aquello que puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común.⁶⁹¹

Asimismo, la necesidad de una justificación racional de los actos estatales encuentra fundamento en el fin del Estado, que no es otra que la de realizar el bien general de todos sus integrantes de la a través de la justicia., por lo cual, lo razonable de la acción estatal se encuentra subordinado a la justicia.⁶⁹²

Respecto del art. 28 de nuestra Carta Magna, Budassi menciona que los autores han visto al ejercicio del control de razonabilidad desde dos puntos de vista, a saber: uno vinculado con la cuota de justicia intrínseca del accionar estatal, equiparándolo

⁶⁸⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad*, LA LEY 25/09/2020, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/2959/2020

⁶⁹⁰ NEGRI, Nicolás J., *Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial*, ob.cit.

⁶⁹¹ NEGRI, Nicolás J. Ídem nota anterior

⁶⁹² CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad*, ob. cit.

prácticamente a un examen de racionalidad, y otro, relacionado con un concepto de proporcionalidad, adecuación y legalidad entre los medios utilizados y los fines empleados por el Estado en una actividad determinada.⁶⁹³

Por último, como afirma Bidart Campos, para saber si hay proporción razonable entre una medida y una finalidad, no basta examinar si la elegida es conducente a ese fin, porque resulta indispensable añadir que, entre varias medidas igualmente idóneas, no se haya optado por la que resulta más gravosa para los derechos.⁶⁹⁴

V. CONCLUSIONES

En estas líneas, hemos analizado el régimen vigente en materia de responsabilidad estatal por omisión ilícita en el ámbito extracontractual, con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es decir, los arts. 1074 y 1112 del Código Velezano conforme la interpretación dada a los mismos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Como, asimismo, hemos examinado la regulación efectuada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en la ley de responsabilidad del Estado y en el anteproyecto de ley de responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires acerca de la responsabilidad objeto del presente trabajo y la jurisprudencia en la materia tanto de la Corte federal como de la bonaerense y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También, hemos hecho referencia en el presente trabajo, al fundamento constitucional y convencional de la responsabilidad por omisión ilícita, los trascendentales principios jurídicos involucrados en la cuestión y las posibles soluciones hermenéuticas propuestas, respecto a que norma aplicar en la Provincia de Buenos Aires, por analogía, atento el vacío legal existente en la materia.

Por lo cual, en razón de ello, estamos en condiciones de dar respuesta a los interrogantes planteados al principio del presente trabajo.

⁶⁹³BBUDASSI, Iván F., *El control de razonabilidad en la doctrina de la CSJN. Algunas reflexiones sobre su eficacia*, RDA, nros. 21/23, enero-diciembre, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág., 211 y Ss. Citado en RASCHETTI, Franco, : *La responsabilidad del Estado por omisión y las pautas que rigen su configuración* SJA 06/09/2017, 47 Cita: TR LALEY AR/DOC/3956/2017

⁶⁹⁴BIDART CAMPOS, Germán J., *Juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia*, LL, t. 1997-C, p. 683, anotando el fallo de la CSJN, “*Irizar, José M. c/Prov. de Misiones*”, del 12/9/96 (LL, t. 1997-C, p. 684). Citado en MERTEHIKIAN, Eduardo, ob.cit., pág. 195

En primer lugar, como hemos mencionado en virtud de lo dispuesto en el art. 1764 del CCCN las disposiciones del Capítulo 1 del Título V de dicho Código, no resultan aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria y conforme al art. 1765 del mismo, la responsabilidad estatal se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Por consiguiente, ante la derogación de los arts. 1074 y 1112 aplicados analógicamente tanto por la Corte federal como por la provincial, existe en la Provincia de Buenos Aires, a partir de la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal, un vacío normativo, atento a que la mencionada provincia no se ha adherido a la ley nacional ni ha sancionado a la fecha una ley que regule dicha materia.

De modo que, a fin de responder el interrogante planteado respecto a que norma debe aplicarse por analogía para cubrir dicho vacío normativo, debemos recurrir, en primer lugar, como ya mencionamos al derecho público local, conforme la manda del art. 171 de la Constitución provincial. En consecuencia, atento la ausencia de normas genéricas tanto en la Carta Magna provincial como infraconstitucionales que puedan aplicarse para regular dicha cuestión, debemos recurrir a los principios de derecho público vigentes en la materia y falta de estos a los principios generales del derecho.

Mencionamos en el presente trabajo los importantes principios de derecho público constitucionalizados que dan fundamento a la responsabilidad estatal, los cuales integran el bloque constitucional y convencional, pero, sin embargo, éstos por si solos no permiten resolver integralmente la procedencia o no en un caso concreto, de la responsabilidad estatal por omisión imputada.

Se requiere, a más de aplicar dichos principios, proceder a la aplicación analógica de una norma que sirva de fundamento normativo, tanto para admitir como para rechazar una pretensión de responsabilidad estatal por omisión extracontractual ilegítima.

Hemos reseñado el valor de la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial y su importante función casatoria, por lo cual, resultan trascendentales en esta materia los parámetros establecidos por dicho Tribunal para construir los presupuestos esenciales de dicha responsabilidad, pero, como ya mencionamos, necesariamente debemos recurrir a alguna norma que se aplique analógicamente, sino se violentaría la división de poderes, ya que tal como surge del mandato constitucional, la configuración de los presupuestos y alcances de la responsabilidad estatal corresponde al Poder Legislativo y no al Judicial.

En consecuencia, a fin de proceder a dar respuesta al interrogante planteado y conforme lo prescripto por el art. 171 de la Constitución Provincial, carecemos de una norma que pueda aplicarse en los casos concretos en que se impute responsabilidad por omisión a una Provincia o a un Municipio, en virtud de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia del CCCN. Existen como vimos normas de derecho público dispersas que no permiten su aplicación integral. Lo mismo ocurre en relación a los principios de derecho público, como también a los generales del derecho, sin perjuicio de que puedan ser aplicados a los casos concretos, de ellos no puede extraerse la totalidad de los presupuestos requeridos para resolver un caso en que se endilga este tipo de responsabilidad.

Al respecto, mencionamos que una de las posibles soluciones hermenéuticas sería la aplicación analógica del CCCN, la cual no se encuentra vedada, pese a lo sostenido categóricamente por el art. 1764 de dicho cuerpo legal. En relación a ello, dicho Código recepta la responsabilidad por omisión respecto de los particulares en el art. 1749 consagrando la antijuricidad en términos amplios, fundada en el principio de no dañar a otro conforme al art. 1717. Dicha norma, asimismo, mencionamos que engloba al art. 1074 del Código Civil derogado, que regulaba la responsabilidad civil extracontractual por culpa o negligencia en la omisión, en el ámbito del derecho privado. Es decir, el actual CCCN recepta un factor de atribución subjetivo para este tipo de responsabilidad y rige para los supuestos de responsabilidad en el marco del derecho privado.

Hicimos referencia en el presente trabajo, asimismo, a que dicho cuerpo legal no recepta el factor de atribución falta de servicio, específicamente de derecho público, de carácter objetivo, ni tampoco consagra una responsabilidad directa en base a la teoría del órgano, tal como invariablemente lo han requerido respecto a la responsabilidad estatal por omisión tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Suprema Corte bonaerense, Tal como hemos mencionado, la aplicación analógica de las normas del Código Civil de Vélez ya citadas (arts. 1074 y 1112), se efectuaba adaptada a las particularidades del derecho público, excluyendo los factores de atribución subjetivos en materia de responsabilidad estatal por omisión, aplicando a la responsabilidad estatal el factor de atribución objetivo falta de servicio, que no requiere individualizar al autor del daño, ni probar la culpa del agente.

En cuanto a factores de atribución objetivos el CCCN recepta, entre otros, el factor riesgo en su art. 1757, el cual como mencionamos en el presente trabajo, la Corte

Nacional ha excluido su aplicación a la responsabilidad estatal en “Ceballos” (Fallos: 345:1025). A más de ello, al no receptar el factor de atribución falta de servicio ha sido criticado por autorizada doctrina, la aplicación de dicha norma, como el anterior art. 1113 del CC derogado, por extender indebidamente la responsabilidad estatal.

Por lo cual, al no contener el CCCN una norma como el art. 1112 del código derogado y al haber excluido la Corte Nacional, como vimos la aplicación de factores de atribución civilísticos a la responsabilidad estatal, como el riesgo creado, la aplicación analógica de dicho cuerpo legal, aunque matizada por los principios del derecho administrativo, no nos permitiría resolver por sí sola la controversia,

Con respecto a la aplicación analógica de la ley de responsabilidad del Estado, a más del obstáculo ya mencionado que no corresponde al derecho público provincial, como hemos mencionado con anterioridad, no recepta la totalidad de los supuestos de responsabilidad estatal omisivos admitidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Ello debido a que excluye específicamente la omisión ante mandatos indeterminados y genéricos, admitiéndola exclusivamente en los casos de falta de servicio por omisión, cuando se verifique la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado, no admitiéndola, por ende, cuando se impute la inobservancia de deberes que no se encuentren en una norma, los implícitos y los indeterminados y genéricos.

Tal como vimos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido fundamentalmente a partir de “Zacarías” (Fallos: 321:1124) la procedencia de la responsabilidad por falta de servicio por omisión, ante el incumplimiento de mandatos genéricos e indeterminados, debiendo apreciarse para su configuración en el caso concreto, la naturaleza de la actividad, los medios con los que contaba el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Dichos parámetros conforme ha sostenido la Corte Suprema a partir de “Mosca” (Fallos: 330:563) deben ser motivo de un juicio estricto, ponderando los bienes jurídicos protegidos y los efectos generalizables de la decisión a tomar.

En razón de lo expuesto, la mencionada ley de responsabilidad, respecto a los supuestos en que se impute falta de servicio por omisión ante la inobservancia de deberes estatales genéricos, implícitos o no receptados en una norma, establece claramente pautas de protección inferiores a las que regían mediante la aplicación analógica de las normas del CC derogado. No así, en el supuesto en que se impute el incumplimiento de deberes normativos, expresos y determinados, ya que recepta el

factor de atribución y los demás presupuestos para su procedencia, que aplicaba tanto la Corte nacional como la bonaerense, no consagrando en este aspecto, pautas de protección inferiores a las que regían con anterioridad a la derogación del Código Civil de Vélez Sarsfield en materia de responsabilidad estatal por omisión.

Es decir, en el caso que se impute responsabilidad estatal por omisión a un deber de actuación que no esté previsto en una norma, es decir, previsto en otra fuente jurídica (costumbre o principios generales del derecho, etc.) o que no se encuentre expresamente establecido, (es decir, surja implícito por ejemplo de las normas que determinan la competencia del órgano o ente) o se encuentre indeterminado o previsto en forma generalizada, no se configuraría conforme la LRE responsabilidad por omisión.

Al respecto cabe señalar , que sin perjuicio de la postura restrictiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, la misma ha admitido la procedencia de la responsabilidad por omisión ante este tipo de deberes incumplidos, siempre con criterio restrictivo, en base a un juicio estricto, ponderando los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar, analizando en el caso la conducta estatal conforme a los parámetros ya mencionados receptados en “Zacarías”

Con relación a la Suprema Corte provincial de los fallos que hemos analizado surge que adopta una postura más amplia respecto de la responsabilidad por omisión ilegítima en el ejercicio de funciones administrativas, en el campo extracontractual tanto de la provincia como de los municipios que la integran. Al respecto la doctrina legal del máximo tribunal provincial que se extrae de los mencionados precedentes, es que dicha Corte recepta una postura amplia en la interpretación del art. 1074 del CC derogado, norma que considera aplicable por analogía en virtud de no existir en el derecho público una norma específica que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, para dicho tribunal, el deber omitido por el Estado, que puede generar su responsabilidad, puede provenir, no solo de la ley formal sino también de la ley material, bastando que la omisión sea antijurídica, contraria a derecho.

La Corte provincial ha requerido invariablemente que quien impute responsabilidad de este tipo a un órgano o ente, tanto del Estado provincial como municipal, deberá acreditar la existencia de la omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido. En consecuencia la clave para la procedencia de la responsabilidad estatal por falta de servicio por omisión, se

encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, es decir cuando el Estado incumple un deber que puede estar impuestos por el ordenamiento jurídico positivo (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc.) como también derivar de principios generales del derecho o de otras fuentes jurídicas.

Es decir, no exige dicho Tribunal una norma positiva que exija a la Administración un deber de conducta concreto y específico, sino que analiza en el caso concreto si existía un razonable deber de actuar para evitar un perjuicio.

Como hemos mencionado, la Corte provincial, tal como sostuvo Kemelmajer de Carlucci, en el fallo “Torres” considera que el Estado debe enfrentarse a una situación en la cual está obligado a actuar, obligación que no necesariamente debe ser expresa. En razón de lo antedicho, la doctrina de dicho tribunal no requiere una norma específica, concreta y determinada que imponga un deber de actuar, que en el caso concreto se ha omitido, 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 omitido

En dicho sentido y , al igual que la Corte Federal ha sostenido que la mera alegación de un incumplimiento genérico de la policía estatal no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad, pero que tal caracterización de la irresponsabilidad estatal por omisión debe ceder en determinadas circunstancias, ellas son, entre otras cuando haya actuación negligente o irregular de la administración o cuando el propio Estado tenga cabal conocimiento de concretas situaciones o de hechos ilícitos potencialmente dañosos y no obstante, no adopte las mínimas medidas requeridas para prevenirlos o evitarlos.

Asimismo, vimos al analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la doctrina del riesgo previsible y evitable, que no exige el incumplimiento de deberes específicos, expresos y normativos al Estado, sino que dicho Tribunal merita la falta de la debida diligencia estatal en prevenir la violación a un derecho, efectuando un análisis integral del desempeño estatal, evaluando la factibilidad e idoneidad de las medidas omitidas, incluso para prevenir lesiones causadas por terceros extraños al Estado,

Tampoco la doctrina de la Corte provincial, fundamental en esta materia, en virtud de la función casatoria que cumple, ha exigido para tener por configurada la responsabilidad estatal por omisión, el incumplimiento de un deber normativo de

actuación expreso y determinado, sino el razonable deber jurídico de haber cumplido el hecho normativo.

En dicho sentido la Corte bonaerense ha admitido dicha responsabilidad ante el incumplimiento de mandatos genéricos cuando ha existido una irregular o negligente actuación estatal o incluso, cuando ha tomado conocimiento de hechos delictivos o potenciales situaciones peligrosas, y no ha actuado debidamente previniendo los daños, ponderando siempre los bienes jurídicos protegidos, teniendo especial relevancia la protección del derecho a la vida y salud de la población.

Además, hemos mencionado que tanto la CIDH como la Corte nacional y provincial han agravado deberes de protección que pesan sobre el Estado respecto de determinados sujetos o cuando se encuentran en especiales situaciones, que requieren deberes agravados de protección, como, por ejemplo, en supuestos de violencia de género, etc.

Por lo cual, en razón de lo expuesto, y considerando lo analizado en el presente trabajo, la exclusión efectuada por la LRE de este tipo de responsabilidad por omisión (inobservancia de mandatos implícitos, los previstos en otras fuentes del ordenamiento jurídico y genéricos e indeterminados) implica que la misma recepta pautas de protección inferiores, no solo respecto de la jurisprudencia de la Corte federal sino también de la Suprema Corte provincial, resultando regresiva en este aspecto.

Al respecto no puede dejar de soslayarse que tal como mencionamos, de los Tratados y Convenciones de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme al art. 75 inciso 22 de la Carta Magna, emana el deber de resarcir por parte del Estado fundado en su deber estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, lo que ha amplificado las obligaciones de protección y garantía a cargo del Estado, obligaciones que de ser incumplidas pueden generar responsabilidad internacional a nuestro país.

Por lo cual, a fin de dar solución al interrogante planteado en el presente trabajo de investigación, considerando los principios de derecho público fundamentales en esta materia (*alterum non laedere*, responsabilidad, razonabilidad, derecho de propiedad, igualdad ante las cargas públicas, indemnización justa etc.), muchos de los cuales, han sido, receptados en la jurisprudencia que mencionamos a lo largo de este trabajo, podrá construirse con los mismos las bases para analizar la procedencia o no de este tipo de responsabilidad, analizando en el caso concreto la razonabilidad de la actuación estatal, conforme a los parámetros mencionados por la jurisprudencia ya citados.

Asimismo, podrán los jueces provinciales resolver las controversias, aplicando analógicamente la ley de responsabilidad del Estado, en cuanto recepta el factor de atribución de derecho público falta de servicio y regula a la responsabilidad estatal como objetiva y directa, en virtud la teoría del órgano, junto con la aplicación analógica del CCCN para los demás presupuestos de la responsabilidad (daño, relación de causalidad, eximentes de responsabilidad, etc.), ya que tal como vimos dicha norma de derecho público no resulta una regulación integral de la materia .

No obstante ello, cabe resaltar que tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación siendo el hombre el eje de todo el sistema jurídico, y en virtud de la normativa convencional, constitucional y legal sobre las cuales reposa, no sólo el deber de responder del Estado, sino también los deberes de protección y garantía de los derechos humanos, deberes que en muchos casos se encuentran potenciados por las situaciones de vulnerabilidad de las víctimas de los daños, en el caso concreto, el juzgador deberá considerar que constituye un estándar hermenéutico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que siempre deba prevalecer aquella norma o interpretación que resulte más favorable a la persona humana. En razón de ello, el juzgador se encuentra obligado a adoptar, conforme al criterio hermenéutico *pro homine*, la norma más amplia y protectora, y que en el caso de tratarse de una omisión imputada a la provincia o a un municipio fundada en la inobservancia de deberes excluidos de la LRE, deberá interpretar dicha norma en el sentido más favorables o incluso, recurrir a la aplicación analógica del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por último, en relación al anteproyecto de ley de responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires, tal como vimos, recepta los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Zacarías”, al establecer expresamente en su art. 5° *Con la finalidad de evaluar la existencia de falta de servicio frente a un deber indeterminado, se deberá apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.*”

En razón de lo cual, en dicho sentido. consagra pautas de protección mayores que la LRE al admitir la procedencia del tipo de responsabilidad analizado ante la omisión de deberes de actuación indeterminados, también admitidos en la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia.

Sin perjuicio de ello, aunque de su texto surge la admisión de la responsabilidad por omisión ante la inobservancia de deberes indeterminados como presupuesto de la falta de servicio por omisión, al requerir que la falta de servicio por omisión “*sólo genera responsabilidad cuando se verifique la inobservancia de un deber de actuación normativo y expreso*.”, consagra pautas de protección de protección inferiores a las que estaban vigentes con anterioridad a la derogación del Código Civil de Vélez Sarsfield en materia de responsabilidad estatal por omisión. Ello debido a que tal como vimos emerge de la doctrina de la Suprema Corte Provincial que la misma no requiere que se trate de un incumplimiento establecido en una norma, ni tampoco que fuera expreso, ya que tal como mencionamos, basta para la procedencia de este tipo de responsabilidad, que exista un razonable deber de actuación, conforme a las circunstancias del caso, que puede incluso ser implícito, o emanar de otras fuentes jurídicas.

Sin perjuicio de que como mencionamos, el Anteproyecto de ley consagra pautas de protección superiores que la LRE, al consagrar los estándares admitidos en “Zacarías” para apreciar en el caso concreto la procedencia de la responsabilidad estatal por omisión, incurre en una contradicción al establecer en el mismo artículo que la responsabilidad por falta de servicio por omisión sólo procede ante la inobservancia de un deber de actuación normativo y expreso, ya que aquellas omisiones a mandatos generales e indeterminados, respecto a los cuales dispone se apliquen los parámetros establecidos por la CSJN, rara vez surjan de un deber de actuación que se encuentre establecido de manera expresa en una norma.

En consecuencia, la norma proyectada en cuanto excluye la procedencia de la responsabilidad estatal por omisión ante la inobservancia de mandatos de actuación receptados en principios generales del derecho, la costumbre u otras fuentes jurídicas como también de mandatos implícitos, resulta más restrictiva que el régimen anterior basado en la aplicación analógica de las normas del Código Civil y de la doctrina obligatoria de la Suprema Corte en virtud del recurso previsto en el art. 279 del CPCC.

La reforma introducida en el año 1994 a la Constitución de dicha Provincia, la sanción del Código Contencioso Administrativo y la creación del fuero contencioso provincial resultaron hitos relevantes en la materia, sería deseable que la ley proyectada de responsabilidad, sea también de avanzada en esta materia, receptando todos los supuestos admitidos por la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y fundamentalmente, de la Suprema Corte Provincial.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ABERASTURY, Pedro, *La responsabilidad del Estado por omisión-en el ejercicio del poder de policía-* Jurisprudencia Argentina Número: 1918-2016 (1 a 2016-III)(Revista (serie I)

ABRAMOVICH, Víctor y **COURTIS**, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, Revista La Ley 2001-D-22

ABRAMOVICH, Víctor, Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos Buenos Aires, marzo 6 de 2013 - JA 2013-I, fascículo n. 10

ACUÑA ANZORENA, Arturo: La culpa por omisión y abuso del derecho, en "Estudios sobre la responsabilidad civil, Editora Platense, La Plata, 1963,

AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Pamplona, Thomsom Reuters, 2009, 3era edición

ALBAR, Germán y **CANÇADO TRINDANDE**, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica,

ALFONSO, Santiago, *El tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema. Algunas definiciones trascendentes*, Revista La Ley, Suplemento Especial A 25 años de la reforma constitucional de 1994, CABA, Thomson-Reuters, 2019, 1º edición

ARES, **Valentina**, *Responsabilidad del Estado (con particular referencia a la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)*, Jurisprudencia Argentina

BALBIN, Carlos F, *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo*. Buenos Aires, Astrea, 2016

BALBIN, Carlos F., *Manual de Derecho Administrativo*, CABA, Thomsom-Reuters, 2015, 3ª edición, pág. 134

BALBIN, Carlos F., **BALBIN**, Carlos F, *Responsabilidad del Estado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Revista RAP, 326, 2005, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo,

BANDEIRA DE MELLO, Celso, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Unsta, 1982,

BARRAZA Javier Indalecio, *Responsabilidad del Estado por omisión (Análisis cualitativo)* Revista de Derecho Administrativo 2019-123, 27/6/2019 cita Online AR/DOC/1332/2019

BEZZI, Ana María, *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires: El nuevo código contencioso administrativo. Cauce procesal y responsabilidad derecho ambiental*, Buenos Aires, RAP 2005, Año 28. Nro. 326, 1ª Edición,

BIANCHI, Alberto, *Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado*. Revista La Ley, 1996-A-992, Cita Online: AR/DOC/9193/2001

BIDART CAMPOS, Germán J., *Juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia*, LL, t. 1997-C, p. 683, anotando el fallo de la CSJN, “Irizar, José M. c/Prov. de Misiones”, del 12/9/96 (LL, t. 1997-C, p. 684).

BIDART CAMPOS, Germán, *La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional*, en AA.VV., "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", homenaje al profesor Dr. Atilio A. Alterini, 1997, Ed. Abeledo-Perrot,

BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1965, 6ª edición

BOTASSI, Carlos Alfredo, **CABRAL**, Pablo y **FLORES**, Álvaro, *Responsabilidad del Estado, Derecho Administrativo: dominio público, responsabilidad estatal, proceso y procedimiento administrativo*, La Plata, Editorial de la Universidad de la Plata, 2017.

BOTASSI, Carlos, *Responsabilidad del Estado por omisión*, UNLP 2005-36, 69

BOULIN VICTORIA, Ignacio A., *A buen puerto por mal rumbo. El fallo de la Corte en el reciente caso "Sánchez"*, LA LEY 31/08/2007, 6 - LA LEY 2007-E, 294

BOULIN VICTORIA, Ignacio A, *Nuevos perfiles de la responsabilidad del Estado por omisión*, LL Gran Cuyo 2011 (febrero), 1

BUDASSI, Iván F., *El control de razonabilidad en la doctrina de la CSJN. Algunas reflexiones sobre su eficacia*, RDA, nros. 21/23, enero-diciembre, Depalma, Buenos Aires, 1996,

BUERES, Alberto J, Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 1ª edición, Tomo 2,

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía, "La Ley", t. 1990-C

CAFFERATA, Néstor A, *Responsabilidad del Estado por omisión ilegítima ambiental*, Revista de Derecho de Daños, 2015.1, Responsabilidad del Estado II, 2015 Buenos Aires, Rubinzal Culzoni,

CAMPS, Carlos E, *Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense*, Revista La Ley.

CANDA, Fabián, *Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión*, en *Responsabilidad del Estado*, Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, 1ª edición adaptada

CANDA, Fabián O., *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación de la jurisprudencia de la CSJN)* en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Buenos Aires, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2008.

CANDA, Fabián O. y **COMADIRA**, Julio R. *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/ Estado Nacional", 6.6.95, La Ley 1996-A-6

CANDA, Fabián O, *Responsabilidad por omisión en la Ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS 'C. de P.*, en EDA, no 13.718, 30/04/2015

CANÇADO TRINDADE, Antonio **BARROS LEAL**, Augusto César, **ZERBINI RIBEIRO** Leão, *O Cinquentenario Dos Dois Pactos de Direitos Humanos Da Onu*· VOLUME 1, Fortaleza, 2016, pág. 113

CANEPA Guillermo Patricio, *La responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires. Coincidencias y diferencias con la ley nacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Albrematica S, 19/04/2021.

CANEPA, Guillermo Patricio *La Responsabilidad del Estado en el Derecho Público Provincial. Alternativas para explorar ante el vacío legal*, CABA, Albrematica S. A. 25/09/2020,

CAPUTI, Claudia, *La responsabilidad del estado en la argentina-Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad-* Revista de Derecho Público n° 117/2009

CASSAGNE, Juan Carlos, *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima*, Publicado en: EBOOK-TR 2022 (Trigo Represas), 503.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de la tutela judicial efectiva en el contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires: un Código modélico*, Revista La Ley 28/10/2022 1.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad*, LA LEY 25/09/2020, 1,

CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?*, Revista Le Ley, 14/09/2015, 1 – La Ley 2015-E, 765.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El método de la tópica y los principios generales en el derecho público*, Revisa La Ley 2017-D, 1189, 14/08/2017.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo*, Revista Trimestral de Direito Público: RTDP, Belo Horizonte, n. 63, octubre. 2015

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 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales

CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)*, Revista La Ley 2009-F, 1226.

CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado por omisión*, Revista La Ley 1989-C, 512, - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1007.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Panorama de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado*, Revista La Ley 2022-D, 534, 10/8/2022

CASSAGNE, Juan C.: *Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte*, en "XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado", RAP, n° 326, nov. 2005,

CASSAGNE, Juan Carlos, *Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo*, Revista La Ley, Sup. Internacionalización del Derecho 2022 (agosto), 5,

CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Sexta Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot,1998

CICERO, Nidia K, *Regímenes provinciales de responsabilidad del Estado: ¿florece el federalismo?* La Ley, 07/07/2017, 1 - LA LEY2017-D, 778 - RCyS2017-VIII, 5

CIMINELLI, Darío, *Comentario al proyecto de ley de responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires.*, Revista la Ley online.

COMADIRA, Julio Pablo, *Omisión lícita y Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015

COMADIRA, Julio Rodolfo (coord.); ESCOLA, Héctor J. (col.); Comadira, J. Pablo (act.), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012

COMADIRA, Julio R. *El acto administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág.14

COMADIRA, Julio Rodolfo, *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, Principio de juricidad y responsabilidad del Estado*. Revista de Derecho, Montevideo, ISSN 1510-5172, ISSN-e 2301-1610, Año 2, N°. 3, 2003

COMADIRA, Julio Rodolfo, Laura Monti (colaboradora) *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, CABA, La Ley, 2002, 1ra edición

COMPANUCCI DE CASO, Rubén H, *Fundamentos de la Responsabilidad civil. Culpa y riesgo*, A.A.V.V. Derecho de daños, Buenos Aires, La Rocca, 1989

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, *Los fines de interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida de control jurídicos*, Madrid, Revista de Administración Pública N° 85, enero-febrero 1978, Centro de Estudios Constitucionales

DE LÁZZARI, Eduardo Néstor, *Admisibilidad de recursos extraordinarios estimados en casos sustancialmente análogos art- 31 bis de la ley 5827 (texto ley 13.812)*, Publicado en: SJA 13/02/2019, 51 • JA 2019-I, 51

DE LÁZZARI, Eduardo, *La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni,

DELPIAZZO, Carlos Eduardo, *Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de derecho*, Uruguay, Revista de Derecho Público, Año 24, Nro. 47, Julio 2015

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en gènèrale*, Arthur Rousseau, Paris, 1925, t. III,

DUNI, Geovanni, *Lo stato e la responsabilita patrimoniale*, Milano, Ed. Guiffre, , 1986

ECHARRI, Hugo, *Responsabilidad extracontractual por hecho u acto omisivo en la Provincia de Buenos Aires*, Con algunas referencias a la responsabilidad por acto lícito), Buenos Aires, Ediciones Rap, Rap 326, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo

ELIADES, Analía, *La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas*, www.infojus.gov.ar, 06/05/2013

ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, vol. II, Bs. As., Depalma, 1984,

ESPINOZA MOLLA, Martín R., *Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos R. Publicado en: Sup. Adm.2014 (agosto), 3 - LA LEY2014-E, 607.*

FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. II,

FLORES, Álvaro B, *Cuestiones actuales acerca del poder tributario municipal en el ámbito bonaerense*

FLORES, Álvaro Bautista, *La pretensión indemnizatoria en el Proceso Contencioso Administrativo Bonaerense*, CABA, Editorial Albremática S.A., 17/04/2018

GAITAN, Romina, *La responsabilidad del Estado desde el Derecho Administrativo*, Revista La Ley 2014-F 646, 21/10/2014.

GAMBIER Beltrán: *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, La Ley, t. 1990-E

GAMBIER, Beltrán y **PERRINO**, Pablo A. *¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?* JA, 1996-IV- 795

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y **FERNÁNDEZ**, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 4ta edición, Tomo II-

GIANNINI, Leandro J, *La doctrina del absurdo en la experiencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016.

GOLDENBERG, Isidoro H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Astrea. 1989,

GONZALEZ MORAS, José M, *La internacionalización del Derecho administrativo argentino. Su recepción por los tribunales nacionales.*, CABA, Albrematica Sam 24/04/2006,

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., *La responsabilidad del estado desde la perspectiva del derecho público provincial*, Revista RAP 426, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo *Sinergias internas e internacionales en materia de responsabilidad del Estado*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública n° 437, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2016.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *Tratados de Derechos Humanos e internacionalización del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2007,

HENDERSON, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, Revista IIDH, ISSN 1015-5074, N°. 39, 2004

HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca: *Responsabilidad del Estado administrador por actividad [hechos o actos] y por omisión ilícita*, en "XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado", RAP, n° 326, nov. 2005

HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Revista La Ley 11/03/2015, 1-La Ley 2015-B, 625.

HITTERS, Juan Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados de fiscalizar a las empresas frente al accionar ilegítimo de los particulares. Responsabilidad internacional y control de convencionalidad*, Revista La Ley 19/05/2021, 1.

HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la constitución Nacional en 1994 y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (a 20 años de su vigencia)*, SJA 20/08/2014, 99

HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales. El que “rompe” aunque sea el Estado” paga”*, Santiago de Chile, Revista Estudios Constitucionales, junio 2007 Vol. 5,

HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Buenos Aires, Platense, 1998, 2ª edición,

HUICI, Héctor, *La responsabilidad del Estado por omisión*, Revista: La Ley 1993-D, 829

HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos*, Revista de Derecho de Daños, La omisión en el Derecho de Daños, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007-2, setiembre

JUSTO, Juan B y **EGEA**, Federico M, *Derecho administrativo y desigualdad*. El potencial de los DESC y el desafío de la responsabilidad del Estado, Sup. Adm.2014 (noviembre), 26 - LA LEY2014-F, 848

JUSTO, Juan Bautista, El deber de protección de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado por omisión, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014

JUSTO, Juan B- y **EGEA**, Federico M, *La responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional*, Revista La Ley 2016-F, 924 Sup. Adm.2016 (noviembre),1,

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Comentario al art. 1074 en Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, pág. 92 y s

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial, en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997

LAGARDE, Fernando M. *La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales*, en Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015

LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Buenos Aires, 1976,

LÓPEZ MESA, Marcelo J., *El mito de la causalidad adecuada*, LA LEY, 2008-B, 861

LISTE, Pablo A, *La regulación de la responsabilidad estatal por omisión en la Ley N° 26.944*, RAP N°446

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, "Accidentes de tránsito-I",

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial Explicado*, Título Preliminar, Rubinzal Culzoni, Santa Fe

LORENZETTI, Ricardo Luis, *La responsabilidad civil* LLP 2002, 1302 - LA LEY2003-A, 973 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 153 - RCyS2011-II, 255

MARANIELLO, Patricio *Responsabilidad del Estado en casos de violencia de género*, CABA. Albremática S.A, cita: elDial DC2F11;

MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud `omisiva' en el ámbito del Derecho Público*, ED, 169 ,1996

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 6a ed.act., Bs. As., AbeledoPerrot, 1997,

MERTEHIKIAN, Eduardo *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema* - 1a ed. - Buenos Aires: el autor, 2006. E-Book. ISBN 987-05-1256-9

MERTEHIKIAN, Eduardo, *Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación. (Comentario al fallo “Criscuolo E. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”)*. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1998-D, p. 665.

MONTI, Laura M. *La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa*, Libro Organización administrativa, función pública y dominio público, Ediciones Rap, 2005,

MORA, Ángela Rosalía y **TRIONFETTI**, Víctor Rodolfo *El nuevo paradigma de la responsabilidad estatal*, en Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015,

MOSSET ITURRASPE, Jorge y **PIEDECASAS**, Miguel (dir), *Código Civil*, comentado, *Responsabilidad Civil* (arts. 1066 a 1136) Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.

NEGRI, Nicolás J, *Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial*, RCCyC 2016 (diciembre), 59

NEGRI, Nicolás, *La doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires y su vinculatoriedad*, Revista La ley 21/08/2020, 6

NEGRI, Nicolás Jorge, *Ley de Responsabilidad Estatal: una aproximación sistemática a la nueva normativa*. DJ26/11/2014, 93,

NIETO, Alejandro, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en Revista de Administración Pública, N° 37, enero-abril de 1962

NIKKEN, Pedro *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista IIDH 58 Vol. 52

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina*, Revista de Derecho 05, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay, 2010

OTEIZA, Eduardo (coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2011.

PALACIOS VALLEJOS, Ramiro C y **VALENZUELA**, Yanina, Análisis de la responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires: RDA 2017-113, 817,

PEREZ HUALDE, Alejandro, *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho administrativo* AFDUDC, 12, 2008, 747-770

PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*, SJA 30/8/2006, JA 2006–III–1141,

PERRINO, Pablo E, *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LA LEY 24/08/2011 • LA LEY 2011-E 7150

PERRINO Pablo Esteban, *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, (Ley 25.6.944 comentada)* 1era Edición, Ciudad Autónoma de Buenos, La Ley 2015

PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en "La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos los tribunales locales"*, Cels. Editores del Puerto, 2004

PREVOT, Juan Manuel, *¿Hay causalidad en la omisión?* DJ27/12/2006, 1219 - RCyS2006, 164.

QUIRÓS, Pablo O, *La responsabilidad del Estado por omisión antijurídica a raíz de obligaciones impuestas por la costumbre*, LLGran Cuyo2012 (julio)

RAMOS MARTINEZ, María Florencia, *La responsabilidad del Estado por omisión*, Revista La Ley 30/11/2018.3, pág., 266 - RCyS2019-II, 57

RASCHETTI, Franco, *La responsabilidad del Estado por omisión y las pautas que rigen su configuración*, SJA 06/09/2017, 47

RASCHETTI, Franco, *Valoración crítica de la responsabilidad del Estado de la Provincia de Entre Ríos, Algunos desaciertos de la novel normativa*, El Dial, Albrematica S.A.06/5/201

REALI, Ramón Alberto - *El Estado de Derecho*, en Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture (Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957).

REBOLLO, Luis Martín, Conferencia inaugural de las Jornadas sobre responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, organizadas por la Universidad Austral, del 28 al 30 de junio de 2000

REIRIZ, María G.: *Responsabilidad del Estado*, en "El Derecho Administrativo Argentino, Hoy", Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996

REY VÁZQUEZ, Luis E., *La responsabilidad del Estado en las provincias argentinas*, La Ley 18/02/2020, 1

RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, Paris, 1977, última edición

ROSATTI, Horacio, Director, *Ley 26944 de Responsabilidad del Estado*, Análisis crítico y exegético, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 1ra. Edición.

ROSATTI, Horacio, *Progresividad y operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales en una sociedad en conflicto*, presentado en el marco del J20, Panel 1 Derechos y Equidad, 9 de octubre de 2018. Publicado en VV.AA., "Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

RUIZ, María Fernanda, *Principio de progresividad en materia de derechos y acciones sociales en el fuero Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires*, CABA, Editorial Albrematica S.A., 2021

SÁ ZEICHEN, Gustavo, *La responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración. El caso de los entes reguladores de servicios públicos*, Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1998, enero diciembre 1998, año 10, N° 27/29, Director Juan Carlos Cassagne

SABALÚA, Francisco M, *Responsabilidad estatal por omisión antijurídica. Otro paso hacia su consagración plena en el contencioso administrativo bonaerense*, Revista de Derecho Administrativo N° 118, julio-agosto, 2018,

SABSAY, Daniel A, La reforma constitucional 20 años después, Revista Derecho Público. Año III, N° 9. Ediciones Infojus 2015, pág. 156, Id SAIJ: DACF150096

SALOMONI, Jorge Luis, *De nuevo sobre la Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la argentina*, Actualidad en el Derecho Público N°15-16, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001

SALOMONI, Jorge L; *La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina*, Revista La Ley

SALVATELLI, ANA, *Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión*, Revista RAP Número 465, junio 2017

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*. Parte general, Madrid Tecnos 2011 7ma edición.

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,

SARMIENTO GARCIA, Jorge, *Existen reglas comunes a la responsabilidad patrimonial publica dl Estado y de sus agentes y a la de los particulares*, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado I, Director 1era Edición, enero de 2015, Directores Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni

SARMIENTO GARCIA, Jorge H, *Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley*. LA. LEY 11/03/2014, 1, LA LEY 2014-B, 563.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

SCHREGINGER Marcelo J, *Análisis preliminar y comparado del anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado para la provincia de Buenos Aires*, ADLA 2021-12, 27 05.

SESIN, Domingo, *La responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba*, Revista RAP 426, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Buenos Aires RAP 326, 2006. Ediciones Rap,

SPOTA, Alberto, *Responsabilidad por hecho ilícito negativo*, JA, 70-16; Colombo, Culpa por omisión y daño futuro, LL, 31-785,

TONELLI, Pablo, *Bases actuales de la responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires. ¿Es necesario que se sancione una ley de responsabilidad estatal en la Ciudad de Buenos Aires?* ED, [258] -13/06/2014, nro. 13.504, 2014

TRIGO REPRESAS, Félix A, *Hecho ilícito por omisión*, R. R. C. y S., La Ley, Buenos Aires, Año VIII, N° III, marzo de 2006,

USLENGHI, Alejandro, *La responsabilidad por omisión*, Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.994, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial*, RCyS2015-IV, 38

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M., *Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar*, Revista La Ley, 10/09/2014, 6 – La Ley 2014, -E, 276.

FALLOS CITADOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Velázquez Rodríguez c/Honduras, sentencia de 29 de julio 1988. Serie C N° 4, párr. 166CIDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile “Sentencia del 26/9/2006, Serie C No. 154, párrafos. 124 y 128

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128.

Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, 31 de enero de 2006, párrafo 123 . González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 280

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142, Ximenes López vs. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006

Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús vs. Brasil", Sentencia de 15/07/2020.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Sesto, Vicente y otro c/ Gobierno Nacional., 1864, Fallos: 1:317;

Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional”, 1933, Fallos: 169:111

F.C. Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios,1938, Fallos:182:5

Franck, Roberto Ángel c/Provincia de Buenos Aires, 1969, Fallos: 275:357

Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires s/daños y perjuicios, 18/12/1984, Fallos:306:2030

Santa Coloma, Luis Federico y otros, 1986 Fallos: 308:1160;

Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina. Fallos: 308:1118; 1986

Ruiz, Mirta Edith y otros c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios, 07/01/1989, Fallos:312:2138

Maschio, William E. c. Ferrocarriles Argentinos s/laboral", 24/8/1989. Fallos: 312:1382;

Sarro, Antonio y otros c/ OCA S.R.L. y otros (Buenos Aires, Provincia de) s/ daños y perjuicios...27/12/1990, Fallos: 313:1636

Lanati, Marta Noemí y otros c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ daños y perjuicios (sumario).02/07/1991. Fallos: 314:661

Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros.07/07/1992, Fallos: 315:1492

De Gandía, Beatriz Isabel c/ Pcia. de Buenos Aires", 06/10/1992, Fallos:315:2309

Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios (incidente de beneficio de litigar sin gastos), 01/12/1992, Fallos: 315:2834

Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. 01/12/1994, Fallos: 317:1921

Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93, 07/04/1995, Fallos 318:514

Badin, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, 19/10/1995, Fallos: 318:2002,

Petric, Domingo Antonio c/Diario Pagina 12 s/amparo, 16/04/1998, Fallos: 321:885

Zacarías, Claudio H c/Córdoba, Provincia de y otros s/sumario. 28/04/1998. Fallos: 321:1124

Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios.06/07/1999, Fallos: 322:1393

Bertinat, Pablo Jorge y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios.07/03/2000, Fallos: 323:305

Campodónico de Beviacqua, Ana Carila c/Ministerio de Salud y Acción Social,- Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/amparo ley 16.986, 24/10/2000, Fallos. 323:3229

Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios...07/03/2000, Fallos: 323:318

Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios...10/04/2003 Fallos: 326:1269

Cebollero, Antonio Rafael y otros c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios. 11/06/2003, Fallos: 326:1910

Hagelin, Ragnar Eriland s/recurso art. 445 bis CJM, 08/09/2003, Fallos: 326:3260

Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.,29/06/2004, Fallos: 327:2722

Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A- s/art. 39 ley 24.557, 21/08/2004, Fallos:327:3753

Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios, 21/03/2006 Fallos: 329:759

Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, 4/6/2006, Fallos 328:205

Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios... 30/05/2006. Fallos: 329:2088

Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de c/Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios., 7/11/2006, Fallos: 329:4944

Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, 06/03/2007, Fallos: 330:563

Mazzeo, Julio Lilo y otros s/Rec, de casación e inconstitucionalidad, 13/07/2007; Fallos: 330:3248

Parisi de Frazzini, Francisca c/ Laboratorios Huilen y otros s/daños y perjuicios, 20/10/2009, Fallos: 332:2328

Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios, 22/12/2009, Fallos: 332:2842

Bea. Héctor y otro c/Estado Nacional-Secretaria de Turismo s/ daños y perjuicios” 31/08/2010, Fallos: 333:1623

Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 0/12/2011Fallos: 334:1821

Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo, 24/4/2012, Fallos: 335:452

Quilpe SA s/inconstitucionalidad, 9/10/12, Fallos: 335:198

Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios, 27/11/2012, Fallos: 335:2333

Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ Anses s/daños y perjuicios 10/2013, Fallos: 336:1642

Albo, Modesta del Valle y otros c/ Giménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios *06/11/2018, Fallos: 341:1555

Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios, 17/03/2020, Fallos: 343:184

Escalona, Martín Reynaldo y otro c/Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) s/amparo ley 16.986, 13/5/2021, Fallos: 344:1070

García, Facundo Nicolás y otros c/Municipalidad de San Isidro y ot, 03/06/2021, Fallos: 344:1318

González Domingo Avelino c / Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios, 06/09/2022, Fallos: 345:884

Ceballos, Estefanía Itatí y otro c/Dirección Nacional de Vialidad y otros s/daños y perjuicios, 20/09/2022, Fallos: 345:1025

Rodríguez, Sabrina Pamela c/Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/daños y perjuicios. 20/4/2023, Fallos: 346:326

Yancovich, Sergio Fabio c/Estado Nacional s/acción meramente declarativa de derecho, 04/07/2023, Fallos: 346:718

FALLOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

A 81298, Reboredo, Rubén O.c/. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, 11/6/2003,.

B-64.553 Gaineddu, Juan Daniel c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad s/Demanda contencioso administrativa, 23/04/2003

B.68.001 Moscuza, Carolina c/Instituto Superior General Pueyrredón S.R.L. y otro s/daños y perjuicios s/conflicto de competencia art. 7 inciso 1º ley 12.008

LP 117678 S 17/12/2014, Falcón, María Inés contra Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/Despido, SCBA LP C 118313 13/09/2017; Daulias S.A. contra

Ministerio de Economía y Producción de la Nación. Incidente de revisión SCBA LP L114059 S 26/3/2015, entre otros

LP A 75636, RSD-221-19, 6//11/2019, Morales, Pablo Adrián c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/materia a categorizar, entre otros

LP L 1177648 S 15/07/2015 Serrantes, Alfredo Clemente c/La Campagnola s/diferencia de indemnización.;

LP c 117550 S 04/0/2016 Rusconi, Daniel Fabián c/ING Bank N.V. Sucursal Argentina y otros s/daños y perjuicios, entre otros

LP C 119765 S 13/12/2017 Bobbio de Niemela, Lidia contra Clovis Internacional Corp. Suc. Argentina. Ejecución hipotecaria;

LP C 119325 S 31/08/2016: Gueli, Víctor Juan contra Fiat Auto Argentina S.A. y M. y M. Multimar S.A. Cumplimiento de contrato y daños y perjuicios

117678 S 17/12/2014, Falcón, María Inés contra Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/Despido;

LP C 118313 13/09/2017; Daulias S.A. contra Ministerio de Economía y Producción de la Nación. Incidente de revisión

A 73248 RSD.228-19 S 13/11/2019 Esso Petrolera Argentina c/Municipalidad de la Matanza s/ pretensión anulatoria,

Rc 124722 I 15/3/2022, Pompilio, Mirta Beatriz c/ Villordo, Norma Liliana y otros s/daños y perjuicios, entre muchos otros.

C 119765 S 13/12/2017: Bobbio de Niemela, Lidia contra Clovis Internacional Corp. Suc. Argentina. Ejecución hipotecaria;

LP C 110709 S 15/11/2017, Troncoso, Hugo y otros contra Parra, Antonio y otros. Daños y perjuicios; SCBA LP C 102534 S 10/08/2016, C., A. contra Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios

A 71597 RSD 96-2022 S, 24/11/2022 Heredia Mario Alfredo c/Colegio Público de Martilleros de Bahía Blanca s/impugnación de resolución. SCBA A 75807, RSD 18-2022 S 16/3/2022 Loginter S.A. c/Municipalidad de Avellaneda s/Pretensión anulatoria.

LP C 107702 S 15/07/2015, Arriaga, Jorge Omar contra E.S.E.B.A. Daños y perjuicios

LP A 72844 RSD-193:15 Estivariz, Carlos A, y ot. c/Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo

LP A 72268, RSD 287-14 S 23/12/2014 Salonia, Humberto Margheretino Cándido Fungido c/ Caja de Pre SCBA, Ac. 85.566, sent. del 25-VII-2002; Ac. 91.478, sent. del 5-V-2004, entre otras

LP C 117832, 17/12/2014 García, Evangelina contra Andreoli, Ricardo Alberto. Ejecución Hipotecaria, entre mucha otra visión Social para Abogados s/pretensión anulatoria

A 73853 S 14/02/2018, Bahía Petróleo SA c/Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca. Restablecimiento de derechos,

LP A 74932 17/10/2018 Martin, Eduardo Luis c/Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/Pretensión Anulatoria ...

C 122303 S 25/02/2021 Dadario, Rubén Oscar y otra / Álvarez Antonio y otros s/ Daños y perjuicios" y su acumulada Chiapero, José Carlos y otros c/ Álvarez, Antonio y otros s/ Indemnización de daños y perjuicios;

Rc 120573 I 31/08/2016: Cabrera, Gabriel Emmanuel contra Sardi, Alejandra Andrea. Daños y Perj. por uso Automotor. (contra Les. o Muerte)

A 73677 RSD-43-21 S 24/02/2021, Álvarez, Diego Antonio y otros c/ Fiscalía de Estado (Prov. de Bs. As.) s/ Expropiación inversa. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal

A 73133 S 08/11/2017 Valdez, Blanca Edith contra I.P.S. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal

AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata t otro s/daños y perjuicios

Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

Ac. 79002, 17/7/2002, Zapata, Irma Nelly c/Iovonovich, Lorena y otro s/daños y perjuicios”

B- 64. 474, 19/3/2003, Colegio de Abogados de La Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/amparo

Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios.

B-65.238. 5/11/2003. T.F.A. C/ Provincia de Buenos Aires s/amparo

Ac. 90.965 30/11/2005, P., L.B. c/Cernecca, Héctor Mario y otros s/daños y perjuicios

C 88159. 20/12/2006, Konrad, Carlos Alberto c/ESEBA S.A. s/daños y perjuicios

Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

C.92.854, 13/12/2006 Lencina, Rosana Silvia y otro c/ Silva, Jorge Omar s/daños y perjuicios.

AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

Ac. 81.917, 30/04/2003, Carabajal, Miguel Ángel c/Municipalidad de Tigre y otro s/daños y perjuicios

C. 89.545, 8/3/2007, González, Marcelo Adrián c/Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios

Ac 73526 23/2/2002, Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj s/daños y perjuicios

AC 70593 28/11/1999 Padovani de Marchan, Graciela Patricia y otro c/Municipalidad de la Plata y otro s/daños y perjuicios

C. 90.664, 11/4/2007, Acuña, Luis E y otros c/Rosano, Mariano E. y otros s/daños y perjuicios

C. 93.859. 14/11/2007, Mansilla, Delfina c/Sosa, Eduardo y otros s/daños y perjuicios

98541, 10/9/2008 “E.A. y otro c/Daguerre, Jorge Raúl y otros s/daños y perjuicios

C. 90.664, 11/4/2007, Acuña, Luis E y otros c/Rosano, Mariano E. y otros s/daños y perjuicios;

C. 93.859. 14/11/2007, Mansilla, Delfina c/Sosa, Eduardo y otros s/daños y perjuicios

C.97.458,18/2/2009, Suárez, Herben c/Baumgartner, Ernesto y otros s/Daños y perjuicios

C. 89.545, 8/3/2007, González, Marcelo Adrián c/Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios

69.485,30/9/2009, Lobato, Lidia Esther c/Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios 30/9/2009

C.107.242, 14/4/2010. Robledo, Benjamín Doselin c/Municipalidad de Quilmes y otro s/daños y perjuicios

Originario C 105.743 7/7/2010, Carrizo María Rafaela c/Sindicato de Choferes de camiones y otros s/sentencia definitiva. Originario C 105.743 7/7/2010

C 105.374 22/12/2010, Vega, Agustín José y otros c/Municipalidad de General Pueyrredón y otros s/daños y perjuicios C 105.374 22/12/2010

A. 69.602, 4/12/2013 O.G.E. y otros c/L.M. y Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios Otero, Julio c/Camino del Atlántico s/daños y perjuicios

C 110.499, 26/3/2014, Rojas, María Gabriela .M. G y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios

C-111.115 3/12/2014 Brandan Sara y otros c/Municipalidad de General Pueyrredón y otros s/daños y perjuicios.

A. 71.596 2/3/2017, Cabral, Elma Elsa c/Policía de la Provincia de Buenos Aires y ot s/Pretensión Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de Ley

,A-71.596, 25/10/2017, Squassi, Andrea Carolina c/Policía de la Provincia de Buenos Aires y ot s/Pretensión Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Yane, Salvador c/Municipalidad de General Alvarado. Demanda Contencioso Administrativa originario 27/12/2017

C 119370, Hernández, Alejandro y otro c/Municipalidad de Tres Arroyos y otros s/daños y perjuicios 9/5/2018

A. 73.628, 3/10/201/, Mercadante, María Inés c/Scarpato, Antonio y otro s/daños y perjuicios. 3/10/2018”¹

C 91.336. 18/11/2018. Mazza, Claudio Alberto Y Zaffora, Gladys Miriam c/Acosta, Alcides R y otros s/Indemnización daños y perjuicios, daño

A 72474 García, Mabel Adriana c/ Poder Ejecutivo s/pretencción indemnizatoria. Recurso Extr SCBA B.65.844, 107/7/2019,

B.65.844, 107/7/2019, Auge, Hugo Eduardo c/Municipalidad de Cañuelas. demanda contencioso administrativo., originario

C.121.449, 10/7/2019, Becerra, Juan Antonio c/Fioretti, Raúl Oscar y otra s/daños y perjuicios y su acumulado “

Sargado, Marta Noemí contra Provincia de Buenos Aires 10/7/2019 causa C 121.449

S.C.J.M., Norton, María C. c. Municipalidad de Godoy Cruz, Revista La Ley, 1997-B-92

