



Responsabilidad extracontractual del Estado por omisión a deberes genéricos en la Ley 26.944

Primera Parte: La tensión entre la nueva norma y la jurisprudencia tradicional

Por María Luz Zanvettor¹

I. Introducción

En este trabajo efectuamos un análisis de la recientemente sancionada ley de responsabilidad del Estado N° 26.944 respecto de la responsabilidad de la Administración Pública cuando incurre en la omisión a deberes genéricos, poniendo de manifiesto las falencias de la norma en torno a esta temática.

Hasta la llegada de la nueva ley, en Argentina no habíamos tenido una norma específica sobre responsabilidad del Estado. Antes bien, esta materia ha sido objeto de elaboraciones pretorianas durante más de cien años de historia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal que fue estableciendo, a través de sucesivos fallos, en qué casos y de qué forma el Estado debía responder.

Según surge de la exposición de motivos vertidos durante el tratamiento de la Ley N° 26.944 en el Senado, ésta fue sancionada ante la necesidad de pautas normativas que regulen la responsabilidad de un Estado presencial, en contraposición a un Estado que en años anteriores limitaba sensiblemente sus funciones pero ampliaba su responsabilidad. Veremos si ese objetivo ha sido efectivamente logrado.

En esta primera entrega, nos abocamos al análisis de los estándares clásicos fijados por el Alto Tribunal en materia de responsabilidad por omisión y su confrontación con la Ley N° 26.944, mientras que en la segunda encaramos una de las facetas más complejas del nuevo escenario normativo, vinculada precisamente con la omisión estatal que se traduce en la lesión de derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Finalmente, realizamos un balance del impacto de la nueva legislación en relación a esos desafíos impuestos por el ordenamiento constitucional.

II. La responsabilidad por omisión en la jurisprudencia

En cuanto a la responsabilidad del Estado por actividad administrativa ilegítima, la jurisprudencia de la Corte exige: 1) un daño cierto y actual, 2) la relación de causalidad, 3) la imputación jurídica de la conducta al Estado y 4) la falta de servicio.

La Ley N° 26.944 se hace eco de tales presupuestos en sus artículos 3 y 4. La primera de aquellas disposiciones fija como presupuestos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) un daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue, y d) la falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de una deber normativo de actuación expreso y determinado.

Por su parte, el artículo 4 fija como requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima, a los siguientes: a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño, y –como presupuesto característico de la figura- e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

¹ Abogada (UNC), Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral), Profesora de Derecho Administrativo (Universidad Blas Pascal), Profesora ayudante de segunda en la materia Derecho Administrativo – Cátedra Dr. Carlos Balbín (UBA), Adscripta en las materias Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Derecho Público Provincial y Municipal (UNC).

Hemos notado que no surge de tales artículos ni de la ley en su conjunto que se haya incluido a la responsabilidad del estado por omisión a deberes genéricos, sobre la cual ya la Doctora Kemelmajer de Carlucci esbozó ideas directrices para esta especie de responsabilidad en la causa *Torres*², y que, además, había sido objeto de expreso reconocimiento por la Corte Federal en los casos *Mosca*³ y *Zacarías*.⁴

Más aun, el artículo 3 inciso d) es determinante al prescribir que la omisión ilícita solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Es decir que excluye de manera expresa la responsabilidad por omisión a un deber genérico.

En este punto, notamos un claro apartamiento de la ley en relación a la jurisprudencia de la Corte.

Es cierto, por un lado, que el tribunal ha sido conteste en rechazar la posibilidad de invocación de un deber genérico de bienestar general y seguridad como causal de imputabilidad, para evitar de esa forma la configuración de responsabilidad estatal por cualquier incumplimiento no detectado. Así, expresó en el precedente *Cohen* que “el deber genérico de bienestar y seguridad 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 este haya tenido lugar autoriza per se a presumir que da mediado una omisión culposa (...). 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”.⁵ Dicho de otro modo, la ecuación que conduciría al ya conocido Estado asegurador.⁶

Sin embargo, no es menos cierto que en los ya citados precedentes *Mosca* y *Zacarías*, el tribunal había admitido la posibilidad de imputar responsabilidad por omisión a deberes genéricos, siempre y cuando ello fuera realizado con carácter restrictivo. Así, la Corte distingue entre los casos de omisiones a mandatos expesos y determinados en una regla de derecho de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La configuración de omisión antijurídica en el segundo caso 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.⁷

De ese modo, y pese a que los redactores de la ley sostuvieron que esa disposición receptaba la jurisprudencia de la Corte en *Mosca* y *Zacarías*,⁸ lo cierto es que en dichas resoluciones el Alto Tribunal admite un segundo supuesto de omisión antijurídica diverso del contemplado en la norma, que es aquél que se configura frente a mandatos generales e indeterminados e involucra la ponderación -con criterio restrictivo- de los medios disponibles por el Estado, el lazo que une a la víctima con la autoridad y el grado de previsibilidad del daño.

Esta segunda alternativa se encuentra ahora desechada por el dispositivo legal,⁹ 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.

La primera referencia es, entonces, que la ley ha optado por seguir un criterio sumamente restrictivo en materia de responsabilidad por omisión, que se aparta incluso de la severa línea que venía planteando el Alto Tribunal.

Como veremos en la segunda entrega, esa decisión de limitar la responsabilidad por omisión puede tensionar con los compromisos que nuestro país ha asumido en materia de DESC, en especial si tiene en cuenta para la configuración del contenido de esos derechos a los diferentes estándares fijados por el máximo tribunal.

²SCMendoza en Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza del 04/04/1989 publicado en la LEY 1989 - C, 514 - DJ 1990-1, 191.

³“Mosca, Hugo Arnaldo c. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s. daños y perjuicios”, CSJN, Expte. M. 802.XXXV, sentencia del 6 de marzo de 2007.

⁴Fallos: 321:1124.

⁵Fallos: 239:2088 -206-.

⁶CANDA, Fabián O. (2008) “La Responsabilidad del Estado por omisión (Estado de Situación en la Jurisprudencia de la CSJN)” en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público - Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Rap, 2008, págs. 139/188.

⁷CSJN, *Mosca*, 2007, Fallos: 330:563, Cons. 6.

⁸Cámara de Senadores de la Nación, Comisión de Asuntos Constitucionales, versión taquigráfica de la reunión del 17 de junio de 2014, con la exposición del Profesor Dr. Patricio Sammartino. Disponible en <http://eventos.senado.gov.ar:88/14288.pdf>

⁹v. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, 1ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2014, p. 690; BRUNO DOS SANTOS, Marcelo, “Una mirada crítica de la responsabilidad del estado por omisión en espectáculos deportivos. Un camino a recorrer después del caso “Mosca””, en GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 7, 1ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2013, cap. XXXIII.