

Omisión lícita y Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado⁽¹⁾

JULIO PABLO COMADIRA



1. Introducción

Uno de los capítulos más complejos y, a la vez, más atractivos de la responsabilidad del Estado es el que se ocupa de esta cuando resulta comprometida por la inactividad u omisión estatal. Puedo bosquejar una primera definición de la responsabilidad del Estado por omisión ilícita señalando que ella, en el ámbito del derecho administrativo, tiene lugar cuando un poder público en ejercicio de alguna de las funciones estatales omite la realización en forma total o adecuada de la conducta

(1) Este trabajo reproduce las ideas —incluyendo aquí alguna breve ampliación— que en su momento expusiera bajo el título “La responsabilidad del Estado por omisión lícita y la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944”, en M. M. Ivanega, y R. Rivero Ortega, (coords.), *Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la Ley 26.944*, RAP 437, p. 193 y ss. Con anterioridad, me había ocupado de la responsabilidad del Estado por omisión lícita e “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Bs. As., 2008, p. 397 y ss., y en “La responsabilidad del Estado por su omisión lícita: la necesidad de su reconocimiento”, en J. Rodríguez Arana Muñoz; J. Fernández Ruiz; L. J. Béjar Rivera; M. Rodríguez y M. Retortillo (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Universidad Panamericana, XIII FIDA, ESPRESS, México, DF, 2014, p. 41 y ss. Ambos trabajos son anteriores a la ley 26.944.

a la que estaba obligado y esta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas.⁽²⁾

Ciertamente, el tema dista mucho de estar superado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En ambos terrenos, las soluciones son dispares, cuando no contradictorias, sin poder determinarse una línea uniforme de pensamiento.

En esta oportunidad es mi intención profundizar en una cuestión específica de la responsabilidad del Estado por omisión, que no ha merecido la mayor atención por parte de la doctrina: me refiero a la responsabilidad del Estado por omisión lícita.

Adelanto, desde ahora, que mis conclusiones —o, en rigor de verdad, interrogantes, dudas o cuestionamientos— no van en la línea de la doctrina mayoritaria sino que procuran iniciar o reabrir el debate sobre un punto que, en mi opinión, aún no está concluido. Es más, creo que, como veremos, si se entendiera que la nueva ley de responsabilidad del Estado excluye la posibilidad de que se configure un supuesto de responsabilidad estatal por omisión lícita podría, en ese punto, considerársela inconstitucional. Por ello, habrá que superar, eventualmente, la interpretación literal de la norma para privilegiar otra que hunda sus cimientos en la propia Constitución Nacional.

2. La cuestión en la doctrina

El tema de la responsabilidad del Estado por omisión lícita no suele ser abordado por los autores que se ocupan de la responsabilidad del Estado por omisión y, si se refieren a ella, por lo general lo hacen para descartar su viabilidad jurídica por entender que se trataría de una contradicción lógica insalvable.

(2) Este concepto, con cita nuestra, es reproducido en USLENGHI, ALEJANDRO, "La Responsabilidad del Estado por omisión", en M. M. Ivanega y R. Rivero Ortega (coords.), *Responsabilidad del Estado: apuntes...*, op. cit., p. 170. En un sentido similar, Canda afirma que "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 efectivamente sucedido". CANDA, FABIÁN O., "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*, RAP, Bs. As., 2008, p. 147.

Este último es el caso del autor español Gómez Puente quien, partiendo de la idea de que la responsabilidad del Estado por omisión es siempre subjetiva —criterio que, en lo personal, no comparto— afirma:

En materia de perjuicios causados por omisión administrativa, la antijuridicidad del daño no es distinguible o separable de la idea de culpa (...) Solo en hipótesis, en efecto, cabe plantear una responsabilidad objetiva, por omisiones administrativas lícitas, inherentes al funcionamiento normal, sin infracción del deber de diligencia funcional. Ello se debe a que la causa del daño, una omisión, solo puede concretarse previa contemplación de un deber de actuar ante una situación dada que permite aislar y diferenciar, como hecho omitido dañoso, la pasividad de la Administración en un momento dado. Quiere decirse que, a diferencia de la acción que constituye un hecho positivo y por sí sola revela su existencia, sea o no lícita, la omisión solo puede concretarse por relación a una situación dada y un obrar necesario asociado a esta.⁽³⁾

Agrega, también, que la antijuridicidad de los perjuicios que permite recurrir al carácter objetivo de la responsabilidad alude a la inexistencia de una obligación legal de soportarlos. Por ello, continúa, si el daño deriva de la actitud pasiva de la Administración, si no existe obligación legal de soportarlo, o si es ilegal, es porque aquella tiene el deber de evitarlo actuando o, lo que es lo mismo, la antijuridicidad del daño se identifica con la antijuridicidad de la omisión.⁽⁴⁾

En definitiva, podríamos resumir el argumento indicando que, según la tesis del autor en comentario, hay una contradicción insalvable entre licitud y responsabilidad por omisión, pues siempre la omisión lo es en referencia a un deber legal de actuar y, si este no existe, no hay omisión ni lícita ni ilícita.⁽⁵⁾

(3) GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 771.

(4) GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad...*, op. cit., p. 772.

(5) En la misma orientación, Rosatti postula que no puede haber responsabilidad del Estado por inactividad legítima pues "... el fundamento lógico (...) radica en que no podría hacerse responsable a quien no hace algo que no está obligado a hacer. Dicho de otro modo, no puede haber omisión cuando no se está obligado a una previa acción", ROSATTI, HORACIO (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 554.

Desde otro ángulo, de Ahumada Ramos cuestiona esas conclusiones. En concreto, señala que, si bien desde una perspectiva estrictamente formal es evidente que el razonamiento de Gómez Puente es correcto, aunque —aclara— suprimidas todas las alusiones al elemento subjetivo de la culpa que presenta como necesariamente existente en todos los supuestos de responsabilidad por omisión, cabría indagar —sostiene— en las situaciones en las que, en virtud de dos normativas diferentes, quepa estimar si la lesión de un derecho es imputable a la Administración tanto si esta actúa en un sentido como en otro o, incluso, si no actúa. En esa inteligencia, pone como ejemplo un supuesto en el que,

... teniendo encomendada la Administración la protección de unos determinados derechos o intereses legítimos (que serán entonces intereses jurídicamente protegidos), aprecie, sin embargo, de modo razonable, en ejercicio de otras previsiones normativas (lo que podría ser objeto de examen por el Tribunal que examine el caso) que, de llevar a cabo aquellas medidas protectoras, la Sociedad sufriría males de mayor gravedad —incluso muy graves objetivamente— que lo que comportará la lesión de los derechos de los particulares afectados. En tales casos, que no son quiméricos (piénsese en los supuestos de “estados de excepción”), la omisión administrativa podrá ser ciertamente contraria a un principio jurídico formal, pero el principio “salus populi suprema lex” nos conducirá a estimar dicha actuación como un funcionamiento “normal” de los servicios públicos. Y dado que tal omisión puede dar lugar a la lesión de los derechos de los particulares concretos habrá lugar a la correspondiente indemnización, no obstante ese funcionamiento normal del servicio.⁽⁶⁾

Sin embargo, de Ahumada Ramos no postula que hay responsabilidad por omisión lícita, sino que propone “la posibilidad de considerar algunos supuestos de responsabilidad por omisión administrativa de un deber como encuadrables en el funcionamiento normal”. Es decir, plantea la existencia de una omisión ilícita que, en determinados casos, no lleva de suyo un funcionamiento anormal de los servicios públicos pero que, sin embargo, impone el deber de resarcir el daño causado. En definitiva, responsabilidad

(6) DE AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 337.

por el funcionamiento normal de un servicio público por el que el Estado debe resarcir al causar un daño por una omisión antijurídica.

Por mi parte, encuentro contradictoria, en principio, la existencia simultánea del funcionamiento normal del servicio público y de una omisión ilegítima. Parecería que si la Administración incurre en una omisión ilegítima el funcionamiento del servicio público es anormal. En mi entender, podría llegar a concebirse que en el pensamiento de este último autor ha triunfado la fuerza normativa de lo fáctico mediante el otorgamiento de estatus de normalidad a la ilegalidad.

En Francia, la responsabilidad del Estado por omisión lícita parece tener carta de ciudadanía. Allí se sostuvo que la sentencia “Coutéas”⁽⁷⁾ del 30 de noviembre de 1923 “permitió al Consejo de Estado admitir por primera vez que cuando la Administración se abstiene legalmente de actuar ella puede comprometer su responsabilidad en la medida en que el perjuicio que causa no pueda mirarse como ‘una carga que incumbe normalmente’ a la víctima”.⁽⁸⁾

En esa misma línea, se ha afirmado que se compromete la responsabilidad de la Administración *sans faute* cuando por motivos de interés general ella no toma las disposiciones que debería normalmente adoptar.⁽⁹⁾ Así,

(7) En el caso, por demás interesante, el Tribunal de Sousse en su sentencia del 13 de febrero de 1908 había ordenado la conservación de la posesión que ejercía el actor sobre unas parcelas de tierra del campo Tabia-el-Houbira (Túnez), para lo cual le había reconocido el derecho de expulsar a todos los ocupantes. Ahora bien, Coutéas varias veces había solicitado a las autoridades competentes la ejecución de aquella decisión jurisdiccional pero, sin embargo, el gobierno francés siempre le negó la ayuda de la fuerza militar —que se consideraba indispensable para ejecutar la medida— con fundamento en los graves disturbios que ocasionaría la expulsión de los numerosos indígenas naturales de esas tierras que se consideraban ocupantes legítimos desde tiempos inmemoriales. Es decir, Coutéas no podía obtener del gobierno francés —que argumentaba razones de peligro para el orden y la seguridad— la ejecución de una sentencia que le reconocía el derecho de propiedad sobre un campo y a expulsar a quienes lo ocupaban. Por ello, el Consejo de Estado sostuvo, en síntesis, que si bien la parte garantizada por una sentencia está en su derecho a contar con la fuerza pública para la ejecución del título que le fue otorgado, el gobierno tiene el deber de apreciar las condiciones de esa ejecución y de denegar el auxilio de la fuerza armada cuando estime que existe peligro para el orden y la seguridad; pero, en este caso, si el perjuicio que resulta de esa negativa se prolonga por cierto tiempo, no puede constituir una carga que normalmente deba soportar el interesado, de modo tal que compete al juez determinar el límite a partir del cual debe ser soportada por la colectividad.

(8) PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa*, J. M. Carrillo Ballesteros (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 217.

(9) LONG, MARCEAU; WEIL, PROSPER; BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, PIERRE y GENEVOIS, BRUNO; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 2001, 13^e édition, p. 262.

se postula que ello ocurre en tres hipótesis:⁽¹⁰⁾ 1) la falta de ejecución de una decisión de la justicia;⁽¹¹⁾ 2) la falta de reestablecimiento del orden público;⁽¹²⁾ 3) la falta de aplicación de una decisión administrativa.⁽¹³⁾

En el derecho argentino, Mellid ha señalado que

... en punto a la antijuridicidad de la omisión, cabe tener en cuenta que el no acatamiento de un mandato jurídico de obrar no implica de por sí una conducta antijurídica, porque pueden mediar razones especiales que la autoricen [agrega que en esos supuestos] existirá una omisión (...) pero esta será lícita [y] en razón de ello, no cabe descartar la posibilidad de admitir —en el ámbito de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita— el resarcimiento de daños producidos por omisiones que no revisten el carácter de antijurídicas [y en glosa concluye que] en este caso, el Estado responderá por omisiones lícitas, no ya porque no se hubiese encontrado obligado a actuar, sino porque omitió hacerlo justificado por un estado de necesidad, a efectos de evitar un mal mayor, o por razones de interés público (p. ej., frente a situaciones de desorden público o ante calamidades generales).⁽¹⁴⁾

Es decir, la autora en cita admitiría la responsabilidad del Estado por omisión lícita cuando medie un “estado de necesidad”.

Por su parte, Canda sostiene que

... no es descabellado pensar en hipótesis en las que el Estado pueda omitir obrar lícitamente, generando con su inactividad un

(10) LONG, MARCEAU; WEIL, PROSPER; BRAIBANT, GUY; DEVOLVÉ, PIERRE y GENEVOIS, BRUNO; *Les grands...*, op. cit., p. 262. Ver la jurisprudencia allí citada de la que se extraen las tres hipótesis mencionadas en el texto.

(11) Tal el caso antes citado “Couitéas” relativo a la falta de concurso de la fuerza pública para asegurar una decisión de la Justicia contra un particular. Esta jurisprudencia es receptada en el art. 16 ley 91.650 del 09/07/1991 en virtud del cual el Estado debe prestar su concurso para la ejecución de las sentencias y de otros títulos ejecutorios y, su negativa hacerlo, genera el derecho a reparación (art. 16: “*L’Etat est tenu de prêter son concours à l’exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l’Etat de prêter son concours ouvre droit à réparation*”).

(12) Se trataría de supuestos en los que la policía se abstiene de actuar en caso de perturbación del orden público con fundamento en la idea de que la intervención de la fuerza pública, lejos de reestablecer el orden, puede agravar los desórdenes.

(13) Se vincula con las hipótesis en las que la Administración no aplica una reglamentación.

(14) MELLID, SUSANA M., “La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de resolver”, *EDA*, 2004, pp. 708/709.

perjuicio que, en razón de constituir un sacrificio especial para quien padece la omisión legal, corresponde sea indemnizado [y agrega que] aventuramos que, en un estadio posterior de desarrollo, acabe por admitirse la responsabilidad del Estado por omisiones lícitas, en la medida en que la omisión se funde en una causa de justificación válida y exija de quien la padezca un sacrificio especial que no tenga el deber de soportar.⁽¹⁵⁾

Sobre este último aspecto, parece dudoso —al menos—, tener que acudir al concepto de “estado de necesidad”. En efecto, como veremos más adelante, la cuestión en estudio remite, en definitiva, a la potestad del Estado para sacrificar derechos subjetivos patrimoniales por causas de interés público y, en este sentido, se ha dicho que cuando “... el Estado así procede no necesita para legitimarse de la concurrencia de causales de justificación. Su actuación es, en esos casos, intrínsecamente legítima aunque resulte dañosa”.⁽¹⁶⁾

Por mi parte, creo que, simplemente, habría que admitir —en determinados supuestos especiales—, la posibilidad de que resulte comprometida la responsabilidad del Estado por una omisión lícita o legítima. Voy a intentar justificar mis dudas, primero, con algunos ejemplos.

3. Algunas hipótesis de trabajo

Supongamos que la Administración es alertada de la futura producción, por causas naturales, de una inundación que afectará a tres campos de propietarios distintos. Ante ello, y teniendo en cuenta que estaba en sus planes inundar dos campos para realizar obras fluviales que beneficiarían a un centro urbano, indemnización por actividad lícita de por medio, decide evitar únicamente la inundación de uno solo de los campos, elección esta que es efectuada discrecionalmente. Es decir, podría haber elegido dos terrenos de cualquiera de los tres. El Estado tenía la posibilidad de actuar deteniendo la inundación y no lo hizo porque optó por realizar las obras para toda la comunidad. Se entiende, claro está, que de no realizar las

(15) CANDA, FABIÁN O., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 146.

(16) COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Bs. As., LexisNexis/AbeledoPerrot, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 371. Este trabajo que se cita ha sido también incluido como estudio complementario en COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 1576.

obras fluviales el Estado debía impedir que se inundaran los tres campos. Frente a este panorama es posible preguntarse: ¿es justo que los titulares de los dominios elegidos discrecionalmente deban absorber todo el perjuicio en beneficio de la población?, ¿cuál es la razón que justifica distinguir entre dejar que se inunde e inundar para realizar obras fluviales y afirmar que solo este último caso genera responsabilidad del Estado por actividad lícita?, ¿es justo que el Estado permita por omisión que se inunde un campo —cuando podía y en principio debía evitarlo— para impedir que se inunde una población y que el dueño del fundo sea el único que soporte toda la carga? De nuevo, ¿hay diferencias sustanciales entre estos supuestos y la expropiación?

Otro caso. Imaginemos la hipótesis de una manifestación popular en el marco de una grave crisis social, económica, financiera, política e institucional en la que algunos participantes provocan serios destrozos y, finalmente, el incendio de la casa de un particular, mientras son observados por personal de las fuerzas de seguridad apostados en el lugar, quienes en ningún momento intervienen ni procuran dispersar a los culpables de los ataques.

Si el Estado argumentara que las fuerzas de seguridad no intervinieron pues, de lo contrario, se hubiera generado entre los participantes de la manifestación un mayor malestar y agresividad que hubiera derivado en un aumento del número de quienes causaban destrozos, mayores daños para muchas otras viviendas y, muy probablemente, víctimas fatales, entiendo que, razonablemente —acreditados tales extremos— podría considerarse que la omisión de intervenir fue legítima. Ahora bien, ¿es justo, nuevamente, que, en este caso, solo el titular de la propiedad destruida o incendiada deba soportar todos los daños?

Estas situaciones son, entonces, las que me llevan a pensar que no es factible rechazar, sin más, las hipótesis de responsabilidad del Estado por omisión lícita.

Ciertamente, hay una omisión pues, siendo competente y resultando fácticamente posible la realización de la conducta que podría haber evitado el daño en los ejemplos mencionados —en un caso, la inundación de los campos; en el otro, la protección del inmueble del particular—, el Estado se abstiene de actuar. Esto es, la omisión está configurada por la inactividad del Estado no obstante la competencia para actuar y la posibilidad real de ejecutar la conducta omitida. Está claro que si hubieren sido otras las circunstancias debería haber actuado. Y creo que tampoco

podría dudarse, en principio, de la legalidad de la omisión. Parecería que se trata de supuestos de ejercicio razonable de una atribución preponderantemente discrecional. En ese marco, en consecuencia, podríamos concluir que también ciertas omisiones comprometen la responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima—omisiva, en el caso—.

4. El fundamento para admitir la responsabilidad del Estado por omisión lícita

Es decir, se trataría de supuestos que se inscribirían en el marco de la potestad estatal de sacrificar derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de bien común.⁽¹⁷⁾ Y que, con fundamento en la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, la libertad y la razonabilidad, consagradas sabiamente por los constituyentes argentinos en la Norma Fundamental (arts. 14, 17, 16, 19 y 28), exigen ser reparados en los mismos términos que las demás hipótesis de daños provocados por la actividad legítima del Estado.⁽¹⁸⁾

De tal forma, es plenamente aplicable la doctrina de la CSJN en el sentido de que "... cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general— esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito".⁽¹⁹⁾

(17) En la misma orientación, PERRINO, PABLO E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", en LL 2014-C, 1078.

(18) En este sentido, mi padre afirmaba que "el fundamento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita radica en las garantías de la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad consagradas por la Constitución Nacional (arts. 14, 17, 16, 19 y 28, respectivamente), conjuntamente consideradas. No es por ello procedente acudir para explicar la situación de responsabilidad sin antijuridicidad cuando por hipótesis no exista norma administrativa expresa, genérica o específica, a la aplicación analógica de las disposiciones civiles que reglamentan el derecho de propiedad privada y las relaciones que a partir de él se generan entre los particulares". COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1519 y 1573 (en este último caso, la página corresponde al primer estudio complementario del Cap. XXII del *Curso*); y antes, en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 368.

(19) CSJN, "Distribuidora Química SA c/ Estado Nacional s/ acción declarativa", 24/05/2011, consid. 29; "El Jacarandá SA c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento", 28/07/2005, consid. 8º, Fallos: 328:2654; "Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 18/07/2002, consid. 10, Fallos: 325:1855; "Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 10/04/2001, Fallos: 324:1253; "Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de

Subyacen, en el fondo, las elementales razones de solidaridad y justicia social que impregnan y conforman el Estado de derecho.

5. La cuestión en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado

Pues bien, ¿cuál es la solución que brinda la reciente ley de responsabilidad del Estado?

Por un lado, el art. 1° dispone que “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”. A su vez, en el art. 3° se establecen los requisitos “... de la responsabilidad del Estado por actividad e **inactividad ilegítima**”, mencionándose la exigencia de la “imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal” (art. 3°, inc. b).⁽²⁰⁾

Es decir, está claro, en el marco de la ley, que el Estado responde, configurados los requisitos que menciona, por sus omisiones antijurídicas. Sin embargo, no puede sacarse la misma conclusión respecto de la responsabilidad estatal por sus “omisiones legítimas”.

En efecto, ya el art. 4° se refiere solamente a los “... requisitos de la responsabilidad estatal por **actividad legítima**”, excluyendo, a diferencia de lo que ocurre con el art. 3° antes citado, a la “inactividad”. Y, simultáneamente, el inciso b de ese mismo artículo, solo alude a la exigencia de la “... imputabilidad material de la **actividad** a un órgano estatal”. Esto es,

conocimiento”, 30/06/1998, consid. 12, Fallos: 321:1776; “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 11/06/1998, consid. 8°, Fallos: 321:1712; “Lauget Silveira, Esther y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”, 15/07/1997, consid. 7°; “Tatedetuti Sociedad Anónima, Importadora y Exportadora de Productos Frutícolas c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 15/07/1997, consid. 4°, Fallos: 320:1564; “Cía. Swift de La Plata c/ Estado Nacional Argentino (PEN.) s/ daños y perjuicios”, 27/02/1997, consid. 14, Fallos: 320:113; “Balda, Miguel Ángel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 19/10/1995, consid. 9°, Fallos: 318:1990; “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios”, 21/03/1995, consid. 5°, Fallos: 318:385; “Tejedurías Magallanes SA c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/09/1989, consid. 10, Fallos: 312:1656, y sus citas; entre otros.

(20) Los resaltados me pertenecen. Concretamente, el art. 3° ley 26.944 estipula: “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad 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 actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

nuevamente, en contraste con la regulación del art. 3º, inc. b, no se menciona a la imputabilidad material de la “inactividad”.⁽²¹⁾

Los textos anteriores llevan a concluir a Perrino —aunque refiriéndose a la ley cuando todavía era un proyecto, pero sin que el texto aprobado variara en este punto— que “... en el proyecto se intenta excluir la responsabilidad estatal provocada por omisiones legítimas”.⁽²²⁾ Por cierto, este autor critica esa intención señalando que “no obstante no ser usual que se demande al Estado por daños derivados de omisiones legítimas no hay razones objetivas que justifiquen su exclusión”.⁽²³⁾

Por mi parte, coincido con Perrino en que una interpretación literal de la norma nos podría llevar a la conclusión de que en el nuevo marco normativo está excluida la responsabilidad del Estado por sus omisiones legítimas.⁽²⁴⁾ Sin embargo, creo debe superarse esa hermenéutica para arribar a una solución acorde con los principios constitucionales a los que antes he aludido y que, precisamente, son el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal por omisiones legítimas: la garantía de la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17 CN), la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN), la libertad (art. 19 CN) y la razonabilidad (art. 28 CN).

De tal forma, aun cuando no esté regulada de manera expresa la responsabilidad del Estado por sus omisiones legítimas —o, antes bien, aun cuando la intención pareciera ser excluirla— tal circunstancia, en el marco de nuestra Constitución Nacional, no podría ser óbice para que, aplicando directamente los altos fundamentos constitucionales, se disponga la indemnización de los daños provocados por una omisión legítima estatal si se dan los requisitos necesarios para ello.

(21) El texto completo del art. 4º prevé que: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: 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; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

(22) PERRINO, PABLO E., “Responsabilidad...”, *op. cit.*

(23) *Ibid.*

(24) De hecho, Rosatti (con la colaboración de Gisella Zingaretti), al comentar el art. 4º de la ley expresa “En materia de imputabilidad material por actividad legítima, a diferencia de lo que dispone la ley para viabilizar la responsabilidad por actividad ilegítima, la cláusula excluye la inactividad estatal. El fundamento lógico en el que se basa tal exclusión radica en que no podría hacerse responsable a quien no hace algo que no está obligado a hacer. Dicho de otro modo, no puede haber omisión cuando no se está obligado a una previa acción” (ROSATTI, HORACIO (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 554).

6. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión lícita y alcance de la indemnización

Así, para que sea procedente la responsabilidad del Estado por omisión lícita,⁽²⁵⁾ deberían concurrir, en principio, los mismos requisitos que nuestro Máximo Tribunal ha exigido para responsabilizar a aquél por su actividad legítima,⁽²⁶⁾ más otro específico de la responsabilidad estatal por omisión.

De esa forma, menciono brevemente que sería necesario, **en primer lugar**, probar la existencia de un daño —presupuesto esencial—,⁽²⁷⁾ entendido como detrimento patrimonial cierto⁽²⁸⁾ y actual⁽²⁹⁾ o futuro —aunque no meramente hipotético o conjetural—⁽³⁰⁾ que, en sentido jurídico, ha sido también definido como la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales.⁽³¹⁾ Deberá demostrarse, además, que existe una lesión a una situación jurídicamente protegida.⁽³²⁾ En esa línea, la ley 26.944 exige como

(25) Una vez, claro está, determinado que en el caso existió una “omisión”, en el sentido de que el Estado tenía competencia para actuar y, no obstante, se abstuvo de hacerlo.

(26) Sobre este tema, COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO. (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1519 y ss. y, en especial, el estudio complementario en la misma obra y tomo, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, p. 1561 y ss.; y antes en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Capítulo XIV.

(27) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, 6ª ed. actualizada, t. IV, p. 735; PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, en *El Derecho*, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 28/12/1999, p. 4; “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, op. cit., p. 59.

(28) CSJN, “Tecnobeton SA c/ Estado Nacional (ANA. y Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos”, 12/11/1996, consid. 17, Fallos: 319:2666; “Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”, 19/05/1992, consid. 7º, Fallos: 315:1026; “Tejedurías Magallanes SA...” , fallo cit., entre otros.

(29) CSJN, “Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario”, 15/08/1995, consid. 6º, Fallos: 318:1531; “Tejedurías Magallanes SA...” , fallo cit.

(30) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO. (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1517. En la causa “Columbia”, la CSJN señaló que “... no resulta razonable extender la responsabilidad del Estado al punto de constituirlo en el garante de ventajas económicas **conjeturales**”, CSJN, “Columbia Cía. Financiera c/ E. N. Ministerio de Economía”, 02/08/2000, consid. 15, Fallos: 323:1897. El destacado me pertenece.

(31) PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración...”, op. cit., p. 4. Barraza define al daño como “el detrimento o destrucción de los bienes de una persona, entendiendo por tales bienes los objetos materiales que puede poseer una persona, o su integridad física, o aquellos elementos espirituales que hacen al gozo pleno de su vida”, BARRAZA, JAVIER I., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 89.

(32) CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional Ministerio de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, 15/05/2014, consid. 11; “Revestek SA...” , fallo cit.

primer requisito para responsabilizar al Estado por su “actividad legítima”, la existencia de “daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero” (art. 4º, inc. a).

En segundo término, es necesario acreditar la relación de causalidad entre la omisión estatal y el perjuicio que, en el campo de la responsabilidad por omisión, implica demostrar⁽³³⁾ que, si hubiera tenido lugar la acción omitida, se hubiera evitado total o parcialmente el daño producido.

Señala Perrino, refiriéndose a la responsabilidad por omisión ilegítima, que “Si se afirma que el deber de responder deriva de una inacción que merece reproche por haberse omitido ejecutar la conducta debida, será menester establecer si, de haberse realizado la acción, se hubiera evitado el perjuicio —en todo o en parte—, si la falta de actuación causó directamente el daño o si coadyuvó a su producción o lo aumentó”.⁽³⁴⁾ Por mi parte creo conveniente, en materia de responsabilidad por omisión, reemplazar la expresión “relación de causalidad”, propia de la responsabilidad por hechos u actos lícitos o ilícitos, por la de “relación de potencialidad **determinante impositiva**”. Esto así pues

(33) Sobre la prueba de la relación causal en la responsabilidad del Estado por omisión, Perrino puntualiza que “La acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión. El examen de los repertorios jurisprudenciales pone de resalto que en un número muy alto de pleitos los tribunales rechazan pretensiones indemnizatorias fundadas en la inacción estatal por considerar que no se ha acreditado debidamente el vínculo causal... [y propone 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 explicadas, que en determinados supuestos suscita la acreditación de la falta de servicio por omisión y el nexo causal, puede ser necesaria la utilización de criterios o técnicas que aligeren su carga probatoria para la víctima. Ejemplo de ello es la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la cual ‘importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir las, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos’. Tal es la situación en la que, en muchos supuestos, se encuentra la autoridad estatal, particularmente, en aquellos casos en los que su decisión de no actuar ha sido emitida en el marco de una apreciación discrecional o se basó en un concepto jurídico indeterminado y sobre cuestiones complejas que requieren la valoración de cuestiones técnicas para lo cual es preciso contar con conocimientos especializados”. PERRINO, PABLO, “La responsabilidad del Estado por omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, LL 2011-E, 715, con cita de J. Peyrano, y J. O. Chiappini, “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, ED 107-1006. Adhieren a esta última idea, RISSO, CARMEN y SALDARINI, OSVALDO, “La responsabilidad del Estado por omisión ilegítima ante la comisión de delitos dolosos. El caso ‘C. de P.’”, RDA 92, p. 406, con cita de Perrino.

(34) PERRINO, PABLO, “La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*

entiendo que encierra mejor el concepto de la relación existente entre las omisiones y el daño.

Como recuerda Muñoz, para un sector de la doctrina no es válido hablar de causalidad en la omisión. Así, cita a Zaffaroni, quien considera que la conducta distinta de la debida no opera como causa del resultado. Por ello, en la omisión no se requiere un nexo de causación, sino un nexo de evitación.⁽³⁵⁾ En esa inteligencia, no obstante, estimo valiosa la crítica de algún autor⁽³⁶⁾ a la distinción entre causa y condición propuesta por Hutchinson —en su voto en la causa “Sykes”—⁽³⁷⁾ cuando afirma que “en caso de que haya omisión de la accionada, ella será condición y no causa del daño. Condición porque es un evento que no ocurrió, y que si hubiera ocurrido hubiera impedido el resultado lesivo; para que sea causa tiene que ser un factor que genere el daño”. Es que, dicho en otros términos, la omisión antijurídica no causa el daño sino que no lo evita o impide. Por tal motivo, para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por omisión debe, en este aspecto, existir una relación de potencialidad determinante impeditiva: esto es, el vínculo entre la inactividad y el daño debe ser capaz, en potencia, de evitar este si aquella no hubiera tenido lugar. Es determinante porque, si hubiera acontecido, necesariamente se habría obstado total o parcialmente la consumación del resultado lesivo.

Por lo demás, la relación de causalidad debería ser, en términos de la CSJN, directa e inmediata⁽³⁸⁾ aunque no, a mi juicio y contrariamente a lo

(35) MUÑOZ, GUILLERMO, “La responsabilidad del Estado por omisión”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, p. 92.

(36) HUICI, HÉCTOR, “La responsabilidad del Estado por omisión”, en *LL*, 06/09/1993, p. 2.

(37) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala IV, “Sykes, Violeta y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/cobro de dólares”, 02/07/1985.

(38) No obstante, como destaca Cassagne, “... la Corte no ha seguido en este punto una línea uniforme ya que, mientras por una parte ha exigido que la conexión causal fuera adecuada en otros casos, consideró que debía ser directa o inmediata conforme a la tendencia de la mayor parte de la jurisprudencia española...”. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., La Ley, 2011, 10ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 462. En el mismo sentido, Perrino aclara que “... la Corte Suprema nacional al pronunciarse en pleitos de responsabilidad pública ha utilizado una terminología no siempre uniforme para calificar las condiciones que debe asumir el nexo causal para dar lugar al resarcimiento. Así, mientras que en algunos precedentes expresó que aquél debía ser adecuado (Fallos: 308:2095 y 315:2319, disidencia de los Dres. Barra y Fayt), en otros expresó que debía ser directo e inmediato (Fallos: 312:1656 y Fallos: 317:1531) o relevante (Causa G.251XXIII, “Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional, Policía Federal, s/juicio de conocimiento”, sent. del 30/06/1998)”. PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración...”, *op. cit.*, p. 7.

resuelto por el más Alto Tribunal en algunos pronunciamientos⁽³⁹⁾ y ahora exigido por la nueva ley,⁽⁴⁰⁾ exclusiva.

En lo personal, y sin perjuicio de que el debate sobre el punto excedería los márgenes de este trabajo, adelanto que no comparto la idea de exigir la exclusividad en la relación causal para condenar al Estado en supuestos de responsabilidad por su actividad legítima. En esta línea, no se llega a comprender cuáles son las razones que minan el fundamento de la responsabilidad estatal para reparar aquella porción del daño atribuible al Estado y en la que el particular no tuvo interferencia. Es decir, los mismos argumentos que llevan a indemnizar al particular en los eventos de exclusiva responsabilidad estatal —sin concausas— por actividad legítima son los que imponen idéntico temperamento respecto del porcentaje de los perjuicios generados de esa forma. En suma, habría que, en mi entender, graduar la responsabilidad pero no excluirla, en función de la injerencia del administrado o de cualquier otro hecho eximente parcial de responsabilidad patrimonial.

Quizá podría argumentarse para exigir la exclusividad en la relación causal la necesidad de extremar los requisitos o la rigurosidad para la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Pero, como exponía mi padre —opinión a la que adhiero—,

... no existe razón para extremar en el caso la valoración de la causalidad, pues en el derecho administrativo a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino, simplemente, una alternativa normal en el contenido de las competencias del Estado. La presunta severidad del derecho administrativo no debería hallar, al menos aquí, un ejemplo.⁽⁴¹⁾

(39) CSJN, “Revestek...” fallo cit.; “Ledesma SA Agrícola Industrial c/ Est. Nac. (Ministerio de Economía) s/ nulidad de resolución”, 31/10/1989, consid. 16, Fallos: 312:2022. De todos modos, destaco que en causas vinculadas con la responsabilidad de Estado por omisión antijurídica, la Corte hizo lugar a pretensiones indemnizatorias sin atender al requisito de la exclusividad en la relación causal (CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, 19/10/1995, Fallos: 318:2002; “Pose, José Daniel c/ Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios”, 01/12/1992, Fallos: 315:2834, entre otros).

(40) En efecto, el art. 4º, inc. c, impone como requisito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, la “relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño” (el subrayado es propio). Por mi lado, no participo de la idea de exigir la “exclusividad” en la relación causal.

(41) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1522). En igual sentido, PERRINO, PABLO, “Responsabilidad por actividad estatal

En tercer término, debe ser factible imputar jurídicamente el daño al Estado.⁽⁴²⁾ Así lo impone, también, el art. 4º, inc. b, ley 26.944 cuando —aunque aludiendo obviamente a la responsabilidad estatal por su “actividad legítima”—, menciona como requisito la “imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal”.

En cuarto lugar, debe mediar, en el decir de la CSJN, la ausencia del deber jurídico de soportar el daño⁽⁴³⁾ o, más propiamente —como enseñaba mi padre—⁽⁴⁴⁾ la obligación de soportar la conducta o, en este caso, la omisión dañosa. En la nueva ley, al regular la responsabilidad estatal por actividad legítima, se alude como requisito a la “ausencia de deber jurídico de soportar el daño” (art. 4º, inc. d, ley 26.944).

En quinto término se menciona el sacrificio especial,⁽⁴⁵⁾ en el sentido de que el daño para ser indemnizado debe ser sufrido por una persona en particular o un número determinado de ellas. Aquí, una vez más, sigo a mi

legítima. Proyecto..., *op. cit.* En contra de nuestra postura y a favor de la exigencia de la exclusividad en la relación causal, TAWIL, GUIDO, “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado”, en LL, 1991-D, pp. 371/372; MARSILI, NATALIA E., *Responsabilidad del Estado por omisión*, Colección *Thesis*, Bs. As., RAP, 2009, p. 31.

(42) CSJN, “Columbia SA. de Ahorro...”, fallo cit; “Tejedurías Magallanes SA...” fallo cit. En este sentido, se sostiene que “... la imputabilidad deriva, en el caso, de la aplicación de la teoría orgánica, cuyos límites no presentan, en la materia, singularidad que la distinga de la exigencia general dada por la reconocibilidad exterior del acto como proveniente del Estado”. COMADIRA, J. RODOLFO, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el Derecho Público”, en *La responsabilidad del Estado*. XXX *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, Bs. As., 2005, n° 326, p. 566).

(43) CSJN, “Columbia SA de Ahorro...”, fallo cit.

(44) En concreto, postulaba que “... si por daño entendemos el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria —como lo define el Código Civil en el art. 1068—, no es dudoso que él no debe ser soportado por el particular tampoco en la responsabilidad por actividad ilícita; y, siendo así, no se comprende, entonces, por qué se enuncia esta circunstancia como elemento propio de la responsabilidad por actividad lícita. Lo que sucede, en nuestra opinión, es que el concepto que debe ser aprehendido no es, en realidad, el del deber de soportar el daño —en el sentido indicado— sino, en todo caso, el de la obligación de soportar, o no, la conducta dañosa, es decir, el acto, omisión o hecho generador del perjuicio. No se debe confundir la conducta que origina el daño con el daño mismo... Por lo dicho, en el supuesto de la responsabilidad derivada de actuación ilícita, debería consignarse como presupuesto comprendido en la antijuridicidad la inexistencia del deber de soportar la conducta dañosa, mientras que en el caso de la responsabilidad por actividad lícita, correspondería enunciar, por el contrario, la obligación de soportar aquella conducta”. COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, *op. cit.*, t. II, p. 1523; y antes, en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 375.

(45) CSJN, “Malma Trading SRL...”, fallo cit; “Columbia SA de Ahorro...”, fallo cit. Ver, asimismo, la opinión contraria de Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, *op. cit.*, t. IV, pp. 753 y 793 y ss.

padre y entiendo que el sacrificio especial se refiere a la irrazonabilidad que se generaría si no se indemnizara el perjuicio, valorada esa irrazonabilidad en relación con las exigencias de sacrificios igualitarios impuestos por la vida en comunidad.⁽⁴⁶⁾ La Ley 26.944 recepta este requisito en el inc. e del art. 4º, exigiendo un “sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

A los recaudos anteriores, que por lo general la doctrina y la jurisprudencia califican como necesarios para que sea procedente la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, habría que añadir, en nuestro caso, la comprobación de que era fácticamente posible realizar la conducta omitida. En efecto, ya en el campo de la omisión antijurídica, la responsabilidad del Estado cede ante la imposibilidad material de ejecutar la conducta omitida.⁽⁴⁷⁾

(46) Sostenía mi padre: “Desde nuestro punto de vista, el recaudo en examen se debería referir a la razonabilidad del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquél guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad. A la luz de esta perspectiva, la reparación no procedería cuando el perjuicio fuera consecuencia normal y necesaria de la actividad lícita desarrollada; por eso bien se dice que la ‘especialidad’ del daño se debe referir al sufrimiento del perjuicio de manera desigual y desproporcionada respecto del conjunto social. En definitiva, el daño se deberá indemnizar si él, por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualmente a raíz de la vida en comunidad. El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede conducir, sin embargo, a garantizar la obtención de ventajas económicas conjeturales ni a la neutralización de la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales. Claro está que la valoración de la existencia del sacrificio indemnizable se debe considerar predeterminada cuando la ley impone la indemnización excluyendo, en esos casos y en ese aspecto, la valoración judicial, como ocurre con la expropiación (arts. 10 y ss., ley 21.499) y la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 LNPA), sin perjuicio de los límites que la propia legislación impone. COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1523; y antes, COMADIRA, J. RODOLFO, “La responsabilidad...”, op. cit., p. 567.

(47) En este sentido, PERRINO, PABLO, “La responsabilidad de la Administración...”, op. cit., p. 6; MUÑOZ, GUILLERMO, “La Responsabilidad del Estado...”, op. cit., p. 95; GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad...*, op. cit., p. 101 y ss. Por su parte, Cuadros formula un planteo interesante sobre el punto que coincide, a mi juicio, solo parcialmente con la idea que aquí se propone. En efecto, postula que “... siguiendo un criterio objetivo ecléctico, es posible estimar que un *plafond* válido de acotamiento de la imputación de daños al Estado en el caso de las omisiones provenientes del incumplimiento de deberes normativos genéricos surge de la distinción entre el incumplimiento de principios normativos, que en su condición de mandatos de optimización, permiten amoldar la indemnización debida a los estándares de rendimiento promedio del servicio y las posibilidades presupuestarias del Estado; y el incumplimiento de las reglas que, según su aplicación al todo o nada, obligan siempre a su fiel cumplimiento por parte del Estado”. CUADROS, OSCAR A., *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, pp. 277/278.

Tal limitación, a mi juicio, encontraría sustento positivo en el art. 75, inc. 22 CN, que otorgó jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos. Entre estos, en primer lugar, menciono al Pacto de San José de Costa Rica que, en su art. 26, ubicado en el Capítulo III relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, dispone, al tratar del “desarrollo progresivo”, que

... 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 judiciales.

Por otro lado, y, más específicamente en materia de salud es posible citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dispone que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI). Asimismo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se menciona que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad” (art. 22). En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12). De esta forma, entonces, adquiere rango constitucional, en mi entender, el principio de la imposibilidad fáctica como limitante de lo jurídico en la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión. Y, en las hipótesis de responsabilidad por omisión lícita, también debería obstar a la reparación tal circunstancia. No obstante, no hay ninguna referencia en la Ley de Responsabilidad del Estado a esta limitación, a pesar de lo cual la consideramos plenamente vigente pues posee, como intento fundamentar, raigambre constitucional.

En relación con la cuestión del *quantum* de la indemnización, se reproduce, aquí, el debate planteado en torno a la procedencia de incluir, o no, el lucro cesante en la reparación cuando ésta es debida por el Estado a causa de su accionar lícito. Por mi parte, comparto la idea —y con más fuerza en las hipótesis que estamos analizando— que tiene plena vigencia el concepto legal expropiatorio cuya fuerza expansiva lleva a excluir, en principio, el lucro cesante.⁽⁴⁸⁾ En la actualidad, esta es la solución adoptada por la ley 26.944 cuando en su art. 5° expresamente prevé al regular la responsabilidad del Estado por su actividad lícita que "... en ningún caso procede la reparación del lucro cesante".⁽⁴⁹⁾

7. Reflexiones finales

En definitiva, creo que el debate sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita aún no puede considerarse cerrado. Las dudas que brevemente he intentando esbozar me convencen de que la cuestión merece, al menos, un replanteo. Queda abierto, así, el camino para buscar en

(48) Al respecto, ver COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. II, p. 1525 y, en particular, el segundo estudio complementario al Capítulo XXII en la misma obra y tomo, "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en p. 1589 y ss. (antes publicado en COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Cap. XV); MARIENHOFF, "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", en ED 114-949; "Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública y distinción de las obligaciones como de medio o de resultado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", en ED 157-749; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", en LL 1993-E-912. No obstante, la Corte ha admitido la posibilidad de la indemnización plena —contrariamente a lo sostenido en el texto— en los casos de responsabilidad por actividad lícita o legítima en la causa "El Jacarandá", en al que se había revocado la adjudicación de una licencia (CSJN, "El Jacarandá S.A...", fallo cit.), y, más cerca en el tiempo, en "Zonas Francas Santa Cruz SA", como consecuencia de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de un decreto que había establecido un determinado régimen jurídico (CSJN, 09/06/2009, "Zonas Francas Santa Cruz SA c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/daños y perjuicios", Fallos: 332:1367). Y, aún en fecha más próxima, mantiene el criterio en "Malma Trading SRL...", fallo cit. Sobre este tema, se puede ver la obra de COLOMBRES GARMENDIA, GONZALO, *Procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, RAP, Bs. As., 2009.

(49) Y añade el mismo artículo —que en su inicio precisa que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional— que "... la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

este tema el tan ansiado equilibrio entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los particulares que integran el actual régimen exorbitante del derecho administrativo, concibiendo a aquellas, como proponía mi padre,⁽⁵⁰⁾ desde una perspectiva servicial y, a estas últimas —las garantías— desde una visión solidaria. Se trata, en el fondo, de abordar esta cuestión defendiendo el poder al servicio de la libertad y a esta última en un marco de justicia y solidaridad social.

Y, desde esa visión, creo que es necesario, en determinados supuestos, admitir la responsabilidad del Estado por sus omisiones lícitas, superando incluso la literalidad de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, para evitar así soluciones contrarias a sólidos fundamentos constitucionales.



(50) COMADIRA, J. RODOLFO; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, J. PABLO (coord., col. y act.), *Curso...*, op. cit., t. I, p. 15 y ss. (antes, en COMADIRA, J. RODOLFO, "Nota introductoria", en T. R. Fernández, *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, Bs. As., La Ley, 2002, p. X; y COMADIRA, J. RODOLFO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 752 y ss.). Ver también el meduloso trabajo de IVANEGA, MIRIAM, *Reflexiones acerca del Derecho Administrativo y el régimen exorbitante del Derecho Privado*, RAP 323:9.