

**Poder de policía en materia de seguros y responsabilidad de la superintendencia de seguros por omisión en el control de las aseguradoras**  
**Por Diego Andrés Alonso**

- I.- Introducción .
- II.- La Superintendencia de Seguros de la Nación
  - 2.1. Antecedentes. Naturaleza jurídica .
  - 2.2. Naturaleza del control estatal en materia de seguros. Poder de policía o actividad de policía .
  - 2.3. Justificación del control estatal. Control exclusivo y excluyente. Potestades de la Superintendencia de Seguros de la Nación. ¿Regladas o discrecionales? Conceptos jurídicos indeterminados .
    - 2.3.1. Justificación del control estatal .
    - 2.3.2. Control exclusivo y excluyente .
    - 2.3.3. Potestades de la Superintendencia de Seguros de la Nación .
      - 2.3.3.1. El Decreto 1251/97 .
      - 2.3.3.2. Enunciación y comentario acerca de las potestades .
    - 2.3.4. ¿Potestades regladas o discrecionales? Discrecionalidad técnica. Conceptos jurídicos indeterminados .
      - 2.3.4.1. Distinción de los conceptos involucrados .
      - 2.3.4.2. La naturaleza de las principales potestades de la Superintendencia .
- III.- Responsabilidad del Estado por omisión
  - 3.1. Nociones introductorias .
    - 3.1.1. Fundamento normativo .
    - 3.1.2. Evolución jurisprudencial .
    - 3.1.3. Clasificación de la responsabilidad patrimonial del Estado .
  - 3.2. Presupuestos del procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima .
  - 3.3. Cuestiones específicas de la responsabilidad del Estado por omisión. La omisión antijurídica .
  - 3.4. Jurisprudencia sobre la cuestión .
    - 3.4.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación .
    - 3.4.2. Tribunales inferiores
- IV.- Responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación por omisión en el control de las aseguradoras
  - 4.1. Preliminar .
  - 4.2. Jurisprudencia .
  - 4.3. La posición de la doctrina específica .
  - 4.4. Nuestra opinión .
- V.- Conclusiones .
- VI.- Bibliografía .

Poder de policía en materia de seguros  
y responsabilidad de la superintendencia de seguros  
por omisión en el control de las aseguradoras(\*\*) [Por Diego Andrés Alonso \(\\*\)](#)

**I.- INTRODUCCIÓN. (\*\*\*)**

Es nuestra intención en el presente trabajo, analizar el poder de policía y la actividad de policía que ejerce el Estado en relación a la temática del seguro, para luego tratar de reflexionar acerca de la eventual responsabilidad patrimonial de aquél, frente a supuestos en que su actitud omisiva en el control de las aseguradoras pueda provocar perjuicios a los asegurados o a terceros en general, ante

la insolvencia de las compañías de seguros.

Convencidos de que la Superintendencia de Seguros de la Nación cuenta con amplísimas potestades para ejercer sus competencias específicas, nos interesa ahondar en el análisis de la cuestión planteada frente a la realidad, de público y notorio conocimiento, de una gran cantidad de compañías de seguros que han sido o están siendo liquidadas, dejando tras de sí cuantiosos siniestros sin cobertura, los cuales deberán ser afrontados por el asegurado o implicarán que ante la imposibilidad de éste, queden sin cubrir, perjudicando al damnificado por el evento.

En concreto, al mes de julio de 2007 existen 147 aseguradoras en estado de liquidación forzosa ([1]).

Algunas de esas liquidaciones han tenido gran difusión en los medios, por las circunstancias en que se suscitaron y los enormes perjuicios que de ellas se derivaron ([2]).

La magnitud de la temática a desarrollar está dada por los números que surgen de la propia información del organismo de control ([3]), los que permiten advertir las consecuencias que pueden derivarse de la ausencia de control o de su insuficiencia .

Así, según datos correspondientes al tercer trimestre del año 2005, el mercado presenta las siguientes estadísticas:

- Existen actualmente 193 aseguradoras, de las cuales 170 son de Seguros Generales (Patrimoniales, vida o mixtas) y 23 son de Retiro.

- En el último trimestre del año 2005 (julio / septiembre) la producción de seguros casi alcanzó los 3.500 millones de pesos, de los cuales el ramo Automotores participa con más del 33% del mercado, Vida (incluyendo Accidentes personales y Previsional) con aproximadamente el 21%, Riesgos del Trabajo con el 15%, Incendio y Combinado Familiar e Integrado supera el 10% y Retiro supera el 9%.

- En los 12 meses que van desde octubre de 2004 a septiembre de 2005, la producción alcanzó un valor cercano a los 13.000 millones de pesos.

- En relación a la importancia de cada ramo y teniendo como parámetro la producción en el período octubre 2004 / septiembre 2005, se observa que Automotores ocupa el primer lugar con casi el 33% de la Producción Neta Imponible, le sigue Vida (incluye Accidentes personales y Previsional) que supera el 20%, Riesgos del Trabajo con el 13%, el ramo Retiro con casi el 12% e Incendio y Combinado Familiar e Integral con casi el 9%.

Las cifras muestran con elocuencia la gravitación que el seguro tiene en el funcionamiento de la sociedad.

Y tratándose de una actividad que recepta el ahorro de la población y se sustenta en la confianza pública, pues quien recurre a una aseguradora lo hace con el convencimiento que, llegado el caso, obtendrá el respaldo que contrata, se evidencia la necesidad que la actividad sea controlada por el Estado.

Es por ello que es de nuestro interés, adentrarnos en esta cuestión, tratando de analizar las aristas más relevantes que la misma presenta, para así exponer, al final, el criterio que proponemos para la ponderación de la eventual responsabilidad estatal por la omisión en el control de las aseguradoras por parte del ente de control específico creado a tal efecto.

## **II.- LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION.**

### **2.1. Antecedentes. Naturaleza jurídica.**

La Superintendencia de Seguros de la Nación fue creada por el art. 150 de la Ley N°11.672, reglamentada por el Decreto N°23.350/39, la cual re glaba la materia hasta el dictado de la Ley 20.091.

Dicho régimen fue modificado, según se dijo, por adolecer de dos fallas fundamentales: (i) carencia de facultades suficientes de la autoridad de control, (ii) ausencia de un régimen adecuado de sanciones ([4]).

Al respecto, MORANDI explicó que si bien el anterior régimen contenía sólidos principios de control técnico y jurídico, el mismo tenía la grave desventaja de ser sólo enunciativo, lo cual obligó al dictado de numerosas normas complementarias para posibilitar su cumplimiento, generando, entonces, la necesidad de una nueva ley que estructurara y reordenara las disposiciones vigentes, cubriese las lagunas existentes y le imprimiese vigor y eficacia a sus disposiciones ([5]).

Posteriormente, se dictó la Ley N°20.091, “De los Aseguradores y su control” ([6]), reglamentada por la Resolución N°21.523/92 de la Superintendencia de Seguros de la Nación ([7]), para regir el ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en todo el territorio de la Nación.

Dicha ley contiene un capítulo específico relativo a la autoridad de control en la materia ([8]), disponiéndose en su art. 64° que “el control de todos los entes aseguradores se ejerce por la Superintendencia de Seguros de la Nación...”.

Seguidamente, en relación a la naturaleza jurídica del ente de control, se establece que el mismo es una entidad autárquica con autonomía funcional y financiera, en jurisdicción del Ministerio de Economía y Finanzas ([9]), a cargo de un funcionario con el título de Superintendente de Seguros de la Nación, que es designado por el Poder Ejecutivo Nacional.

De tales caracteres con que fue creado el organismo de control, se desprende lo siguiente ([10]):

(i) En virtud de la autarquía, puede administrarse a sí mismo de acuerdo a la norma de su creación y ejercer sus atribuciones sin dependencia de un organismo administrativo superior. Encontrarse en el ámbito del Ministerio de Economía no implica una subordinación jerárquica con ese Ministerio, sin perjuicio que, en la práctica, la Administración Central le imparta directivas sobre política aseguradora.

(ii) La autonomía, únicamente funcional y financiera, implica que se administra y gestiona conforme sus propias decisiones. La Superintendencia afronta su funcionamiento con recursos propios, que obtiene de las fuentes previstas en la Ley 20.091 ([11]).

Este capítulo incluye, además, otras disposiciones atinentes a la integración del organismo con personal graduado en ciencias económicas o derecho para el desarrollo de las funciones técnicas, previendo sus incompatibilidades ([12]), y regulando ampliamente sus deberes y atribuciones ([13]), a las que más adelante nos referiremos extensamente.

Resulta de interés señalar, que mediante el Decreto N°1251/97 ([14]), el Poder Ejecutivo Nacional aprobó el Plan Estratégico de la Superintendencia de Seguros de la Nación, estableciendo sus (i) objetivos, (ii) la visión del organismo, (iii) la misión, (iv) el mapa de responsabilidades y (v) el modelo de gestión. A este Plan también nos referiremos ampliamente en ocasión de tratar las funciones, deberes y atribuciones del organismo.

Acerca del ente de contralor y encontrándose vigente el régimen estatuido por la Ley N°1.672, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la Superintendencia de Seguros de la Nación es una entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Economía, que tiene por función el control de los aseguradores en toda la República, en lo relacionado con su régimen económico y técnico, en salvaguardia de la fé pública ...” ([15]). Luego, rigiendo ya la Ley N°20.091, tuvo ocasión de reiterar tales afirmaciones en los precedentes “Reaseguradora Argentina” ([16]) y “Superintendencia de Seguros” ([17]).

## **2.2. Naturaleza del control estatal en materia de seguros. ¿Poder de policía o actividad de policía?**

No resulta fácil distinguir ambos conceptos que, por su indudable vinculación, suelen utilizarse en forma indistinta; no obstante lo cual, conviene efectuar una precisión sobre los mismos, de modo de

determinar la naturaleza del control que ejerce la Superintendencia de Seguros de la Nación y, asimismo, el papel que le cabe al Estado en esta materia.

Tradicionalmente se enseña que “el poder de policía es definido como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes” y que “dadas las limitaciones que aparece en la esfera jurídica de los habitantes del país, es una atribución perteneciente al órgano legislativo de gobierno, único con competencia para establecer tales limitaciones” ([18])([19]).

Por su parte, se define a la policía administrativa como la “actividad administrativa caracterizada por el dictado de actos concretos tendientes a poner en ejecución, en situaciones determinadas, las regulaciones legales y reglamentarias establecidas en ejercicio del poder de policía” ([20]).

Más recientemente, se ha dicho que el Poder de Policía “es aquél ejercido por el Congreso de la Nación, por medio del dictado de leyes en sentido formal o, excepcionalmente por el Poder Ejecutivo por vía de reglamentos con rango de ley, cuyo objeto es la adecuada tutela de ciertos bienes jurídicos calificados por posibilitar la vigencia de otros derechos de los particulares, con fundamento en el Art. 14 de la CN y respetando el límite que surge del Art. 28 de ésta” ([21]).

En tanto que la actividad de policía es “aquella parte de la función administrativa que ejecuta leyes dictadas en ejercicio del Poder de Policía; desarrollándose a la luz de determinados principios generales y utilizando ciertos medios o técnicas específicos, que constituyen su régimen jurídico” ([22]).

Ahora bien, adentrándonos en la actividad aseguradora, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, que entiende en los recursos de apelación contra las resoluciones definitivas de carácter particular dictadas por la Superintendencia ([23]), tiene dicho que:

“La función o poder de policía que ejerce la Superintendencia ... ha quedado, pues totalmente cumplida y consumida con sus actos de fiscalización de las finanzas de la empresa y la determinación de un desajuste financiero, con su mandato de regularizar tal desajuste, con su declaración de incumplimiento de su mandato y con el consecuente ejercicio de su potestad sancionadora” ([24]).

“Las infracciones a las normas de la superintendencia de seguros, aun las meramente formales, no pueden ser calificadas de intrascendentes, ni excusarse por haberse alegado dificultades administrativas en su ejecución, el eficaz funcionamiento del poder de policía del estado sobre dicha suerte de servicio público, se vería seriamente perturbado si quedase al arbitrio de los entes objeto de fiscalización la oportunidad, el modo y el tiempo de acatarlas” ([25]).

Por su parte, el Alto Tribunal expresó que:

“De todo ello se infiere que el decreto n°9454 de fecha 28 de octubre de 1965, dictado a solicitud de la Superintendencia de Seguros de la Nación, por hechos sobrevivientes a la inscripción, lo ha sido en ejercicio del poder de policía y como lógica actitud de quien está obligado a controlar se cumplan en adelante los requisitos que dieron origen a la autorización” ([26]).

“Si la demanda se dirige contra el Estado Nacional, por violación de los deberes de policía que le competen respecto de las empresas aseguradoras y que ejerce por medio de la Superintendencia de Seguros, se halla en juego la función administrativa en sí del órgano estatal y por ende la responsabilidad extracontractual del Estado...” ([27]).

“A fin de resguardar la confianza del público en la actividad aseguradora, el poder de policía estatal es en esta rama especialmente vigilante” ([28]).

En el campo doctrinario del seguro, STIGLITZ tiene escrito que “el ejercicio del poder de policía, formalmente deriva de la ley 20.091 que es un acto de gobierno, en tanto que la actividad policial que desarrolla la Superintendencia de Seguros de la Nación se ejerce a través de actos administrativos cuyo fundamento reposa en aquella ley formal” ([29]).

Por su parte, SCHIAVO aclaró que “... la policía es parte de la función administrativa que tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía. La policía se manifiesta a través de normas particulares

(actos administrativos) que constituyen la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta. Para el ejercicio de esta función puede organizarse, por razones de especialización técnica, mediante el sistema de creación de un ente estatal, descentralizado, con personalidad propia distinta del Estado, con un patrimonio afectado y que aparece como propio, con facultades de autofinanciarse, con poderes de decisión y de resolución que le han sido transferidos” ([30]). Luego, este autor concluye que “la policía de seguridad económica en materia de seguros (policía de seguros), que en nuestro país viene ejerciendo con fundamento y causa en distintas fuentes jurídicas (decreto 108.295/37, decreto 23.350/39, art. 150 ley 11.672, ley 12.360, decreto 11.424/38, decreto 3165/53, ley 19.248, decreto 4612/58, decreto 1063/63, ley 20.091, decreto 2567/76) la Superintendencia de Seguros de la Nación, presenta dos situaciones muy distintivas y particulares ...: a) tiene imperium (restringido al ámbito específico en que se atribuyó su competencia) por delegación legislativa; b) se le atribuyeron facultades punitivas y jurisdiccionales” ([31]).

En consecuencia, de lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que el Estado ejerce el poder de policía en materia de seguros, a través de leyes dictadas por el Poder Legislativo, como la ley N°20.091, y asimismo, por el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto N°1251/97 antes mencionado, en tanto, la actividad de policía en la materia es llevada adelante por la Superintendencia de Seguros de la Nación, a través de la reglamentación de la ley citada efectuada por la Resolución 21.523/92 ([32]), y los distintos actos administrativos que emite en ejercicio de las potestades reglamentaria, de control, fiscalización y sanción conferidas al organismo.

No obstante lo expuesto, debe formularse una aclaración: La extensión y el alcance de lo reglamentado por el ente de control en muchos de los supuestos contenidos en la Resolución 21.523/92, permite afirmar que a través de dicha norma, se ha ejercido el poder de policía propio del Poder Legislativo.

Como veremos más adelante, la potestad reglamentaria que se le ha conferido a la Superintendencia, en muchos casos excede la mera actividad de policía, para constituirse en verdadero poder de policía aunque no siempre resulte válido.

### **2.3. Justificación del control estatal. Control exclusivo y excluyente. Potestades de la Superintendencia de Seguros. ¿Regladas o discrecionales? Discrecionalidad técnica. Conceptos jurídicos indeterminados.**

#### **2.3.1. Justificación del control estatal.**

La finalidad del seguro radica en que “el costo de la reparación de un daño futuro e incierto, ejerce sobre el eventual agente pasivo una presión de tal entidad que lo coloca, casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de un daño eventual. Una de ellas la constituye el seguro en tanto su función reside en satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina” ([33]).

Sin perjuicio del concepto del seguro, el art. 1° de la Ley 17.418 de Seguros ([34]), define al contrato de seguro previendo su configuración “cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”.

Ahora bien, al igual que el sistema bancario, el negocio del seguro supone una contratación en masa, mediante la utilización de contratos tipo formulario, con cláusulas predispuestas, que se sustenta en la confianza pública, pues las empresas de seguros acumulan grandes masas del ahorro de la población.

Una de las características del seguro es su mutualidad. Es decir, el asegurador debe agrupar los riesgos ([35]) para reunir un fondo de primas que le permita cumplir con la prestación a la que se compromete. De esa manera, el seguro:

“Socializa los riesgos, pues las personas sometidas al mismo riesgo soportan, mediante el pago de las primas, los siniestros que sufren algunas de ellas”.

“Crea capitales, por la constitución de grandes reservas por los aseguradores para afrontar los pagos de las indemnizaciones, con las pequeñas sumas pagadas por primas, y que deben ser invertidas”.

“Crea crédito, porque refuerza la garantía de los acreedores” ([36]).

En consecuencia, todo ello justifica la necesidad de que exista un riguroso control estatal sobre quienes receptan dicha confianza y fondos públicos, para el cumplimiento de un negocio que, como vimos, es muy ventajoso para la sociedad ([37]).

En este sentido, dijo el Máximo Tribunal que “los preceptos mencionados demuestran la preocupación del legislador por resguardar la confianza del público en el sistema de seguros, pues tienen la indudable finalidad de obtener un manejo comercial eficiente de las empresas encargadas de atender una actividad decisiva para el desarrollo económico de la comunidad. Es que, dadas las características del mercado, su normal funcionamiento depende del grado de credibilidad pública que exista respecto de las aseguradoras, toda vez que no es difícil advertir las graves consecuencias que podrían derivarse para el sistema en su conjunto, si esa confianza inicial que movilizó a los asegurados a contratar sus coberturas quedase defraudada por incumplimientos o engaños” ([38]).

Se impone así, y como veremos así lo prevé la Ley N°20.091, un seguimiento oportuno y estricto de la actividad de los aseguradores, en orden a que mantengan su capacidad técnica, económica y financiera, resultando así solventes durante toda su existencia, para poder afrontar las obligaciones asumidas.

### **2.3.2. Control exclusivo y excluyente.**

La Superintendencia ejerce su competencia en relación a la actividad aseguradora desarrollada en todo el país ([39]), en forma exclusiva y excluyente ([40]).

Dicho control se limita a todos los aspectos concernientes al seguro de conformidad con las previsiones contenidas en la normativa específica, y se extiende desde antes que el asegurador comience a operar, interviniendo en la constitución de las compañías de seguros y reaseguros y en la aprobación de los estatutos sociales, hasta su definitiva finalización, con la liquidación de la entidad.

Pero esa autorización inicial supone una previa actividad de control de parte de ciertos entes que, a su vez, tienen a su cargo la fiscalización de las figuras asociativas exigidas por la Ley N°20.091 para autorizar la realización de la operatoria ([41]).

Así, en el caso de las Sociedades Anónimas y las Sucursales o Agencias de las mismas que operen en el mercado, son controladas por la Inspección General de Justicia ([42]), en tanto que las Cooperativas y Mutuales lo son por parte del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social ([43]).

En tal sentido, el art. 8° de la Ley N°20.091 establece que las entidades aseguradoras sólo podrán operar en seguros a partir de su inscripción en el Registro Público de Comercio (cuyas funciones desempeña en la actualidad la Inspección General de Justicia), previa conformidad del acto constitutivo “por la autoridad que corresponda según el tipo societario o forma asociativa asumida”.

Debe destacarse que el control que llevan a cabo dichos entes, no puede en modo alguno interferir con el que la Ley N°20.091 confiere a la Superintendencia de Seguros de la Nación, en lo que respecta a la actividad aseguradora.

Ahora bien, sin perjuicio de la intervención de dichos entes de control en lo atinente a la figura asociativa escogida por la aseguradora, en tiempo reciente se han suscitado algunas dudas acerca del alcance de ese control exclusivo y excluyente que atribuye la ley a la Superintendencia, en cuestiones referidas al seguro.

Así, las empresas de seguros han recibido numerosos requerimientos de los Organismos de Aplicación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y, asimismo, de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial. Esta última norma, se aplicó en orden a controlar la publicidad que realizan las aseguradoras.

Sobre la cuestión, hemos de destacar que, en nuestro criterio, la coexistencia de ambos regímenes legales debe guiarse teniendo especialmente en cuenta que la previsión contenida en la Ley N°20.091 es clara y no deja lugar a dudas. Esto no significa que no se aplique la Ley 24.240 al negocio del seguro, pero debe hacerse sólo en la medida que la situación que aqueja al asegurado no encuentre solución en la legislación específica en la materia ([44]).

En este sentido, resulta objetable la aplicación al seguro de la Resolución N°53/03 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa de la Competencia ([45]), que determinó un listado de cláusulas que no pueden ser incluidas en los contratos de consumo, pues sobre el punto existen diversas normas en la Ley N°20.091 y en la Ley N°17.418 ([46]).

En su caso, debiera considerarse lo previsto en el art. 39 de la Ley N°24.240, que dispone que “cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior –de adhesión y formularios- requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación”. Este debiera ser el curso de acción a seguir por las autoridades de Defensa del Consumidor ([47]).

Respecto de la aplicación de la Ley 22.802, estimamos que la misma no es procedente respecto a la publicidad que las empresas de seguros realizan sobre los productos que comercializan, atento la suficiente previsión que sobre la misma contiene la Ley N°20.091 ([48])([49]).

En relación a este punto, la Corte Suprema ha tenido ocasión de reafirmar el carácter federal de la Ley N°20.091 y el control exclusivo y excluyente que ejerce la Superintendencia, al confirmar una sanción que ese organismo impuso a una mutual que ejercía la actividad aseguradora, y que resistía el control de aquella en atención a que su accionar contaba con la aprobación del Instituto Nacional de Acción Mutual ([50]). Ello pues, el control que ejerce el organismo de contralor en materia de seguros, se extiende a quienes realicen operaciones asimilables al seguro ([51]).

Asimismo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha opinado que “resulta contra legem la operatoria –cualquiera fuere su naturaleza o modalidades- en seguros de una entidad aseguradora pública provincial, cuando no cuenta con la correspondiente autorización de la Superintendencia de Seguros de la Nación que impone la Ley 20.091” ([52]).

### **2.3.3. Potestades de la Superintendencia de Seguros.**

#### **2.3.3.1. El Decreto 1251/97.**

Creemos que las potestades ([53]) de la Superintendencia de Seguros de la Nación contenidas en la Ley N°20.091 y su reglamentación, deben analizarse a la luz del Decreto 1251/97, a que antes aludíáramos, en tanto reafirma el rol que debe desempeñar el organismo, enunciando los fines, objetivos y responsabilidades del ente.

Luego, más adelante, podremos tratar de reflexionar sobre el papel que juega el ente de control en orden a determinar en qué supuestos, su negligente accionar puede dar lugar a la responsabilidad del Estado.

El decreto en cuestión, aprobó el Plan Estratégico de la Superintendencia de Seguros, fijando sus objetivos, visión, misión, mapa de responsabilidades y modo de gestión. Además, aprobó la estructura orgánico funcional del organismo ([54]).

Dada su extensión, señalaremos aquellos ítems que nos parecen de indudable relevancia, para luego sí, tratar específicamente las facultades, deberes y atribuciones del organismo.

(i) Dentro de la visión del organismo, se declara que:

“La actual estructura organizativa de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION y el universo normativo que rige su funcionamiento, han provocado una concentración de su actividad en las entidades y agentes de seguros, en detrimento del usuario, último destinatario de las actividades que el Organismo debe controlar. Este diseño responde a la antigua concepción de la intervención

estatal en seguros como órgano de control de mercados más que como sistemas de protección del usuario”.

“Este esquema de control se centraba fuertemente en fijación de precios mínimos y uniformes y reaseguro estatal y monopólico como pilares de la solvencia de las aseguradoras”.

“Respecto del usuario, se entendía que el previo control de los planes por parte del ESTADO garantizaba su equidad. La realidad es que esta concepción no es la que hoy está vigente ni tampoco ha demostrado en ningún país de mediano desarrollo que cumpliera los objetivos que decía tener”.

“Dentro de esta estructura conceptual, era casi impensable la ruina de una aseguradora y, por lo tanto, no se previeron acciones de intervención preventiva respecto de los operadores controlados, circunstancia que limita la capacidad de acción del organismo para impedir que las situaciones críticas terminen afectando al asegurado con menor capacidad de negociación”.

“Con la misma lógica, no se prestó mayor atención a los controles privados externos de las entidades ni la responsabilidad de los profesionales que intervienen en los diseños de las pólizas y cálculos tarifarios, sobre quienes debe recaer la principal carga de auditoría, pasando a ser de otra escala el control estatal”.

(ii) Luego de esta sincera descripción de la realidad, la norma se refiere a la misión del organismo disponiendo que la transformación de la Superintendencia que se lleva a cabo desde el año 1989 tiene por finalidad convertir a la Superintendencia de Seguros en un organismo de fiscalización fortalecido que vela por el interés de los asegurados, y apunta a tres objetivos básicos: 1. Afianzar la credibilidad del asegurado en el sistema; 2. Exigir al sector empresarial transparencia, eficiencia y solvencia y 3. Consolidar el rol del Estado como una herramienta de fiscalización del sistema.

(iii) Seguidamente, se determinan las responsabilidades del organismo, para lo cual se hace un repaso sobre todas las competencias del organismo previstas en la Ley N°20.091.

(iv) Se define el modelo de gestión para la Superintendencia, estableciéndose que el accionar de la misma estará sustentado en los siguientes principios rectores:

1. Garantizar la libre competencia de mercado.
2. Los procesos estarán focalizados hacia el asegurado, que será considerado como verdadero beneficiario de la labor del Organismo.
3. Los procesos serán conducidos a través de acciones preventivas y complementariamente se adoptarán medidas correctivas, cuando se juzgue necesario.
4. Los procesos que deberá cumplir la Superintendencia atañen específicamente a:
  - a) la definición de:
    - I. cualidades mínimas para operar en el mercado asegurador,
    - II. condiciones equitativas de contratación,
    - III. parámetros de solvencia y eficiencia de los operadores del mercado asegurador; y
  - b) la fiscalización permanente de los operadores.

En vista de tales lineamientos, se establece que, como procesos sustantivos, el organismo de control deberá estudiar el mercado asegurador nacional e internacional para así poder describir la situación del mercado, sus perspectivas e inferir su evolución.

Luego de ello, deberá proceder a la reglamentación de la actividad, estableciendo parámetros mínimos que rijan la actuación de los operadores, permitiéndose su calificación y garantizando su solvencia patrimonial y eficiencia operativa, así como también condiciones equitativas de contratación con los asegurados.

Se señala como un proceso a realizar, la divulgación de las condiciones de la contratación y de los recursos con que cuentan los usuarios para hacer valer sus derechos. Esto es importante, pues, en la medida que los aseguradores y terceros en general conozcan las posibilidades de información y



actuación contenidas en la legislación específica, estarán más capacitados para evitar a tiempo la consumación de perjuicios.

En lo referente a la fiscalización permanente de los operadores, se indica que la misma se lleva a cabo mediante las siguientes herramientas:

- a) Compilación de la información brindada rutinariamente por los operadores y su confrontación con los parámetros de solvencia y eficiencia exigibles, con el objeto de detectar desvíos que deban ser remediados.
- b) Inspecciones a los operadores.
- c) Recepción y diligenciamiento de reclamos y denuncias por parte de usuarios.

Se pone énfasis en relación a los operadores en problemas, disponiéndose que la Superintendencia deberá asistir a los aseguradores y reaseguradores que atraviesen por una situación de crisis económica o financiera, por medio de:

- a) La aprobación y seguimiento de planes de regularización.
- b) La designación de veedores, coadministradores o interventores por un lapso determinado para remediar la situación.

Por último, se prevé como proceso sustantivo, que en los casos en que a los operadores se les haya revocado administrativa o judicialmente la autorización para funcionar, la Superintendencia debe cumplir con todos los procedimientos que la Ley de Concursos y Quiebras encomienda al síndico concursal.

### **2.3.3.2. Enunciación y comentario acerca de las potestades.**

Siguiendo la clásica y completa enunciación formulada por HALPERIN ([55]), comenzaremos por precisar los fines del control por parte del Estado.

Estos son:

- (i) Dado que el asegurador recibe una masa de capitales que debe invertir y reservar para afrontar sus obligaciones, el fin del control del Estado en este aspecto es velar por la capacitación económico – financiera del asegurador para cumplir con sus obligaciones existentes y eventuales hacia los asegurados.
- (ii) Por otra parte, al utilizarse en el negocio del seguro la técnica de los contratos tipo o formularios, el Estado debe procurar la defensa del asegurado, controlando que existan condiciones equitativas de póliza, precios adecuados a los riesgos asumidos y cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas por parte del asegurador.

En igual sentido, MORANDI ([56]) señala que la finalidad del control por parte del Estado se desenvuelve en dos ámbitos: el técnico y el económico – financiero.

“En el primero, mediante la intervención (lato sensu) del Estado en la autorización de las ramas en que desea actuar el asegurador y dentro de éstas en la aprobación de los planes de seguros, texto de las propuestas, pólizas y cláusulas adicionales, primas y sus fundamentos técnicos, margen de comisiones y de gastos administrativos, tablas de plenos, contratos de reaseguro, bases del cálculo para las reservas técnicas... etc”.

“En lo referente al aspecto económico – financiero cabe destacar la importancia del capital mínimo, de las reservas de capital, de las reservas técnicas y de las inversiones...”.

Ahora bien, para el cumplimiento de esos fines globales, la Superintendencia cuenta con los siguientes medios ([57]).

(i) Medios directos:

1. Fijación de capitales mínimos ([58]):

La empresa de seguros debe contar con los fondos que le requiere la ley para afrontar los gastos del establecimiento, los gastos de administración hasta la adquisición de riesgos suficientes para formar la masa de riesgos que permita, con las primas recibidas, afrontar las obligaciones asumidas y eventuales factores, como el acrecentamiento de la siniestralidad, pérdidas en la inversiones de reservas y siniestros extraordinarios.

En caso que la aseguradora registre déficit del capital mínimo, la Superintendencia debe tomar inmediatamente las medidas que le autoriza la ley para ese supuesto ([59]), de modo de subsanar esa anómala situación, evitando su liquidación. A tal fin, se prevé que la aseguradora brinde las explicaciones del caso, pudiendo el ente de control luego de analizadas las mismas, intimar que se corrija la situación o que se presente un Plan de Regularización y Saneamiento, que deberá ser aprobado la Superintendencia.

#### 2. Aprobación de los planes técnicos ([60]):

Ley prevé que los planes de seguro así como sus elementos técnicos y contractuales deben ser aprobados por la autoridad de aplicación con anterioridad a su aplicación y mediante resolución de carácter general ([61]). Estos planes deben contener las tarifas de primas a aplicar y sus fundamentos técnicos, las bases para el cálculo de las reservas técnicas y el texto de las pólizas que se propone emitir.

#### 3. Formación de las reservas técnicas ([62]):

La naturaleza de las obligaciones asumidas y la capacitación económico – financiera permanente de la empresa ameritan la formación de las reservas técnicas y de siniestros pendientes, en la medida necesaria para el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

#### 4. Inversión de las reservas técnicas ([63]):

Las reservas deben invertirse únicamente en los bienes que indica la ley (títulos públicos de países extranjeros, obligaciones negociables que tengan oferta pública autorizada, inmuebles, etc.), otorgándose preferencia a aquellos que supongan una mayor liquidez y suficiente rentabilidad y garantía. La autoridad de control es quien tiene a su cargo establecer los porcentajes de inversión permitidos para cada una de los supuestos, pudiendo impugnar las inversiones hechas en bienes que no reúnan las características de liquidez, rentabilidad y garantía o cuyo precio de adquisición sea superior al de realización. En este último caso, la Superintendencia debe disponer las medidas conducentes a que dicha inversión registre en el balance un valor equivalente al de su realización según el precio corriente en el mercado.

#### 5. Imponer sanciones:

El art. 58 de la Ley N°20.091 determina que “cuando un asegurador infrinja las disposiciones de esta ley o las reglamentaciones previstas en ella, o no cumpla con las medidas dispuestas en su consecuencia por la autoridad de control, y de ello resulte el ejercicio anormal de la actividad aseguradora o una disminución de la capacidad económico – financiera del asegurador o un obstáculo real a la fiscalización, será pasible de las siguientes sanciones, que se graduarán razonablemente según la conducta del asegurador, la gravedad y la reincidencia” . Tales sanciones pueden ser:

- Llamado de atención;
- Apercibimiento;
- Multa desde el 0,01% hasta el 0,1% del total de primas y recargos devengados –neto de acumulaciones- en el ejercicio económico anterior, que no podrá ser inferior al 0,5% del capital mínimo requerido;
- Suspensión hasta de 3 meses para operar en una o más ramas autorizadas o revocación de la autorización para operar como asegurador, en los casos de ejercicio anormal de la actividad aseguradora o disminución de su capacidad económico financiera.

Dada la temática que se desarrolla en este trabajo, es importante precisar en qué casos establece la ley que la autorización concedida al asegurador debe ser revocada ([64]).

Así, los supuestos previstos en la ley son los siguientes:

- Cuando el asegurador no inicie efectivamente sus operaciones en el término de 6 meses.
- Cuando no cumpla con lo dispuesto en la norma en caso de presentar un déficit de capital mínimo.
- Cuando el asegurador no funcione de acuerdo con los estatutos ([65]), con las condiciones de la autorización ([66]) o con lo dispuesto en relación a los organismos oficiales de seguros privados o no proceda a la exclusión de las personas que la ley declara como impedidas de ejercer determinados cargos en la empresa, después de aplicadas las multas previstas en el art. 9º de la ley.
- Cuando proceda la disolución por cualquier causa establecida en la ley a la cual corresponda su forma societaria.
- En los supuestos de liquidación previstos en la ley ([67]).

#### 6. Medidas precautorias ([68]):

De acuerdo a las distintas situaciones de anormalidad que pueden suscitarse en la aseguradora y que se enuncian en la norma, la Superintendencia puede disponer, por sí, sin audiencia de parte, como medida precautoria, la prohibición de realizar, respecto de sus inversiones, cualquier tipo de acto de disposición o los de administración que específicamente indique y de celebrar nuevos contratos de seguros. Ello además de poder solicitar el embargo preventivo sobre bienes del infractor en caso de multa. Prevé la ley, que cuando la resolución disponga la suspensión o la revocación de la autorización para operar en seguros, el Tribunal de Alzada dispondrá, a pedido de la Superintendencia de Seguros de la Nación, la administración e intervención judicial del Asegurador, que recaerá en la autoridad de control.

#### (ii) Medios indirectos:

Los medios directos enunciados, se complementan con los medidos indirectos, “cuya utilización oportuna por la autoridad de control debería evitar medidas drásticas en la reorganización de las empresas” ([69]).

#### 1. Control de los balances ([70]):

Los aseguradores deben presentar ante la Superintendencia, con anterioridad a la celebración de la asamblea de aprobación de los mismos, la memoria, el balance general, la cuenta de ganancias y pérdidas e informe de los síndicos o del consejo de vigilancia en su caso, acompañados de dictamen de un profesional autorizado sin relación de dependencia. Debe agregarse que el ente de control debe dictar normas sobre la contabilidad de las compañías ([71]) y sobre la valuación del activo ([72]), en ambos casos con carácter uniforme, y puede, en su caso, objetar el balance ([73]).

#### 2. Controlar la suficiencia de las primas ([74]):

Dispone la ley que las primas deben ser suficientes para el cumplimiento de las obligaciones del asegurador y su permanente capacitación económico – financiera, debiendo la autoridad de control observar aquellas que resulten insuficientes, abusivas o arbitrariamente discriminatorias ([75]). Luego, la reglamentación fija los parámetros que debe tener en cuenta la Superintendencia para aprobar u observar las primas que les presenten las compañías de seguros. Así, incluye los conceptos de equidad ([76]) y suficiencia ([77]).

Se prevé como facultad del ente de control, la aprobación de primas mínimas uniformes netas de comisiones cuando se halle afectada la estabilidad del mercado. Sobre esta cuestión, si bien con anterioridad a la reglamentación que determinó la libertad de las aseguradoras en la fijación de las primas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo por válido el ejercicio de esta potestad por parte del ente de control, que había fijado primas mínimas para el ramo automotor, expresando que “De las constancias de la causa y del reconocimiento de la aseguradora, surge la reiterada contratación en condiciones técnicas violatorias del régimen de tarifas mínimas vigente en la época que interesa en esta controversia. Ello constituye una infracción real al marco específico que la Superintendencia de Seguros instituyó en los términos del art. 26 de la Ley 20.091. La ineficacia de ese marco a los fines de implementar una determinada política económica es –dentro de los márgenes de constitucionalidad- irrevisable”([78]).

Como se adelantó, a partir del dictado de la reglamentación de la Ley N°20.091, se fijó como principio que los aseguradores establecerán libremente las tarifas de primas que les resulten suficientes para cumplir con las obligaciones que asuman y su permanente capacitación económico – financiera, las cuales surgirán del análisis estadístico de la experiencia siniestral, nivel de gastos y demás elementos, con los fundamentos técnicos que las avalen a efectos de su aprobación ([79]).

La Superintendencia ejerce aquí un control eminentemente técnico, y si bien, como se dijo, el principio es la libertad en la fijación de las tarifas, aquella debe controlar las mismas en forma previa a su utilización para evitar “los graves efectos que en el mercado de seguros puede llegar a producir una ‘guerra de primas’, la cual se podría traducir, a la postre, en un perjuicio para el mercado y para la masa de asegurados, la cual, si en un principio podría resultar beneficiada por el pago de menores primas, al final sería afectada porque los aseguradores no podrían cumplir con los compromisos contraídos, por haber cobrado primas técnicamente insolventes” ([80])([81]).

### 3. Conveniencia del mercado ([82]):

La Superintendencia tiene la facultad de denegar la autorización para operar en seguros, con fundamento en su inconveniencia para el mercado. Ello así pues, las necesidades del mercado pueden ameritar que se limite el número de operadores, en el supuesto de que un exceso de competencia puede afectar los fundamentos técnicos del seguro y su funcionamiento en forma efectiva y rápida ([83]).

(iii) Para el debido ejercicio de todas estas potestades, la Superintendencia cuenta con las más amplias atribuciones para hacer cumplir los fines que le son propios ([84]), pudiendo:

1. Examinar todos los elementos atinentes a las operaciones de los aseguradores y, en especial, requerir la exhibición general de libros de comercio y documentación complementaria, así como de su correspondencia, hacer compulsas, arqueos y verificaciones ([85]).
2. Requerir a las aseguradoras que le brinden otras informaciones que las que exige presentar la ley en forma periódica, e incluso declaraciones juradas sobre hechos o datos determinados ([86]).
3. Asistir a las asambleas generales de las entidades sujetas a su fiscalización ([87]).
4. Requerir órdenes judiciales de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública para el ejercicio de sus funciones, pudiendo secuestrar los documentos que juzgue necesarios para el cumplimiento de sus tareas de fiscalización ([88]).

### (iv) Potestad reglamentaria:

Lo anteriormente expuesto en este capítulo, se refiere principalmente a las potestades de control y sanción de la Superintendencia.

Pero al igual que los demás los entes reguladores del país ([89]), dicho organismo cuenta con una amplia potestad reglamentaria ([90]), a la cual cabe referirse sucintamente.

En efecto, el art. 67, inc. b) de la Ley N°20.091 dispone que es deber y atribución de la Superintendencia de Seguros, “dictar las resoluciones de carácter general en los casos previstos por esta ley y las que sean necesarias para su aplicación”.

Según nuestro criterio, el tenor de la norma fijada por el legislador, permitiría afirmar que se confiere al ente de control la potestad de emitir verdaderos reglamentos ([91]).

Ahora bien, al referirse la primera parte de la norma a “los casos previstos en la ley”, pareciera aludir a los reglamentos delegados ([92]), en tanto que de la segunda parte se desprenderían los reglamentos ejecutivos o de ejecución ([93]).

Debe destacarse que la principal expresión de la actividad reglamentaria ejercida por la Superintendencia, ha sido –y es a través de la resoluciones que la modifican- la emisión de la Resolución General N°21.523/92, a que antes aludíamos, mediante la cual, en ejercicio de la potestad atribuida por el citado art. 67, inc. b), se reglamentó la Ley N°20.091, creándose un cuerpo normativo denominado “Reglamento General de la Actividad Aseguradora”.

Si bien en dicho cuerpo normativo la mayoría de las disposiciones son reglamentarias de las normas

contenidas en la Ley N°20.091, algunas de ellas parecen extenderse más allá de lo que autoriza dicha ley, surgiendo así la duda acerca de su legitimidad ([94]).

Sin perjuicio de la distinción de la naturaleza de cada reglamento, queda claro que luego de la reforma de la Constitución Nacional efectuada en el año 1994, en la que se incluyó una disposición expresa en relación a los reglamentos delegados, de aceptarse la posición que sostiene la validez de efectuar delegaciones en entes u órganos distintos al Poder Ejecutivo, el reglamento que emita la Superintendencia deberá respetar los límites que establece el art. 76 de la Norma Fundamental ([95]). Es decir, partiendo de la base que se establece la prohibición como principio general, podrá excepcionalmente admitirse este tipo de reglamentos, si se refieren a materias determinadas de administración ([96]) o de emergencia pública, se fija un plazo para el ejercicio de la facultad delegada y se establecen las bases o política legislativa a que debe ceñirse la Administración.

Si se tratara de reglamentos de ejecución, su validez dependerá de que no alteren el espíritu de lo normado en la legislación específica sobre la materia, que ha dictado el Congreso de la Nación ([97]), ni prescriba cargas u obligaciones que por su naturaleza sólo puedan ser dispuestas por la ley en sentido formal ([98]).

En consecuencia, de no cumplirse estos límites y recaudos, la reglamentación que emita la Superintendencia será inválida.

### **2.3.4. ¿Potestades regladas o discrecionales? Discrecionalidad técnica. Conceptos jurídicos indeterminados.**

#### **2.3.4.1. Distinción de los conceptos involucrados.**

Efectuada esta extensa enunciación de las potestades de la Superintendencia de Seguros, corresponde ahora considerar qué naturaleza presentan las mismas, es decir, si son discrecionales o regladas, o si se configuran supuestos de conceptos jurídicos indeterminados, o si se dan unas y otras, en orden a tratar de determinar luego, en qué casos podría incurrir en responsabilidad el organismo -comprometiendo la del Estado- al no ejercer la competencia a que se encuentra obligado, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso.

Ello así, pues, si se tratara de competencias regladas, fácil sería determinar cuándo han dejado de ejercerse conforme lo establecido por la norma.

Mucho más difícil será tal determinación, en caso de tratarse de facultades discrecionales, dónde existe un margen de apreciación subjetiva de la Administración.

En primer lugar, antes de precisar los conceptos señalados, debemos señalar que la potestad de un órgano o ente estatal puede serle atribuida de distintos modos.

Al respecto, entonces, con claridad se ha dicho que “el alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar, en nuestra opinión, sobre la base de los siguientes elementos: en primer lugar, el texto expreso de la norma que la regule; en segundo, el contenido razonablemente implícito inferible de ese texto expreso y, en tercer término, los poderes inherentes 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” ([99]).

Ello así, recurrimos a GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, quienes distinguen con precisión los conceptos de potestad reglada, discrecional y conceptos jurídicos indeterminados.

#### **(i) Potestad reglada:**

Explican tales autores que “El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (accertamento, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un juicio un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo alguno, salvo la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con

el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo” ([100]).

(ii) Potestad discrecional:

Agregan seguidamente que “el ejercicio de la potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular” ([101]).

Cómo se advierte, no existe aquí una conducta que necesariamente se imponga a la Administración, la cual puede elegir entre varias alternativas igualmente válidas ([102])([103]).

Pero no obstante esa estimación subjetiva con que cuenta el órgano estatal, no se trata de una facultad extralegal, pues el margen de apreciación conferido presupone la existencia de una norma atributiva de la potestad y la sujeción a los límites jurídicos del ordenamiento legal vigente ([104]).

(iii) Discrecionalidad técnica:

Dentro del concepto de discrecionalidad, se distingue el de discrecionalidad técnica, como aquel referido a los juicios científicos o técnicos de muy difícil revisión en la práctica, por la alta especialización que se requiere para formularlos, por lo que tienen una valoración personal e irrepetible ([105]).

Es decir, la Administración tiene atribuida por la norma la potestad de actuar con arreglo a criterios suministrados por saberes especializados, derivados de las ciencias puras o aplicadas, pero ello no implica, salvo que exista un criterio unánime sobre la cuestión, descartar la opción entre varias soluciones posibles, entre las cuales debe elegir una con criterio no técnico ([106]).

Ello es así, pues, debe distinguirse de dicho juicio técnico, el juicio que sobre la oportunidad, mérito y conveniencia realiza la Administración, al momento de tomar la decisión ([107]).

(iv) Conceptos jurídicos indeterminados:

Se diferencia del concepto de discrecionalidad, el de los conceptos jurídicos indeterminados, siendo este último una técnica por medio de la cual la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos, porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que admite ser precisado en el momento de la aplicación ([108]).

Lo importante a destacar de esta técnica, muy utilizada por los textos legales ([109]), es que la ley recurre a estos conceptos porque no puede dar una determinación más precisa, “pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o ha faltado a la probidad o no se ha faltado” ([110]).

En consecuencia, el concepto jurídico indeterminado se diferencia de la discrecionalidad, en tanto lo propio de ésta es que permite una pluralidad de soluciones justas o alternativas igualmente válidas.([111]).

Por último, cabe referirse a la principal consecuencia que se deriva de esta distinción entre potestad discrecional y concepto jurídico indeterminado, cual es la mayor o menor extensión del accionar de la Administración y la medida del control de ese accionar por parte del Poder Judicial.

Así, entonces, podrá el juez revisar ampliamente la decisión administrativa o la falta de la misma en caso de contener la norma supuestos de conceptos jurídicos indeterminados, pues la ley permite una única solución justa y lo que hace el magistrado es fiscalizar la aplicación e interpretación correcta de la ley.

En cambio, si se trata de una facultad discrecional, el control judicial se retrae, sin llegar a excluirse

de modo alguno, si aquella ha sido ejercida dentro del margen de apreciación que autoriza la norma legal ([112])([113]).

#### **2.3.4.2. La naturaleza de las principales potestades de la Superintendencia.**

Como se ha visto hasta aquí, la Superintendencia cuenta con amplísimas atribuciones para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación, en orden a ejercer la actividad de policía que le fue asignada.

Ello así, debemos continuar nuestro análisis partiendo de la siguiente aclaración: Si bien las potestades del organismo de control se encuentran previstas a lo largo de toda la Ley N°20.091, la norma contiene una disposición específica ([114]) que las subsume bajo el título de “Deberes y atribuciones de la Superintendencia”, en la que, por ejemplo, genéricamente se establece que el organismo debe “ejercer las funciones que esta ley asigna a la autoridad de control”.

A nuestro entender, ello conlleva, con claridad, que el ente debe ejercer su competencia ([115]) en materia de control de las entidades aseguradoras, sin perjuicio del mayor o menor margen de libertad en su actuación que posea, en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en la norma específica y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Ello es coherente con lo dispuesto en el art. 3° de la Ley N°19.549 de Procedimientos Administrativos, en tanto determina que el ejercicio de sus competencias por parte de los órganos administrativos “... constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente...”.

No obstante ello, de lo resuelto en varios precedentes en los que se sometió a revisión el accionar del ente de control, se desprende, a nuestro criterio, que el Alto Tribunal ha considerado a las potestades que ejerce aquél, como potestades discrecionales.

Así, la Corte Suprema se expidió en tal sentido:

(i) Acerca de la facultad de autorizar o no el ingreso de un nuevo operador al mercado ([116]), en el que se afirmó que “que tampoco son eficaces para revocar el fallo los agravios dirigidos a cuestionar la existencia del aludido exceso en la competencia comercial, pues tal apreciación se sustenta en un juicio valorativo de los hechos económicos, efectuado por la Administración dentro del marco de las amplias facultades discrecionales previstas en el art. 7° inc. g) ...”.

(ii) Con respecto a la fijación de primas mínimas uniformes cuando se ve afectada la estabilidad del mercado ([117]), expresándose que “que de lo expuesto no sólo resulta la existencia de extensas facultades de control y decisión de la Superintendencia, sino también la necesidad de reconocer al organismo una razonable amplitud para apreciar los factores y datos técnicos que entran en juego en la materia”.

(iii) Y con relación a la potestad sancionatoria ([118]), en el que dijo que “que la estimación por parte del ente administrativo del presupuesto fáctico definido por la norma, que abre la posibilidad de aplicar la solución que la ley prevé, contiene un elemento fuertemente discrecional en el caso de ‘ejercicio anormal de la actividad aseguradora’, habida cuenta que ningún patrón legal califica de modo exhaustivo el criterio de ‘normalidad’ que la Superintendencia de Seguros de la Nación debe exigir en resguardo del objetivo primordial de protección de la fe pública...”.

Pero, siempre según nuestra opinión, existen ciertas atribuciones que se podrían considerar como conceptos jurídicos indeterminados, con lo cual, no existiría el margen amplio de apreciación propio de la facultad discrecional, por parte de la Superintendencia.

Precisamente en los tres supuestos en que se pronunció el Máximo Tribunal, coincidimos con DAVID HALPERIN ([119]) en que las potestades establecidas a favor de la Superintendencia le han sido atribuidas a través de normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados.

En el primer caso, el art. 7, inc. g) de la Ley N°20.091 establece que las entidades mencionadas en el art. 2° “serán autorizadas a operar en seguros cuando se reúnan las siguientes condiciones: ... Conveniencia del mercado: g) Haga conveniente su actuación el mercado de seguros”.

Aquí el organismo de contralor deberá determinar si el ingreso del nuevo operador es o no conveniente para el mercado, de acuerdo a circunstancias de hecho objetivas, arribándose así a una única solución justa.

De igual manera, el art. 26 de la Ley N°20.091 dispone que “Podrán aprobarse –únicamente por resolución fundada- primas mínimas uniformes netas de comisiones cuando se halle afectada la estabilidad del mercado...”.

El concepto de “estabilidad del mercado”, también es, en nuestra opinión, un concepto jurídico indeterminado. El mercado será, entonces, estable o no, de acuerdo al análisis que realice la Superintendencia con sustento en datos objetivos y técnicos ([120]).

De gran relevancia es, asimismo, determinar si “el ejercicio anormal de la actividad aseguradora” también es un concepto jurídico indeterminado que conduce a una sola solución justa.

El art. 58 de la Ley N°20.091 prevé que “Cuando un asegurador infrinja las disposiciones de esta ley o las reglamentaciones previstas en ella o no cumpla con las medidas dispuestas en su consecuencia por la autoridad de control, y de ello resulte el ejercicio anormal de la actividad aseguradora o una disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador o un obstáculo real a la fiscalización, será pasible de las siguientes sanciones, que se graduarán razonablemente según la conducta del asegurador, la gravedad y la reincidencia”.

A diferencia de lo resuelto por la Corte Suprema, no creemos que la previsión legal autorice una apreciación discrecional sobre la existencia o no de una situación de infracción que amerite las sanciones que allí se establecen ([121]).

Sólo existirá ejercicio anormal de la actividad aseguradora si se configura alguno de los presupuestos contemplados en la norma ([122]), significando la conjunción “y” utilizada en la misma, que no se verificará tal anomalía en forma automática, ante el mero incumplimiento de la normativa o de la medida, lo que se traduciría en una potestad reglada.

Pero determinar si el incumplimiento configura el ejercicio anormal de la actividad aseguradora, no implica una potestad discrecional sino que, en cada caso y de acuerdo a las circunstancias particulares del mismo, mediando tal incumplimiento, razonablemente la actividad aseguradora será o no anormal ([123]).

Otros conceptos jurídicos indeterminados se presentan, a nuestro criterio, cuando la norma dispone que:

(i) “La autoridad de control incluirá en el régimen de esta ley a quienes realicen operaciones asimilables al seguro, cuando su naturaleza o alcance lo justifique” ([124]).

Una actividad será o no asimilable a la del seguro, de acuerdo a las características de éste, no existiendo otra posibilidad.

(ii) “La autoridad de control impugnará las retribuciones que no sean proporcionadas a la capacidad económico-financiera de la sociedad o no se ajusten, según la práctica del mercado, la tarea desempeñada” ([125]).

Aquí serán conceptos jurídicos indeterminados las expresiones “proporcionadas a la capacidad económico-financiera de la sociedad” y “práctica del mercado”, pudiendo determinarse su verificación en base a criterios objetivos y técnicos, luego de los cuales se arriba a una única solución que conlleva el deber de proceder a la impugnación de las retribuciones.

(iii) “La autoridad de control cuidará que las condiciones contractuales (de la póliza) sean equitativas” ([126]).

Tales condiciones serán o no equitativas no pudiéndose presentar varias alternativas.

(iv) “Las primas deben resultar suficientes para el cumplimiento de las obligaciones del asegurador y su permanente capacitación económico-financiera” ([127]).

“La autoridad de control observará las primas que resulten insuficientes, abusivas o arbitrariamente discriminatorias” ([128]).



En ambos casos, al igual que en el supuesto anterior, la Superintendencia debe observar las primas que sean insuficientes, abusivas o arbitrariamente discriminatorias, conceptos que, de acuerdo a la técnica del seguro, no admiten distintas interpretaciones.

Mucho menos cuando la reglamentación de la norma brinda pautas concretas para interpretar la misma.

En el supuesto en análisis se aclara que la suficiencia de la tarifa de primas se determinará en base al análisis estadístico de la experiencia siniestral, nivel de gastos y demás elementos, con los fundamentos técnicos que los avalen ([129]), requiriendo que cubran la tasa de riesgo y los costos propios de la operación, gastos de explotación y adquisición y la posible utilidad ([130]).

Para determinar el carácter de abusiva de una tarifa de prima, se agrega que la aseguradora debe observar que los parámetros de prima y riesgo presenten una correlación positiva ([131]).

(v) “La autoridad de control establecerá con carácter general los porcentajes de inversión en tales bienes y podrá impugnar las inversiones hechas en bienes que no reúnan las características de liquidez, rentabilidad y garantía ...” ([132]).

Nuevamente, la liquidez, la rentabilidad y garantía responden a criterios económicos, que determinarán que un momento preciso, los bienes en los que se efectúa la inversión revistan o no tales caracteres.

Sin perjuicio de las potestades señaladas, existen otras, que fueron mencionadas anteriormente, que son claramente regladas y otras que revisten el carácter de discrecionales.

Así, por ejemplo, resultan potestades regladas aquellas por las cuales Superintendencia debe obrar de una manera determinada, como ser:

(i) “La autoridad de control impugnará a quienes estén incurso en los citados impedimentos (vgr. condenados por delitos cometidos con ánimo de lucro, etc.) y ordenará a la entidad que dentro del plazo de 15 días de notificada disponga las medidas tendientes a la inmediata exclusión de los impugnados” ([133]).

(ii) “Los planes de seguro así como sus elementos técnicos y contractuales debe ser aprobados por la autoridad antes de su aplicación” ([134]).

(iii) “Cuando el capital mínimo correspondiente, según las disposiciones que dicte la autoridad de control, resulte afectado por cualquier pérdida, aquélla, sin esperar la terminación del ejercicio, emplazará al asegurador para que dé explicaciones y adopte las medidas para mantener la integridad de dicho capital, a cuyo efecto el asegurador presentará un plan de regularización y saneamiento dentro de los 15 días del emplazamiento. La autoridad de control aprobará o rechazará el referido plan; si lo aprueba, el asegurador deberá cumplir el plan en los plazos y condiciones que aquella establezca; si lo rechaza, deberá reintegrar el capital en el término de 30 días”.

“Hasta tanto sean cumplidas las medidas de regularización y saneamiento, la autoridad de control establecerá sobre las inversiones, las medidas previstas en el artículo 86 de esta ley (prohibición de realizar actos de disposición o administración respecto de las inversiones y prohibición de celebrar nuevos contratos de seguros)” ([135]).

(iv) “La autorización concedida de acuerdo con el artículo 7, debe ser revocada por la autoridad de control cuando: a) El asegurador no inicie efectivamente sus operaciones en el término de seis (6) meses; b) No se cumpla con lo dispuesto en el artículo 31, en los casos de pérdida del capital mínimo; c) El asegurador no funcione de acuerdo con los estatutos, con las condiciones de la autorización o con el artículo 4, o no proceda a la exclusión de los impugnados según el artículo 9 después de aplicadas las multas previstas en esa disposición; d) Proceda la disolución por cualquier causa, conforme al Código de Comercio; e) La casa matriz de una sociedad extranjera se disuelva, liquide, quiebre, o se encuentre en situación equivalente, o en caso de cierre de la sucursal o agencia autorizada; f) Se produzca la liquidación según lo previsto en los artículos 50, 51 y 52; g) Sea por aplicación de lo dispuesto en el artículo 58” ([136]).

En todos estos casos, surge claro cómo y en qué supuestos debe proceder el organismo de control,

quedando en clara evidencia su incumplimiento por no actuar como manda la norma o hacerlo en forma distinta.

A su vez, son ejemplos de facultades discrecionales de la Superintendencia de Seguros, en los que el ente tiene un mayor margen de actuación, los siguientes:

(i) Establecer con carácter general los porcentajes de inversión los bienes que autoriza la Ley N°20.091 ([137]), pudiendo autorizar excepciones al límite del porcentaje que puede invertirse en bienes en el exterior, por resolución fundada, ante la no existencia de instrumentos en el mercado local que se correlacionen razonablemente con los compromisos que deben respaldar ([138]).

(ii) “Si el asegurador no procediera a su inmediata liquidación o si la protección de los intereses de los asegurados lo requiere, la autoridad de control podrá solicitar del juez ordinario competente su designación como liquidadora” ([139]).

(iii) “En el ejercicio de sus funciones la Superintendencia puede examinar todos los elementos atinentes a las operaciones de los aseguradores y en especial requerir la exhibición general de los libros de comercio y documentación complementaria, así como de su correspondencia, hacer compulsas, arqueos y verificaciones” ([140]).

(iv) “Además de las informaciones periódicas previstas por esta ley que los aseguradores deben suministrar, la Superintendencia puede requerir otras que juzgue necesarias para ejercer sus funciones” ([141]).

(v) “La Superintendencia puede asistir a las asambleas generales de las entidades sujetas a su fiscalización...” ([142]).

(vi) “La Superintendencia puede requerir órdenes judiciales de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública para el ejercicio de sus funciones. Puede secuestrar documentos que juzgue conducentes para el cumplimiento de las tareas de fiscalización” ([143]).

(vii) Disponer las medidas cautelares que se enumeran en el art. 86 de la Ley N°20.091.

Sin perjuicio de la disquisición entre la naturaleza de cada potestad, lo cual no es un tema menor debido a las consecuencias que de ello se derivan, lo cierto es que la potestad discrecional, aún aquella denominada “discrecionalidad técnica” es pasible de suficiente control por parte del Poder Judicial y, también, la omisión en el ejercicio de tal potestad por parte de quien debía ejercerla, razonablemente, de acuerdo a las circunstancias que le imponían un actuar determinado en cumplimiento de sus fines propios.

En tal sentido, se ha dicho que “La discrecionalidad técnica no significa que la determinación del motivo de esta clase deba colocarse fuera de la juridicidad y que el administrador no deba elegir lo mejor para el objeto que debe satisfacer” ([144]).

Entonces, aún cuando se trate de potestades en las que la Superintendencia de Seguros tiene la posibilidad de efectuar una valoración más amplia sobre el presupuesto previsto en la norma como condicionante de su accionar y una mayor flexibilidad para tomar decisiones entre distintas alternativas, no puede dejar de obrar teniendo como norte la consecución de sus fines.

Y para ello, deberán tenerse en cuenta los límites antes expuestos en relación a la actividad discrecional de la Administración, entre los que se destaca la razonabilidad de su accionar.

Aún en supuestos donde media la necesidad de apreciar complejos datos o factores técnicos, es procedente el control del Poder Judicial, en orden a verificar si la Administración ha adoptado una decisión tolerable cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación ([145]) y de la apreciación de la realidad realizada.

De igual manera, puede intervenir el Juez cuando esa decisión fue distinta de la que debió adoptarse, cuando se la tomó tardíamente o cuando directamente no se la adoptó.

Estos son los supuestos que implicarán una conducta omisiva de la Superintendencia en su deber de controlar a las aseguradoras y en los que, en consecuencia, se comprometerá la responsabilidad del Estado ante quien resulte perjudicado por la omisión.

Se aclara que no se propone aquí un control sobre el juicio de oportunidad que realiza la Administración, sino extremar la exigencia de que se actúe de la forma y modo que prescribe el ordenamiento positivo, a fin de evitar a tiempo la consumación del resultado dañoso producto de la omisión.

### **III.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION**

#### **3.1. Nociones introductorias.**

Si bien no se realizará un análisis general de la teoría de la responsabilidad estatal, efectuaremos algunas consideraciones genéricas sobre la misma que entendemos necesarias, para luego adentrarnos en el desarrollo de la responsabilidad del Estado por omisión.

##### **3.1.1. Fundamento normativo.**

Debemos comenzar precisando que, como lo explica MARIENHOFF, el fundamento general de la responsabilidad del Estado, no es otro que el Estado de Derecho y el complejo de principios y postulados que lo conforman y tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados ([146]).

Por su parte, se ha distinguido el fundamento de la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, que reside mediatamente en la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y en el principio de libertad (art. 19 de la Constitución Nacional), de aquel que corresponde a su actividad legítima, que finca en las garantías de la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad (arts. 14, 17, 16, 19 y 28 de la Constitución Nacional) ([147]).

##### **3.1.2. Evolución jurisprudencial.**

Tal como es frecuentemente enseñado, en un primer momento histórico no se aceptó que el Estado pudiera resultar responsable de su accionar en ningún supuesto, pues, imperaba la noción de un Estado con poder absoluto en el interior e independencia absoluta en el exterior, en el que el monarca no podía causar perjuicios sobre la base de la idea de la soberanía ([148]).

Luego, a comienzos del Siglo XIX tal principio de irresponsabilidad del Estado se fue atenuando ([149]), haciéndose lugar reclamos derivados de actos de gestión del Estado, con fundamento en el Derecho Civil, hasta que, a partir de los casos “Blanco” y “Pelletier”, resueltos en el año 1837, “se perfiló una concepción publicista sobre la responsabilidad del Estado montada sobre la distinción entre falta de servicio y falta personal, que desembocó en el abandono de la noción de culpa, como presupuesto inexcusable de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ella ocasiona perjuicios a los administrados” ([150]).

Ello así, nos interesa tratar, brevemente, la evolución producida en la jurisprudencia argentina acerca de la fundamentación de la responsabilidad del estado por su accionar ilícito, en tanto la omisión en la conducta debida por parte del Estado reviste tal carácter ([151]). Tal evolución puede resumirse de la siguiente manera ([152]):

(i) Hasta el año 1933 se aceptaba la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, aplicándose, por lo general, las normas y principios del Código Civil. Se consideraba también, que el Estado era responsable por sus actos de gestión.

Pero no se reconocía la responsabilidad extracontractual del Estado por delitos o cuasi-delitos, en la inteligencia que los arts. 36 y 43 del Código Civil impedían que las personas jurídicas estuvieran obligadas a responder por los actos ilícitos de sus representantes. Únicamente se dejaba de lado esta posición, ante el dictado de una ley especial que fijare la indemnización por los daños causados por el Estado.

(ii) A partir del fallo “Devoto” ([153]), dictado en el año 1933, la Corte reconoce la responsabilidad estatal por actos ilícitos, pero funda la misma en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, entendiendo configurada una responsabilidad de tipo indirecta, a fin de sortear la valla que significaba el art. 43 de dicho cuerpo normativo.

(iii) Poco tiempo más tarde, en el año 1938, se dicta el fallo “Ferrocarril Oeste” ([154]), en el que si bien se continúa aplicando la postura de la responsabilidad indirecta del Estado, se acude por primera vez a la invocación del art. 1112 del Código Civil, elaborándose una regla que, en lo sustancial, se sigue repitiendo en la actualidad y que establece que “quien contrae una obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ah sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución...”. Además, resulta valioso dicho precedente, en razón de haber distinguido, en el caso, que al ejercer un servicio público en forma monopólica, el Estado actuaba como persona de derecho público, descartando la aplicación del art. 43 del Código Civil..

(iv) A partir del precedente “Vadell” ([155]), se inaugura un período que se extiende hasta la actualidad, en el que se reconoce la responsabilidad objetiva y directa del Estado, sobre la base de la noción de la falta de servicio, con fundamento en el art. 1112 del Código Civil.

En tal sentido, el Alto Tribunal recordó la regla establecida en “Ferrocarril Oeste”, agregando luego que “Esa idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación del art. 1112 del cód. civil, que establece un régimen de responsabilidad ‘por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas’”.

### **3.1.3. Clasificación de la responsabilidad patrimonial del Estado.**

(i) La responsabilidad del Estado puede suscitarse en el marco de una relación de derecho privado o de derecho público. Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o comercial, la responsabilidad se rige por el derecho privado (Código Civil), siendo ésta una responsabilidad de tipo directa, basada en la noción de culpa. En cambio, cuando la actuación estatal se produjera en el campo de la función administrativa o en ocasión de la misma, la responsabilidad del Estado se regirá por los principios de derecho público ([156]).

(ii) A su vez, la responsabilidad del Estado puede clasificarse en (i) contractual y (ii) extracontractual, siendo ésta última, aquella que no surge de la violación de una obligación contractualmente contraída sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con quien resultó perjudicado ([157]).

(iii) En este contexto, la reparación del Estado puede originarse por un hecho, un acto o una omisión de un órgano del Estado (sea Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

(iv) Por su parte, la responsabilidad extracontractual del Estado puede dividirse en dos supuestos según sea la actividad que le da origen, legítima o ilegítima. Al respecto, cabe señalar que “El concepto de ilegitimidad –que comprende tanto la ilegalidad objetiva como la irrazonabilidad o injusticia- no lleva como presupuesto la noción de culpa, sino la de incumplimiento irregular de la función administrativa conforme a la idea de la faute de service del derecho francés, donde se sustituye el dato de la culpa por el relativo al funcionamiento defectuoso del servicio, juzgado de acuerdo a las leyes y reglamentos administrativos” ([158]).

### **3.2. Presupuestos de procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima.**

La responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima se configura si se verifican los siguientes presupuestos:

(i) Imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones. Se trata de una imputación objetiva y directa que, al contrario de lo que ocurre en el

ámbito del Código Civil, prescinde del requisito de la voluntad y se sustenta en el acaecimiento de una falta de servicio ([159]).

(ii) Antijuridicidad en el hecho o acto dañoso, es decir, que exista la denominada “falta de servicio” por verificarse el defectuoso o irregular funcionamiento del servicio ([160]). Cabe destacar que esa defectuosa o irregular prestación del servicio, no se circunscribe a la existencia de un servicio público, sino que se entiende “compresivo de todo cometido encargado a la Administración Pública” ([161]).

Acerca de la falta de servicio, ha dicho reiteradamente el Alto Tribunal, citando la regla sentada en el aludido precedente “Vadell”, que “... quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil, pues no se trata de un responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” ([162]).

(iii) La existencia de un daño cierto o perjuicio injusto. El daño es la lesión antijurídica a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales, siendo necesario para que dicho daño sea resarcible, que además de cierto en cuanto a su existencia, sea evaluable económicamente y subsistente ([163]).

(iv) La conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular. Como precisa COMADIRA ([164]), esa relación de causalidad ha sido calificada de distintas maneras en la jurisprudencia del Máximo Tribunal, exigiéndose en algunos casos que sea directa e inmediata ([165]), o agregándose a ello el carácter de exclusiva ([166]) o bien directa y relevante ([167]).

Luego veremos la relevancia de este presupuesto, respecto a la configuración o no de la responsabilidad estatal en el supuesto objeto de estudio en el presente trabajo.

Además de la doctrina mencionada, estos presupuestos son tenidos en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los efectos de analizar la procedencia de la responsabilidad del Estado ([168]).

### **3.3. Cuestiones específicas de la responsabilidad del Estado por omisión. La omisión antijurídica.**

En primer término, cabe destacar que la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de una conducta omisiva, se guía por las mismas pautas tenidas en cuenta para la procedencia de la responsabilidad estatal originada por su obrar positivo ilegítimo.

Es decir, para que el Estado resulte responsable en este supuesto, deben cumplirse los recaudos enunciados en el apartado anterior, con la obvia salvedad de que, en lugar de un hecho o acto, se trata de una conducta pasiva, de omisión o de abstención.

No obstante ello, existen ciertos aspectos que merecen una consideración más precisa:

Así, la cuestión de mayor relevancia para analizar en este supuesto, es determinar cuándo y en qué condiciones se produce una omisión antijurídica del Estado, susceptible de comprometer su responsabilidad.

Ello nos conduce directamente a tratar cuál es el fundamento normativo a que acude la doctrina cuando analiza la procedencia de este tipo de responsabilidad. Luego veremos cuál ha sido y es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores, sobre este aspecto.

Al respecto, cabe comenzar aclarando que no existe una norma específica de Derecho Público que regule la responsabilidad del Estado por un hecho de omisión o de abstención.

En consecuencia, se ha abrevado en el Código Civil, para buscar apoyo normativo haciendo uso de

la analogía ([169]).

En dicho cuerpos normativo existen dos normas fundamentales aplicables a la materia, que establecen lo siguiente:

(i) Art. 1074: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese causado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

(ii) Art. 1112: “Los hechos y 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”.

Luego, hay autores que fundan la responsabilidad del Estado por su conducta omisiva principalmente en una u otra de las normas.

Así, MARIENHOFF sostiene que para la generalidad de los supuestos omisivos es de estricta aplicación el art. 1074 del Código Civil, en tanto “Este precepto del Código Civil contempla una situación que igualmente se produce en derecho público con relación al estado, resultando entonces –ante la falta de texto expreso en derecho público- aplicable en este último ámbito jurídico en mérito a lo establecido en el art. 16 del Código Civil, precepto, éste, que, no obstante su ubicación, pertenece a la llamada parte general del derecho, aplicable en todos sus sectores” ([170]), no obstante aclarar luego, que en supuestos específicos, como el de las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, rige lo dispuesto por el art. 1112 ([171]).

Comparten este criterio, KEMELMAJER DE CARLUCCI ([172]), MERTEHIKIAN ([173]) y MATA ([174]).

Por otra parte, CASSAGNE sostiene que “la clave para establecer la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración de la falta de servicio, concebida ésta como una omisión antijurídica que se produce en la medida que sea razonable y posible esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares” ([175]) pero seguidamente agrega que “La omisión antijurídica se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita (Art. 1074 del Código Civil) y no de un deber genérico o difuso” ([176]).

En la posición que sostiene como factor de atribución la falta de servicio también se pronuncian GORDILLO ([177]), GAMBIER ([178]), COMADIRA y CANDA ([179]), HUICI ([180]) y PERRINO ([181]).

Sin perjuicio de la mención de los fallos que haremos en el apartado siguiente, anticipamos que la posición actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fundar los fallos en los que analiza la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión, invoca la noción de falta de servicio contenida en el art. 1112 del Código Civil ([182]).

Sin dudas no es indiferente, a los efectos de dilucidar la cuestión en análisis, buscar el sustento principal en una u otra disposición, pues, si se sostiene que prevalece el art. 1074 del Código Civil, deberá existir una norma que expresamente establezca la obligación de actuar del Estado, en tanto que si se prefiere la invocación del art. 1112 del Código Civil y la interpretación que sobre el supuesto ha efectuado la jurisprudencia, bastará con que la Administración cumpla de un modo irregular los deberes u obligaciones puestas a su cargo por la Constitución, la ley, el reglamento o alguna otra norma ([183]).

Ahora bien, sin perjuicio de la inclinación de los distinguidos juristas citados, en uno u otro sentido, e incluso de los matices que algunos de ellos proponen, todos han focalizado sus esfuerzos en determinar cuándo se verifica la omisión antijurídica, tratando de precisar en qué supuestos existe una deber jurídico de actuar por parte de la Administración.

Así, si bien adhiere al criterio de la omisión ilícita como falta de servicio, CASSAGNE distingue entre el mero deber administrativo que opera en dirección genérica y que sólo autoriza a los particulares, eventualmente, a reclamar su cumplimiento a través de medios indirectos como ser la petición de sanciones políticas o administrativas, de la obligación que conlleva un poder jurídico del

administrado para exigir directamente su cumplimiento ([184]).

Para este autor, entonces, es necesario encontrar en cada caso una norma que contenga una obligación concreta, que autorice a exigir que la Administración obre en un determinado sentido.

En cambio, en la línea de la falta de servicio, pero sosteniendo un criterio más amplio, GORDILLO entiende que para los funcionarios públicos existe la obligación de actuar, aunque el reglamento o la ley no lo determine específicamente, pues, explica, “el regular ejercicio de las obligaciones legales resulta de muchos caracteres implícitos a la función pública y no de la casuística de algún reglamento; la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1112)” ([185]).

En la postura que sostiene la preeminencia del art. 1074 del Código Civil, destacados autores aportan interesantes criterios para analizar la existencia o no de una omisión antijurídica en el marco del ejercicio del poder de policía por parte del Estado.

Así, MARIENHOFF ([186]) señala que el ejercicio del poder de policía no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud, dependiendo en cada caso del lugar, del objeto o índole de la actividad o de las personas, en definitiva de “las circunstancias específicas del caso”. Además de tales circunstancias, se ha dicho que deben considerarse los recursos materiales y de personal que disponía la Administración para el cumplimiento del servicio ([187]).

Por su parte, MATA ([188]) advierte que el art. 1074 del Código Civil debe interpretarse conjuntamente con el art. 1066 de ese cuerpo normativo, en tanto éste califica como ilícitos los actos prohibidos por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía, resultando de esa manera, que el incumplimiento de cualquier tipo de norma puede configurar una omisión ilícita. Asimismo, agrega que la omisión imputable al Estado puede derivarse del incumplimiento de los deberes legales explícitos contenidos en las normas, como así también, con fundamento en los arts. 512 y 1109 del Código Civil, de los deberes implícitos provenientes de la obligación de los agentes estatales de obrar con prudencia y diligencia en la gestión del interés público ([189]).

Tales concepciones se adecuan a la interpretación que sobre el art. 1074 realizó LLAMBIAS, quien explicó que la responsabilidad por omisión surge cuando quien se abstiene de actuar infringe “una obligación jurídica de obrar, entendiéndose por tal no sólo la que la ley consagra de modo específico sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico y le está impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos...” ([190]).

Más allá del fundamento jurídico que se adopte para fundar la configuración de una omisión antijurídica, de lo expuesto por los autores citados parece desprenderse que la piedra de toque en esta cuestión, radica en la mayor o menor generalidad de la norma en orden a la verificación de una obligación de obrar en un determinado sentido, para así tener por existente o no un deber jurídico de actuar.

En consecuencia, ello nos remite a la consideración de la naturaleza de la potestad atribuida a la Administración, pues, como dijéramos anteriormente al referirnos a esta cuestión, si se trata de potestades regladas será más fácil confrontar lo actuado con la conducta requerida por la norma que rija el accionar del órgano estatal.

Más difícil resulta esa tarea si la norma contiene potestades discrecionales de la Administración, dónde será determinante para la eventual verificación de la responsabilidad estatal, la irrazonabilidad, la arbitrariedad o el abuso en el accionar del Estado.

Entre tales extremos, en nuestra opinión, en cada caso concreto debe realizarse el análisis con detenimiento de sus circunstancias específicas, haciendo hincapié en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en las normas atributivas de competencias, las cuales, llamadas a limitar la discrecionalidad administrativa, entrañan una única solución justa.

Esto no es ni más ni menos que determinar en cada caso, luego de analizar exhaustivamente el marco normativo que rige el accionar del órgano estatal, qué tipo de potestades guían la actividad de la Administración, discriminando la naturaleza de las mismas, como se dijo.

Luego de ello se podrá arribar a una conclusión en torno a si el órgano estatal debía o no actuar en

un determinado sentido.

Además, como se verá seguidamente en relación al poder de policía y la actividad de policía en materia de seguros, no debe descartarse la presencia de una obligación jurídica de actuar, por la existencia de normas que imponen directivas genéricas, pues, muchas de ellas, si bien no trasuntan obligaciones regladas, imponen una conducta con una orientación y finalidad determinada que debe respetarse, como por ejemplo la la inspección, evaluación y prevención, y confrontarse con la actividad de comisión o de omisión adoptada en cada caso.

### **3.4. Jurisprudencia sobre la cuestión.**

#### **3.4.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

Entre los pronunciamientos del Alto Tribunal que han tratado la responsabilidad del Estado por su conducta omisiva, merecen destacarse los siguientes:

(i) “Ruiz, Mirtha E. y otro c/ Provincia de Buenos Aires” ([191]):

La actora demandó a la provincia por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su esposo, con motivo de la colisión con un caballo suelto en la ruta provincial N°36, alegando la omisión del deber de custodia a cargo del estado provincial.

La Corte Suprema hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada, en razón de entender, que la omisión imputada a la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora. Asimismo agregó 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 involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”.

(ii) “Lanati, Marta Noemí y otros c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ daños y perjuicios (sumario)” ([192]):

Se inició un reclamo de daños y perjuicios contra la Dirección Nacional de Vialidad, con motivo de un accidente de tránsito acaecido en una ruta, imputando a dicho ente no haber cuidado que la ruta esté correctamente señalizada, advirtiendo de esa manera, que luego de una lomada existía una zanja profunda, lo cual constituía un grave peligro.

La Cámara revocó el fallo de primera instancia que había acogido parcialmente la demanda, siendo aquél, a su vez, dejado sin efecto por el Alto Tribunal, que entendió que en el caso, debió analizarse la responsabilidad por omisión del ente estatal, debido a que se encontraba a su cargo la conservación y vigilancia del estado de la ruta. En consecuencia se mandó dictar un nuevo fallo.

(iii) “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios” ([193]):

El actor reclamó los daños producidos a su persona, al tirarse de un trampolín instalado en una torre ubicada en las playas de Puerto Madryn, imputando a la comuna y a la Provincia que debieron advertir a los bañistas de la peligrosidad de la situación, con motivo del descenso de las aguas al producirse la bajamar.

Se condenó a la Municipalidad, en razón que la misma ejercía jurisdicción delegada y el consiguiente poder de policía sobre las playas, habiendo debido adoptar las medidas de seguridad del caso. Se hizo extensiva la responsabilidad por el suceso a la provincia, al ser la misma la propietaria de las playas. La Corte Suprema invocó los arts. 1109, 1112 y 1113 del Código Civil para fundar su fallo.

(iv) “De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral” ([194])([195]):



Se reclamó la compensación del daño moral que alegó padecer la actora, en razón de haber sido detenida e incomunicada al intentar cruzar la frontera con Uruguay, pues existía una orden de secuestro en relación a su vehículo, que debió haber sido levantada y comunicada a las autoridades pertinentes con anterioridad.

La Corte Suprema acogió la demanda por entender que hubo un cumplimiento defectuoso del servicio a cargo de la autoridad judicial de la provincia de Buenos Aires, acudiendo así, a la noción de la falta de servicio.

(v) “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ Sumario” ([196]):

El actor, jugador de fútbol del equipo de San Lorenzo de Almagro, sufrió graves lesiones con motivo de una bomba de estruendo colocada en el vestuario de su equipo, en la cancha de su rival, Instituto de Córdoba. Reclamó entonces por los daños producidos, a ese club, a la Asociación de Fútbol Argentino y a la Provincia de Córdoba, por su omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad que es de su competencia. En lo que aquí interesa, el Tribunal, que intervino en instancia originaria, rechazó la pretensión respecto de la provincia, con fundamento en que no se configuraba en el caso una falta de servicio, afirmando que “En tales condiciones y habida cuenta 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 lugar, cabe concluir que no se ha configurado falta alguno de servicio por parte de la policía local” ([197]).

Reviste sumo interés este precedente para el tema objeto del presente trabajo, no sólo por ser reciente emisión, sino por establecer un *standard* para apreciar si media falta de servicio en un supuesto de omisión estatal en el ejercicio de su poder de policía, tomándose en cuenta si el Estado ha obrado razonablemente de acuerdo a las circunstancias del caso.

(vi) “Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fé, Provincia de s/ daños y perjuicios” ([198]):

La actora, por sí y en representación de sus hijos menores, reclamó la compensación del daño moral que le produjo, el asesinato de su esposo y padre respectivamente, en una cárcel de la provincia, alegando que se había incumplido con el deber de seguridad a cargo de la misma.

El Alto Tribunal hizo lugar a la demanda con sustento en que la provincia, a través del comportamiento de sus dependientes, había omitido cumplir con sus deberes primarios, constituyendo ello una irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad penitenciaria.

### 3.4.2. Tribunales inferiores.

(i) “Sykes, Violeta y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ cobro de dólares” ([199])([200]):

Los actores, ahorristas, reclamaron los daños y perjuicios producidos por –según alegaron- la omisión del Banco Central al no haber adoptado las medidas correspondientes (revocación de la autorización para funcionar) respecto de la entidad financiera dónde tenían sus depósitos, que se encontraba en una situación comprometida.

La Cámara rechazó la acción, al arribar a la conclusión de que no hubo ni culpa ni dolo en la omisión del accionar del Banco Central al no disponer la revocación de la autorización para funcionar de la entidad, ponderando que se estaba en presencia de facultades discrecionales que no fueron ejercidas de modo irrazonable o arbitrario.

Es de destacar que, en el caso, se consideró que en supuestos de omisión antijurídica la responsabilidad tiene base subjetiva (voto del Dr. Hutchinson), pues de otro modo, se llegaría a resultados absurdos, transformándose el Estado en un ente asegurador.

(ii) “Torres, Francisco c/ Pcia. de Mendoza” ([201])([202]):

El Sr. Torres inició un juicio de daños y perjuicios contra la Provincia de Mendoza, debido a que en el año 1981, las inundaciones producidas arrasaron las defensas aluvionales construidas por la provincia, destruyéndose diversas plantaciones y otros bienes de su propiedad.

Pese a que se encontraba probado en el expediente que las obras realizadas resultaban insuficientes, la Suprema Corte revocó el fallo de la Cámara que había ratificado el acogimiento de la acción efectuado por el Juez de primera instancia, argumentando que no se configuraba en el caso una omisión antijurídica y que no se había violado el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Se consideró que no existía una norma expresa que contuviera una obligación legal para la provincia de efectuar las obras requeridas, afirmándose que “No puede deducirse del art. 128 inc. 19 de la Constitución de la Provincia de Mendoza la obligación legal de efectuar las obras hidráulicas que los jueces exigen. Al igual que el art. 6° de la ley de aguas, que pone a cargo de las autoridades creadas por ese ordenamiento la policía de las aguas y cauces y la vigilancia para que esas aguas no puedan afectar a la salubridad pública ni a la seguridad de las personas y bienes, éstas son normas genéricas que legitiman el ejercicio del poder de policía sobre las aguas, pero de ningún modo imponen específicamente al Estado la obligación de construir efectivamente las defensas aluvionales necesarias para asegurar los bienes de todos los habitantes”.

(iii) “Assmuss, Francisco René y otros c/ E.N.” ([203])([204]):

Un grupo de trabajadores que fue contratado para desarmar factorías de balleneras en las islas Georgias del Sur, inició demanda contra el Estado Nacional por los perjuicios que sufrieron al no poder realizar dicha tarea.

La Cámara confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda, señalando que no procede responsabilizar al Estado por daños que no son consecuencia de su obrar, pues, lo contrario extendería sin límite el deber de indemnizar todo daño injusto que el Estado no pudiera evitar por insuficiencia de medios, cargando la obligación sobre un erario cuya grave penuria se corresponde con dicha insuficiencia y eliminando tajantemente el riesgo empresario.

(iv) “Menéndez S.A. c/ Banco Central de la República Argentina” ([205]):

En este caso el reclamo fue similar al comentado en el precedente “Sykes”, rechazándose la demanda con sustento en que no es responsable el Banco Central, frente a los depositantes de un banco por incumplimiento de sus deberes de fiscalización, si al tomar las decisiones referidas a la liquidación de la entidad financiera no ejerció las facultades discrecionales con que cuenta, de modo irrazonable.

(v) “Wellcome Argentina Limited c/ Estado Nacional” ([206])([207]):

La firma accionante reclamó al Estado que se le reconociera el derecho a obtener una indemnización, por la demora incurrida por la Administración en el procedimiento articulado para lograr su admisión en el régimen preferencial de la cotización de la cotización del dólar oficial, al no entregársele oportunamente las certificaciones complementarias que le eran necesarias.

La Cámara confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda, al entender que no se había producido una demora de tal intensidad que configure un incumplimiento irregular de las obligaciones legales del Estado.

(vi) “Cots, Libia Elda c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ daños y perjuicios” ([208])([209]):

La actora demandó al Estado y a otras personas, por los daños y perjuicios que padeció con motivo de una accidente, en el que resultó embestida por un colectivo. Imputó una conducta omisiva al Estado, por no ejercer la Secretaría de Transportes y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte el ejercicio del poder de policía a su cargo, dado que la unidad embistente no contaba con el seguro obligatorio de responsabilidad civil, y la Empresa se encontraba un estado deficitario.

En primera instancia se rechazó la demanda respecto del Estado. Luego, la Cámara hizo lugar a la misma, con apoyo en el art. 1112 del Código Civil, afirmando que:

“No obstante los controles efectuados durante el año en el cual aconteció el siniestro, los mismos fueron notoriamente deficientes, desde el momento en que la ausencia de cobertura obligatoria –verificada en varias oportunidades- no comportó la medida de sacar de circulación el servicio prestado, sino tan sólo llevó a la imposición de una multa –fijada en una etapa posterior-; hecho que

permitió la libre circulación de automotores que no cumplían con las exigencias del seguro obligatorio, vulnerando la garantía debida a los terceros, en tutela de los cuales tal obligación fue impuesta por la Superintendencia de Seguros de la Nación”.

“El ejercicio del poder de policía imponía al Estado el deber de actuar directamente o de ejercer su autoridad para que el dueño o guardián de la cosa riesgosa sujeta al servicio de transporte público, adopte medidas de seguridad y garantías apropiadas para evitar la deficiente prestación –en tanto no cumplimenta los recaudos establecidos- se transforme en fuente de daños a terceros, máxime cuando el usuario o el transeúnte no pudo advertir tal falencia”.

“...Dicho organismo omitió adoptar las medidas idóneas y eficientes en pro de la seguridad necesarias que requiere el servicio público de pasajeros”.

#### **IV.- RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION POR OMISION EN EL CONTROL DE LAS ASEGURADORAS.**

##### **4.1. Preliminar.**

La cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión en el control de las aseguradoras por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación, ha motivado varios trabajos de parte de autores especializados, en su mayoría, en seguros y en responsabilidad civil.

En este capítulo final de nuestro trabajo, repasaremos los fallos más importantes sobre la materia –por cierto escasos-, las posiciones sostenidas por tales autores y, por último, daremos nuestra opinión sobre el tema.

##### **4.2. Jurisprudencia.**

(i) “Sorba, Luis Esteban c/ Superintendencia de Seguros de la Nación y Estado Nacional s/ Daños y perjuicios” ([210]):

El actor, así como sus abogados, reclamaron al estado Nacional y a la Superintendencia el pago de los daños y perjuicios producidos a los mismos, como consecuencia de no poder cobrar la indemnización y los honorarios, respectivamente, correspondientes a otro proceso en el que reclamaron el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Sr. Sorba por un accidente de tránsito en el que falleciera su hijo. Ello por cuanto la aseguradora Olimpia Compañía Argentina de Seguros S.A. no hizo frente a tales créditos, por haberse ordenado a su respecto la revocación de la autorización para operar en seguros y su disolución automática, asumiendo la Superintendencia la liquidación forzosa de la compañía.

Es importante señalar que fundaron su reclamo al Estado y a la Superintendencia, en el art. 1113 del Código Civil, alegando la función de garantía y solidaridad social que cumple el seguro.

En primera instancia les fue rechazada la demanda, con sustento en que de la Ley 20.091 no se derivaba la función de garantía y solidaridad que invocaban los actores, y en que no se había imputado ni al Estado ni a la Superintendencia culpa o negligencia en su actividad, ni ejercicio irregular de sus funciones.

En Cámara, se revocó el fallo del a quo y se hizo lugar a la demanda, por entender (vía aplicación de la regla iura novit curia) que se configuraba la responsabilidad de la Superintendencia y del Estado, al existir una falta de servicio por parte del organismo estatal, invocándose el art. 1112 del Código civil y, asimismo, una omisión imputable al Estado, pues, con fundamento en el art. 1074 del Código Civil, se verificaba un deber de actuación y una obligación legal en cabeza del ente de control, que había sido incumplida. Al respecto, juzgó que el art. 31 de la Ley 20.091, que regula el supuesto de déficit de capital mínimo, le imponía imperativamente una actuación determinada que fue desoída.

A su turno, el Alto Tribunal dejó sin efecto el pronunciamiento de la alzada, haciendo suyas las afirmaciones del Procurador General de la Nación, con sustento en que con el pretexto de aplicar la

regla procesal de iura novit curia, se habían modificado los términos de la demanda, afectándose así el principio de congruencia y, por ende, el derecho de defensa de los demandados. Ello pues, la originaria pretensión se basaba en la responsabilidad de la Superintendencia como garante de la relación entre asegurado y aseguradora, en tanto el fallo fundó tal responsabilidad en el accionar ilícito u omisivo en el ejercicio del poder de policía sobre las entidades aseguradoras.

La resolución de la Cámara ha sido elogiada por STIGLITZ y COMPIANI ([211]), quienes señalaron que “El reconocimiento de la protección jurisdiccional a estos sujetos importa la adecuada protección de sus intereses económicos ante la frustración de su derecho al cobro de la indemnización debida por la aseguradora, como consecuencia del irregular ejercicio del poder de policía por parte de la autoridad administrativa de control”.

Por nuestra parte, si bien compartimos el análisis fáctico y jurídico que efectúa el tribunal de Alzada, en tanto ubica el fundamento normativo de la responsabilidad estatal en la noción de falta de servicio –sin perjuicio que también analiza la procedencia de la responsabilidad estatal a la luz del art. 1074 del Código Civil- y tiene en cuenta que el enorme tiempo transcurrido desde que se detectó el déficit de capital mínimo hasta que se revocó la autorización para operar de la aseguradora, creemos que, al igual que lo hace la Corte Suprema, la regla procesal de iura novit curia no alcanza para facultar al juez a corregir los defectos de la demanda transformando en otra la pretensión, con lo cual, todo lo demás que se analice quedará limitado al campo doctrinario.

(ii) “Compañía de Transportes Río de la Plata S.A. c/ E.N. (M°de Economía - Secretaría de Hacienda y otro s/ Daños y perjuicios” ([212]):

La actora accionó contra el Estado y la Superintendencia, a fin de reclamar los daños y perjuicios padecidos con motivo de la insolvencia de la aseguradora con la que había contratado determinadas pólizas (Previsión del Hogar cooperativa de Seguros Limitada). Imputó al ente el ejercicio tardío de sus facultades de control, lo cual permitió el vaciamiento de la aseguradora con anterioridad a su liquidación.

En primera instancia se le rechazó la demanda, confirmándose dicho pronunciamiento en la Alzada.

Este último tribunal, consideró que la apelación no cumplía con los requisitos exigidos por el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no obstante lo cual sostuvo que no se probó en el caso, la relación de causalidad entre la omisión del órgano y el daño, ni tampoco se acreditó ni individualizó de modo concreto, cómo se produjo el ejercicio irregular de la función estatal. Debió puntualizarse, en el criterio del Tribunal, qué comportamientos importaron omisión o imprudencia en la adopción de medidas que en ejercicio de la policía de control le correspondía legalmente adoptar.

#### **4.3. La posición de la doctrina específica.**

Como adelantáramos, la temática tratada en el presente trabajo ha sido analizada por distintos autores con especialidad, mayormente, en seguros o en responsabilidad civil, en trabajos muchos de ellos enjundiosos y profundos.

La mayoría de dicha doctrina coincide en calificar la responsabilidad estatal presente en este supuesto, como objetiva, directa y con fundamento en la noción de falta de servicio ([213]).

Otros autores, adoptan una posición subjetiva y, en consecuencia, toman como factor de atribución a la culpa ([214]).

Ahora bien, en varios de dichos trabajos puede verse claramente, como idea fuerza que guía el análisis de la procedencia de la responsabilidad estatal en este supuesto, la concepción de que el Estado garantiza la solvencia de las aseguradoras.

En ese sentido, se ha afirmado que “El Estado asume, por tanto, una obligación jurídica de garantía que asegura el correcto funcionamiento de todo el sistema asegurativo, a fin de no frustrar la efectiva reparación de los damnificados para el caso de una eventual insolvencia de la empresa aseguradora” ([215]). Ello con sustento en las amplias atribuciones de la Superintendencia, su idoneidad técnica y que ejerce un control exclusivo y excluyente sobre las entidades de seguros.

No obstante ello, coinciden todos en que la clave para resolver el planteo en análisis finca en determinar si existe o no, y en su caso en qué supuestos, una obligación legal de actuar por parte del ente de control.

Al respecto, luego de analizar detenidamente las potestades que el ordenamiento confiere a la Superintendencia de Seguros, STIGLITZ sostiene que la omisión de ejercer las mismas, importa la configuración de una falta de servicio, la cual se desprende de la “apreciación del carácter correcto o defectuoso del servicio, en relación a ‘lo que debe ser’ su funcionamiento, por aplicación de las normas que lo rigen” ([216]). Y tales faltas, en su criterio, en tanto atinentes al control de la solvencia de las aseguradoras, pueden implicar la causa adecuada de un daño cierto a asegurados, consistente en la privación del resarcimiento o prestación debida, generándose así la responsabilidad del Estado ([217]).

Desde un enfoque propio del Derecho Administrativo, DAVID HALPERIN distingue entre potestades regladas y discrecionales en cabeza de la Superintendencia, aclarando que en ciertos supuestos la norma contiene conceptos jurídicos indeterminados ([218]). Luego, coincidiendo con la doctrina que citamos al tratar la distinción de la naturaleza de las potestades de la Administración, afirma que en caso de potestades discrecionales deben controlarse los hechos determinantes del caso, la consistencia técnica del acto administrativo y la razonabilidad del mismo ([219])([220]). En otros supuestos, el análisis deberá realizarse desde un criterio más técnico para cotejar si el accionar del ente de control o su omisión, fue correcto.

Por su parte, PIEDECASAS postula que la responsabilidad del Estado por el actuar de sus órganos o funcionarios se basa en un factor de atribución objetivo, lo cual “desemboca en que, probado el daño y el nexo de causalidad, la SSN para excusar su responsabilidad deberá probar ‘en el caso de insolvencia de una aseguradora, que desempeño una conducta diligente y, además, que la misma se produjo por una causa extraña a su propia actividad; esto es, por causas ajenas a su actividad de control” ([221]).

#### **4.4. Nuestra opinión.**

En primer lugar, a fin de aclarar en qué posición nos ubicamos para analizar esta temática, con el mayor de los respetos por quienes postulan esa posición, nos permitimos disentir con quienes entienden que el Estado, en materia de seguros y en base al régimen actual, mantiene una obligación de garantía para con los asegurados y los terceros damnificados.

Ello así pues, por el contrario, entendemos que tal obligación no tiene sustento normativo en el régimen actual y, además, desde esa perspectiva, el criterio para apreciar la configuración de la responsabilidad estatal por omisión en el control a cargo de la Superintendencia se vuelve excesivamente amplio.

Y si a ello sumamos que el factor de atribución de la responsabilidad sea la configuración de la falta de servicio, por su ejercicio irregular, teniendo a éste por producido ante la mera constatación de la insolvencia de la aseguradora, la consecuencia será la efectiva vigencia de un estado asegurador ([222]).

De prosperar este criterio, se retornaría a la situación que se suscitó en la época de vigencia del Instituto Nacional de Reaseguros, en la que, ante el monopolio estatal en el reaseguro, muchas entidades aseguradoras no se preocupaban en mantener su capacidad económico-financiera, pues, finalmente, siempre respondería el reasegurador estatal.

En la práctica, sería como tener por configurado, en los hechos y como producto de la interpretación pretoriana, un fondo de garantía, que es una de las propuestas válidas que la doctrina ha hecho para tratar de solucionar el grave problema de la insolvencia de las empresas de seguros ([223]).

Aclarado ello, nos parece que el análisis de la procedencia de la responsabilidad estatal por la omisión en el control de las aseguradoras por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación, debe realizarse de acuerdo a las siguientes pautas:

(i) Si bien no propiciamos que tal responsabilidad quede comprometida en forma automática, por la

mera imposibilidad de cobro de un damnificado con motivo de la insolvencia de la aseguradora, tampoco creemos que corresponda extremar la rigurosidad en el análisis de los casos planteados ante los jueces, al punto de considerar irrevisable el criterio adoptado por el ente de control so pretexto de que el mismo lo fue en ejercicio de potestades discrecionales en el marco del ejercicio del poder de policía del Estado, ni siquiera por tratarse de supuestos de discrecionalidad técnica, o no encontrar en ningún supuesto configurado el deber jurídico de actuar en cabeza del organismo.

(ii) Ello así pues, debe tenerse especialmente presente la naturaleza de la actividad de que se trata, en la que se encuentra comprometida la confianza de la población que deposita su dinero en las compañías aseguradoras esperando que éstas cumplan, llegado el caso, con la prestación comprometida, lo cual tiene una función esencial en la economía que, como vimos, justifica sobradamente el control estatal.

Entonces, el análisis de la problemática planteada en este trabajo respecto a este supuesto de la responsabilidad estatal, debe considerar que está en juego, en la adecuada satisfacción de aquella, “la efectividad misma del Estado de Derecho, que no es siquiera concebible por grandes que sean la representatividad y legitimidad popular de los gobernantes si una parte de las decisiones de éstos escapa al control de los jueces y tribunales independientes o si alguna de las consecuencias lesivas de su actuación queda al descubierto sin posibilidad de compensación” ([224]).

(iii) La ponderación de la configuración o no de una omisión antijurídica en los casos que se debatan en los tribunales, debería partir del presupuesto que el ejercicio de la competencia constituye una obligación del órgano que la tiene a su cargo (art. 3º de la Ley 19.549) ([225]). Más aún tratándose de un supuesto de poder de policía y actividad de policía por parte del Estado ([226]).

Y ello teniendo fundamentalmente en cuenta los fines para cuya consecución se atribuyeron potestades específicas, pues conforme la noción de falta de servicio que actualmente tiene en cuenta la Corte Suprema como factor de atribución de la responsabilidad estatal por actividad o inactividad ilegítima, quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios causados de por su incumplimiento o ejecución irregular ([227]).

Además, es en función de dichos fines que las potestades atribuidas resultan necesariamente controlables ([228]).

Tales fines, como vimos en este trabajo ([229]), además de haberse previsto en la Ley N°20.091, fueron reafirmados a través del Decreto N°1251/97. En esa norma, al referirse a la visión del organismo de control, el propio Estado reconoció la problemática de la cuestión relativa al control de la actividad del seguro y especialmente que no se tomó una política de acciones preventivas, pues era impensada la ruina de una aseguradora.

Como consecuencia de ese diagnóstico, redeterminó la orientación del organismo, definiendo su misión, sus responsabilidades y su modelo de gestión, con la finalidad de potenciar la actividad su fiscalizadora de la solvencia y eficiencia de los operadores del mercado.

La estructura orgánico - funcional de la Superintendencia fue luego sustituida por el Decreto 1084/04, al que también aludíáramos ([230]), en el que además de fijarse sus objetivos se regló con precisión, la responsabilidad primaria y las acciones a cargo de cada órgano dentro del ente de control.

Así, fijó como objetivos más relevantes “ejercer la supervisión integral sobre el mercado de seguros y reaseguros en la REPUBLICA ARGENTINA con el propósito de promover una plaza solvente, estable y eficiente...” y “realizar las actividades de evaluación, control e inspección de los operadores del mercado con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales y regulaciones vigentes en protección de los intereses de los asegurados, poniendo especial atención en las tareas preventivas de riesgo de insolvencia”.

A la luz de tales objetivos, ya contenidos en la Ley N°20.091, se determinaron, según nuestro criterio, las siguientes acciones más importantes a cargo de los órganos internos de la Superintendencia:

1.- Gerencia de Asuntos Jurídicos: “Ejercer el control legal de la actividad aseguradora en lo referente al funcionamiento y a las condiciones operativas de las personas y/o entidades

participantes, impulsando las actuaciones verificadas por el incumplimiento de la normativa vigente e instruyendo, en su caso, los sumarios administrativos pertinentes y promoviendo las medidas correctivas, cautelares y disciplinarias que corresponda adoptar” ([231]).

2.- Gerencia de Evaluación ([232]): “Efectuar el seguimiento de la situación económico-financiera de las entidades aseguradoras conforme con las normas de procedimiento de evaluación de entidades aseguradoras y reaseguradoras” ([233]).

“Evaluar periódicamente el diseño y contenido de las fórmulas de estados contables y otros documentos informativos vigentes, proponiendo las modificaciones que considere de interés” ([234]).

“Promover acciones preventivas frente a la detección de eventuales situaciones de incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias de acuerdo con los parámetros que fijen las normas de procedimiento de evaluación de entidades aseguradoras y reaseguradoras vigentes ([235]) o por la sola verificación de situaciones de inconsistencia en la información recibida o razones de inteligencia de mercado” ([236])([237]).

3.- Gerencia de Inspección: “Supervisar las fiscalizaciones dispuestas en los planes de inspecciones programadas verificando el cumplimiento de los cronogramas correspondientes” ([238]).

“Supervisar la elaboración de los informes mínimos que sean requeridos en las normas de procedimientos de inspección de entidades aseguradoras y reaseguradoras que se encuentren vigentes e informar a la Superioridad de toda circunstancia que considere de interés en prevención de comportamientos con las disposiciones legales o reglamentarias vigentes” ([239]).

“Informar de inmediato a la Superioridad en cualquier momento de una inspección la detección de elementos que pudieran presumir situaciones de insolvencia o de ejercicio irregular de la actividad, al margen de los previstos en el punto precedente” ([240]).

“Supervisar el cumplimiento de las normas sobre política y procedimiento de inversiones y el encuadramiento de las mismas dentro de los criterios de prudencia que deben ajustarse” ([241]).

Con la delimitación de las acciones a cargo de cada órgano, y aún cuando no sea necesario individualizar al funcionario que ha cometido la omisión específica, pues la responsabilidad comprometida es directa y se basa en la falta de servicio, se vuelve más fácil identificar las omisiones en que, eventualmente, incurra el organismo a los efectos de juzgar la responsabilidad derivada de las mismas.

(iv) Creemos que resulta útil para ponderar la configuración o no de la responsabilidad extracontractual del Estado en el supuesto en análisis, seguir el *standard* contenido en el fallo “Zacarías” del Alto Tribunal ([242]), en el que luego de reafirmar la noción de la falta de servicio como factor de atribución de dicha responsabilidad, se fijaron pautas para su determinación, acudiéndose también a criterios que implican considerar, en definitiva, cómo era esperable, razonablemente, que actúe la Administración ([243]).

Así, se expresó en dicho precedente que “la falta de servicio es una violación o anomalía 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”, para luego concluir que no mediaba responsabilidad del estado provincial en atención a 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 ([244]).

De esta manera, en supuestos en los que la potestad no sea reglada y se trate, entonces, de una potestad discrecional o se encuentre contenido en la norma un concepto jurídico indeterminado, habrá que ponderar en cada caso concreto si existe una omisión antijurídica, la cual se verificará cuando haya sido razonable esperar que se actuara en un determinado sentido de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

No se nos escapa que el Alto Tribunal, pese a sostener como factor de atribución la falta de servicio, parece también ponderar un factor subjetivo al mencionar la diligencia y previsión adecuadas en el accionar de la Administración. No obstante ello, nos quedamos con el resto de lo

resuelto y tomamos esa parte como un criterio para determinar cómo debía actuar el órgano estatal en un momento determinado, para así tener más elementos para analizar si hubo o no un irregular cumplimiento del servicio.

En los casos de potestades discrecionales y en virtud de las amplísimas atribuciones con que cuenta la Superintendencia de Seguros, no es completamente libre la apreciación que puede realizar el organismo pues, siempre se encontrará limitado por el marco de juridicidad que circunscribe su actuación, siendo las normas principales, como vimos, la Ley N°20.091, La Resolución N°21.523/92, el Dto. N°1251/97 y el Dto. N°1084/04, debiendo siempre elegirse lo mejor para el objeto que debe satisfacerse ([245]).

Según nuestro modo de ver, las atribuciones puestas a cargo de la Superintendencia son claras y determinantes en la mayoría de los supuestos, lo cual provocará que su confrontación con los hechos de cada caso, con la realidad propia de cada uno de ellos, ponga en evidencia la falta incurrida por el ente de control.

Del análisis de las potestades de la Superintendencia que hemos realizado, así como de su naturaleza y distribución en los distintos órganos del ente, puede colegirse en qué casos quedará puesta de manifiesto la responsabilidad estatal.

Ello es así, pues, el ordenamiento exige la inspección y evaluación permanente de las entidades aseguradoras, así como el monitoreo de su capacitación económica financiera y su solvencia, debiéndose adoptar las medidas que cada caso amerite.

Así, por ejemplo, en el caso "Sorba", transcurrieron casi tres años desde que registró un déficit de capital mínimo hasta que el ente de control resolvió su disolución y liquidación. Ello implica claramente que no se actuó conforme lo establece el art. 31 de la Ley 20.091.

Esa norma prevé, en su redacción actual, muy claramente cómo debe proceder el organismo de contralor ante un supuesto de pérdida de capital mínimo y exige que hasta tanto sean cumplidas las medidas de regularización y saneamiento, la autoridad disponga como medida precautoria la prohibición de cualquier acto de disposición o los de administración que indique respecto de las inversiones y, asimismo, la prohibición de emitir nuevas pólizas de seguros.

Si tal atribución se ejerce a tiempo, porque se evaluó a tiempo los balances que trimestralmente debe presentar cada entidad y con ello se detectó a tiempo la irregularidad, la actividad logrará su objetivo preventivo, evitando luego la consumación de los daños a los damnificados ([246]).

En definitiva, se trata de detectar a tiempo luego de evaluar la información recibida de las aseguradoras, los indicadores patrimoniales y financieros y de gestión ([247]) que como parámetros fija el ente de control, para así ejercer a tiempo las potestades conferidas y cumplir la finalidad de la entidad de contralor.

De no ser así, podrá quedar expuesta una omisión antijurídica por parte de la Superintendencia de Seguros que, si se acreditan los demás presupuestos de procedencia, comprometerá la responsabilidad estatal frente a quien resulte perjudicado por tal actitud.

(v) Por último, en relación a esos presupuestos de procedencia de la responsabilidad del Estado, nos efectuaremos algunas precisiones en torno a la relación de causalidad entre la omisión antijurídica y el daño producido.

En relación a la responsabilidad por omisión del Estado, la doctrina ha hecho especial hincapié sobre este aspecto, pues resulta de suma relevancia su ponderación en atención al carácter objetivo de dicha responsabilidad ([248]).

Según hemos dicho anteriormente ([249]), el Alto Tribunal ha exigido que la relación de causalidad sea directa e inmediata y, en otro caso, también exclusiva.

La exigencia de este último requisito excluiría la responsabilidad estatal en el supuesto en análisis, pues el daño consistente en no recibir la prestación comprometida por la aseguradora no se debe exclusivamente a la omisión estatal, sino también a la insolvencia de dicha entidad.

En nuestra humilde opinión, ese parámetro no sería aplicable en este caso, pues aún cuando es la



compañía de seguros la que no afronta el pago de la indemnización comprometida debido a su insolvencia, esta situación se produce sólo por cuanto no se ha efectuado el control que debía realizarse en tiempo oportuno, de modo que si se hubiera cumplido con el mismo, el daño no se hubiera producido.

En efecto, si el ente estatal que tiene asignada la competencia de controlar la actividad aseguradora, no adoptó las medidas que le imponía la norma atributiva de competencia o las que eran razonablemente esperables de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, resultando entonces abusivo y arbitrario su no ejercicio, tal comportamiento omisivo se constituirá en la causa del daño.

Resulta evidente, en casos como el analizado en el fallo “Sorba” por ejemplo, que “de haber mediado el ejercicio regular del poder de policía antes del siniestro, los asegurados o tomadores hubieran verosímilmente seleccionado otro asegurador para perfeccionar el contrato, o hubieran rescindido el existente, o adoptado las medidas pertinentes para resguardarse frente a su eventual insolvencia” ([250]).

Entonces, si a la luz de la teoría de la causalidad adecuada adoptada por el Código Civil, la causa es únicamente aquella condición que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir por sí el resultado ([251]), deberá ponderarse en el caso concreto, si la intervención oportuna de la Superintendencia de Seguros, ejerciendo las potestades que debía ejercer, pudo haber implicado que no se produjera el daño.

Sin dudas, frente a la enorme cantidad de compañías de seguros que se encuentran o encontraron en liquidación, y los innumerables casos de asegurados, damnificados o terceros perjudicados por ello, puede afirmarse que existe una rica experiencia previa que permite sostener en este supuesto, la plena vigencia de la teoría de la causalidad adecuada y, en consecuencia, juzgar lo que sucede según el curso natural y ordinario de las cosas ([252]).

Cabe agregar, finalmente, que la omisión en análisis no es aquí solamente una condición necesaria para el acaecimiento del daño, sino verdaderamente idónea y adecuada para ocasionarlo ([253]).

## **V.- CONCLUSIONES.**

Según nuestro criterio, las principales conclusiones a que se ha arribado en el presente trabajo son las siguientes:

(i) Partiendo de la base de la distinción entre ambos conceptos, el poder de policía en materia de seguros lo ejerce el Estado Nacional a través de las leyes dictadas por el Poder Legislativo, como ser la Ley N°20.091 “De los Aseguradores y su control” y, asimismo, mediante el Decreto 1251/97, en tanto la Superintendencia de Seguros de la Nación lleva adelante la actividad de policía en la materia, a través de la reglamentación de la ley citada, así como también, con los distintos actos administrativos que emite en uso de sus potestades de control, fiscalización y sanción.

(ii) La naturaleza de la actividad del seguro y su enorme importancia para el funcionamiento de la sociedad, así como la circunstancia de que se encuentren en juego los fondos de la población y la gran utilización que se hace de este instituto, justifican que exista control estatal en la materia, persiguiendo que los aseguradores mantengan su capacitación técnica, económica y financiera durante toda su existencia como tales.

(iii) Debe tenerse especialmente presente, que la Superintendencia ejerce sobre la materia un control exclusivo y excluyente en todos el país. En consecuencia, la actuación de los organismos de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Lealtad Comercial no deben excederse en sus facultades, con mengua de las atribuidas al ente de control específico en la materia.

(iv) La Superintendencia de Seguros de la Nación cuenta con amplísimas potestades para cumplir en forma efectiva, eficiente y oportuna, con la finalidad que le ha conferido el ordenamiento normativo.

(v) Tales potestades pueden distinguirse en regladas y discrecionales, así como identificarse varios

supuestos en los que las normas que las atribuyen contienen conceptos jurídicos indeterminados. La discrecionalidad técnica presente en numerosas atribuciones del organismo no conllevan, en modo alguno, su irrevisibilidad judicial.

(vi) Deben considerarse con detenimiento los supuestos en que existan conceptos jurídicos indeterminados, pues éstos limitan el accionar de la Administración al implicar una única solución justa.

(vii) La distinción de la naturaleza de cada potestad en cabeza de la Superintendencia, incide en la ponderación de la eventual configuración de una omisión antijurídica por parte del organismo.

(viii) La responsabilidad extracontractual del Estado por su conducta de omisión o de abstención no tiene un fundamento específico de derecho público, recurriéndose por analogía a las normas contenidas en el Derecho Civil. En dicho cuerpo normativo existen dos normas de aplicación a la cuestión: El art. 1074 y el art. 1112. La doctrina, en su mayoría, se inclina por una u otra norma de modo principal, sin descartar el análisis que implica la otra posición ([254]) a los efectos de estudiar el factor de atribución de la responsabilidad estatal. La jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recurre a la noción de falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado, con fundamento el art. 1112 del Código Civil. No obstante ello, en casos como el del precedente “Zacarías” pareciera agregarse al análisis de la falta de servicio, un criterio un tanto subjetivo, al ponderarse la diligencia y previsión del actuar de la Administración.

(ix) Del ordenamiento normativo actualmente vigente no cabe derivar una obligación de garantía por parte del estado, en lo que respecta a la responsabilidad estatal por omisión en el control de las aseguradoras.

(x) A fin de analizar la procedencia de la responsabilidad por omisión de la Superintendencia de Seguros, debe considerarse especialmente que: 1) el ejercicio de la competencia atribuida al órgano estatal es una obligación conforme el art. 3º de la Ley 19.549; 2) la existencia o no de una falta de servicio por parte del organismo deberá analizarse a la luz de la naturaleza de la potestad de que se trate y de los fines que el ordenamiento le ha conferido al mismo; 3) resulta de utilidad para este análisis, aplicar el *standard* contenido en el precedente “Zacarías” del Alto Tribunal, en la medida que aporta interesantes parámetros para apreciar cómo era esperable, razonablemente, que actué la Administración, de modo de analizar si existe o no un ejercicio irregular del servicio; 4) debe hacerse especial hincapié en el análisis de la relación de causalidad entre el daño y la omisión antijurídica, encontrándose ésta configurada cuando la Superintendencia no obró como debía de acuerdo a las normas que le atribuyen su competencia, y ello es condición idónea y adecuada para provocar el daño, de modo que si se hubiera ejercido la potestad en cuestión el daño no se hubiera producido.

## VI.- BIBLIOGRAFÍA.

BARRA, Rodolfo C., *“Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”*, ED 122-859.

- *“Reglamentos administrativos”*, La Ley 1999-F-1034.

BIANCHI, Alberto B., *“Los entes reguladores”*, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, 2003, Ed. RAP.

- *“La potestad reglamentaria de los entes reguladores”*, en *Acto Administrativo y Reglamento*, Ed. Ciencias de la Administración, 2002.

- *“La responsabilidad de los entes reguladores”*, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. Ciencias de la Administración, 2001.

BLANCO KÜHNE, Héctor O. J., *“La empresa en crisis. Métodos de prevención y saneamiento con especial referencia a las empresas de seguros”*, en *Derecho de Seguros*, Nicolás Barbato (coord.), Homenaje de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros al profesor doctor Juan Carlos Félix

Morando, Ed. Hammurabi, 2001, pág. 513.

BULLO, Emilio H., *El Derecho de Seguros y de otros negocios vinculados*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1999, Tomo 1.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *“La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”*, La Ley 1990-C-429.

- *“Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad - ‘Théorie du cheminent ou de l’empreinte continue du mal’”*, La Ley 1991-E-1378.

- *“La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual”*, La Ley 1996-D-23.

CANDA, Fabián O., *“Régimen Jurídico de la Actividad de Policía”*, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, 2003, Ed RAP.

- *“Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interórganicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)”*, en coautoría con COMADIRA, Julio R., La Ley 1996-A-600.

CASSAGNE, Juan C., *“La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”*, Revista de Derecho Administrativo N°3.

- *“En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”*, ED 99-937.

- *“La responsabilidad del extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo”*, ED 100-987.

- *“Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”*, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. Ciencias de la Administración, 2001.

- *“La responsabilidad del Estado por omisión”*, La Ley 1989-C-512.

- *“La configuración de la potestad reglamentaria”*, La Ley 26/11/03.

- *“El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general”*, La Ley 2001-E-1226.

COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos*, Ed. La Ley, 2003, T I.

- *“La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”* en *Derecho Administrativo*, 2da ed., LexisNexis, 2003.

- *“La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”*, en *Derecho Administrativo*, LexisNexis, 2003.

- *“Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes de reguladores”*, en *Derecho Administrativo*, LexisNexis, 2003.

- *“Los reglamentos delegados”*, en *Derecho Administrativo*, LexisNexis, 2003.

- *“Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interórganicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)”*, en coautoría con CANDA, Fabián O , La Ley 1996-A-600.

CORREA, José Luis, *“El fallo ‘Sorba’ de la CSJN y la condena al Estado por insuficiencia de control de la Superintendencia de Seguros de la Nación”*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, Año VII, N°1, Febrero 2005.

- *“Responsabilidad por omisión en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mendocina”*, Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, marzo de 2004.

DE LA CUETARA, Juan M., *“Las potestades administrativas”*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

ETCHEBARNE, Conrado, *“Control por el Estado de las empresas de seguro”*, Revista del Derecho

- Comercial y de las Obligaciones 1970, pág. 681, Ed. Depalma.
- FIORINI, Bartolomé A., *Poder de Policía – Teoría Jurídica*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1962.
- Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Vol. 1.
- GAMBIER, Beltrán, “*Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia*”, La Ley, 1990-E-626.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo – FERNANDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 7º ed., Civitas, Madrid, 1995, T I.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T 2, Cap. XX, págs. 19 y 20, [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).
- HALPERIN, David A., *Estudios de Derecho Público del Seguro*, Ed. Depalma, 2000.
- HALPERIN, Isaac, *Seguros*, 3ª ed. actualizada y ampliada por BARBATO Nicolás, Ed. Depalma, 2001.
- HUICI, Héctor M., “*La Responsabilidad del Estado por omisión*”, La Ley 1993-D-829.
- JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, “*La Legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas*”, en “*Documentación Española*”, en prensa, entregado durante el desarrollo de la materia Control Judicial de la Administración Pública (Cuadernillo N°7), en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.
- MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, Ed. Depalma, 1984, Tomos I y II.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ta ed. actualizada, 1997, Ed. Abeledo - Perrot, Tomo IV.
- “*Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud ‘omisiva’ en el ámbito del derecho público*”, RDA N°19/20, Mayo- Diciembre 1995.
- MATA, Ismael, “*La competencia como requisito esencial del acto administrativo (desde la visión sistémica y económica)*”, en *Acto Administrativo y Reglamento*, Ed. Ciencias de la Administración, 2002.
- “*Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía*”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. Ciencias de la Administración, 2001.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, “*Responsabilidad civil de la Superintendencia de Seguros de la Nación por la liquidación de las entidades aseguradoras. Daños a los asegurados y a los terceros*”, [www.alterini.org](http://www.alterini.org).
- MORANDI, Juan Carlos F., “*La Ley 20.091, ‘De los Aseguradores y su control’*”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 1978, Ed. Depalma.
- MORELLO, Augusto M., “*Transporte público de pasajeros, seguro obligatorio y responsabilidad del Estado por falta de servicio*”, en coautoría con STIGLITZ, Rubén S., La Ley 11/2/05.
- PERRINO, Pablo E., “*Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita*”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Ed. Ciencias de la Administración, 2001.
- “*La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados*”, en *Contratos Administrativos*, Ed. Ciencias de la Administración, 2000.
- PIEDecasas, Miguel A., *Responsabilidad Civil por la Liquidación de Empresas de Seguros*, 2002, Ed. Rubinzal – Culzoni.
- REJTMAN FARAH, Mario, “*Responsabilidad del Estado por omisión judicial. Una tendencia que se expande*”, La Ley 1996-D-79.
- SANTIAGO (h), Alfonso, “*La delegación legislativa en la reciente práctica institucional argentina*”, La

Ley 27/8/04.

SCHIAVO, Carlos A., *“Del excesivo ritual manifiesto a la total discrecionalidad administrativa (los cambiantes criterios de la CSJN, entre los casos Resguardo y La Concordia)”*, en *Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad*, Nro. 27, Agosto 1997.

- *“Responsabilidades emergentes de omisiones en el ejercicio de control de las entidades aseguradoras”* en *Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad*, Año V, Nro. 17/20.

SESIN, Domingo J., *“El Juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política”*, La Ley 2003-E-1264 (punto xi).

STEINFELD, Eduardo R., *“La responsabilidad civil del Estado Nacional por los hechos dañosos causados por sus funcionarios. Enfoque en particular sobre las acciones u omisiones de la Superintendencia de Seguros de la Nación y por los liquidadores del ex Instituto Nacional de Reaseguro”*, en *Derecho de Seguros*, Nicolás Barbato (coord.), Homenaje de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros al profesor doctor Juan Carlos Félix Morando, Ed. Hammurabi, 2001, pág. 378.

STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, Ed. Abeledo – Perrot, 1997, Tomo I.

- *“Transporte público de pasajeros, seguro obligatorio y responsabilidad del Estado por falta de servicio”*, en coautoría con MORELLO, Augusto, M., La Ley 11/2/05.

TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, Ed. Depalma 1993, Tomos I y II.

- *“Omisión, Guerra y responsabilidad”*, La Ley 1991-D-362.

TIRADO SUAREZ, Francisco J., *Ley Ordenadora del Seguro Privado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Num. 46, Sevilla, 1984.

TRIGO REPRESAS, Félix A., *“Los presupuestos de la responsabilidad civil”*, Academia Nacional de Derecho, Agosto de 2004, Cap. III, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

UEZ, Román A., *“Entes reguladores de los servicios públicos domiciliarios. Responsabilidad del Estado por la omisión en la actividad de control”*, La Ley 1999-C-1054.

USLENGHI, Alejandro J., *“Poder de Policía y actividad de fomento”*, en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, 1996, Ed. Ciencias de la Administración.

VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., *“La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (Haia un alivio de la carga probatoria)”*, La Ley 1996-D-988.

WEINGARTEN, Celia y SOLIGNAC, Nidia H., *“Intermediación asegurativa y responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación”*, La Ley 1991-D-1001.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *“Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños. Relación de causalidad”*, La Ley 1997-D-1272.

(\*) Abogado, egresado de la Universidad Católica Argentina. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral.

(\*\*) El presente trabajo ha sido la Tesina con la cual se ha optado al título de Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Dicha Tesina ha sido presentada en el mes de marzo de 2005 y defendida y aprobada en el mes de mayo de ese mismo año.

(\*\*\*) Los datos que contiene este capítulo han sido actualizados al mes de Julio de 2007, según la información que surge del sitio web de la Superintendencia de Seguros de la Nación

(www.ssn.gov.ar).

[1] Cfr. www.ssn.gov.ar.

[2] Por ej., los casos de las aseguradoras Belgrano Sociedad Cooperativa de Seguros Limitada, Inca S.A. Compañía de Seguros y Omega Cooperativa de Seguros Limitada.

[3] Cfr. Boletín Estadístico N°76 de fecha 31/1/06, confeccionado por la Superintendencia (Comunicación SSN N°1131, correspondiente a la Circular SSN EST N°221).

[4] Cfr. ETCHEBARNE, Conrado, “Control por el Estado de las empresas de seguro”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 1970, pág. 681, Ed. Depalma.

[5] MORANDI, Juan Carlos F., “La Ley 20.091, ‘De los Aseguradores y su control’”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 1978, pág. 1139, Ed. Depalma.

[6] Esta ley se publicó en el Boletín Oficial de fecha 7/2/73, pero recién tuvo vigencia a partir del 21/4/77, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto N°2567/76.

[7] B.O. 14/1/92. “Reglamento General de la Actividad Aseguradora”.

[8] Capítulo II, Sección I.

[9] Cfr. art. 65. La denominación actual del Ministerio es “Ministerio de Economía y Producción”.

[10] Cfr. PIEDECASAS, Miguel A., *Responsabilidad Civil por la Liquidación de Empresas de Seguros*, 2002, Ed. Rubinzal – Culzoni, págs. 658/659.

[11] Según lo dispone el art. 81 de la Ley 20.091, la Superintendencia se financia con los siguientes fondos: contribución anual de las empresas de seguros sobre las primas de seguros directos; tasa uniforme sobre las primas que pagan los asegurados; multas aplicadas de conformidad con la ley; recargos por falta de pago oportuno de los ingresos antes mencionados y los bienes y fondos que por cualquier título adquiera.

[12] Cfr. art. 66.

[13] Cfr. arts. 67, 68 y 69.

[14] B.O. 27/11/97.

[15] CSJN, 19/8/76, “Córdoba Compañía Argentina de Seguros S.A. c/ Nación Argentina s/ demanda Contencioso Administrativa” (consid. 3°).

[16] CSJN, 18/9/90, “Reaseguradora Argentina S.A. c/ Estado Nacional”, R.411.XXII. Recurso de hecho (consid. 6°).

[17] CSJN, 13/12/94, “Superintendencia de Seguros de la Nación s/ situación económica financiera de La Concordia Compañía de Seguros S.A.” (consid. 5°).

[18] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ta ed. actualizada, 1997, Ed. Abeledo - Perrot, Tomo IV, pág. 530.

[19] Se parte de la base que, como enseña FIORINI, la limitación a la libertad de las personas efectuada por el derecho, con miras al bien común, tiene por fin asegurar con mayor eficacia la existencia libre e individual de cada individuo (Cfr. FIORINI, Bartolomé A., *Poder de Policía – Teoría Jurídica*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1962, pag. 92).

[20] USLENGHI, Alejandro J., “Poder de Policía y actividad de fomento”, en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, 1996, Ed. Ciencias de la Administración, pág. 89.

[21] CANDA, Fabián O., “Régimen Jurídico de la Actividad de Policía”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, 2003, Ed RAP, pág. 134.

[22] *Idem.*, pág. 137.

[23] Cfr. art. 83 de la Ley N°20.091.

[24] CNCom, 4/12/86, Sala D, “Febo Cía. de Seguros S.A. – Superintendencia de Seguros de la Nación s/ observaciones al balance”.

[25] CNCom, 30/11/90, Sala E, “Compañía de Seguros del Interior S.A. s/ denuncia del Instituto Nacional de Reaseguros”; en igual sentido, Sala A, 30/4/96, “Superintendencia de Seguros de la Nación – Cía. Arg. de Seguros visión S.A. s/ presunto ejercicio anormal de la actividad aseguradora” y Sala C, 24/10/91, “España y Río de La Plata S.A. Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ presuntas irregularidades denunciadas por el INDER”.

[26] CSJN, 19/8/76, “Córdoba Compañía Argentina de Seguros S.A. c/ Nación Argentina s/ demanda Contencioso Administrativa” (consid. 3°).

[27] CSJN, 6/4/93, “Pedro Pablo Rizzo c/ Nación Argentina – Superintendencia de Seguros de la Nación”, Competencia.728 XXIV.

[28] CSJN, 13/12/94, “Superintendencia de Seguros de la Nación s/ situación económica financiera de La Concordia Compañía de Seguros S.A.” (consid. 5°).

[29] STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, Ed. Abeledo – Perrot, 1997, Tomo I, pág. 42. En igual sentido, HALPERIN, David A., *Estudios de Derecho Público del Seguro*, Ed. Depalma, 2000, págs. 98/99.

[30] SCHIAVO, Carlos A., “*Del excesivo ritual manifiesto a la total discrecionalidad administrativa (los cambiantes criterios de la CSJN, entre los casos Resguardo y La Concordia)*”, en *Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad*, Nro. 27, Agosto 1997, págs.90/91.

[31] *Ibidem*.

[32] Este reglamento fue dictado en virtud de la genérica delegación efectuada por el art. 67, inc. b) de la Ley N°20.091, que estableció como potestad de la Superintendencia: “dictar las resoluciones de carácter general en los casos previstos por esta ley y las que sean necesarias para su aplicación”.

[33] STIGLITZ ... op. cit. pág. 13.

[34] B.O. 6/9/67.

[35] El riesgo ha sido definido como un acontecimiento futuro e incierto que tiene aptitud para producirse y que originará el efecto de hacer cumplir al asegurador con su obligación, la cual puede ser de pagar una indemnización o de pagar una suma u otra prestación convenida (Cfr. BULLO, Emilio H., *El Derecho de Seguros y de otros negocios vinculados*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1999, Tomo 1, pág. 116).

[36] HALPERIN, Isaac, *Seguros*, 3ª ed. actualizada y ampliada por BARBATO Nicolás, Ed. Depalma, 2001, pág. 23.

[37] Iguales fines motivan el control de la actividad en España, regulada por la Ley N°33/1984 de Ordenación del Seguro Privado (publicada 4/8/84), acerca de la cual se ha dicho que: “Esta es la razón de la existencia del control, a fin que la asunción del riesgo del asegurador, como contraprestación al pago de una prima o cuota, no sea una mera ilusión, al no existir una garantía patrimonial suficiente para la hipótesis de que se produzca el siniestro, que desencadene el derecho a la indemnización”, y asimismo que “...el seguro es también una actividad esencialmente económica, canalizadora de inversión y del ahorro, por lo que el control de la actividad aseguradora debe también propiciar el impulso y desarrollo, dentro de unos parámetros o coordenadas, del seguro privado” (TIRADO SUAREZ, Francisco J., *Ley Ordenadora del Seguro Privado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Num. 46, Sevilla, 1984, pág. 36).

[38] CSJN, 18/9/90, “Reaseguradora Argentina S.A. c/ Estado Nacional”, R.411.XXII. Recurso de hecho (consid. 7°).

[39] Cfr. art. 1° de la Ley 20.091.

[40] Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1° de la ley, el art. 8° expresamente establece que “el control del funcionamiento y actuación de todas las entidades de seguros, sin excepción, corresponde a la autoridad de control organizada por esta ley, con exclusión de toda otra autoridad

administrativa, nacional o provincial; sin embargo la Superintendencia podrá requerir a esta últimas su opinión en las cuestiones vinculadas con el régimen societario de las entidades cuando lo estimara conveniente”.

[41] Según lo establece el art. 2° de la ley, sólo pueden operar en seguros las (i) Sociedades Anónimas, Cooperativas y de Seguros Mutuos, (ii) las Sucursales o Agencias de Sociedades Extranjeras de los tipos indicados y (iii) los Organismo y Entes Oficiales o Mixtos, Nacionales, Provinciales o Municipales.

[42] Creada por la Ley N°22.315 (B.O. 7/11/80).

[43] Creado por el Decreto N°721/00 (B.O. 1/9/00). Este ente de reciente creación tiene a su cargo el ejercicio de las competencias que, con relación a las Mutuales y Cooperativas, contienen las Leyes Nros. 20.321 y 20.337 respectivamente.

[44] No debiéndose soslayar las disposiciones contenidas en la Ley 17.418 de Seguros.

[45] B.O. 24/4/03, modificada por la Resolución 26/03 de la Secretaría de Coordinación Técnica (B.O. 14/8/03).

[46] Vgr. arts. 11 y 158 de la Ley N°17.418 y 23, 25 y 26 de la Ley N°20.091.

[47] Una postura más amplia sobre la cuestión ha sido reafirmada por STIGLITZ Gabriel (cfr. *“Seguros y Defensa del Consumidor”*, Columna de opinión publicada en Revista El Derecho del día 18/11/03).

[48] El art. 57 de la Ley N°20.091 establece que “queda prohibida la publicidad que contenga informaciones falsas, capciosas o ambiguas o que puedan suscitar equivocación sobre la naturaleza de las operaciones, la conducta o situación económico-financiera de un asegurador o respecto de los contratos que celebre así como el empleo de medios incorrectos o susceptibles de inducir a engaño para la obtención de negocios...”.

[49] Precisamente en ejercicio de esa competencia, entre otras, la Superintendencia ha sancionado en forma reciente a una aseguradora por publicitar que por la adquisición de un seguro automotor se le regalaba el seguro del hogar (Resolución SSN 30374 del 10/2/05 – Caja Seguros S.A.-). Ello contraviene las normas que contiene la ley sobre primas suficientes, prohibiéndose no cobrar una prima que no sea suficiente para la capacitación económico-financiera de la aseguradora y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 26 de la Ley N°20.091).

[50] CSJN, 19/11/91, “Margen Asociación Argentina de Previsión Mutual. Planes de Fondos para Jubilaciones Complementarias, Retiros y Pensiones. Superintendencia de Seguros”. Dijo el Tribunal: “la comprobación de que un organismo administrativo ha concedido autorización para desplegar determinada actividad, no constituye razón válida para obviar el análisis de la naturaleza de tales actos, cuando ese examen es un medio idóneo para dilucidar si el consentimiento estatal ha sido otorgado de conformidad con la legislación federal aplicable”. En este sentido, también se pronunció la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 161:368.

[51] Cfr. art. 3° de la Ley 20.091.

[52] Dictámenes 151:331.

[53] Se entiende por potestad la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos (Cfr. SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1973, pág. 140, citado por COMADIRA, Julio R., *“La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”* en *Derecho Administrativo*, 2da ed., LexisNexis, 2003, pag. 497

[54] Luego sustituida por el Decreto PEN 1084/04 (B.O. 26/8/04).

[55] HALPERIN, Isaac ... op. cit. pág. 140.

[56] MORANDI ... op.cit. pág. 1136.

[57] HALPERIN, Isaac ... op. cit. págs. 141-145.

[58] Arts. 30 y 31 de la Ley 20.091.



[59] Art. 31 de la Ley N°20.091, modificado por el Decreto 558/02 (B.O. 3/4/02).

[60] Arts. 23, 24 y 25 de la Ley N°20.091.

[61] Cfr. art. 23.1.1. de la Resolución N°21.523/92. Es interesante destacar que esta norma prevé un novedoso sistema para la aprobación de los planes, que hace excepción al principio general existente en derecho administrativo, por el cual el silencio de la Administración no tiene efectos positivos, salvo que la norma previera dichos efectos (art. 10 de la Ley N°19.549 de Procedimientos Administrativos). En efecto, precisamente establece la norma que la aprobación particular de nuevos elementos técnicos – contractuales deberá ser dispuesta por la Superintendencia dentro de los 90 días de efectuada la presentación. Si pasado ese término la autoridad no hubiere formulado observación alguna, los nuevos elementos técnico – contractuales se entenderán tácitamente aprobados y podrán ser utilizados válidamente a partir de ese momento.

[62] Art. 33 de la Ley N°20.091.

[63] Art. 35 de la Ley N°20.091.

[64] Art. 48 de la Ley N°20.091.

[65] Por ej.: Si no se reúne la Asamblea o no considera los balances.

[66] Por ej.: Dispone el art. 7 de la Ley N°20.091 que la autorización se concederá si la empresa se constituyó de acuerdo a las leyes generales y a las disposiciones específicas de la ley (inc. a), si tiene como objeto exclusivo efectuar operaciones de seguro.

[67] El art. 50 de la Ley N°20.091 prevé el supuesto de la liquidación voluntaria de la empresa de seguros, disponiendo lo siguiente: “Cuando el asegurador resuelva voluntariamente su disolución, la liquidación se hará por sus órganos estatutarios, sin perjuicio de la fiscalización del órgano de control. Si el asegurador no procediera a su inmediata liquidación o si la protección de los intereses de los asegurados lo requiere, la autoridad de control podrá solicitar al juez ordinario competente su designación como liquidadota...”.

El art. 51 de la Ley N°20.091 prevé el supuesto de la liquidación forzosa de la compañía, estableciendo que “Cuando la liquidación sea consecuencia de la revocación dispuesta por la autoridad de control, esta la asumirá por medio de quien designe con intervención del juez competente”.

[68] Art. 86 de la Ley N°20.091.

[69] HALPERIN, Isaac ... op. cit. pág. 144.

[70] Art. 38 de la Ley N°20.091.

[71] Art. 39 de la Ley N°20.091.

[72] Art. 41 de la Ley N°20.091.

[73] Art. 44 de la Ley N°20.091.

[74] Art. 26 de la Ley N°20.091.

[75] Al igual que lo visto en relación a la aprobación de los elementos técnicos – contractuales, en caso que el organismo no se expidiera en el plazo de 30 días, se entenderán tácitamente aprobadas.

[76] Cfr. art. 26.1.2. de la Resolución N°21.523/92 : “La entidad aseguradora deberá observar que los parámetros de prima y riesgo presenten una correlación positiva”.

[77] Cfr. art. 26.1.3. de la Resolución N°21.523/92 : “Es necesario que la tarifa cubra razonablemente la tasa de riesgo y los costos propios de la operación, gastos como los de adquisición y de explotación, y la posible utilidad”.

[78] CSJN, 17/11/94, “San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales s/ presuntas infracciones tarifarias”, S.283.XXV. En igual sentido acerca de esta competencia de la Superintendencia, CSJN, 23/2/93, “Superintendencia de Seguros de la Nación s/ infracción tarifaria de Sud America Terrestre y Marítima”.

[79] Cfr. art. 26.1.1. de la Resolución N°21523/92.

[80] MORANDI ... op. cit. pág. 1161.

[81] Al respecto, la Resolución SSN 30374 del 10/2/05 – Caja Seguros S.A- citada en la nota 49, sancionó a la aseguradora porque la prima que percibía por la promoción que realizaba, era de \$0,5, cuando sin ella cobraba \$26,5.

[82] Art. 7, inc. g) de la Ley N°20.091.

[83] En el precedente de la CSJN “Reaseguradora Argentina S.A.”, citado anteriormente (ver nota 16), la Corte juzgó que las razones dadas por la Superintendencia para denegar la autorización para operar en seguros, fundadas en la existencia de un excesivo contexto competitivo o la saturación del mercado, no exceden el marco interpretativo de la norma, siendo un juicio de conveniencia que tuvo en miras resguardar el equilibrio económico de las empresas autorizadas, configurando una razonable reglamentación del derecho a comerciar que reconoce la Constitución (cfr. Consids. 9° y 10°).

[84] Ha dicho la Corte Suprema que “La típica forma de producir en masa y la función social del seguro exigen que la autoridad de control disponga de los medios indispensables para salvaguardar los fines que le son propios y el bien común específico ínsito en ella”, in re “Superintendencia de Seguros de la Nación s/ infracción tarifaria de Sud America Terrestre y Marítima” de fecha 23/2/93.

[85] Cfr. art. 68 de la Ley N°20.091. Esta norma establece la obligación de los aseguradores de mantener en su sede central o sucursales, a disposición de la Superintendencia, todos los elementos relacionados con sus operaciones.

[86] Cfr. art. 69 de la Ley N°20.091.

[87] Cfr. art. 72 de la Ley N°20.091.

[88] Esta facultad ha sido incluso reconocida por la Corte Suprema a la Superintendencia, al poco tiempo de su creación, en los autos “Coarfir S.A.”, en donde se dijo que “La Superintendencia de Seguros puede proceder por intermedio de la justicia al allanamiento de los locales de las compañías de seguros para hacer efectiva la fiscalización que le incumbe”, citado por BIANCHI, Alberto B., “*Los entes reguladores*”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, 2003, Ed. RAP, pág. 157.

[89] *Ibidem*. Este autor pone énfasis en aclarar que el concepto de ente regulador no debe limitarse a los entes creados con motivo del fenómeno de la privatización producido en el país, sino que deben incluirse, entre otros muchos, organismos como el Banco Central de la República Argentina, la propia Superintendencia de Seguros de la Nación y el Comité Federal de Radiofusión.

[90] Con respecto a esta potestad establecida en favor de los entes reguladores, también se dijo que “regular es, esencialmente, dictar normas que establezcan reglas para el funcionamiento de una determinada industria o actividad que se encuentra bajo la vigilancia de un ente” (BIANCHI, Alberto B., “*La potestad reglamentaria de los entes reguladores*”, en *Acto Administrativo y Reglamento*, Ed. Ciencias de la Administración, 2002.

[91] Acerca del concepto de reglamento, CASSAGNE ha expresado que “El reglamento integra el ordenamiento jurídico dado que es producto de la actividad materialmente normativa, creando situaciones abstractas, impersonales y objetivas, es decir, que tiene por objeto una pluralidad de personas o de casos indeterminados o indeterminables...” (CASSAGNE, Juan C., “*El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general*”, La Ley 2001-E-1226). Creemos que la Superintendencia emite reglamentos en tanto actos de alcance general normativo, destinados a permanecer en el ordenamiento como fuente permanente de juridicidad, no agotándose con su aplicación (Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos*, Ed. La Ley, 2003, pág. 194).

[92] Entendidos éstos como “actos de alcance general normativo dictados por el Poder Ejecutivo o, eventualmente, por otro órgano de la Administración Pública, sobre materias propias de la competencia del Congreso, con base en la autorización previamente acordada por éste mediante una ley formal” (COMADIRA, Julio R., “*Los reglamentos delegados*”, en *Derecho Administrativo*, Ed.

LexisNexis – Abeledo- Perrot, 2003, pág. 257.

[93] Sobre este tipo de reglamentos, BARRA ha dicho que “La efectiva puesta en práctica de un tratado o una ley requiere, en numerosos casos, de una actividad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo, cuando del contenido de la propia norma legal o convencional surge la necesidad de fijación, ya sea del procedimiento según el cual la norma será aplicada por parte de la Administración Pública, o bien la necesidad de desarrollar su propio contenido en cuestiones de detalle, en la precisión de datos (que pueden ser cambiantes según las circunstancias) o en diferentes modalidades para su ejecución” (BARRA, Rodolfo C., *“Reglamentos Administrativos”*, La Ley 1999-F-1034).

[94] Por ejemplo: el art. 29°, inc. g) de la ley dispone que los aseguradores no podrán recurrir al crédito bancario, salvo para edificar inmuebles para renta o venta, previa autorización de la Superintendencia. Sin embargo, la reglamentación establece que podrán recurrir al crédito las entidades en situación de iliquidez transitoria, previa aprobación del organismo de control, debiendo informar, entre otros requisitos, el destino de los fondos. Esto último implica un claro apartamiento de lo dispuesto en la ley, pues no se limita la autorización al supuesto previsto en la misma (edificar inmuebles).

[95] Coincidimos con el profesor COMADIRA cuando señala que “... si bien la delegación sería viable en los entes reguladores o, en su caso, por ejemplo en el Banco Central, ella no podría estar exenta de los límites propios a los que se somete al Poder Ejecutivo, habida cuenta de que tales entes no dejan de ser, más allá de su autonomía funcional, simples entidades autárquicas sujetas, según el caso, a la jerarquía o a la tutela administrativa del Poder Ejecutivo” (COMADIRA ... *“Los reglamentos delegados”*, op. cit. pág. 270).

[96] En el caso de una delegación en la Superintendencia, creemos que la misma podría considerarse encuadrada en el concepto de materia determinada de administración, en tanto el art. 2° de la Ley 25.148 considera como tal, a aquella que se vincule con la “creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas, institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar atribuciones”.

[97] Al respecto, ha opinado la Procuración del Tesoro de la Nación que “La Superintendencia de Seguros, como autoridad de aplicación de la Ley 22.400 carece de competencia para suscribir una resolución modificatoria de la misma” (Dictámenes 169:1, 4/4/84, “Asociación de Productores Asesores de Seguros”).

[98] Cfr. CASSAGNE, Juan C., *“La configuración de la potestad reglamentaria”*, La Ley 26/11/03.

[99] COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos*, Ed. La Ley, 2003, T I, págs. 156/157.

[100] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo – FERNANDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 7° ed., Civitas, Madrid, 1995, T I, págs. 442.

[101] GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ... op. cit. pag. 443.

[102] Cfr. TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, Ed. Depalma 1993, págs. 372/373.

[103] La CSJN ha dicho que “...mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que le ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación automática)-, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)” (“Consejo de Presidencia de la delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de lo Derechos Humanos”, de fecha 23/6/92).

[104] COMADIRA ... *“La actividad discrecional...”* ... *Derecho Administrativo* ... op. cit. pág. 499.

[105] Cfr. MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs.336/7, citado por TAWIL ... op. cit. pág. 434.

[106] Cfr. COMADIRA ... "*La actividad discrecional...*" ... *Derecho Administrativo...* op. cit. pág. 515.

[107] Cfr. CASSAGNE, Juan C., "*La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*", Revista de Derecho Administrativo N°3, pag. 101.

[108] GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ... op. cit. pag. 446.

[109] Por ej: los términos: "buena fe", "mala conducta", "idoneidad", "necesidad", etc.

[110] GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ... op. cit. pag. 446.

[111] *Idem* pág. 447. Agregan estos autores que "la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración" (pág. 447).

[112] En este supuesto el control se realiza a través de los elementos reglados del acto (competencia, causa, objeto, forma, motivación y finalidad), de los hechos determinantes previstos en la norma y siempre en el marco de los principios generales del derecho, en tanto límites negativos de la libertad de la Administración (Cfr. COMADIRA ... "*La actividad discrecional...*" ... *Derecho Administrativo* ... op. cit. págs. 508-514). En igual sentido JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, "*La Legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas*", en "*Documentación Española*", en prensa, entregado durante el desarrollo de la materia Control Judicial de la Administración Pública (Cuadernillo N°7), en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

[113] Acerca del control de la potestad discrecional a través de los elementos reglados del acto se ha pronunciado la CSJN en los autos "Demchenko Iván N. c/ Prefectura Naval Argentina –DPSJ 3/96 s/ proceso de conocimiento" (consid. 6°) de fecha 24/1 1/98 y "Sola Roberto y otros c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo s/ Empleo público" (consid. 10°), de fecha 25/11/97.

[114] Art. 67 de la Ley N°20.091.

[115] Se ha definido a la competencia como una "asignación de atribuciones y deberes (medios) a un órgano administrativo para establecer, en forma mediata e inmediata, relaciones de jurídicas destinadas a satisfacer los fines también asignados" (MATA, Ismael, "*La competencia como requisito esencial del acto administrativo (desde la visión sistémica y económica)*", en *Acto Administrativo y Reglamento*, Ed. Ciencias de la Administración, 2002, pág. 25).

[116] Cfr. "Reaseguradora Argentina S.A. c/ Estado Nacional", 18/9/90.

[117] Cfr. "Superintendencia de Seguros de la Nación.s/ infracción tarifaria de Sud América Terrestre y Marítima", 23/2/93. En igual sentido se pronunció en "San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales s/ presuntas infracciones tarifarias", 17/11/94.

[118] Cfr. "Superintendencia de Seguros de la Nación s/ situación económica financiera de La Concordia de Seguros S.A.", 13/12/94.

[119] HALPERIN, David ... op. cit. págs. 163-171.

[120] *Idem*, pag. 166.

[121] Sí resulta discrecional la elección y graduación de la sanción, con los límites propios de este tipo de potestad, entre los cuales cabe destacar el principio de razonabilidad.

[122] Infracción de las disposiciones de la ley o su reglamentación o no cumplimiento de las medidas dispuestas por la autoridad de control.

[123] Por ej. si el incumplimiento no es insignificante o aún cuando lo sea, el mismo se haya reiterado en otras oportunidades.

[124] Art. 3 de la Ley N°20.091. También el art. 29 prevé que el ente de control considere

comprendidas en las prohibiciones allí establecidas, a otras operaciones que resulten asimilables, lo cual es de dudosa legalidad, pues “La existencia de indeterminación en alguna parte de la norma provoca la intervención de la facultad discrecional del administrador, pero en ninguna forma como si fuera legislador” (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Vol. 1, pág. 270).

[125] Art. 17 de la Ley N°20.091.

[126] Art. 25 de la Ley N°20.091.

[127] Art. 26 de la Ley N°20.091.

[128] Art. 26 de la Ley N°20.091.

[129] Art. 26.1.1. de la Resolución N°21.523/92.

[130] Art. 26.1.3. de la Resolución N°21.523/92.

[131] Art. 26.1.2. de la Resolución N°21.523/92.

[132] Art. 35 de la Ley N°20.091.

[133] Art. 9 de la Ley N°20.091.

[134] Art. 23 de la Ley N°20.091.

[135] Art. 31 de la Ley N°20.091.

[136] Art. 48 de la Ley N°20.091.

[137] Art. 35 de la Ley N°20.091.

[138] Art. 35.4. de la Resolución N°21.523/92.

[139] Art. 50 de la Ley N°20.091.

[140] Art. 68 de la Ley N°20.091.

[141] Art. 69 de la Ley N°20.091.

[142] Art. 72 de la Ley N°20.091.

[143] Art. 73 de la Ley N°20.091.

[144] FIORINI ... op. cit. pág. 275.

[145] Cfr. SESIN, Domingo J., *“El Juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política”*, La Ley 2003-E-1264 (punto xi).

[146] MARIENHOFF ... *“Tratado ...”*, op. cit., Tomo IV, pág. 725. Este distinguido jurista agrega que los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional y son, entre otros, el derecho a la vida, a la propiedad, a la igualdad ante las cargas públicas, etc.

[147] COMADIRA, Julio R., *“La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”*, en *Derecho Administrativo*, LexisNexis, 2003, pags. 367 y 368.

[148] Cfr. CASSAGNE, Juan C., *“En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”*, ED 99-937, pág. 938.

[149] La evolución de la responsabilidad del Estado puede sintetizarse de la siguiente manera: En un comienzo regía el principio de irresponsabilidad absoluta del Estado y de sus agentes públicos (funcionarios y empleados). Más tarde se aceptó la responsabilidad del agente público, no así la del Estado. Luego la de ambos (agente y estado) y finalmente, la del Estado en forma directa (Cfr. MARIENHOFF ... *“Tratado...”*, op. cit., Tomo IV, pág. 693).

[150] *Ibidem*.

[151] Se trata siempre de una omisión antijurídica del Estado, en tanto pesaba sobre éste, una

obligación legal o deber jurídico de cumplir con el hecho omitido (cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *“Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud ‘omisiva’ en el ámbito del derecho público”*, RDA N°19/20, Mayo- Diciembre 1995, pág. 195 y ss). Si bien en este aspecto la doctrina y la jurisprudencia a la que hemos podido acceder son unánimes, tenemos conocimiento que un reciente magíster, Julio Pablo Comadira, ha optado a tal título desarrollando en su tesina –inédita- una novedosa teoría acerca de la responsabilidad del Estado por omisión lícita.

[152] Cfr. CASSAGNE, Juan C., *“La responsabilidad del extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo”*, ED 100-987 y ss.

[153] CSJN, 22/9/33, “S.A. Tomás Devoto y compañía c/ Gobierno Nacional”.

[154] CSJN, 3/10/38, “Ferrocarriil Oeste c/ Pcia. de Buenos Aires”.

[155] CSJN, 18/12/84, “Vadell, Jorge F. c/ Buenos Aires, Provincia de”.

[156] CASSAGNE ... *“En torno a ...”*, op. cit. pág. 941.

[157] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T 2, Cap. XX, págs. 19 y 20, [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).

[158] CASSAGNE ... *“En torno a ...”*, op. cit. pág. 942.

[159] CASSAGNE ... *“La responsabilidad extracontractual...”*, op. cit. pág. 990.

[160] GORDILLO ... op. cit. pag. 15.

[161] BARRA, Rodolfo C., *“Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”*, ED 122-859, pag. 864.

[162] CSJN, 19/9/89, “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”; 28/9/93, “España y Río de La Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, entre muchos otros.

[163] PERRINO, Pablo E., *“Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”*, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Ed. Ciencias de la Administración, 2001, págs. 59 y 60.

[164] COMADIRA ... *“La responsabilidad del Estado...”*, op. cit. pág. 373.

[165] CSJN, 22/12/87, “Galanti, Carlos Alberto c/ Municipalidad de Buenos Aires”.

[166] CSJN, 31/10/89, “Ledesma SA Agrícola Industrial v. Estado Nacional”.

[167] CSJN, 8/9/92, “García, Ricardo M. c/ Buenos Aires Prov.”.

[168] CSJN, 19/9/89, “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”; 27/5/04, “Montagna, María Leandra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, entre muchos otros.

[169] MARIENHOFF ... *Responsabilidad extracontractual ...* op. cit. pág. 193.

[170] *Idem*, pág. 197.

[171] *Idem*, págs. 197-8. Sin perjuicio de esta salvedad, en lo que respecta al tema en análisis, este distinguido autor quita relevancia a la falta de servicio contenida en el art. 1112, pues, afirma, “Las reglas atinentes a la falta de servicio, dado lo particular de la situación, tendrían especial vigencia en materia de servicios públicos y de función pública, por ejemplo, pero no la tendrían en materia de otros ilícitos omisivos” (pág. 218).

[172] Cfr. su erudito voto en el fallo “Torres Francisco c/ Pcia. de Mendoza”, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, de fecha 4/4/89. La Ley 1989-C-514.

[173] MERTEHIKIAN, Eduardo, *“La responsabilidad pública”*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1998, págs. 245-275.

[174] MATA, Ismael, *“Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía”*, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. Ciencias de la Administración, 2001, pág.

176.

[175] CASSAGNE Juan C., *“Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”*, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. Ciencias de la Administración, 2001, pág. 45.

[176] *Idem*, pág. 46.

[177] GORDILLO ... op. cit. Cap. IX, pág. 11.

[178] GAMBIER, Beltrán, *“Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia”*, La Ley, 1990-E-626.

[179] COMADIRA, Julio R., y CANDA, Fabián O., *“Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interórganicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)”*, La Ley 1996-A-600.

[180] HUICI, Héctor M., *“La Responsabilidad del Estado por omisión”*, La Ley 1993-D-829, pág. 850.

[181] PERRINO, Pablo E., *“Los factores de atribución...”*, op. cit. pág. 64.

[182] Cfr. CSJN, 20/2/03, “Greco Domingo Osvaldo c/ COVISUR SA”; 4/5/95, “De Gandía, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral” (consid. 4º); 28/4/98, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba Provincia de y otros s/ sumario” (consid. 6º); 22/12/94, “Brescia, Noemí L. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (consid. 18º).

[183] Cfr. COMADIRA, Julio R. y CANDA, Fabián O. ... op. cit. págs. 603 y 604.

[184] CASSAGNE, Juan C., *“La responsabilidad del Estado por omisión”*, La Ley 1989-C-512, pág. 514.

[185] GORDILLO ... op. cit. Cap. XIX, pág. 11. Agrega el autor que “Ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley ordena o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 lo soluciona afirmativamente; aunque las normas no dispongan la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad” (ibidem).

[186] MARIENHOFF ... *“Responsabilidad extracontractual del Estado...”*, op. cit. pág. 212.

[187] Cfr. PERRINO, Pablo E., *“La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”*, pág. 169, en *Contratos Administrativos*, Ed. Ciencias de la Administración, 2000. Este autor, si bien adhiere a la noción de la falta de servicio, sostiene que la misma es relativa en tanto deben considerarse tales circunstancias.

[188] MATA ... op. cit. pág. 174.

[189] *Idem*, págs. 173 y 182.

[190] LLAMBIAS, Jorge J., *Código Civil anotado*, III-B, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, pág. 318, citado por TAWIL, Guido S., en *“Omisión, Guerra y responsabilidad”*, La Ley 1991-D-362, pág. 367, nota 22.

[191] La Ley 1990-C-429. El fallo fue dictado con fecha 7/11/89.

[192] Fallos 314:661 de fecha 2/7/91.

[193] Fallos 315:2834 de fecha 1/12/92.

[194] Fallos 318:845 de fecha 4/4/95.

[195] Este fallo ha sido comentado por REJTMAN FARAH, Mario, *“Responsabilidad del Estado por omisión judicial. Un tendencia que se expande”*, La Ley 1996-D-79.

[196] Fallos 321:1124 de fecha 28/4/98.

[197] Considerando 7º.

[198] Fallos 326:1269 de fecha 10/4/03.

- [199] CNACAF, Sala IV, de fecha 2/7/85.
- [200] Cfr. HUICI ... op. cit. pág. 850.
- [201] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, de fecha 4/4/89. La Ley 1989-C-514.
- [202] Este fallo fue comentado por CASSAGNE, Juan C., en *“Responsabilidad del Estado por omisión”*, La Ley 1989-C-512.
- [203] CNACAF, Sala III, de fecha 16/11/89. En igual sentido, Sala IV, 22/12/98, “Martínez, Juan E. c/ E.N. –M° de Defensa- EMGE s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.”.
- [204] Este fallo fue comentado por TAWIL, Guido, *“Omisión, Guerra y responsabilidad”*, La Ley 1991-D-362.
- [205] CNACAF, Sala I, de fecha 30/5/90.
- [206] CNACAF, Sala I, de fecha 6/5/95.
- [207] Este fallo ha sido comentado por COMADIRA, Julio R. y CANDA, Fabián O., *“Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interórganicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)”*, La Ley 1996-A-600.
- [208] CNCOM, Sala D, de fecha 30/9/04.
- [209] Este fallo ha sido comentado por MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Rubén S., *“Transporte público de pasajeros, seguro obligatorio y responsabilidad del Estado por falta de servicio”*, La Ley 11/2/05.
- [210] El fallo de 1° instancia (Jdo. Fed. N°2 de Mar del Plata) fue dictado con fecha 6/3/98, el del Tribunal de Alzada (Cámara Federal de Mar del Plata) con fecha 2/3/00 y el de la CSJN, con fecha 24/6/04. Tanto el fallo de primera instancia como de la Alzada pueden verse en PIEDECASAS ... op. cit. pags. 718-737.
- [211] STIGLITZ, Rubén S. y COMPIANI, M. Fabiana, *“La responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del poder de policía: su recepción jurisprudencial en materia de control de las compañías aseguradoras”*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, Año II, N°III, mayo-junio 2000, págs. 78-9º, citado por PIEDECASAS ... op. cit. pág. 710, quien también parece aprobar lo resuelto en el fallo.
- [212] CNACAF, Sala II, 1/6/00. En igual sentido: CNACAF, Sala IV, 14/2/02, “Olavarría Olivares, Richard Omar y otro c/ E.N. y otro s/ Daños y perjuicios”.
- [213] Cfr. HALPERIN, David ... op. cit. pág. 103; PIEDECASAS ... op. cit. págs. 694-696; STIGLITZ ... op. cit. pág. 90 y 98; WEINGARTEN, Celia y SOLIGNAC, Nidia H, *“Intermediación asegurativa y responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación”*, La Ley 1991-D-1001.
- [214] Cfr. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, *“Responsabilidad civil de la Superintendencia de Seguros de la Nación por la liquidación de las entidades aseguradoras. Daños a los asegurados y a los terceros”*, www.alterini.org, pág. 7. Esta autora es quien patrocinó la demanda en el caso “Sorba”; SCHIAVO, *“Responsabilidades emergentes de omisiones en el ejercicio de control de las entidades aseguradoras”*, en *Revista Jurídica Argentina del seguro, la empresa y la responsabilidad*, Año V, N°17/20, pág. 102; CORREA, José Luis, *“El fallo ‘Sorba’ de la CSJN y la condena al Estado por insuficiencia de control de la Superintendencia de Seguros de la Nación”*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, Año VII, N°I, Febrero 2005, pág. 31.
- [215] WEINGARTEN – SOLIGNAC ... op. cit. pág. 1001. En igual sentido: HALPERIN, David ... op. cit. pág. 103 y MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ ... op. cit. pág. 9..
- [216] STIGLITZ ... op. cit. pág. 86.
- [217] *Idem*, pág. 87.
- [218] HALPERIN, David ... op. cit. 163-171. Este autor analiza los supuestos mencionados en el



apartado 2.3.4.2.

[219] *Idem*, pág. 167.

[220] Similar análisis realiza SCHIAVO ... “*Responsabilidades emergentes de omisiones...*”, pág. 91 y ss.

[221] PIEDECASAS ... op. cit. pág. 700.

[222] Tal extremo fue descartado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Sykes”. También en el fallo citado anteriormente “Compañía de Transportes Río de la Plata”, la Sala II descartó que la atribución de funciones de control a la Superintendencia para mantener el equilibrio del mercado, constituya una garantía absoluta de ello, pues de esa manera el organismo sería siempre responsable de la liquidación de las compañías de seguros, no siendo éste el fin pretendido por el legislador.

[223] Cfr. PIEDECASAS ... op. cit. pág. 885.

[224] GAMBIER ... op. cit. págs. 617 y 618.

[225] Cfr. TAWIL ... “*Omisión...*” op. cit. pág. 367.

[226] Al respecto, ha dicho LOPEZ CABANA que “toda vez que la Administración debe ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos que lo requieren, cuando aparece omitido, o ejercido en forma insuficiente, excesiva o abusiva, esa falta o mal ejercicio hace encuadrar la conducta de sus agentes dentro del campo de la ilicitud” (LOPEZ CABANA, Roberto M., “*Responsabilidad civil del Estado derivada del ejercicio del poder de policía*”, en *Derecho de daños*, pág. 75 y ss, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, citado por GAMBIER ... op. cit. pág. 624. En igual sentido, BUSTAMANTE ALSINA afirmó que “el poder de policía instituido para preservar el bien común constituye un atributo irrenunciable del Estado. Es una función esencial que la autoridad pública tiene el deber de ejercer para que se cumplan aquellos objetivos” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*”, La Ley 1990-C-429, pág. 430).

[227] Nos remitimos a lo dicho en el Capítulo III.

[228] Cfr. DE LA CUETARA, Juan M., “*Las potestades administrativas*”, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 51.

[229] Apartado 2.3.3.1

[230] *Ibidem*.

[231] Inciso 7° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia Jurídica.

[232] Esta gerencia se subdivide en la Subgerencia de Evaluación de Entidades de Seguros Patrimoniales y en la Subgerencia de Evaluación de Entidades de Seguros de Personas y Reaseguradoras.

[233] Inciso 1° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia de Evaluación.

[234] Inciso 4° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia de Evaluación.

[235] Acción a cargo de la Subgerencia Técnica.

[236] Inciso 6° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia de Evaluación.

[237] Como acciones a cargo de la Subgerencia de Evaluación de Entidades de Seguros Patrimoniales se fijan, entre otras, “Verificar y analizar los estados contables y otros documentos informativos para evaluar la situación económica y financiera de las entidades aseguradoras que operen en los ramos de su competencia, a fin de resguardar la solvencia económica y financiera y la situación patrimonial de las mismas”, “Analizar la viabilidad de los planes de regularización patrimonial y financiera que presenten las entidades y verificar, en caso de ser aprobados, su cumplimiento” y “Monitorear en forma permanente el comportamiento de los indicadores de alerta temprana y de otros parámetros preventivos promoviendo acciones las acciones correspondientes a cada situación particular”.

[238] Inciso 1° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia de Inspección.

[239] Inciso 4° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia de Inspección.

[240] Inciso 5° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia de Inspección.

[241] Inciso 12° del Anexo II del Dto. 1084/04, en lo que se refiere a la Gerencia de Inspección.

[242] Ver apartado 3.4.1., punto (v).

[243] Tal es el criterio que expone GAMBIER en su trabajo anteriormente citado (pág. 626).

[244] Considerandos 6° y 7°.

[245] Cfr. FIORINI ... *Derecho Administrativo* ... op. cit. pág. 275.

[246] Acerca de la empresa aseguradora en crisis y los medios para detectarlo a tiempo y para su eventual regularización y saneamiento ver el muy interesante trabajo de BLANCO KUHNE, Héctor O. J., *“La empresa en crisis. Métodos de prevención y saneamiento con especial referencia a las empresas de seguros”*, en *Derecho de Seguros*, Nicolás Barbato (coord.), Homenaje de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros al profesor doctor Juan Carlos Félix Morando, Ed. Hammurabi, 2001, pág. 513.

[247] Por ejemplo, mediante la Comunicación SSN 853 de fecha 7/3/05, la Superintendencia dio a conocer la Circular SSN EST 160 que contiene información sobre los indicadores patrimoniales, financieros y de gestión de cada una de las empresas aseguradoras que se desempeñan en el mercado. Dicha información proviene de los balances trimestrales cerrados al 30/9/04. Allí se incluyen (i) indicadores generales (primas y recargos emitidos por entidad y cantidad de juicios en trámite), (ii) indicadores patrimoniales y financieros (sobre créditos/activo, disponibilidades e inversiones, superávit sobre el capital requerido) e (iii) indicadores de gestión (gastos de producción/ primas y recargos emitidos, gastos de explotación / primas y recargos emitidos, resultados del ejercicio / primas y recargos emitidos). Tales indicadores permiten y a la vez obligan a tomar las medidas en tiempo oportuno. De no ser así, el análisis de los indicadores y su confrontación con las medidas adoptadas por la Superintendencia, servirá para ponderar si hubo alguna omisión del organismo de control.

[248] Cfr. TAWIL ... *“Omisión...”* op. cit. págs. 370 y 371, quien cita a NIETO cuando éste dice que “la responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico, que ponga límites a su ambiciosa formulación inicial. Dentro de esos límites, quizás el más importante (junto con el de la conducta de la víctima y el grado de tolerancia ... de determinados daños) sea el de la determinación de una relación causal precisa, de acuerdo con unos criterios técnicos todo lo flexibles que se quiera, pero precisos. Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o adivinanza” (NIETO, Alejandro, *“La inactividad de la administración y el recurso contencioso administrativo”*, Revista de la Administración Pública, Madrid, núm. 37, reproducido en el núm. 208 de la Revista documentación Administrativa, Madrid, abril-diciembre 1986). También CORREA pone énfasis en este presupuesto, aunque postula que en ningún caso habrá responsabilidad en el supuesto de producirse la insolvencia de una entidad controlada, pues, afirma, dicha insolvencia no es consecuencia de una omisión antijurídica sino de maniobras dolosas de terceros, que difícilmente puedan ser advertidas por los funcionarios del Estado (Cfr. CORREA, José Luis, *“Responsabilidad por omisión en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mendocina”*, Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, marzo de 2004).

[249] Ver apartado 3.2.

[250] STIGLITZ, Rubén S. y COMPIANI, María F., ... op. cit. Cap. VI, punto d)..

[251] Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A., *“Los presupuestos de la responsabilidad civil”*, Academia Nacional de Derecho, Agosto de 2004, Cap. III, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

[252] VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., *“La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (Hacia un alivio de la carga probatoria)”*, La Ley 1996-D-988.

[253] Cfr. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *“Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de*

*daños. Relación de causalidad*”, La Ley 1997-D-1272.

[254] Como excepciones y según lo hemos visto, nos parece que los profesores MARIENHOFF y GORDILLO son más terminantes en las posiciones que asumen.