

ESTUDIOS

ACERCA DE ALGUNAS CUESTIONES QUE DEBATEN CIVILISTAS Y ADMINISTRATIVISTAS EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

JUAN CARLOS CASSAGNE

Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales
Buenos Aires, Argentina

Cómo citar/Citation

Cassagne, J. C. (2021).

Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y
administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Revista de Administración Pública, 214, 11-42.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>

Resumen

Tanto en España como en Iberoamérica, particularmente en Argentina, el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado ha suscitado profundos debates y divergencias entre civilistas y administrativistas. Este trabajo se propone decantar los criterios que alimentan las principales cuestiones que dividen en la actualidad a los juristas que cultivan ambas disciplinas, unidos por una tradición innegable, y, al propio tiempo, revisar conceptos y criticar teorías que el autor juzga equivocadas, aun reconociendo que, al menos en el derecho público, existe una cierta unidad en los principios del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, aunque limitando el análisis a la denominada responsabilidad extracontractual. En esa inteligencia, se formula una crítica aguda al concepto de antijuridicidad por considerarlo vacío de contenido y por tanto inoficioso, proponiendo que los sistemas español y argentino mantengan los elementos clásicos que componen la teoría de la responsabilidad pa-

rimonial del Estado (en el ámbito extracontractual), poniendo el acento en la necesidad de que la doctrina y los jueces, más que discutir si la responsabilidad es objetiva o subjetiva, pongan el acento en los factores atributivos de la responsabilidad, causas o títulos de imputación según la doctrina vigente en cada ordenamiento, separando las dos grandes especies de responsabilidad (por funcionamiento normal o anormal de la Administración en el modelo español y por actividad legítima o ilegítima en el sistema legal argentino).

Palabras clave

Responsabilidad objetiva; factores de atribución o títulos de imputación de responsabilidad; antijuridicidad; culpa; autonomía del derecho administrativo; aplicación analógica del Código Civil; cláusulas atípicas o típicas de responsabilidad.

Abstract

In Spain, as well as in Latin America (and particularly in Argentina), the matter of state liability has prompted serious debate and disagreements between civil and administrative law experts. This paper aims at identifying the main topics that divide these scholars (who are linked by an undeniable tradition) and, at the same time, visit ideas and criticize theories that the author deems erroneous, yet acknowledging that—at least within public law—there is a certain unity in the principles of state liability, once limiting the analysis to the field of the so-called extracontractual (tortious) liability. On that understanding, the idea of «unlawfulness» (antijuridicidad) is subject to a severe criticism, for it is considered void of meaning and thus ineffective; hence proposing that Spanish and Argentinean legal systems retain the classical components that shape the theory of state liability (in the extracontractual area), stressing the idea that both legal doctrine and judiciary, instead of discussing whether such liability is subjective or objective, ought to focus on the attribution factors, titles of allocation, or causes, according to the current doctrine in each legal system, dividing the two main types of liability (due to the normal or abnormal functioning, in the Spanish model, and due to the legitimate or illegitimate activity, in the Argentinean one).

Keywords

Objective (no-fault) liability; attribution factors or titles of allocation of liability; unlawfulness; fault; autonomy of administrative law; application by analogy of civil code provisions; typical or atypical clauses of liability.

SUMARIO

I. LA SITUACIÓN ACTUAL. II. UN POCO DE HISTORIA. III. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y LA CUESTIONADA ANTIJURIDICIDAD. IV. SOBRE EL CARÁCTER SUBJETIVO U OBJETIVO DE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN. V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ES SIEMPRE DIRECTA. VI. SEMEJANZAS ENTRE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN EXISTENTES EN LAS CONCEPCIONES FRANCESA, ESPAÑOLA E IBEROAMERICANA: 1. El funcionamiento anormal y la falta de servicio. 2. El riesgo como factor de atribución. 3. El sacrificio especial y el concepto de funcionamiento normal de los servicios públicos. VII. SOBRE LA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. LA SITUACIÓN ACTUAL

En algunos países se han entablado interesantes y valiosas polémicas en torno al contenido y cantidad de los requisitos exigibles para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños producidos en ejercicio real o aparente de sus funciones. Tal es el caso de España y Argentina, particularmente en el plano extracontractual.

Sin el propósito de reproducir lo que resulta por demás conocido en el ámbito del derecho español, en el que se desarrolló la principal construcción que aportó las bases sustanciales de la institución¹, ni la crítica hecha por los cultores del derecho civil, nos hemos propuesto reflexionar acerca de los fundamentos dogmáticos que exhiben las principales controversias, tratando de desentrañar lo que nos parece constituye el meollo de las cuestiones debatidas.

Mientras un sector del derecho administrativo español brega por mantener el alcance publicista de la responsabilidad estatal, otro, apoyado en el arsenal que

¹ Véanse E. García de Enterría y T. R. Fernández (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid: Thomson Reuters, 15ª ed., págs. 398 y ss. y los estudios efectuados por el primero, especialmente (1984), *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid: Civitas, 1ª ed.

le provee el derecho civil, persigue restringir el contenido y generalización de una de las especies de responsabilidad (por el funcionamiento normal de los servicios públicos). Lo curioso, a la inversa de lo que acontece en Hispanoamérica, es que los privatistas, particularmente de Argentina², luchan por la mayor protección posible de los derechos de las víctimas (procurando la reparación integral de los daños producidos por el accionar del Estado y la extensión de la responsabilidad objetiva), los civilistas españoles cuestionan la amplitud de la concepción objetiva «ius-publicista» de la responsabilidad del Estado a la que atribuyen todos los excesos en que había incurrido una jurisprudencia demasiado generosa (situación que parece haber sido superada en la actualidad).

Aun cuando una parte de las causas de este inusual fenómeno, que erige a un sector de administrativistas españoles en defensores de las garantías patrimoniales de los ciudadanos y empresas, obedezca a las diferencias dogmáticas existentes entre los respectivos sistemas, la escasa comprensión de las posiciones publicistas objeto del cuestionamiento muestra más bien el intento de extender el derecho civil fuera de sus límites naturales. En este sentido, los reales motivos de la crítica doctrinaria aparecen al descorrer el velo que se utiliza para ocultar, en forma consciente o inconsciente, las técnicas empleadas en el razonamiento y los esquemas dogmáticos previamente adoptados como punto de partida. Expuestos con solvencia doctrinaria³, esos enfoques han dado lugar, al propio tiempo, a una serie de equívocos que han oscurecido el panorama doctrinario en ambos lados del Atlántico, con olvido de las coincidencias existentes.

Una de las cuestiones que subyacen en el debate reviste, por su trascendencia, primacía sobre las demás y constituye el eje a cuyo alrededor se ha generado la controversia dogmática acerca de la regulación publicista de la responsabilidad estatal.

Ese punto de partida reside en la autonomía del derecho público (administrativo en la especie) para regular la materia sobre la base de principios propios y típicos de la disciplina⁴, sin que ello obste a la aplicación analógica de los princi-

² Entre otros trabajos se destaca la obra de R. D. Pizarro (2016), *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2 vols., Buenos Aires: Astrea.

³ R. D. Pizarro, t. 1, aunque afirma el emplazamiento del derecho a la reparación como derecho de jerarquía constitucional (págs. 15-28), concluye en que debe aplicarse el Código Civil y Comercial en forma directa en razón de constituir una regulación propia del derecho común aplicable tanto al Estado como a los particulares (véase especialmente págs. 157 y ss).

⁴ C. Debasch, *Droit Administratif*, 6ª edición, Paris: Economica, págs. 557-559, menciona como antecedente el conocido caso «Blanco», decisión del Consejo de Estado de 1885 (Rothschild-rec. 705); recientemente, en el tercer seminario conjunto realizado entre la *Revista de Administración Pública* y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, se cuestionó el dogma de la autonomía del derecho administrativo para regir lo concerniente a la responsabilidad patrimonial de la Administración, véase C. Romero Rey (2020), «La responsabilidad patrimonial de la Administración: un palimpsesto», *RAP*, 213, págs. 16 y ss. Sin embargo, la crítica no apunta a la regulación propia

pios generales del derecho ni de las normas del Código Civil, mediante un proceso de integración tendente a cubrir los vacíos o lagunas que presenta el derecho administrativo.

El argumento de mayor relevancia jurídica que se ha opuesto, generalmente, al establecimiento de una regulación diferenciada para esta clase de responsabilidad ha sido y sigue siendo el de la supuesta unidad del derecho de daños.

Pero esta tesis, derivada de la presunta paternidad, primacía o especialidad de la materia civil, que algunos fundan en el principio de igualdad ante la ley, no ha sido recogida por los ordenamientos comparados (tanto en el caso de España y Francia como en Iberoamérica), ni como norma ni como principio, por lo que carece de valor jurídico, aparte de obviar las diferencias de fines y estructuras existentes entre el derecho público y el derecho privado.

Y si bien se habla —por boca de un autorizado civilista francés— de un derecho común destinado a regir la responsabilidad de daños, en virtud de la compenetración existente hoy en día entre el derecho público y el derecho privado, el mismo autor (que critica la «división») expone una serie de diferencias, en la comparación entre ambos derechos en materia de responsabilidad pública y privada, que sirven para desmontar lo que parece sostener cuando reconoce que el fin de la responsabilidad pública no consiste —como en el derecho privado— en establecer el equilibrio entre dos patrimonios de personas físicas o jurídicas, sino en una relación de equilibrio entre el patrimonio del dañado y el de todos los contribuyentes⁵, aparte de que el interés propio que persigue el autor del daño en el derecho civil es de naturaleza privada y difiere del interés público o general que debe guiar el accionar de la Administración⁶. En suma, la tesis objeto de nuestra crítica, al ser un producto principalmente doctrinario y eminentemente subjetivo, no alcanza a superar la condición de una propuesta de «*lege ferenda*», que tropieza con una concepción arraigada en fuentes legislativas y jurisprudenciales objetivas.

De otra parte, la extensión del criterio de la unidad a las restantes instituciones del derecho administrativo, unificándolas con las similares del derecho civil, implicaría que nuestra disciplina fuera absorbida por el derecho privado, lo que choca con la realidad que exhiben los respectivos ordenamientos y la jurisprudencia, no obstante la necesidad de que exista una adecuada compatibilización y armonización entre ambos derechos, sobre todo cuando surgen carencias normativas en la regulación. Corresponde apuntar, asimismo, que la atribución de exclusividad al derecho privado para regular, con carácter general, las actividades estatales ni siquiera se opera en el derecho anglosajón, que ha venido

por el derecho administrativo, sino a la utilización del citado dogma para fundamentar las posiciones jurisprudenciales y negar la aplicación subsidiaria del derecho civil, que, creemos, tiene que ser, en principio, una aplicación por analogía y no directa.

⁵ G. Cornu (2010), «Étude Comparée de la Responsabilité Delictuelle», en *Droit Privé et un Droit Public*, Paris: La Mémoire du Droit, pág. 23.

⁶ *Ibid.*, pág. 24.

desarrollando formulaciones propias del derecho administrativo⁷, contrariando las predicciones que muchos años antes había formulado Dicey, en su conocida polémica con Hauriou.

A todo ello, cabe adicionar el hecho de que el derecho civil no se ha ocupado, ni podido ocuparse, mayormente, de determinados ámbitos de responsabilidad específicos del derecho público, como son los concernientes a la responsabilidad por las actividades legislativa y judicial.

Y no obstante que la mayoría de las instituciones del derecho administrativo han ido modelándose sobre la base de sus similares civiles⁸, esta peculiaridad no contradice la autonomía de la disciplina, ni impide la aplicación supletoria y analógica de las normas y principios del derecho civil y comercial. En el fondo, sigue sin advertirse que la finalidad genérica del derecho administrativo radica en regular el interés público o bien común en aquellos aspectos inherentes a la actividad que despliegan la Administración y los colaboradores particulares que satisfacen necesidades colectivas primordiales (servicios públicos) o que realizan prestaciones que interesan al conjunto de ciudadanos que integran una determinada comunidad, lo cual no supone que la legislación privada no persiga el bien común, habida cuenta que ha de fundarse siempre en ese objetivo perseguido tanto por la justicia general como por la justicia particular, pese a que su fin inmediato sea la regulación de relaciones interprivadas, que configuran el principal objeto de la temática civilista. Por otra parte, la justicia denominada particular (conmutativa y distributiva) no se adscribe con exclusividad al derecho público (como han pretendido algunos al identificar la justicia distributiva con el Estado o con el derecho público), ni tampoco al privado, pese a que el alcance de la reparación se rija siempre por los principios de la justicia conmutativa.

Unas palabras del maestro García de Enterría reflejan la certeza del planteamiento teórico de la concepción publicista que prevalece en el derecho español positivo y, en general, en Iberoamérica. En una monografía sobre los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa de 1956 (difícil de igualar en enjundia y profundidad) expresa que:

[...] en cierta manera en este encuentro final de dos sistemas jurídicos, el común y el administrativo, en materia de responsabilidad, este último ha aportado perspectivas nuevas, y, especialmente, la preocupación por una teoría general que

⁷ Particularmente, en el ámbito contractual, véase G. Ariño Ortiz (1998), «Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo», en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires: págs. 870 y ss, y también S. González-Varas Ibáñez (2003), *El contrato administrativo*, Madrid: Civitas, págs. 257 y ss., especialmente págs. 266-269 (nota 294).

⁸ S. Martín-Retortillo Baquer (1996), *El derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed., Madrid: Civitas, págs. 15 y ss., explica el proceso de formación de las instituciones del derecho administrativo en torno de las categorías básicas del derecho civil.

el Derecho civil parecía no necesitar, por contar con una serie de soluciones casuísticas, formuladas en tal carácter por el Derecho Romano, que de hecho venían a satisfacer todo el conjunto de necesidades prácticas sobre el particular. El Derecho público, en efecto, hubo de seguir en esto el método inverso al que se caracterizó como propio de la jurisprudencia romana: la teoría de la responsabilidad se inició en él de plano, por la admisión pura y simple del principio, siendo entonces el problema la mayor o menor extensión particular del mismo, su aplicación a los casos concretos. Ahora bien, la transformación social ha concluido por traer al Derecho civil una preocupación análoga al hacerse insuficiente el viejo cuadro casuístico y alumbrarse la necesidad de extender la responsabilidad civil fuera de lo que parecerían justificar los clásicos principios. La aparición del principio llamado de «riesgo profesional» en materia laboral ha sido quizá el factor más visible, tras del cual se puso en evidencia la necesidad de una reconstrucción del sistema, que la tendencia creciente a extender la responsabilidad llamada objetiva no ha hecho sino agudizar⁹.

En tanto el esquema clasificatorio de la responsabilidad patrimonial (en el caso español y en general de los países de Hispanoamérica) se bifurca en dos grandes tipologías de derecho público con cláusulas generales de responsabilidad que prescriben factores de atribución delimitados en dos especies genéricas de responsabilidad (por actividad ilegítima o funcionamiento anormal y actividad legítima o funcionamiento normal), el sistema civilista se apoya en el tradicional supuesto de la culpa subjetiva como factor de atribución de responsabilidad junto a una amplia gama de responsabilidades objetivas atípicas y típicas¹⁰ con diferentes factores de atribución (riesgo, garantía, enriquecimiento sin causa, etc.) y, en menor medida que en el derecho público, aborda también la responsabilidad por actos lícitos, aunque con formulaciones típicas y casuistas.

A su vez, la concepción civilista de la responsabilidad carga con la mochila del concepto de antijuridicidad¹¹ del cual no ha podido desprenderse por com-

⁹ Cfr. E. García de Enterría (1984), *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid: Civitas, reproducción facsímil de la 1ª edición de 1956, págs. 167-168.

¹⁰ Conviene advertir que las nociones de atipicidad y tipicidad no suelen ser manejadas con precisión en el derecho administrativo. Al respecto, se ha dicho que dichas expresiones no deben crear equívocos «a cuyo efecto hay que emplazarlas... en su justa dimensión. Hablar de tipicidad sugiere una antijuridicidad y decir atipicidad connota una antijuridicidad material», puntualizando que «es una forma de expresar en el primer caso que el daño está tasado (fijado con precisión) en una o en otras normas, mientras que en el segundo caso el juez lo encuentra en el Derecho tras un juicio de axiología», cfr. A. J. Bueres (1999), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario jurisprudencial* (coord. Elena I. Highton), Buenos Aires: Hammurabi, pág. 50.

¹¹ Concebida actualmente como la antijuridicidad material que supone la contradicción entre una acción u omisión con el ordenamiento; cfr. Pizarro (2016: t. 1: 271 y ss.); en España se la ha calificado como un «auténtico cajón de sastre a través del cual se introduce en forma palmaria la exigencia de la anormalidad» (cfr. O. Mir Puigpelat (2020), «La garantía constitucional por el funcionamiento anormal de la Administración», *RAP* 213, pág. 34).

pleto y cuyas diferentes acepciones, según las épocas históricas, no han contribuido a esclarecer el panorama de los factores de atribución, sino a oscurecerlo, creando una artificial confusión con la culpa, la imputabilidad y el factor de atribución, nociones que aparecen muchas veces superpuestas en las obras sobre la materia.

En cambio, el derecho administrativo parece exhibir, en este aspecto de la cuestión, una mayor dosis de claridad al no haber girado, desde el comienzo, en torno a la consideración de la culpa como factor atributivo de responsabilidad al estilo civilista. En este sentido, la doctrina de la lesión antijurídica resarcible del derecho español no se inscribe, sustancialmente, en la línea civilista que postula la antijuridicidad (como acto o hecho que contradice el ordenamiento), sino que, como elemento de la responsabilidad, la considera procedente cuando la acción u omisión carece de un título de justificación, supuesto en el que el particular no tiene el deber de soportar el daño, lo que deriva, en definitiva, en la concepción del daño injusto. No se trata, entonces, de un elemento o presupuesto de responsabilidad basado en la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico (según la teoría civilista argentina clásica¹²), sino de un daño que no está justificado por el ordenamiento y que, por tanto, el particular no está obligado a soportar.

II. UN POCO DE HISTORIA

Hace casi cuarenta años, desde el derecho administrativo emprendimos la tarea de sistematizar los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, desde una visión iuspublicista. Si bien en Argentina se había desarrollado el tema en obras generales de valía científica¹³ y existían pocas monografías¹⁴ y tesis doctorales¹⁵, escritas con mérito jurídico para el tiempo en que fueron elaboradas, faltaba una construcción dogmática, doctrinaria o jurisprudencial que comprendiera todos los elementos que deben concurrir para determinar la responsabilidad estatal, a la que se sumaba todavía la arcaica discusión acerca del carácter directo o indirecto de esa responsabilidad.

¹² Véase A. Kemermajer de Carlucci (2017), *La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires: La Ley, págs. 6 y ss.

¹³ M. S. Marienhoff (1965), *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, entre otras.

¹⁴ R. Bullrich (1920), *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Jesús Menéndez; M. G. Reiriz (1969), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Eudeba y J. I. Altamira Gigena (1963), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Astrea.

¹⁵ Tesis de Agustín A. Gordillo del año 1959 (inérita), citada por M. G. Reiriz (1969: 4, 5, 13, 14, 31, 32, 35, 36, 57 y 95).

Inspirados en la sistemática civilista argentina que, para esa época, estaba muy avanzada, tras la aparición en 1973 del *Tratado General de la Responsabilidad Civil* de Jorge Bustamante Alsina y de un trabajo escrito por Juan Francisco Linares¹⁶ sobre la responsabilidad de los funcionarios, producto de comunes intercambios.

El esquema de la construcción dogmática consistió en separar, por un lado, el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y, al propio tiempo, articular un cuadro con los elementos de la institución: daño, imputación material, factor de atribución y relación de causalidad, distinguiendo la responsabilidad por actividad ilegítima de la legítima, en los tres poderes del Estado.

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

Esa construcción, aunque no son muchos los que ha tenido la deferencia de reconocerlo¹⁷, es la que recogió, casi al pie de la letra, el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Vadell*¹⁸, de 18 de noviembre de 1984, y de allí se extendió a toda la jurisprudencia posterior¹⁹, culminando dicha recepción en la regulación positiva de la Ley 26.944²⁰ que, indudablemente, la adopta al igual que la mayoría de las concepciones vernáculas²¹ y aun en trabajos hechos en colaboración con la doctrina española²².

¹⁶ J. F. Linares, *En torno a la llamada responsabilidad del funcionario público*, LL 153, pág. 601.

¹⁷ P. E. Perrino, *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, t. 185, pág. 78; F. Trigo Represas y M. López Mesa (2004), *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. IV, Buenos Aires: La Ley, cap. 14, págs. 12 y ss.; P. M. Sammartino (2016) «Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente», en E. M. Alonso Regueira, *El control de la actividad estatal*, t. II, Buenos Aires: Asociación de Docentes de la UBA, págs. 520 y ss.; M. Galli Basualdo (2015), «Inaplicabilidad de las normas del CCCN a la Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos» en A. J. Bueres, *Código Civil. Analizado, Comparado y Concordado*, t. 3, Buenos Aires, págs. 101 y ss., y J. Barraza (2003), *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Buenos Aires: La Ley, pág. 114.

¹⁸ *Vadell Fernando c/Provincia de Buenos*, Fallos: 306-2030.

¹⁹ Fallos: 307-821; 315-2865; 318-845; 321-1124 y 330-503, entre muchos otros.

²⁰ Sammartino (2016: 529, nota 11).

²¹ Véanse los autores citados en nuestro *Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Montevideo-Buenos Aires: ed. IbdeF, 2020, págs. 600-603, notas 9 y 10; véase también J. Mosset Iturraspe (2004), *Responsabilidad por daños*, t. X, *Responsabilidad del Estado*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pág. 162, texto y nota 42.

²² M. Ivanega y R. Rivero Ortega, *Acercas de la Ley de Responsabilidad estatal*, La Ley, diario del 18/9/2014, pág. 1.

Otro de los aspectos de esa construcción, cuyo esquema conceptual representó un verdadero trasplante, implicó separar la noción estricta de imputabilidad (como autoría material de un hecho) del factor de atribución, que implica la relación legal que vincula un determinado resultado a una causa conforme al valor axiológico contenido en la ley, a fin de establecer una responsabilidad tendente a compensar a la víctima del daño²³.

III. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y LA CUESTIONADA ANTIJURIDICIDAD

Hasta el hallazgo de la técnica depurada del factor de atribución en la responsabilidad civil (que incorporamos en nuestros primeros estudios acerca de la responsabilidad del Estado²⁴), el principal presupuesto de la teoría civilista clásica de responder se apoyaba en la noción de antijuridicidad, basada, según el criterio entonces mayoritario, en el reproche culpabilístico (por culpa o dolo) imputable al autor del daño.

A los ojos de un jurista desapasionado no deja de sorprender que la noción de antijuridicidad²⁵, cuyo contenido ha ido variando desde una concepción subjetiva a una objetiva (la violación del ordenamiento jurídico) y hasta desde una formal (la contradicción con una norma positiva determinada) a una material (conculcación de las normas y principios generales), se haya erigido en uno de los presupuestos centrales e inmovibles de la responsabilidad en el derecho civil.

La dilución o abandono de ese requisito por parte de la doctrina civilista, que ha propiciado su sustitución por el criterio del daño injusto²⁶ o la injusticia del daño, encuentra una mayor justificación en el derecho público que en el derecho privado, dada la mayor trascendencia y densidad que adquiere la responsabilidad por la actividad legítima o lícita del Estado, en base a un factor de atribución específico y diferenciado: el sacrificio especial²⁷. Se trata de un daño que —conforme al principio de igualdad ante las cargas públicas— no debe soportar

²³ J. Bustamante Alsina, *Tratado General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed., cit., pág. 329.

²⁴ Barraza (2003: ED-986 y ss.).

²⁵ La antijuridicidad regulada en el art. 1066 del derogado Código Civil argentino se basaba en la concepción formal de la antijuridicidad, que requería de una norma legal expresa y específica para que hubiera ilicitud. En cambio, en el nuevo código, lo antijurídico es cualquier daño producido por acción u omisión si no está justificado (art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN).

²⁶ M. F. de Lorenzo (1996), *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

²⁷ Véase O. Mir Puigpelat (2020: 33).

la víctima, que es consecuencia del funcionamiento normal o regular de todas las actividades estatales y no solo de los servicios públicos en sentido estricto.

En cambio, los supuestos de responsabilidad por acto lícito en el derecho civil carecen de un factor específico de atribución y constituyen una excepción al sistema general de los Códigos Civiles que la acogen —los daños que causa el buscador de tesoros en terreno ajeno (art. 1954 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN), perjuicios ocasionados por el ejercicio regular de una servidumbre de paso de acueducto (art. 2719 CCCN), supuestos que difieren de la regulación de la responsabilidad por actividad legítima o lícita en el derecho administrativo, cuya estructura cuenta con un factor atributivo de responsabilidad específico y determinado.

En definitiva, el abandono de la culpa como presupuesto exclusivo de la antijuridicidad dio nacimiento en el derecho privado a la responsabilidad objetiva, haciendo posible imputar responsabilidad por daños que el ordenamiento no considera justo que sean asumidos por las víctimas (teoría del riesgo creado), dando lugar, incluso, al surgimiento de otros factores de naturaleza objetiva, como la garantía.

En la evolución operada en el derecho civil, esos factores de atribución objetivos, junto al subjetivo (la culpa o el dolo), sustituyeron la función que cumplía originalmente la antijuridicidad y han pasado a ser «la pieza maestra» del sistema civilista²⁸. En el derecho público, el factor de atribución es el criterio focal que el ordenamiento o la jurisprudencia utilizan para imputar, en el plano axiológico o valorativo, un daño al Estado. Los demás requisitos que conciernen a la imputación material, al daño y a la relación de causalidad en el derecho administrativo son similares a los que prescriben los Códigos Civiles con las matizaciones y peculiaridades derivadas de un tipo de responsabilidad (la proveniente de la actividad legítima), según la peculiar regulación efectuada en algunos sistemas comparados, como el argentino en la reciente legislación²⁹ sobre la materia que, en muchos de sus aspectos, ha sido tildada de inconstitucional por violar el principio de justa indemnización o reparación integral³⁰, instituido por la Convención Americana de Derechos Humanos, que, en el derecho constitucional argentino, posee jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Interesa señalar que, aun cuando el dato suele omitirse en las posiciones doctrinarias favorables a la noción de antijuridicidad (como presupuesto de la responsabilidad civil), la posición contraria cuenta con la opinión de calificados

²⁸ J. Bustamante Alsina (1997), *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 325.

²⁹ Vgr. la no reparación del lucro cesante en la responsabilidad por la actividad legítima del estado (art. 5° Ley 26.944). Véase P. E. Perrino (2015), *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires: La Ley, págs. 139 y ss.

³⁰ C. J. Laplacette (2012), *Derecho constitucional a la reparación de daños*, La Ley, E-2045.

civilistas españoles³¹ y argentinos³², sin que los administrativistas hayan tomado parte en esta disputa dogmática.

En tal sentido, en un trabajo publicado en 1978, uno de los grandes civilistas argentinos, José María López Olaciregui, ya señalaba que el criterio básico de la concepción de la responsabilidad era no solo la reparación del daño injustamente causado, sino también por el daño injustamente sufrido, pues «es injusto que lo soporte quien lo reciba, exista o no ilicitud en el obrar de la persona a quien se le imputa el daño»³³.

En esa línea, ha podido decir Alterini³⁴ que las nuevas concepciones han ido diluyendo la antijuridicidad que supone una conducta que en sí misma es ilícita, operándose el pasaje de la concepción «*contra jus* del ilícito a la concepción *sine iure* del daño injusto», como ha sostenido De Lorenzo en una obra fundamental para captar la dimensión del problema, que no puede reducirse a una mera discrepancia terminológica³⁵.

Lo que ocurre es que se utilizan dos criterios distintos para determinar la antijuridicidad: la ilicitud objetiva o contradicción del ordenamiento jurídico en el derecho civil y la inexistencia del deber de soportar el daño en el derecho administrativo (particularmente en el derecho español). Lo que no aceptan algunos civilistas es que la ilicitud objetiva no sea un elemento autónomo de la teoría de la responsabilidad civil, dado que resulta incompatible con la admisión de la responsabilidad por actos lícitos y solo constituye uno de los factores atributivos de responsabilidad por actos u omisiones ilícitas. En cambio, el derecho administrativo necesita de un factor de atribución que se determine como una condición positiva y no negativa y que precise cuándo la víctima tiene derecho a la reparación por no pesar sobre ella el deber de soportar el daño o sacrificio.

En suma, el concepto de antijuridicidad en el derecho civil, más aun en el derecho administrativo, no alcanza a explicar la razón por la que se deja de lado en aquellos casos de responsabilidad por actividad legítima o lícita.

Al respecto, si el nuevo código argentino prescribe que «cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada (art. 1717 CCCN)»

³¹ F. Pantaleón Prieto (1993), *Art. 1902, Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 1995; L. Díez-Picazo y Ponce de León (1999), *Derecho de Daños*, Madrid: Civitas, pág. 67, sin compartir este último que el art. 1902 del Código Civil español sea una norma secundaria.

³² A. A. Alterini (2007), *Estudios de Derecho Civil, Contratos: Derecho de Daños*, Buenos Aires: La Ley, págs. 327 y ss.; y M. F. de Lorenzo (1996: 73 y ss.).

³³ J. M. López Olaciregui (1978), *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, t. 11, Buenos Aires: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, pág. 941.

³⁴ A. A. Alterini (2007: 29) destaca que en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1986 prescribió la obligación de responder cuando el daño no estaba justificado.

³⁵ M. F. de Lorenzo (1996: 73 y ss.).

es evidente que contiene una definición de antijuridicidad como condición negativa que nada tiene que ver con el concepto doctrinario que la considera una acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico. En efecto, la responsabilidad que prescribe dicho precepto se fundamenta en la inexistencia de una causa de justificación para que se configure el deber de reparar, tal como acontece en la doctrina del derecho administrativo vigente en el derecho español (art. 32 Ley 40/2015, de 1 octubre, de RJSP). Va de suyo que, de existir un título de justificación, el particular deberá soportar el daño, aun cuando el nuevo código le reconozca el derecho a la reparación, no obstante que la conducta del causante del daño se encuentre justificada (legítima defensa y estado de necesidad)³⁶.

Resulta por demás claro que el principal argumento que conduce al naufragio de la noción de antijuridicidad en el derecho público radica en que tratándose muchas veces de una responsabilidad por actividades que se reputan legítimas (por ejemplo, una actividad riesgosa) no puede sostenerse que la antijuridicidad (concebida como la contradicción de un acto o hecho con el ordenamiento) sea a la vez algo legítimo o ilegítimo.

Por otra parte, alegar como justificación de la excepción al requisito de la antijuridicidad que se trata de un supuesto que solo se da en la responsabilidad por actividad legítima no resulta convincente ni constituye una argumentación razonable. Cabe advertir que en derecho público no se trata de una excepción, sino que obedece a una distinta tipología, caracterizada por un factor de atribución específico y determinado, inexistente en el derecho civil que regula la responsabilidad por acto lícito a través de prescripciones casuísticas y típicas.

Poco antes de componer este trabajo, García Amado criticó la noción de antijuridicidad utilizada por el derecho administrativo español, en cuanto concibe por daño antijurídico a aquel perjuicio que el titular del patrimonio afectado no tiene el deber de soportar³⁷. En definitiva, lo que sostiene este autor es que se trata de una antijuridicidad vacía de contenido y de un concepto que carece de utilidad como factor atributivo de responsabilidad, el cual no puede definirse sobre la base de una condición negativa que no define el factor, señalando que la Administración no responde porque el daño sea antijurídico, sino que el daño resulta antijurídico porque la Administración responde³⁸.

³⁶ El art. 1718 CCCN inc. c) dispone que para evitar un mal, actual o inminente, el hecho se encuentra justificado en la medida en que el mal que se evita sea mayor que el que su causa, en cuyo caso el damnificado tiene derecho a ser indemnizado por el juez si lo considera equitativo.

³⁷ E. García de Enterría, en el prólogo a Oriol Mir Puigpelat (2012), *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Buenos Aires: Edisofer-Euros-Ibdef, pág. 20, donde reproduce la postura que expuso en su libro (1956) *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*.

³⁸ J. A. García Amado (2019), *Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual*, enero 16, Almacén de Derecho. Legislación:

La tesis no parece desplazar la noción civilista de la responsabilidad concebida como ilicitud sostenida en la doctrina clásica³⁹ y sí, en cambio, corre el epicentro de la crítica al deber de responder basada en el daño antijurídico que, para algunos autores, contrarios a la noción de antijuridicidad, es el daño injusto.

Ahora bien, hemos hecho la crítica al elemento de «antijuridicidad material» del derecho civil cuyas objeciones son trasladables «mutatis mutandis» al concepto de antijuridicidad vacía que utiliza en su crítica García Amado, pero sin propiciar la necesidad de cambiar el sistema español actual, como parece postular dicho autor.

Lo cierto es que no parece una ventaja del sistema español ni tampoco de alguno de los sistemas latinoamericanos que haya tantas divergencias en punto a la noción de antijuridicidad y quizá fuera mejor ponerse de acuerdo en un concepto común para definir un factor de atribución —que funcione como condición positiva y no negativa— en la responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración o por la actividad estatal lícita, tanto en el llamado daño cuasi expropiatorio como en el riesgo especial. Mientras tanto, la tesis de García Amado parece difícil de rebatir, pero existe siempre la esperanza de que la noción de antijuridicidad, como presupuesto de la responsabilidad estatal, se diluya o abandone.

Últimamente, en el campo del derecho civil argentino, han surgido opiniones que niegan la antijuridicidad en la responsabilidad por actividad lícita o legítima del Estado⁴⁰ que, por las razones expuestas, no podemos dejar de compartir. Una respuesta similar se impone en la llamada responsabilidad por riesgo (ya fuera el riesgo creado por la actividad o por la cosa) dado que se trata de actividades lícitas o legítimas, tanto en el supuesto de actividades privadas reguladas por el derecho civil como de riesgos derivados de la actuación de agentes estatales⁴¹.

La consideración del riesgo como actividad lícita se afirma⁴² en el hecho de derivar de daños provocados por actividades legítimas o normales provocados por el Estado que, sin contravenir el ordenamiento jurídico, provocan el desplazamiento hacia el sujeto causante del daño de la carga de soportarlo debido al

<https://almacenederecho.org/sobre-laantijuridicidad-como-requisito-para-laresponsabilidad-de-la-administración-por-daño-extracontractual/>

³⁹ Véase A. J. Bueres (1930: 30 y ss., especialmente nota 78); J. Santos Briz (1970), *La responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, págs. 24 y ss.; A. Alterini (1970), *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., págs. 63 y ss.

⁴⁰ Pizarro (2016: 507 y ss.).

⁴¹ En el derecho alemán el riesgo se considera dentro del ámbito de la licitud y escapa a las reglas de la responsabilidad patrimonial por actividad ilícita. En tal sentido, se ha dicho que la ilicitud o antijuridicidad del daño es irrelevante. Véase F. Ossenhahl (1996), «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», en J. Barnes (coord.) (1996), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Madrid: Tecnos, pág. 932.

⁴² En contra: Pizarro (2016: 358 y ss.).

peligro que supone el ejercicio de ese tipo de actividades. En materia de riesgo, el derecho público admite la concepción del riesgo peligro, pero resulta improcedente la del riesgo provecho toda vez que la finalidad estatal resulta incompatible con la idea de beneficio económico cuando no ejerce actividades regidas por el derecho privado.

En el fondo, cualquiera que fuera el factor de atribución, tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, todo el sistema se encuentra gobernado por principios de justicia como el «alterum non ledere» o el de justa indemnización, que conforman principios generales del derecho o principios de derecho natural⁴³, con independencia de su reconocimiento o no por el derecho positivo constitucional o legal.

Por otra parte, es evidente que la declinación del positivismo legalista implica también la sustitución de cláusulas típicas o específicas de responsabilidad por cláusulas generales o atípicas que permiten realizar, de la mano de los jueces, con la debida prudencia y equilibrio, los principios generales de la justicia material, dentro de las posibilidades financieras de los Estados.

La supresión de la cláusula general del derecho español referida a la responsabilidad del Estado por funcionamiento normal, tal como ha propuesto Mir Puigpelat⁴⁴, deja huérfanos los principios de justicia en que se han fundado todos los ordenamientos comparados, dejando librado al legislador un amplio espacio para que articule soluciones típicas. Se trata de una postura francamente positivista que supone que únicamente la tipicidad traduce la observancia del principio de legalidad, con olvido de que este principio tiene mayor densidad y alcance que la legalidad formal, dado que también está integrado por los demás principios generales del derecho. Por esa razón, hace tiempo, aunque sin cuestionar la terminología clásica, que nos parece más adecuado el concepto de legitimidad, comprensivo de la legalidad formal y de la justicia, representada esta última por

⁴³ A. J. Bueres, *Código Civil...*, cit., t. 3 A, págs. 34 y ss.

⁴⁴ Mir Puigpelat (2012: 325 y ss.) recientemente ha insistido en su tesis, con mayor prudencia en su crítica, en *La garantía constitucional de la responsabilidad* (2020: 29 y ss.), revelando la preocupación de que bajo el manto del dogma de la responsabilidad objetiva se reparen toda clase de daños por funcionamiento normal de la Administración, lo que podría ocurrir en muchas reclamaciones de daños asociadas a la epidemia de la covid-19. Sin embargo, si como ha dicho la jurisprudencia, la responsabilidad denominada objetiva no procede sin un factor de atribución (título o causa de imputación como prefieren decir los juristas españoles), que si bien pueden ser genéricos se hallan acotados y limitados por el propio concepto y por la ley (sacrificio especial, riesgo y enriquecimiento sin causa), no vemos el peligro de que ello pueda ocurrir. El problema español ha sido, en esta materia, la falta de desarrollo dogmático de la teoría de los títulos de imputación, como lo han reconocido los valiosos estudios que se recogen en este ensayo. Véase: L. Medina Alcoz (2020), «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, 213, págs. 71 y ss., en especial pág. 72.

los principios generales del derecho. Como vamos a ver más adelante, el déficit que plantea este elemento de la responsabilidad consiste en la ausencia del factor de atribución que, si bien se apoya en el principio constitucional de la garantía patrimonial, precisa ser completado con el criterio que mide y perfila su configuración, como acontece en aquellos derechos que prescriben el concepto de sacrificio o perjuicio especial como factor atributivo de responsabilidad en la actuación legítima del Estado productora de daños.

IV. SOBRE EL CARÁCTER SUBJETIVO U OBJETIVO DE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN

En el derecho civil argentino clásico la antijuridicidad presuponía la culpa, la cual constituía el eje del sistema y el principal factor que permitía imputar una responsabilidad por daños, no obstante que los códigos reconocían distintos supuestos casuísticos y típicos en los que se respondía por actividad lícita, sin llegar a configurarse, empero, un criterio general de imputación de responsabilidad.

El advenimiento del maquinismo y la consecuente industrialización de la economía dio origen al nacimiento de la responsabilidad objetiva por riesgo creado primero por la actividad peligrosa desplegada por los fabricantes y, más tarde, por el riesgo de la propia cosa causante del daño, riesgo que no resultaba justo cargar a la víctima, sobre todo cuando el ejercicio de esa actividad producía un provecho o beneficio para quien la llevaba a cabo.

En esos casos no se considera necesario probar la culpa del autor del daño que solo se exime de responsabilidad si acredita una causa ajena de fuerza mayor, hecho del damnificado o algún otro eximente que destruya la presunción de responsabilidad que pesa sobre el sujeto que provocó el daño (vgr. ausencia de riesgo por parte de la víctima que se expone voluntariamente a una situación de peligro)⁴⁵.

En medio de un escenario caracterizado por la subsistencia conjunta de factores subjetivos y objetivos de responsabilidad civil, sumados a la falta de razón de ser de la antijuridicidad basada en la culpa, se generaron otras discordancias, producto de dos versiones distintas sobre la noción de culpa: la psicológica y la normativa⁴⁶, que el nuevo Código Civil y Comercial Argentino ha regulado manteniendo un concepto⁴⁷ flexible, que permite determinar la diligencia debida en cada caso conforme a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Esto no descarta que, dentro de esas circunstancias, no deban atenderse parámetros económicos para la construcción del modelo de diligencia debida, aunque no corresponde predicar que el concepto de culpa transite, exclusivamente, por

⁴⁵ Art. 1719 del CCCN argentino.

⁴⁶ L. Díez Picazo (1999), *Derecho de Daños*, Madrid: Civitas, págs. 352 y ss.

⁴⁷ Art. 1724 CCCN argentino.

estándares de eficiencia económica. En definitiva, hay siempre en la culpa una situación de reproche personal con respecto a un acto o hecho voluntario.

Porque una cosa es la violación del modelo objetivo de diligencia debida exigible en cada supuesto determinado y otra diferente es el juicio de responsabilidad o reproche subjetivo que cabe realizar sobre la conducta del agente para determinar si actuó con imprudencia, negligencia o impericia (estrictamente la culpabilidad), sin perjuicio de las presunciones legales que admiten una responsabilidad sin culpa.

Precisamente, por no disociar ambos conceptos integrantes de la culpa, se incurre en el equívoco de sostener que la falta de servicio o el funcionamiento anormal traducen la idea de una culpa objetiva, algo inaceptable si se reconoce que la noción correcta de culpa consiste en un juicio personal sobre la conducta del causante del daño y no una falla o falta objetiva del servicio producto de la violación de estándares objetivos de responsabilidad. Desde los tiempos de Heráclito, la lógica nos enseña que no se pueden usar dos conceptos de significado opuesto en una misma expresión (*contradictio in terminis*).

Así, los factores objetivos de responsabilidad se caracterizan por la exclusión de la culpa como factor de atribución, es decir, que se requiere que la imputación de responsabilidad se encuentre basada en factores objetivos (falta de servicio o funcionamiento anormal o defectuoso del mismo, riesgo, garantía, etc.).

En cambio, la culpa civil es y será siempre un factor de responsabilidad basado en la conducta subjetiva y voluntaria del agente que el derecho administrativo no adoptó en aquellos sistemas basados en una concepción objetiva de los factores de atribución, como el francés y el argentino. En cualquier caso, la culpa ha quedado circunscripta, en esos derechos, a la llamada falta personal del agente público⁴⁸, pero no concurre para determinar la responsabilidad estatal. Al ser una falla o defecto del servicio no se requiere analizar la conducta negligente o imprudente del sujeto causante del daño, no siendo tampoco necesario individualizar a su autor (falta anónima). Esto no impide, desde luego, que el juicio sobre la responsabilidad repose en estándares de diligencia que se midan de acuerdo a criterios objetivos genéricos que no penetran en el análisis de la conducta subjetiva del agente público para formular el reproche culpabilístico. En este sentido, pensamos que resulta imposible asimilar el título de imputación denominado «funcionamiento anormal del servicio» a la responsabilidad subjetiva. Que se denomine o no a este supuesto «responsabilidad objetiva» no transforma la esencia del juicio de responsabilidad que debe hacer el juez ni tampoco debiera influir sobre los factores de atribución objetivos en la responsabilidad por actividad legítima o lícita de la Administración.

⁴⁸ J. P. Martini (2005), «Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado», *Revista de Responsabilidad civil y seguros* (dir., Atilio A. Alterini), VII, XII, Buenos Aires, págs. 35 y ss., especialmente págs. 38-39.

Completan el cuadro de los factores objetivos los supuestos de responsabilidad por actividad legítima o normal, ya sea que el factor de atribución reposa sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas (caso en el que el damnificado no está obligado a soportar el daño) o bien sea producto de las reglas que obligan a responder por el riesgo creado por la actividad o producidos por la cosa riesgosa, con la aclaración de que en los últimos supuestos estamos ante una actividad lícita en la que no juega tampoco, como se ha visto, la noción de antijuridicidad puesto que la acción u omisión que desencadena el daño no puede ser jurídica y lícita a la vez que antijurídica e ilícita.

De igual manera, el factor de atribución de la responsabilidad del Estado es imposible que sea, al mismo tiempo, de carácter objetivo y subjetivo, ya que un factor de esta naturaleza no puede ser y no ser. La respuesta a este dilema estructural del esquema de responsabilidad dependerá de cada ordenamiento o sistema. Así, mientras en Alemania e Italia se utiliza la culpa como factor subjetivo de atribución de la responsabilidad del Estado, lo contrario ocurre en los sistemas de filiación francesa y española, como en los iberoamericanos.

A todo ese cuadro que justifica la autonomía del derecho administrativo para regular la responsabilidad estatal en ordenamientos de derecho público, con independencia del ámbito en que se alojen esas normas y de la aplicación analógica de los códigos civiles en aquellos países que han optado por una regulación uniforme, cabe resaltar el hecho de que el ordenamiento civil —por los fines que persigue— no resulta ser un espacio idóneo para regular la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa ni judicial, cuyos principios y soluciones legislativas y jurisprudenciales no suelen ser abordadas en los estudios de derecho civil, salvo excepciones⁴⁹.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ES SIEMPRE DIRECTA

Uno de los grandes avances del derecho administrativo francés fue, en su momento, el reconocimiento del carácter directo de la responsabilidad estatal superando la concepción civilista que, con base en una culpa calificada como culpa «en vigilando», pretendía extender al Estado la responsabilidad del principal por los actos del dependiente establecida en los códigos civiles de los respectivos países.

La emancipación del modelo dogmático civilista que regula la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno es la tendencia que prevalece en algunos siste-

⁴⁹ Por ejemplo, en la obra de Ramón Daniel Pizarro (2016: t. II, 3 y ss.), que por su hondura y versación merece nuestro elogio, aun cuando no compartamos gran parte de sus posturas doctrinarias que, a nuestro juicio, no resultan compatibles con los principios y estructura del derecho público.

mas comparados europeos, como los de Italia⁵⁰, y acontece aun actualmente en España⁵¹ y en la mayoría de los países latinoamericanos⁵².

La responsabilidad directa inspirada en la teoría del órgano y la consecuente inadmisibilidad de la distinción entre funcionarios y empleados, que implicó un avance doctrinario de gran envergadura en el derecho administrativo, ha comenzado a ser cuestionada por un sector de la doctrina civilista argentina, después de más de treinta años de vigencia a través de la postura reflejada en la mayoría de los fallos jurisprudenciales⁵³.

En Argentina, tal cuestionamiento carece de andamiaje jurídico por cuanto la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 prescribe claramente que esa responsabilidad es directa (art. 1º). El auténtico sentido que cabe atribuir a esta norma es el de excluir la responsabilidad indirecta de conformidad con lo propiciado por la doctrina prejurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de la Nación en el ya citado caso *Vadell*⁵⁴.

⁵⁰ D. Sorace (2000), *Diritto delle Amministrazione Pubbliche*, Bologna: Il Mulino, págs. 371-372.

⁵¹ E. García de Enterría y T. F. Fernández (2017: t. I, 120 y ss.).

⁵² La doctrina uruguaya ha sido la primera en el derecho de Iberoamérica en postular la responsabilidad directa, véase E. Sayagués Laso (1963), *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, ed. del autor, Montevideo, 3ª edición, reimpresión de la edición publicada en 1953, págs. 617 y ss. (especialmente págs. 653, 656 y 660).

⁵³ Pizarro (2016, t. I, 373 y ss.), cuya postura nos parece inexplicable, ya que mientras por una parte sostiene que se inclina por la responsabilidad directa (pág. 379), si bien por aplicación de la teoría del riesgo (lo que supone admitir que toda la actividad estatal es peligrosa o que se impone la tesis del riesgo beneficio o provecho, lo que consideramos una exageración), por otra parte argumenta a favor de la responsabilidad indirecta con fundamento en una interpretación civilista del concepto de dependencia y en unos pocos fallos que exhibe la jurisprudencia de la Corte, que siguió la tesis del exjuez doctor Vázquez. Cabe acotar que esos fallos no forman la jurisprudencia prevaleciente, además, de haber sido dictados con anterioridad a la sanción de la Ley 26.944. De adaptarse la tesis que propicia Pizarro, la responsabilidad del Estado sería concurrente por aplicación de los preceptos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sin separar la falta de personal (por culpa o dolo del funcionario) de la falta de servicio, base del actual sistema argentino de responsabilidad del Estado.

⁵⁴ Han propiciado la responsabilidad directa del Estado: M. S. Marienhoff (1987), *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4ª ed., págs. 724 y ss., con cita de Gordillo (pág. 725, nota 59), sin embargo, este último autor sostuvo la procedencia de la responsabilidad indirecta del Estado por la actuación de los entes descentralizados (*Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. 9, 1ª edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, págs. XV-16, reproduce la postura adoptada en el año 1959 por el autor). Tal opinión la funda en la idea de la dependencia, con olvido que, con ello, conculca los principios propios que justifican la descentralización jurídica. *A posteriori* de esa opinión, su tesis parecería ser la concepción fundamental que adoptó la Corte a partir del caso *Vadell* (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires: Fundación de

VI. SEMEJANZAS ENTRE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN EXISTENTES EN LAS CONCEPCIONES FRANCESA, ESPAÑOLA E IBEROAMERICANA

1. EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL Y LA FALTA DE SERVICIO

En la doctrina española y, en general, en la de Hispanoamérica que ha seguido sus aguas no se ha reparado mayormente en las semejanzas que exhiben sus respectivos sistemas en punto al factor atributivo de la responsabilidad del Estado por la actividad ilícita o anormal con la construcción francesa de la falta de servicio. No obstante, nada menos que la fuente doctrinaria que inspiró el extraordinario desarrollo alcanzado por la teoría de la responsabilidad estatal de España consideró pertinente reconocer la similitud que existía entre ambas concepciones⁵⁵.

Porque resulta evidente, con independencia de su fundamento constitucional, que si la falta de servicio ha sido definida como la ocasionada por el funcionamiento irregular, defectuoso, inexistente o tardío del servicio que debió prestarse conforme a los parámetros establecidos en las leyes o reglamentos que rigen la actividad estatal, con prescindencia de la culpa del funcionario o agente público⁵⁶, tal concepto guarda correlación y semejanza con el que postula la con-

Derecho Administrativo, 2000, págs. XX-24, nota 8.2 y págs. XX-26, nota 9.5), cuando, en rigor, se trata de un sistema más complejo que, si tiene algo distinto y destacable con respecto a la anárquica situación jurisprudencial anterior es la adopción de la falta de servicio como factor de atribución que, como lo ha destacado Sayagués Laso, constituye la idea básica del sistema de responsabilidad por acto o hecho administrativo (1963, t. I, pág. 651).

⁵⁵ Véase García de Entrerría (1984: 209), donde claramente expresa: «La doctrina francesa, trabajando sobre una idea análoga, la de la “falta de servicio” (por distinción de la falta personal del agente), ha sistematizado tradicionalmente su rica jurisprudencia sobre el tema alrededor de tres grandes situaciones...» que son el mal funcionamiento del servicio, el no funcionamiento y el funcionamiento tardío, clasificaciones todas ellas que parten «de un “standard” medio de perfección en la realización de los servicios públicos» (*ibid*: 209-211). A grandes rasgos, ese resumen describe fielmente la concepción francesa, véase J. Rivero y J. Waline, *Droit Administratif*, págs. 278-280; por su parte, hay autores que engloban en el concepto de falta de servicio las actuaciones materiales producto de imprudencia o negligencia culpable junto con el funcionamiento tardío del servicio, la omisión de prestarlo, la ilegalidad del acto administrativo e informaciones erróneas, cfr. Debasch, (2002: 571-574). Ello indica que, en la concepción francesa de la falta de servicio, se califica la imprudencia o negligencia a la luz de parámetros objetivos que no alcanzan a configurar juicios subjetivos aparte de las presunciones objetivas que establece la jurisprudencia del Consejo de Estado.

⁵⁶ Véase, por todos, A. Laubadère (1984), *Traité de Droit Administratif*, t. 1, actualizado por Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, París: LGDJ, pág. 747, aun hoy día la síntesis que formula este gran maestro del derecho conserva actualidad —como acotan los fieles

cepción española al requerirse, para su configuración, el funcionamiento anormal del servicio, funcionamiento que, en ambas concepciones, se juzga en función de parámetros objetivos que prescinden de la culpa concebida como conducta subjetiva⁵⁷.

Al respecto, se ha dicho sin discusión que «la falta de servicio tiene un carácter objetivo porque la apreciación de esta falta es una apreciación de elementos objetivos» y que resulta «fácil que tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica del autor. La cuestión de la imputabilidad entendida como la atribución de una falta a una voluntad consciente y libre no se planteará. Y el carácter anónimo de esta falta no puede sino ir en el mismo sentido»⁵⁸.

No obstante, han surgido una serie de dificultades dogmáticas e interpretativas en el escenario de la responsabilidad civil que han ejercido influencia en las concepciones del derecho público. Esas dificultades han conducido a que el contenido de la terminología utilizada sea muchas veces distinto entre los autores que se han ocupado de la temática del responder.

¿Cuáles son las causas de esos desacuerdos? En primer lugar, la insuficiencia de la culpa psicológica como factor de atribución y elemento de la antijuridicidad en el derecho civil en ciertos daños provocados sin culpa del agente que los causó (vgr. la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores). En lugar de reconocer que en tales supuestos no hay simplemente culpa, sino un factor objetivo de responsabilidad (riesgo o garantía), se optó por el abandono del concepto de culpa psicológica (cuyos elementos reposan en la voluntad real y los deberes personales de diligencia) y por la consecuente adopción de una culpa normativa. A su vez, como hemos señalado, también en la concepción de la antijuridicidad se operó el desplazamiento de la culpabilidad hacia la violación o contradicción con el ordenamiento o ilicitud objetiva sin advertir que, en determinados casos de responsabilidad objetiva (riesgo y responsabilidad por daños cuasi expropiatorios), la conducta del causante del daño es perfectamente legítima, por lo que no se opera contradicción alguna con el ordenamiento.

discípulos que actualizaron su obra en el «Avant-propos» de la 9ª ed. (pág. 9) y condensa un pensamiento armonioso que combina la riqueza de la información con la claridad de la exposición.

⁵⁷ Cfr. M. Paillet (1990), *La faute du service public en Droit Administratif Frances*, con prefacio de Jean-Marie Aubry, Paris: LDGJ, págs. 166-167 (tesis doctoral del autor). Véase también (1996), *La responsabilité administrative*, Paris: Dalloz, págs. 114-115. También Moreau —que califica de impropia la expresión falta de servicio, aunque termina en definitiva por atribuirle un sentido objetivo al sostener que la fórmula debería ser reemplazada por el funcionamiento defectuoso del servicio, véase J. Moreau (1996), *La responsabilité administrative*, 3ª ed., Paris: PUF, pág. 66.

⁵⁸ Paillet (1996: 114).

No resultan menores, en segundo término, las confusiones que derivan de la inteligencia del concepto «faute» en el idioma francés⁵⁹ (que es un lenguaje de formación más natural que el español), en la que se funden los conceptos de falla, defecto y culpa, aunque paradójicamente, exista la noción de «culpabilité» referida a la culpa psicológica. Por esa causa, hay quienes han entendido, impropriamente, que se trata de una culpa o falta objetivada⁶⁰ y otros incluso la denominan culpa del servicio, en sentido opuesto a la culpa o dolo del derecho civil⁶¹, lo que supone implícitamente reconocer el carácter objetivo de la falta de servicio de acuerdo a la propia definición que proporciona el CCCN al definir el factor objetivo de atribución (art. 1722).

Por último, interesa traer a colación el criterio constitucional que exhibe el derecho colombiano en la materia habida cuenta la circunstancia de que mientras en una primera época el Consejo de Estado, creación original de inspiración francesa, adoptó la teoría de la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad por la actividad estatal ilícita, *a posteriori* se operó la incorporación en la Constitución de 1991 de un artículo que «prescribe que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables»⁶². Autorizada doctrina interpretó dicho precepto a la luz del derecho español, en el sentido que el requisito constitucional se refiere a supuestos en que no pesa sobre el particular el deber de soportar el perjuicio⁶³. Pero ello no ha impedido la coexistencia de la falta de servicio como factor de atribución que continúa siendo «uno de los principales ejemplos de la responsabilidad fundamentada en que las personas no tienen el deber jurídico de soportar el daño»⁶⁴. En este sentido, resulta indudable la conveniencia de utilizar la falta de servicio como factor de atribución dado que la antijuridicidad del daño es solo un aspecto del daño que, en la versión de la doctrina administrativista, ha sido definida como una condición negativa que no alcanza a configurar un factor de atribución y, menos aún, un elemento común de la responsabilidad estatal, además de las críticas señaladas acerca de la inutilidad y contradicciones que exhibe el concepto de antijuridicidad.

⁵⁹ Aspecto señalado tempranamente por Jesús Leguina Villa en (1983), *La responsabilidad de la Administración Pública*, 2ª. ed., Madrid: Tecnos, pág. 155.

⁶⁰ Mir Puigpelat (2012: 225 y ss.).

⁶¹ J. J. Sáenz (2014), *Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina. Teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia* (dir. Pedro Aberastury), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, págs. 119 y ss.

⁶² Art. 90 de la Constitución de la República de Colombia.

⁶³ R. L. Rodríguez, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 20ª ed., t. II, pág. 308.

⁶⁴ *Ibid*, *in fine*.

2. EL RIESGO COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN

En los derechos comparados se acepta, en general, el riesgo como factor objetivo de atribución de responsabilidad en las actividades o cosas peligrosas, lo que, aparte de su formulación atípica, suele ser objeto de regulaciones específicas con respecto a determinadas cosas o actividades (como en materia ambiental). Esas responsabilidades objetivas están reconocidas tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, con la salvedad de que, en algunos ordenamientos, como es el Código Civil y Comercial Argentino, se hayan consagrado fórmulas atípicas al introducir una cláusula general para determinar la ocurrencia de la situación de riesgo⁶⁵ (art. 1757) y la consecuente responsabilidad del causante del daño por el hecho de las cosas y actividades riesgosas (norma aplicable por analogía al derecho administrativo), situación que no deja de ser un retorno a formas primitivas de atribución de responsabilidad⁶⁶.

En derecho civil se ha abierto paso en los últimos años la tendencia a reconocer el riesgo provecho o riesgo beneficio, del que constituye una derivación el denominado riesgo empresario⁶⁷, de marcada influencia italiana⁶⁸.

Pero en el derecho público —como hemos señalado— no resulta concebible aplicar a la Administración sin más la teoría del riesgo beneficio o provecho y menos aún la del riesgo empresario toda vez que en la realización de los fines públicos encomendados no puede tener cabida el objetivo de lucro económico o comercial aparte de que la tésis de la actividad administrativa no persigue el beneficio de la Administración, sino la de todos los ciudadanos que componen la comunidad política⁶⁹.

En consecuencia, ni aun de forma analógica podrían extenderse estas versiones de la teoría del riesgo al derecho administrativo, excepto en el caso de las actividades de las empresas públicas que persigan finalidades comerciales o industriales que se rigen por similares principios, en materia de responsabilidad, que las empresas de titularidad privada (salvo que la ley dispusiera lo contrario).

⁶⁵ El art. 1757 del CCCN prescribe que «toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización».

⁶⁶ A. A. Alterini (1970), *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., pág. 109, señala que centra el problema en la causalidad material y le basta con la producción del resultado dañoso, contentándose «con la trasgresión objetiva que importa la lesión del derecho subjetivo ajeno».

⁶⁷ R. D. Pizarro (2015), *Tratado de Responsabilidad Objetiva*, t. I, Buenos Aires: La Ley, págs. 71 y ss.

⁶⁸ P. R. Trimarchi (1961), *Responsabilità oggettiva*, Milán: Giuffrè, págs. 191 y ss.

⁶⁹ Sobre la aplicación en Francia de la teoría del riesgo beneficio, véase Paillet (1996: 145 y ss), especialmente con respecto a los colaboradores ocasionales de la Administración (págs. 147 y ss.).

En general, cabe admitir el riesgo creado como factor objetivo de atribución, entre otros, en los siguientes supuestos: 1) en los accidentes que provocan daños producidos por: a) automóviles y vehículos a motor; b) funcionamiento de los ascensores en los edificios públicos; c) explosivos; d) caída de la mampostería de edificios del Estado⁷⁰.

No obstante haber propiciado aplicar, en forma limitada, la teoría del riesgo a la responsabilidad del Estado y demás entidades públicas, nuestra postura ha recibido la crítica de quienes consideran que no es justo regular desigualmente la responsabilidad estatal de la concierne a la actuación de los particulares.

Con el respeto que nos merece la crítica⁷¹ seguimos pensando que la diferente finalidad y consecuente estructura del régimen de responsabilidad del derecho civil, que mira sustancialmente el interés de la víctima del daño (al menos, en su actual evolución), a diferencia del derecho público que persigue el interés público o bien común (que es el bien de todos y también el de cada uno de los ciudadanos), justifica la existencia de un abordaje normativo diferenciado y autónomo, máxime en aquellos sistemas en los que la configuración de esta clase de responsabilidad objetiva se basa en una fórmula atípica, de cláusula general, que atribuye a los jueces las más amplias facultades para configurar, en cada caso, la determinación de la responsabilidad estatal.

Concurre a reforzar la tendencia limitativa la circunstancia de que la función de la responsabilidad del Estado no puede convertir a este en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos sociales ni de instrumento de asistencia universal mediante una política redistributiva de los recursos públicos⁷², ya que ello concierne a las políticas de solidaridad social, aparte de las prescripciones que obligan a los particulares a contratar seguros en casos de actividades riesgosas o peligrosas.

En cualquier caso, si la política social precisa contar con unos presupuestos previos y acotados, la responsabilidad del Estado que, por su naturaleza, es aleatoria y cambiante, no puede erigirse en el instrumento apto para el diseño y aplicación de una política redistributiva de los recursos públicos que, a través de una encubierta socialización, pretenda compensar los daños causados por el hecho de las cosas o actividades peligrosas⁷³.

Con todo, las situaciones en que la jurisprudencia pueda admitir la aplicación de la teoría del riesgo serán siempre solo por analogía con los textos civiles, lo que aparece justificada en el principio de igualdad que conduce a adoptar, en esos

⁷⁰ Véase P. E. Perrino (2016), *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada*, Buenos Aires: La Ley, págs. 52-56.

⁷¹ Pizarro (2016: 230).

⁷² Mir Puigpelat (2012: 20 y ss.).

⁷³ Véase M. J. López Mesa (1998), «La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado», *Revista de Derecho Administrativo*, 27/29, Buenos Aires, págs. 444 y ss.

casos, una solución similar para los llamados daños accidentales a la contemplada por el derecho privado.

Resulta evidente, además, que el hecho de tratarse de actividades lícitas o legítimas en estos supuestos de responsabilidad objetiva, como en el del sacrificio especial y los que derivan en general del funcionamiento normal de la Administración, desplaza la noción de antijuridicidad o ilicitud objetiva de la doctrina civilista (entendida como contradicción con el ordenamiento jurídico).

Y aunque esta conclusión resulte, sustancialmente, un quiebro de la excepcionalidad que debe caracterizar al riesgo como factor de atribución en el derecho público, parece justo que —en virtud del principio general de igualdad y del *alterum non ledere*— se admita en esos casos (daños producto de accidentes) la aplicación de la teoría del riesgo, puesto que «nada parece justificar que la Administración quede sometida a un régimen más laxo de responsabilidad cuando lleve a cabo dichas actividades»⁷⁴.

3. EL SACRIFICIO ESPECIAL Y EL CONCEPTO DE FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En la doctrina española se ha cuestionado el alcance y la generalización de la fórmula que, en definitiva, quedó plasmada en la legislación estatal⁷⁵ (art. 32 Ley 40/2015 RJSP), seguida pacíficamente hasta la crítica que formularon en su momento Pantaleón y sus acólitos, justificada en los excesos y contradicciones en que había incurrido la jurisprudencia al otorgar indemnizaciones por daños provocados por el funcionamiento normal de los servicios públicos que, en algunos supuestos, no hubieran procedido de aplicar las normas y principios del derecho civil español. Pero lo cierto es que la crítica no logró cambiar el sistema ni tampoco conmovió todas las posiciones doctrinarias que se habían sostenido⁷⁶.

En buena medida, la crítica —a la solución del derecho administrativo español— se centró en la naturaleza amplia y atípica del concepto de funcionamiento normal de los servicios públicos como cláusula general de responsabilidad. Pero en vez de fundamentar la crítica en la necesidad de establecer un factor de atribución que permitiera determinar los casos en los que el particular no está obligado a soportar el daño por el funcionamiento normal de los servicios públicos, se propició, lisa y llanamente, la derogación de la regla y la aplicación supletoria del Código Civil. Entre otras cosas, se sostuvo que faltaba el presupuesto de la antijuridicidad, el cual, como se ha visto, constituye un concepto innecesario y

⁷⁴ Mir Puigpelat (2012: 325-326).

⁷⁵ *Ibid.*: 126 y ss.

⁷⁶ Entre la doctrina partidaria del sistema vigente, véanse J. González Pérez (2015), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 7ª ed., Madrid: Civitas-Thomson-Reuters, pág. 215; M. Beladiez Rojo (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid: Tecnos, págs. 30 y 95-96.

contradictorio, que está lejos de constituir un elemento común de la responsabilidad, ya sea que se adopte el concepto de la doctrina civilista o administrativista.

Por otro lado, es objetable el reenvío directo y en subsidio (no por analogía) a los preceptos del Código Civil, técnica que solo se justifica en aquellos sistemas como el alemán o el italiano donde el factor de atribución es la culpa o el daño injusto, solución por lo demás inaplicable a los daños causados por la actividad legislativa o reglamentaria.

El carácter excepcional y la tipicidad que caracteriza generalmente a la responsabilidad por actividad lícita en el derecho privado no es comparable con la situación que existe en el derecho público, donde, en algunos sistemas, con fundamento en razones de interés general, se legitima la producción del daño (vgr. daños expropiatorios y cuasiexpropiatorios), por lo que no puede hablarse de conducta ilegítima ni de situación excepcional. Esta peculiaridad del derecho público llevó —en su momento— a la doctrina italiana al extremo de escindir la indemnización de la teoría de la responsabilidad⁷⁷.

Para cubrir la necesidad de contar con un factor de atribución en la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos, nos parece adecuado utilizar, con independencia del riesgo, la garantía, la equidad, el enriquecimiento sin causa y otros factores, el «factor sacrificio especial» para los daños expropiatorios y cuasiexpropiatorios, con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas. En tales casos, no existe el deber de soportar el daño, sin perjuicio de que el ordenamiento administrativo, al igual que el civil, consagre supuestos típicos y expresos por razones de equidad que hagan posible indemnizar a los particulares de determinados perjuicios ocasionados por la actividad lícita (vgr. medidas de emergencia económicas), conforme a las posibilidades que surjan de los presupuestos públicos y su viabilidad económica.

De esta manera, el sistema español podría aproximarse a las soluciones que brinda un sector importante del derecho comparado⁷⁸ y utilizar un factor de atribución preciso como el sacrificio especial⁷⁹, con fundamento en el principio general de igualdad ante las cargas públicas, sin necesidad de modificar su ordenamiento constitucional ni legal.

⁷⁷ Véase R. Renato (1958), *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*, Milán: Giuffrè, págs. 523-524, postura que, como es sabido, fue seguida en España por Garrido Falla, aun en sus últimos trabajos, no obstante no haber sido recogida por la casi totalidad de la doctrina española; véase F. Garrido Falla (1991), *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado, Separata de Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, págs. 2828 y ss.

⁷⁸ En Argentina la doctrina es, en general, partidaria del sacrificio especial como factor de atribución aplicable a la responsabilidad legítima del Estado y el legislador lo ha recogido en el art. 4° de la Ley de responsabilidad 26.944.

⁷⁹ En Francia se utiliza el concepto de perjuicio especial como factor de atribución en la responsabilidad sin falta, con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas, véase J. Waline (2007), *Droit Administratif*, 22ª edición, Paris: Dalloz, págs. 452 y ss.

Al aplicar la concepción del sacrificio especial no suele advertirse la diferencia que existe entre las dos versiones que definen la especialidad del sacrificio. Porque una cosa es indemnizar un perjuicio que en forma desigual se impone a una persona determinada por razones de utilidad general (vgr. expropiación y revocación o extinción anticipada de un contrato por interés público) y otra diferente es que el sacrificio, sin ser totalmente desigual, implique el cercenamiento de derechos adquiridos incorporados al patrimonio de un modo definitivo. En tal caso, suele hablarse, impropiaemente, de una actividad anormal de los órganos de aquel Estado que dicta medidas de emergencia en situaciones de excepcional gravedad de las finanzas públicas, cuyos perjuicios suelen afectar a una cantidad considerable de personas. En estos supuestos, deberá acudirse a la equidad para dictar las medidas compensatorias posibles sobre la base de la teoría del sacrificio compartido.

VII. SOBRE LA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una primera conclusión a la que cabe arribar es que, habida cuenta de las razones que se han expuesto, al menos en los sistemas español, francés y en los de la mayoría de los países de Hispanoamérica, resulta prácticamente imposible la unificación del derecho de daños, en virtud de la propia sustancia del derecho administrativo, cuya estructura y finalidades están orientadas a la satisfacción del interés público o bien común, mediante el ejercicio de potestades públicas en el marco del Estado de derecho. Esto no impide, desde luego, que ante la existencia de carencias normativas deba acudirse a las normas y principios del Código Civil para encontrar la respuesta aplicable al caso, pero mediante la técnica de la analogía (y no de la aplicación directa de la norma o principio) que exige que la tarea de aplicar el respectivo precepto pase, previamente, por el filtro de su compatibilidad con los fines y peculiaridades del derecho administrativo. Así ocurre, por ejemplo, en los supuestos de daños provocados por accidentes o en los que padecen los menores en los establecimientos educativos en los que no se justifica que existan soluciones diferentes a las que consagra el Código Civil por aplicación del principio que manda que frente a situaciones iguales se apliquen consecuencias similares con independencia de la naturaleza pública o privada de la relación jurídica subyacente. No se trata, en estos casos, de la unidad del derecho de daños, sino de la armonización de la interpretación del ordenamiento que, según la justicia, en algunas situaciones impide asimilar las prescripciones del derecho privado al derecho público (vgr. la exclusión de responsabilidad por dolo recíproco).

En cuanto a las críticas hechas a la concepción objetiva de la responsabilidad, estas pueden agruparse en torno a dos grupos de objeciones dogmáticas: a) una primera, referida al carácter objetivo de la falta de servicio o funcionamiento anormal del servicio público, y b) una segunda, referida, particularmente,

en el derecho español, a la responsabilidad estatal por el funcionamiento normal de los servicios públicos.

Ya fuera que se identifique el factor de atribución con el concepto de falta de servicio o del funcionamiento anormal de los servicios públicos (cuya semejanza dogmática es evidente), lo cierto es que la crítica a la concepción objetiva, en ambos casos, es la misma: no se trataría de una culpa que requiere obrar en forma voluntaria con diligencia (y por tanto sin negligencia, imprudencia o impericia), sino que constituiría una culpa fundada en estándares objetivos de calidad del servicio. Pero una cosa es la prueba de que el servicio funcionó en forma defectuosa y anormal, conforme a esos estándares y los demás requisitos legales y reglamentarios exigidos para cada actividad (que revelan objetivamente el mal defectuoso o irregular del funcionamiento del servicio), y otra muy diferente es obligar a la víctima del daño a que acredite la conducta debida por el funcionario o agente público causante del perjuicio, lo que entrañaría, en el fondo, una concepción sustancialmente subjetiva. Así, entre las dos concepciones, la que garantiza de una manera más efectiva la garantía patrimonial de justa indemnización por el accionar estatal es, sin duda, la concepción objetiva dado que resulta innecesario individualizar al autor del daño, precisamente por el carácter objetivo del factor de atribución.

El segundo grupo de objeciones se circunscribe a la doctrina española y aparece principalmente enfocado en el cuestionamiento de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal de los servicios públicos. A este factor se le atribuye, como en una extraña simbiosis, el haber configurado la llamada concepción objetiva global de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tesis expuesta en un trabajo notable, por cierto⁸⁰, pero que adolece del defecto de girar alrededor de una idea fija que se agota al proponer la eliminación del factor de imputación de responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal de los servicios públicos, como cláusula general del ordenamiento y su reemplazo por regulaciones típicas y acotadas.

Como acontece tantas veces en la vida de muchas proposiciones dogmáticas teóricas y poco realistas, nos parece que el remedio es peor que la enfermedad.

Pues, aun cuando se admita la responsabilidad derivada de la expropiación o de actos cuasipropiatorios, así como la consecuente por los riesgos creados o producidos por la actuación estatal, no puede discutirse la necesidad de utilizar un sistema con un factor de atribución preciso, aunque genérico⁸¹, que consa-

⁸⁰ Mir Puigpelat (2012: 317-318).

⁸¹ Precisamente, el reconocimiento de la necesidad de utilizar un título de imputación por parte en jurisprudencia del Tribunal Constitucional creemos que resulta aplicable a ambos tipos de responsabilidad (por funcionamiento anormal o normal de la Administración). Así surge del F5 de la STC 112/2018, expresado en los siguientes términos: «[...] el régimen constitucional de las Administraciones Públicas se rige por criterios objetivos, que implican la necesidad no solo de examinar la relación de causalidad, sino también la de formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el per-

gre la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, sin subordinar su existencia a que el ordenamiento positivo lo prescriba para todos los casos singulares ni a una condición negativa (inexistencia del deber de soportar el daño).

La propuesta que se formula para corregir el sistema vigente en España nos parece inconveniente, ya que crea un cono de sombras sin evitar el riesgo de que la larga mano del legislador consagre responsabilidades excesivas y superiores a las posibilidades financieras de los Estados, como temen los civilistas españoles que han objetado el sistema positivo vigente.

En resumidas cuentas, el carácter objetivo de responsabilidad por actividad lícita o normal se realiza con independencia de la conducta culposa del agente público y, fundamentalmente, descansa en el concepto de sacrificio especial⁸², como factor de atribución o algún otro basado en la injusticia del daño, como el riesgo especial, la garantía o el enriquecimiento sin causa.

Lo hasta aquí expuesto revela la necesidad que la teoría de la responsabilidad estatal se articule sobre la base de una construcción dogmática que, prescindiendo de las distintas nociones de antijuridicidad —que existen en los derechos privados y públicos comparados—, recoja o precise los cuatro ejes que la componen: daño, imputabilidad material, factor de atribución y relación de causalidad. De ese modo, es posible hacer jugar esos requisitos, con sus peculiaridades, tanto en la responsabilidad por la acción u omisión ilegítima o ilícita como por la actividad estatal legítima, cualquiera fuera su naturaleza (administrativa, legislativa o judicial).

Pensamos que, antes que criticar la unidad y amplitud de los sistemas positivos mediante propuestas susceptibles de consagrar un casuismo inapropiado, hay que buscar la mejor forma de interpretar las normas con criterios de justicia, equilibrio y equidad, sobre la base de los principios generales que articulan cada sistema. En esa línea, no cabe sino ponderar la interpretación que hace Oriol Mir acerca de que la STC 112/2018 tiene el mérito de reafirmar el rango normativo constitucional que cabe asignar al título de imputación referido al funcionamiento anormal de la Administración «que gracias a ella habría pasado a formar parte del contenido mínimo del art. 106.2 CE y no podría ser ignorado por el legislador»⁸³.

juicio sufrido con la actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración Pública».

⁸² Mir Puigpelat (2012: 174). Este autor parece confundir el concepto de riesgo especial (que se funda en el peligro o el provecho) con el sacrificio especial (que se fundamenta en una carga desigual). En ambos supuestos se trata de la responsabilidad por actividades lícitas o legítimas del Estado, véase Moreau (1996: 99-101), que sostiene la exigencia conjunta de las notas de anormalidad y especialidad del perjuicio.

⁸³ Mir Puigpelat (2020: 46). En cuanto a la responsabilidad por el funcionamiento normal, pensamos que ella debe surgir siempre de la ocurrencia de su factor de imputación objetivo determinado, conforme a los principios generales del derecho o el ordenamiento positivo

Una construcción de esa índole se encuentra reservada sustancialmente al derecho administrativo y, lejos de promover la asistencia social universal, precisa cumplir las funciones de garantía y control⁸⁴ reafirmando las finalidades de reparación y prevención de los daños injustamente causados por el Estado a los particulares. Todo ello, mediante cláusulas generales o atípicas de responsabilidad, sin perjuicio de la facultad de los jueces para acudir a la analogía en los supuestos de carencias normativas que hagan necesario utilizar los textos de los Códigos Civiles, en la medida en que sean compatibles con los principios del derecho público.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El concepto de funcionamiento normal de la Administración nunca puede erigirse en un factor objetivo de atribución de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que, si fuera así, el verdadero título de imputación sería el daño que, en realidad, es otro de los requisitos para la procedencia de la responsabilidad que, junto a la relación causal, son condiciones necesarias, pero no suficientes, para la determinación del débito de la Administración. Se trata nada más que de una categoría de la responsabilidad, proveniente de una actividad normal, lícita o legítima que precisa contar siempre con un factor atributivo determinado por el ordenamiento jurídico (sacrificio especial, riesgo, garantía o enriquecimiento sin causa).

Si la jurisprudencia española se ha encaminado, al fin, por la buena senda, reconociendo la necesidad de un título de imputación (aun cuando sea genérico y atípico) en ambas especies de responsabilidad (por funcionamiento normal o anormal), no vemos que resulte necesario modificar la regulación actual.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial por actividad anormal de la Administración tampoco se justifica, a nuestro juicio, cambio legislativo alguno. La calificación de objetiva para esta clase de responsabilidad, que tanto escozor intelectual causa al sector doctrinario aferrado a la idea de la culpa, no constituye una razón suficiente para confiar más en los legisladores que en los jueces. La experiencia enseña que las consecuencias de las modificaciones legislativas son difíciles de prever, máxime en un escenario en el que prevalecen la ideología y la pasión política sobre los principios de la justicia.

sin que haya ninguna posibilidad de generalizar la responsabilidad objetiva como un dogma genérico y determinado que prescinda del factor de atribución o causa de imputación.

⁸⁴ Véase L. Martín Rebollo (2000), «Los fundamentos de la responsabilidad del Estado», en *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, págs. 20 y ss.