

# Los factores de atribución en la responsabilidad del Estado



**JUAN CARLOS CASSAGNE**

Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.  
Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

## SUMARIO:

- I. Los factores de atribución y su papel en la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado:
  1. El factor de atribución en la responsabilidad estatal derivada de la actividad extracontractual ilegítima:
    - 1.1. Breves consideraciones acerca de los factores de atribución en el Derecho francés y español:
      - 1.1.1 La falta de servicio en el Derecho francés;
      - 1.1.2 El carácter objetivo o subjetivo de la falta;
      - 1.1.3. El anormal o normal funcionamiento del servicio en el Derecho español.
    - 1.2. Los factores de objetivos de atribución en el Derecho argentino:
      - 1.2.1. La responsabilidad por actividad extracontractual ilegítima:
        - 1.2.1.1. Fundamentos constitucionales y legales de los factores objetivos de atribución en el Derecho argentino;
        - 1.2.1.2. Consideraciones acerca de si el factor objetivo de atribución establecido en el artículo 1112 del Código Civil configura la noción de falta de servicio;
        - 1.2.1.3. Generalización de la responsabilidad objetiva por falta de servicio en la doctrina y jurisprudencia de la Corte;
        - 1.2.1.4. La responsabilidad por omisión;
        - 1.2.1.5. La concepción del riesgo: crítica. Su carácter excepcional.
      - 1.2.2 La responsabilidad por acto legítimo: el factor de atribución.

## I. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y SU PAPEL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos. En el Derecho Civil clásico prevaleció, durante largo tiempo, el sistema atributivo de responsabilidad basado en la culpa o reproche moral de la conducta del autor del daño. La evolución posterior, en algunos sistemas como el francés y actualmente el argentino, ha producido el achicamiento del margen de aplicación de la responsabilidad basada en la culpa sustituyendo dicho factor de atribución por otro de naturaleza objetiva, con apoyo tanto en la teoría del riesgo<sup>1</sup> como en la concepción de la garantía legal.

Es claro que en el Derecho Civil convivían también, con el sistema de la culpa, algunos elementos objetivos como el enriquecimiento sin causa, junto a diversos factores de adjudicación de responsabilidad de distinta naturaleza<sup>2</sup>, circunstancia que no provocaba mayores problemas en el funcionamiento del sistema. Sin embargo, la lucha entre sistemas tan opuestos, provocada por las distintas ideologías que los animaban<sup>3</sup>, terminó desplazando el sistema basado en la culpa, habida cuenta la mayor posibilidad que tiene teoría del riesgo para que la víctima sea resarcida al no requerir que se acredite, para demandar la reparación, la culpa del autor del daño e invertirse la carga probatoria.

En consecuencia, los factores de atribución determinan la existencia o no de la responsabi-

lidad y, además, tanto en el campo del Derecho Privado como en el del Derecho Público, cuando los factores son objetivos, limitan o amplían la medida de la indemnización según que se aplique un factor atributivo basado en el riesgo, en la garantía o en el sacrificio especial producido por una actividad legítima del Estado.

En algunos países, como Francia, España, Argentina y Brasil, el Derecho Público, ante la incompatibilidad de las normas y principios del Derecho Civil, se apartó del criterio de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad frente a situaciones en las que el Estado era evidentemente responsable pero resultaba prácticamente imposible o, al menos muy difícil, individualizar al autor del daño y, en caso de que éste pudiera conocerse, probar la culpa del agente público.

Esa incompatibilidad condujo al establecimiento de una responsabilidad directa y objetiva que, básicamente, responde a dos factores de atribución: a) la falta de servicio de la jurisprudencia francesa, el funcionamiento anormal del servicio público en la legislación española o el incumplimiento irregular de las obligaciones y deberes de los agentes públicos en el Derecho argentino (artículo 1112 Código Civil) y b) la configuración de un sacrificio especial provocado por un acto legítimo o –como acontece en el derecho español– derivado del normal funcionamiento de un servicio público<sup>4</sup>.

Los restantes factores de atribución, como la garantía, el enriquecimiento sin causa y el riesgo, son algo así –en el Derecho Público– como

1. GALDÓS, Jorge Mario. *¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código de Vélez Sarfield?* Tomo II. Córdoba: Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2000, p. 428 y ss. Cabe apuntar que en la doctrina del Derecho Privado se ha dicho que "la aplicación desmesurada del artículo 1113 del Código Civil a supuestos que ontológicamente le son ajenos ha extendido ad infinitum el ámbito de la obligación del Estado de reparar los daños sufridos por los particulares" (Cfr.: LÓPEZ MESA, Marcelo. "La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (Análisis de la jurisprudencia francesa, española y argentina actual)". En: REDA, Buenos Aires, Nos. 27/29, 1998, p. 435 y ss.)
2. Así los denomina un sector de la doctrina (LÓPEZ OLACIREGUI, José María. *Op. cit.*, pp. 950-951).
3. Como es sabido, la teoría del riesgo encuentra sustento en la doctrina de DUGUIT.
4. La expresión "servicio público" se emplea en España con sentido amplio, comprensivo, en este caso, de toda la actividad administrativa.

el cajón de sastre del sistema al que van a parar teorías que tienen mayor arraigo y justificación en el ámbito del Derecho Civil que en el Derecho Administrativo, sin desconocer que el factor riesgo se ha invocado en algunas decisiones de nuestro Alto Tribunal<sup>5</sup> para fundar la responsabilidad en sectores específicos.

El análisis del tema requiere introducirnos en los diferentes criterios de atribución de los factores objetivos que rigen la responsabilidad del Estado en el derecho comparado según que la actividad dañosa –en el ámbito extracontractual– provenga de su actuación ilegítima o legítima.

Sin embargo, carece de sentido abordar en profundidad la situación que presenta el Derecho comunitario europeo en materia de responsabilidad extracontractual por los daños causados por las instituciones y agentes de la Comunidad Europea que actúen en ejercicio de sus funciones<sup>6</sup>. La principal razón de ello es que se trata de un sistema que, si bien tiene base objetiva, no se encuentra suficientemente desarrollado en la medida en que lo están aquellos que rigen en algunos Estados que integran la Unión Europea.

Como el artículo 288 del Tratado de Roma incorpora como patrón del sistema de responsabilidad “*los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros*” y éstos difieren en punto a los factores de atribución (objetivos y/o subjetivos) y en el reconocimiento estatal de la responsabilidad por la actividad legislativa<sup>7</sup> y judicial de dichos Estados, resulta difícil predecir cómo podrá llevarse a cabo la armonización de sistema tan opuestos.

Hasta ahora, la tendencia hacia la aceptación de la responsabilidad muestra un criterio muy restrictivo en punto a su reconocimiento exigiéndose que se configure “*una violación suficientemente caracterizada*”<sup>8</sup> del ordenamiento comunitario para responsabilizar a la Unión Europea.

El criterio resulta más restrictivo aún en materia del ejercicio de funciones discrecionales en las que se exige una “*inobservancia manifiesta y grave*” de los límites impuestos a la facultad de apreciación<sup>9</sup>.

Se ha dicho que la principal dificultad radica en que mientras “países como Gran Bretaña, Irlan-

5. Fallos, 317:728, en el que se resolvió responsabilizar al Estado por los daños provocados por agentes de las fuerzas armadas y de seguridad mediante la utilización de armas suministradas por la repartición estatal; sobre otros casos, algunos de los cuales han aplicado incorrectamente la teoría del riesgo (pues se trataba de faltas de servicio), Cfr.: PERRINO, Pablo E. “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita”. En: *Obra colectiva. Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 2000, p. 72 y ss. Entre los supuestos en que se invocó la teoría del riesgo cabe citar los daños ocasionados por: a) la caída de árboles; b) el mal estado de aceras, calles y rutas; c) el desprendimiento de partes de un monumento público; d) la demolición de un inmueble; e) mal funcionamiento de ascensores; f) explosivos; g) el uso de armas de fuego; h) automotores oficiales (PERRINO, Pablo E., *Op. cit.* p. 131 y ss.). Salvo el caso de los daños provocados por explosivos, en los que existe una extrema peligrosidad susceptible de justificar la aplicación de la teoría del riesgo, los demás supuestos podrían haberse encuadrado en la concepción de la falta de servicio para declarar responsable al Estado.
6. El Artículo 288 –párrafo segundo– del Tratado de la Unión Europea prescribe: “*En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros*”.
7. Cfr.: SENKOVIC, Petra. *L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du droit communautaire*. Bruselas: Bruyant, 2000, p. 5 y ss.
8. Cfr.: GARCÍA PULLÉS, Fernando R. “Algunas ideas sobre los procesos de integración y sus efectos en materia de responsabilidad del Estado”. En: *Responsabilidad del Estado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 123 y ss.
9. COBREROS MENDAZONA E., “El Tribunal de Justicia de Luxemburgo confirma la posible responsabilidad de la Comunidad por actuaciones del Defensor del Pueblo Europeo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, Mayo-Agosto, 2004, p. 195.

da, Bélgica y Luxemburgo tienen un régimen de responsabilidad patrimonial basado en la concurrencia de la culpa o del elemento intencional por parte del poder público que genera el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, en otros países como Francia, España, Italia o Grecia no se exige el elemento subjetivo, sino que es suficiente la ilegalidad del comportamiento generador del perjuicio para que surja la responsabilidad de un poder público.<sup>10</sup>

## 1. El factor de atribución en la responsabilidad estatal derivada de la actividad extracontractual ilegítima

### 1.1 Breves consideraciones acerca de los factores de atribución en el Derecho francés y español

#### 1.1.1 La falta de servicio en el Derecho francés

La historia de la configuración y desarrollo de la falta de servicio en el derecho francés, producto fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>11</sup>, resulta suficientemente conocida, aunque no siempre captada en su verdadero sentido y alcance. Por lo pronto, no se puede ignorar que se trata de una concepción propia del Derecho Público que se apartó de los criterios

de imputación de responsabilidad entonces<sup>12</sup> imperantes en el Código Civil.

El sentido de la falta de servicio entraña tanto la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad como la innecesidad de individualizar al autor del daño. Apunta al mal funcionamiento del servicio o al incumplimiento irregular u objetivo (sin atender a la conducta del agente público) de las obligaciones establecidas en las leyes o reglamentos administrativos<sup>13</sup>. Como se verá más adelante, este criterio viene a coincidir con el fundamento legal que en la doctrina veníamos propugnando con Linares<sup>14</sup>, y que la Corte recepciona a partir del caso "Vadell"<sup>15</sup>.

#### 1.1.2. El carácter objetivo o subjetivo de la falta

Tanto en Francia<sup>16</sup> como en la Argentina (esto último ocurre a raíz de haberse incorporado el concepto en la doctrina y en la jurisprudencia) se ha discutido acerca de la naturaleza objetiva de la falta de servicio, sosteniéndose que el término francés "falta" significa culpa en el idioma gallo, o bien (y ésta es una crítica más depurada) que lo que se juzga irregular o defectuoso<sup>17</sup> implica una conducta cuyos criterios de valoración

10. JANER TORRES, Joan David. "La influencia del derecho comunitario en la creación de un 'ius commune' de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales". *Revista de Administración Pública*. Madrid, Enero-Abril, 2002, p. 185.

11. Reiteramos que el origen de dicha construcción se encuentra en el "arrêt Blanco".

12. DE LAUBADERE, André. *Traité de Droit Administratif*. Tomo I. Actualizado por Venezia y Gaudemet. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 747.

13. Cfr.: PERRINO, Pablo E. *Op. cit.* p. 64 y ss. En el derecho comunitario se sanciona especialmente el incumplimiento de las normas comunitarias por un Estado Miembro de la Unión Europea, Cfr: BARRA, Rodolfo Carlos. "Responsabilidad del Estado en el derecho de integración". En: Obra colectiva. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, pp. 378-379; y las respectivas citas de los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

14. LINARES, Juan Francisco. "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público". En: La Ley 153, p. 601; y CASSAGNE, Juan Carlos. "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo". En: *El Derecho*, 100-986, 1982.

15. Fallos, 306:2030, 1984.

16. Cfr.: PAILLET, Michel. "La faute du service public en Droit Administratif Français". París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p. 301 y ss.

17. REIRIZ, María Graciela. "Responsabilidad del Estado". En: *El Derecho Administrativo hoy*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1996, p. 226; HUTCHINSON, Tomás. "Los daños producidos por el Estado". *Revista Jurídica de la*

no dejan de ser subjetivos, entre los cuales, la culpabilidad sigue siendo esencial.

La primera de las críticas había ya sido advertida por Leguina en su clásica obra, cuando señaló que “es bien sabido que la expresión francesa *faute* tiene un significado mucho más amplio y, en cierto modo, más objetivo que el término *culpa*”<sup>18</sup>.

Pero la crítica no ha tenido eco mayormente en el país de origen. Como se señaló, la idea que sostenía que no podía haber falta sin culpa se basaba en que:

“la concepción objetiva de la falta no permite clasificar al sistema de responsabilidad ya que esto lleva finalmente a quitar a la exigencia de una falta, como condición de la responsabilidad, todo carácter autónomo. La falta se funda entonces en las condiciones relativas a la causalidad y a la imputabilidad o relativas al daño en sí mismo.”<sup>19</sup>

En definitiva, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria francesa se inclinan por asignar carácter objetivo a la falta de servicio<sup>20</sup>, habiéndose sostenido que “la falta del servicio público es una falta objetiva porque la apreciación de esta falta es una apreciación de elementos objetivos”<sup>21</sup>.

En esa línea cabe ubicar también a Benoit quien, en una postura afín a la concepción española y, sobre todo, a la seguida en nuestro país, ha dicho que la falta de servicio se configura por el funcionamiento defectuoso del servicio, el cual se aprecia de acuerdo a las leyes y reglamentos que reglan su funcionamiento<sup>22</sup>.

Ese carácter objetivo que presenta la falta de servicio en Francia, al no requerir que se individualice al agente causante del daño, constituye –según Leguina– el principal motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia no se han ocupado de distinguir entre la responsabilidad directa e indirecta<sup>23</sup>.

### 1.1.2. El anormal o normal funcionamiento del servicio en el Derecho español

Sin pretender describir aquí la historia de la concepción española sobre la responsabilidad, podemos señalar que, tras una lenta evolución, se ha afirmado una concepción objetiva de la responsabilidad estatal que, en el caso de la actuación ilegítima o antijurídica, se basa en “el anormal funcionamiento del servicio”. Esta fórmula, que tiene su fuente en el artículo 106 de la Constitución Española y que reproduce, entre otros ordenamientos, el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administracio-

Provincia de Buenos Aires. La Plata, Librería Editora Platense, 1984, número 36, pp. 51-74; y, SÁENZ, Juan Ignacio. “Bases de la responsabilidad del Estado en Argentina: teorías, fundamentos y procedencia en Responsabilidad del Estado”. En: ABERASTURY, Pedro (director). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2007, p. 83 y ss.

18. LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad de la Administración Pública*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 1983, p. 155, con cita de un trabajo de ALTERI. “Aspetti della responsabilità degli ente pubbliche nel vigente ordinamento francese”. *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*. 1966.

19. BRAD, Yves. *La responsabilidad administrativa de las personas privadas*. Caen: Tesis, 1975, p. 177, cit. por: PAILLET, Michel. *Op. cit.*, p. 301.

20. Entre otros: MOREAU, Jacques. *La responsabilité administrative*. Tercera edición. París: PUF, 1996, p. 61; CHAPUIS, René. *Droit administratif général*. Tomo I. París: Montchrestien, 1996, p. 1178. En la clásica obra de Bonnard se alude al concepto de falta del servicio público para concluir que el funcionamiento defectuoso que origina la responsabilidad, se refiere al aspecto objetivo de la falta (Cfr. BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. París: Sirey, 1935, p. 92).

21. DUPEYROUX, Henri. *Faute personnelle et faute du service public*. París: Tesis, 1922, cit. por: PAILLET, Michel. *Op. cit.*, p. 302.

22. BENOIT, Francis Paul. *Le droit administratif français*. París: Dalloz, 1968, p. 709.

23. Así lo ha destacado LEGUINA VILLA, Jesús. *Op. cit.*, pp. 87-88.

nes Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, constituye el criterio establecido para que se configure la antijuridicidad de la lesión que ha sufrido el particular como consecuencia de la actuación administrativa. La mayoría de la doctrina española ha sostenido que se trata de una responsabilidad directa y objetiva<sup>24</sup>, en un sentido más global y amplio que el establecido por la teoría de la falta de servicio en el derecho francés<sup>25</sup>.

En general, se ha considerado que los daños provocados por el normal funcionamiento del servicio –como lo prescribe la norma– generan también la responsabilidad del Estado de un modo amplio, aunque existe en la actualidad la tendencia a limitar la responsabilidad de la Administración por criterios objetivos o estándares de responsabilidad<sup>26</sup>.

Sin embargo, aparte de que un sector doctrinario<sup>27</sup>, siguiendo la concepción propiciada en Italia por Alessi<sup>28</sup>, sostuvo la necesidad de distinguir entre responsabilidad e indemnización; lo cierto es que parece bastante discutible que el funcionamiento normal del servicio público o de la función administrativa pueda ser concebido como una actuación antijurídica. Lo que acontece es una cosa bien diferente y constituye una derivación de dos principios que se articulan para justificar el fundamento de la obligación de reparar el perjuicio. Mientras, por un lado, se encuentra la regla del mantenimiento de la intangibilidad de los derechos patrimoniales frente a la privación de la propiedad por razones de interés público; por el otro, aparece el principio vinculado a la necesidad de distribuir –en determinadas circunstancias fundadas en la especialidad de los

perjuicios sufridos– la carga de los daños, para que ella no sea soportada de un modo desigual y especial por parte de unos ciudadanos respecto de otros. Es decir, que cuando sobre una persona pesa algún sacrificio especial impuesto por razones de interés público, ese sacrificio debe ser compensado por el Estado, el cual viene a representar al resto de la comunidad que no lo soporta. Desde luego que su determinación, además de la configuración de los elementos objetivos que hacen a la especialidad del daño, es una cuestión de grado que la ley debería precisar a fin de que el Estado no se convierta en una suerte de asegurador de todos los daños provenientes de su actuación legítima.

No se trata, pues, de un supuesto de antijuridicidad sino de un factor objetivo de atribución. De lo contrario, la propia figura de la expropiación sería antijurídica, lo cual nadie ha llegado a sostener.

## 1.2. Los factores objetivos de atribución en el Derecho argentino

### 1.2.1. La responsabilidad por actividad extracontractual ilegítima

#### 1.2.1.1 Fundamentos constitucionales y legales de los factores objetivos de atribución en el Derecho argentino

Hemos dicho antes que, en la línea abierta por Marienhoff, para explicar el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado, al cual concebía integrado por el complejo de principios que integran el Estado de Derecho (vgr. garantías de la propiedad, la igualdad, etc.), si se mira la

24. Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Sexta edición. Madrid: Civitas, 1999, p. 369 y ss.

25. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002, p. 181 y ss.

26. MARTÍN REBOLLO, Luis. "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado". En: Obra colectiva. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. p. 15 y ss.

27. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Novena edición. Madrid: Tecnos, 1989, p. 226 y ss.

28. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milán: Giuffrè, 1958, p. 519 y ss.

cuestión en sus contornos objetivos, se descubre que, en diferentes circunstancias, aparecen tanto el principio de la igualdad frente a las cargas públicas que proclama el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina en cuanto prescribe que "la igualdad es la base (...) de las cargas públicas", como la garantía de la propiedad que obliga a indemnizar sacrificios patrimoniales impuestos por razones de utilidad pública (artículo 17 de la Constitución Nacional Argentina).

Sin perjuicio del juego de dichos preceptos constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –a partir del caso "Vadell"– basó el fundamento legal de la responsabilidad del Estado en el artículo 1112 del Código Civil argentino<sup>29</sup>, norma que es de naturaleza pública y federal<sup>30</sup>. Esta norma prescribe que:

"Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título."

A su vez, el factor de atribución que surge del artículo 1112 del Código Civil argentino se encuentra en la misma línea objetiva que el precepto contenido en el artículo 1074 del mismo Código, el cual establece que: "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido."

Este precepto, que restringe la responsabilidad por omisión a los supuestos en que el ordenamiento le impusiere a una persona la obligación legal de cumplir el hecho omitido constituye, a diferencia del artículo 1112 del Código Civil, una

norma de Derecho Civil, que resultaría aplicable en el Derecho Público a través de la técnica de la analogía.

### 1.2.1.2 Consideraciones acerca de si el factor objetivo de atribución establecido en el artículo 1112 del Código Civil configura la noción de falta de servicio

Sobre la base de que el artículo 1112 del Código Civil alude al incumplimiento irregular de las obligaciones legales que les están impuestas a los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, a partir de la interpretación dinámica que hizo la Corte en el mencionado caso "Vadell", puede afirmarse que se trata de una responsabilidad objetiva<sup>31</sup>, concepto que resulta similar al elaborado por la jurisprudencia y la doctrina francesas para definir la llamada falta de servicio.

En efecto, si por una parte la figura no se atiene a la culpa del agente sino al incumplimiento irregular de una obligación legal y si una de esas obligaciones fundamentales está constituida por el deber de no dañar (que constituye un principio general del derecho) y de cumplir en forma regular (es decir, con arreglo a las leyes y reglamentos) las obligaciones del servicio, va de suyo que aun cuando no pueda individualizarse al autor concreto del incumplimiento que provoca el daño (si éste fuera imputable materialmente a un órgano del Estado) se genera la consiguiente responsabilidad, siempre que concurren los demás requisitos establecidos para que la misma se configure.

Corresponde apuntar que también en la doctrina francesa, para definir la falta de servicio, se ha acudido a la noción de incumplimiento o violación de las obligaciones administrativas<sup>32</sup> o bien, como antes se puntualizó, a la idea de

29. Fallos, 306:2030.

30. Cfr.: SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. "La responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza". En: Obra colectiva. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, pp. 384-385, y PERRINO, Pablo E. *Op. cit.*, p. 68.

31. Cfr.: MATA, Ismael. "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía". En: Obra colectiva. *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, pp. 173 y 182, punto 4).

32. PAILLET, Michel. *Op. cit.*, pp. 302-305.

un defectuoso o irregular funcionamiento del servicio<sup>33</sup>.

Va de suyo asimismo que, aún cuando esta concepción se ubica en la misma corriente que el concepto de "funcionamiento anormal de los servicios públicos" que estatuye la legislación española, nuestra jurisprudencia exige una suerte de antijuridicidad objetiva, representada por la configuración de la falta de servicio, lo cual traduce una fórmula más restrictiva que la solución española, que ha terminado ampliando excesivamente el campo de la responsabilidad estatal<sup>34</sup>.

### **1.2.1.3. Generalización de la responsabilidad objetiva por falta de servicio en la doctrina y jurisprudencia de la Corte**

La idea objetiva de la falta de servicio se ha generalizado en la jurisprudencia de la Corte pero no faltan autores que propugnen criterios diferentes, posiciones que son mi-

noritarias en la doctrina nacional. Así, se ha propiciado un criterio mixto o ecléctico, sobre la base de sostener que debe completarse el factor objetivo con el subjetivo<sup>35</sup>, y también se ha invocado el artículo 43 del Código Civil para sustentar la responsabilidad indirecta y objetiva del Estado por las acciones y omisiones de sus agentes públicos<sup>36</sup>.

No podemos compartir esas posturas que, en casi todos los casos, arrancan desde puntos de partida privatistas, extraños a los fines y alcance de la teoría de la responsabilidad del Estado que ha elaborado el Derecho Administrativo.

Creemos que el camino iniciado en 1984 con el caso Vadell hacia el reconocimiento del factor objetivo de la responsabilidad extracontractual directa del Estado por falta de servicio<sup>37</sup> y, en menor medida, por el riesgo creado, se ha consolidado suficientemente tanto en la doctrina que se ha pronunciado a través de una sobrada mayoría<sup>38</sup>, como en la jurisprudencia de

33. BENOIT, Francis Paul. *Op. cit.*, p. 709.

34. Al respecto, una de las críticas más fuertes en la doctrina española es la de MIR PUIGPELAT, Oriol. *Op. cit.*, p. 196 y ss.

35. BALBÍN, Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 331 y ss., especialmente pp. 394-405. Vale la pena puntualizar que el distinguido autor no rechaza de plano la aplicación del artículo 1112 del Código Civil para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado pues sostiene que debe aplicarse por vía analógica de primer grado (*Op. cit.*, p. 395). En síntesis, utiliza la culpa como factor de atribución en ciertos casos (cuando el deber jurídico del Estado es inespecífico) y el factor objetivo que considera procedente aplicar en aquellos supuestos en que el deber de cumplir las obligaciones se encuentra establecido de modo claro y preciso (*Op. cit.*, p. 404). Debemos señalar también que el propio Balbín reconoce que la jurisprudencia de la Corte continúa en línea con la tesis objetiva de la responsabilidad del Estado y cita tres precedentes, entre otros, que así lo confirman ("Ramos", Fallos 328:2546; "Mosca", Fallos 330:563 y "Serradilla", Fallos 330:2748) lo cual resulta encomiable pues evita confundir al lector acerca de la realidad jurisprudencial argentina.

36. CUADROS, Oscar Álvaro. *Responsabilidad del Estado. Fundamentos, aplicaciones, evolución jurisprudencial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 143 y ss.

37. *Cf.*: GALLI BASUALDO, Martín. "La falta de servicio y la falta personal", *Revista El Derecho*. T. 2008-653. Ver también FARRANDO, Ismael. "El alcance de la indemnización de la responsabilidad del Estado". En *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, p. 61; aunque señala contradicciones en la tendencia jurisprudencial de la Corte ya que, en algunos precedentes, se hizo aplicación del artículo 1113 del Código Civil, como en su momento apuntó Mertehtikian (*Op. cit.*, p. 66). Al respecto, debe tenerse en cuenta que: a) las contradicciones señaladas por Mertehtikian se hicieron en un tiempo cercano a tales precedentes pues su libro se publicó en 1998; b) que, según la revisión que hemos efectuado, en los últimos catorce años no se volvió a invocar el artículo 1113 –primera parte– del Código Civil (responsabilidad indirecta). En definitiva, ha prevalecido en la jurisprudencia de la Corte –en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilegítima– la tendencia a su configuración directa y objetiva.

38. LINARES, Juan Francisco. "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público". En: *La Ley*, 153-601; GAJANA, Juan Octavio. *Responsabilidad del Estado. La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la revisión de la noción de causa civil en Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Editorial del Departamento



de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 327-329; interesa destacar que GAUNA, como Procurador General de la Nación, al dictaminar en la causa "Ruth Sedero de Carmona c/ Provincia de Buenos Aires" (Fallos 310:1074) hizo referencia a la nueva interpretación de la Corte sobre el artículo 1112 del Código Civil realizada en el caso "Vadell" (Fallos 306:2030). SESÍN, Domingo J. *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba*. En: *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2005, p. 537 y ss; COMADIRA, Julio Rodolfo, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima". En: *EDA 2001-2002*, p. 756 y ss. (especialmente pp. 761-762); SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *La responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. En: *Jornadas de la Universidad Austral*. Op. cit., pp. 384-385; BARRA, Rodolfo Carlos. "Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado". En: *El Derecho*, 117:927; BARRA, Rodolfo Carlos. "Responsabilidad del Estado de sus actos y contratos". En: *El Derecho*, 122:864 (especialmente p. 865, nota 11); JEANNERET DE PÉREZ CORTES, María. "El ejercicio del poder de policía y la responsabilidad del Estado. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la causa "Friar S.A.". En: *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., p. 57; JEANNERET DE PÉREZ CORTES, María. "Responsabilidad del Estado en materia de salud pública", *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*. Op. cit., p. 313; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la condena judicial". En: *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas de la Universidad Austral*. Op. cit., pp. 355-357; USLENGHI, Alejandro Juan. "Lineamientos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita". En: *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., pp. 56-57; BIANCHI, Alberto B. "La responsabilidad de los entes reguladores". En: *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., pp. 164-165; PERRINO, Pablo Esteban. "Los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita". En: *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., p. 59 y ss; MERTEHKIAN, Eduardo. *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, con prólogo de Julio César Cueto Rúa. Buenos Aires: Abaco, 1998, pp. 63-73 y 97-99; PITHOOD, Eduardo L. "Responsabilidad del Estado por acto lícito en *Estudios de Derecho Administrativo*". En: *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo XII. Mendoza: Ediciones Dike, 2005, pp. 153-154; BARRAZA, Javier Indalecio. "Responsabilidad extracontractual del Estado". En: *La Ley*, Buenos Aires, 2003, p. 83; BOTASSI, Carlos Alfredo. "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisprudencial". En: *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., p. 101, texto y nota 22; CANOSA, Armando N. "Nuevamente el art. 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado". En: *El Derecho*, 157-84; ANDREUCCI, Carlos Alberto. "Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires". En: *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., pp. 264-265; GAMBIER, Beltrán. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia". En: *La Ley*, 1190-E-617; GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 75-77 y ss.; AMENÁBAR, María del Pilar. *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 391-392; SALOMONI, Jorge Luis. "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)". En: *El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/03/00, p. 7 y ss.; BONPLAND, Viviana M.C. "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)". En: *La Ley*, 1987-A-779. Con reservas en punto a la necesidad de regular el instituto en el futuro, Cfr.: BUSTELO, Ernesto. "Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio en *Estudios de Derecho Administrativo*". En: *IEDA*, N° XII. Mendoza: Editorial Dike, Foro de Cuyo, 2005, p. 32 y ss.; CALONGE, Diego Andrés. "Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires. Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia". En: *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit. (Dirigido por: ABERASTURY, Pedro), p. 471 y ss.; CAPUTTI, María Claudia. "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales. El caso "Amiano". En: *La Ley*, 2000-C-763; CANDA, Fabián O. "La responsabilidad del Estado por omisión (Estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)". En: *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., pp. 158-161; SAMMARTINO, Patricio M. E. "La imputabilidad en la responsabilidad del Estado". En: *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., pp. 432 y 456; FRANCAVILLA, Ricardo H. "La imputabilidad en la Responsabilidad del Estado". En: *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., pp. 228-229; VILLARRUEL, María Susana. "Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad del Estado". En: *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Op. cit., p. 516. Entre los trabajos más recientes, aparte del estudio específico de GALLI BASUALDO antes citado cabe mencionar: ABERASTURY, Pedro. "Principios de la responsabilidad del Estado". En: *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2007, p. 6 y ss; GAUNA, Juan Octavio (h). "Responsabilidad del Estado en materia de salud, urbanística y ambiental". En: *Responsabilidad del Estado*. Op. cit., p. 244 y ss, con especial comentario de los casos "Brescia" y "Schauman de Scasola"; ZILLI DE MIRANDA, Martha. "La responsabilidad del Estado por omisión ilegítima. Su incidencia en la tutela del derecho fundamental a la salud". En: *Derecho Administrativo*, libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo COMADIRA (Coordinadores: COMADIRA, Julio Pablo, IVANEGA, Miriam M.). Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, pp. 1286-1287; y MELAZZI, Luis A. *Responsabilidad del Estado en casos de error judicial y anormal funcionamiento del servicio de justicia en Derecho Administrativo*, libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo COMADIRA. Op. cit., p. 1261; BUTELER, Alfonso. "La responsabilidad del Estado por falta de servicio en un nuevo fallo de la Corte Suprema". En: *La Ley*, 2007-D-319; RITTO, Graciela B. "Responsabilidad del Estado por omisión". En: *La Ley*, 2006-F-615.

nuestros tribunales, especialmente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En definitiva, mientras la sanción de la reforma del Código Civil de 1968, al modificar el artículo 43, condujo al reconocimiento de la responsabilidad directa del Estado<sup>39</sup>, la concepción objetiva de la falta de servicio, con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil, terminó por generalizarse en la jurisprudencia de la Corte<sup>40</sup>.

#### 1.2.1.4. La responsabilidad por omisión

Hasta qué punto el Estado y sus entidades se encuentran obligados a responder por los daños que ocasiona la omisión de sus órganos en adoptar las medidas que impidan la generación de perjuicios en la vida o patrimonio de los particulares, constituye una cuestión que ha suscitado el interés de la doctrina y de la jurisprudencia.

La cuestión de la responsabilidad se ha planteado, especialmente, a raíz de no haberse adoptado ciertas decisiones en ejercicio de la policía administrativa de naturaleza preventiva o de fiscalización, susceptibles de evitar la producción de un evento dañoso<sup>41</sup>.

Como se trata de una responsabilidad objetiva<sup>42</sup>, cuyo fundamento radica en el principio de igualdad (extensivo a todo el ámbito de la responsabilidad estatal) se aplican los requisitos generales que determinan la responsabilidad del Estado por acción, sobre la base de la noción de falta de servicio que, según se ha visto, acoge el precepto contenido en el artículo 1112 del Código Civil.

La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila solo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares<sup>43</sup>.

La configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (artículo 1074, Código Civil) tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa<sup>44</sup>, incumplimiento que puede hallarse impuesto también por otras fuentes *jurigenas*

39. Solución anticipada, en 1969 por REIRIZ, *Op. cit.*, p. 171.

40. *Cfr.*, entre otros fallos: "Vadell" (Fallos 306:2030, 1984); "Hotelera Río de La Plata S.A." (Fallos: 307:821, 1985); "Etcheberry" (Fallos: 307:1507, 1985); "Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada" (Fallos: 307:1942, 1986); "Cadesa S.A." (Fallos: 312:343, 1989); "Tejedurías Magallanes S.A." (Fallos 312:1656, 1989); "López de González, Trina" (Fallos: 314:871, 1991); "Morales" (Fallos: 315:1902, 1992); "Agencia Marítima Rioplat S.A." (Fallos: 315:2865, 1992); "España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A." (Fallos 316:2136, 1993); "Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL" (Fallos: 320:266, 1997); "Meza Araujo" (Fallos 326:1663, 2003); "Ramos" (Fallos 328:2546, 2005); "Mosca" (Fallos 330:563, 2007); "Serradilla" (Fallos 330:2748, 2007); Causa S. 366. XXXVII, "Securfin S.A. c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 17 de julio de 2007; Causa R. 2190.XXXVIII "Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 12 de agosto de 2008.

41. *Cfr.*, entre otros, los casos: "Ruiz, Mirta E. y otros v. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", Fallos 312:2138 (1989). En: La Ley, 1990-C-430, con nota de Bustamante Alsina; "Torres, Francisco v. Provincia de Mendoza". En: La Ley, 1989-C, 518; "Sykes, Violeta y otros v. Banco Central de la República Argentina", Causa N° 8809, de fecha 2/7/1985, fallada por la Sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

42. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía". En: La Ley, 1990-C, 430; GAMBIER, Beltrán. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia". En: La Ley, 1990-E, 617.

43. *Cfr.*: GAMBIER, Beltrán. *Loc. cit.*

44. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 430. Afirma que el ejercicio del poder de policía de preservar la seguridad pública se encuentra impuesto por la Constitución en forma implícita.

(v.gr., la costumbre y los principios generales del Derecho).

Además, para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea de un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa<sup>45</sup>, es decir, en definitiva, de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aun cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales (v.gr., habilitar la instancia). El límite de la responsabilidad está dado por las condiciones generales de exclusión de la obligación de responder que se configure por la ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor<sup>46</sup>.

#### 1.2.1.5. La concepción del riesgo: Crítica. Su carácter excepcional

En algunos ordenamientos jurídicos se aplica la concepción del riesgo, como factor objetivo de atribución. Esta concepción, originaria del Derecho Privado francés, se extendió al Derecho Público, siendo su aplicación procedente en supuestos excepcionales cuando la actividad de la Administración crea un peligro especial y elevado<sup>47</sup>.

En gran parte de nuestra doctrina civilista y, por cierto, en la jurisprudencia, la regla del Derecho Civil según la cual el eje de la responsabilidad estaba en la culpa (artículo 1109 Código Civil) ha sido prácticamente desplazada por la responsabilidad por el riesgo creado, incorporada al Código Civil a partir de la reforma introducida al artículo 1113, por la Ley 17711<sup>48</sup>, mediante interpretaciones que han llegado a extender el riesgo propio del vicio de la cosa al derivado de la propia actividad riesgosa<sup>49</sup>.

45. CASSAGNE, Juan Carlos. "La responsabilidad del Estado por omisión". En: *La Ley*, 1989-C, pp. 512-514.

46. En el caso "Ruiz, Mirta E. y otros c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", Fallos 312:2138 (1989), La Corte Suprema de Justicia consideró que el Estado no era responsable por los daños causados (muerte de los familiares) a raíz de la colisión producida en una ruta provincial, entre el automóvil que conducía el actor y un caballo. La Corte adujo, para eximir de responsabilidad a la provincia, que ésta no era la guardiana ni propietaria del animal que provocó la tragedia y que el hecho no había ocurrido por su intervención directa. Para Bustamante Alsina (Op. cit., p. 430), la sentencia contiene una equivocada fundamentación, al no aplicar los principios de la responsabilidad objetiva y porque el incumplimiento del deber de custodia y vigilancia "omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en ilícita esa abstención (artículo 1074, Código Civil)". En nuestra opinión –y aun cuando se trata de una cuestión de hecho de naturaleza opinable– no se configura el caso fortuito por cuanto el hecho dañoso no se habría producido de haber adoptado la provincia las medidas necesarias de vigilancia y de seguridad en las rutas. Si el hecho era susceptible de ser previsto y, si además, la provincia no demostró que se encontraba en situación de impotencia para impedirlo ni tampoco en la imposibilidad relativa de hacerlo, no se dan las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad que requiere el artículo 514 del Código Civil. En definitiva, creemos que, en el caso, la provincia debió ser condenada a reparar los perjuicios ocasionados por no haber dispuesto las providencias mínimas e indispensables para hacer efectiva la vigilancia de las rutas, lo que resulta exigible por cualquier particular que invoque un interés legítimo, no obstante las dificultades procesales que pudieran presentarse en la práctica (v.gr., la distancia de los tribunales donde tramita la causa y la ejecución material de la decisión judicial).

47. Entre los supuestos reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentran la responsabilidad por el uso de explosivos y por obras peligrosas como la conducción de agua y de electricidad. Cfr.: MOREAU, Jacques. Op. cit., p. 106 y ss.

48. Que prescribe: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

49. Cfr.: LORENZETTI, Ricardo Luis. "Estudio sobre la nueva concepción del riesgo creado en el derecho argentino". En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (directora), *Derecho de Daños*, Tomo I. Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 347 y ss.

El factor de atribución, basado en el riesgo que crea el agente productor del daño, mira sólo un costado de la responsabilidad como es la reparación de la víctima y puede ser justo (en algunos supuestos) o injusto, en el Derecho Civil (como criterio generalizado). Pero resulta totalmente inaplicable al Derecho Público que precisa fundar sus soluciones reparatorias en criterios objetivos vinculados al funcionamiento defectuoso de los servicios públicos (en sentido lato) para no generalizar indebidamente la reparación de los daños a cargo de la comunidad. Existen daños que siendo indemnizables con arreglo a la teoría del riesgo creado en el Derecho Civil, no lo serían en el Derecho Administrativo, por la sencilla razón de que el Estado no está en condiciones de asegurar todos los perjuicios que genera su funcionamiento normal. Ha de haber pues un límite (sin perjuicio del alcance de la reparación) para determinar el factor de atribución y éste se encuentra en la falta de servicio, que se configura con independencia de la culpa en que incurra el agente público (falta personal en el Derecho francés). Por lo demás, para medir la actuación irregular de los órganos del Estado generadores del daño deben tenerse en cuenta, no sólo las obligaciones establecidas en las leyes y reglamentos, como señalamos, sino también los denominados estándares de responsabilidad que los jueces tienen que tener en cuenta para establecer la responsabilidad, en cada caso, sobre la base de las circunstancias inherentes a la naturaleza de los deberes de la Administración y a las posibilidades concretas que hacen al incumplimiento irregular de las obligaciones que las normas legales y reglamentarias y, en su caso, los preceptos constitucionales imponen a los agentes públicos.

Debe tenerse en cuenta que el Estado no es igual a cualquier persona jurídica privada. Al ser persona jurídica, constituye una entidad de existencia necesaria para la promoción del bien común (aunque el nuevo artículo 33 del Código Civil no lo reconozca expresamente) que se encuentra regida por el principio de

obligatoriedad y especialidad de la competencia que la atribuyen la Constitución y las leyes para alcanzar los fines públicos.

Mientras el riesgo que crean los particulares depende de la autonomía de la voluntad, pues cada persona privada es libre para adoptar la decisión de asumirlo, el Estado se encuentra en una posición distinta al hallarse obligado por el principio de la competencia, a asumir el conjunto de riesgos, prácticamente infinitos, que provoca su actuación normal en la esfera de los ciudadanos.

Así, cuando el Estado construye un puente o planta un árbol no está realizando emprendimiento empresario alguno sino que lo hace, en ejercicio de su competencia, para satisfacer necesidades públicas que es el objetivo central de la Administración.

La concepción de la falta de servicio ha desplazado en el campo de la responsabilidad estatal tanto a la teoría del riesgo creado como a la más extrema del riesgo provecho, porque no resulta justo –en el ámbito de la justicia distributiva– que para salvar del naufragio económico a unos se hundan todos los ciudadanos.

De ahí, el carácter excepcional que la jurisprudencia de muchos países sobre el responder estatal le asigne a la teoría del riesgo creado mediante la limitación de la teoría a supuestos muy particularizados (como las actividades peligrosas) con fundamento en la equidad y en el sacrificio especial.

En ese escenario, la teoría del riesgo que –como se ha visto– ha tenido recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema, resulta excepcional en el campo del Derecho Administrativo, aplicándose el artículo 1113 del Código Civil no en forma directa sino por analogía, por lo cual precisa adaptarse a los fines y características propias de la responsabilidad administrativa<sup>50</sup>.

50. Cfr.: PERRINO, Pablo E. "La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas". En: *Estudios de Derecho Administrativo* XIII, Mendoza: Diké, 2005, pp. 183-185.

### 1.2.2. La responsabilidad por acto legítimo: el factor de atribución

Si bien el Derecho Civil contempla excepcionalmente la responsabilidad por acto lícito<sup>51</sup>, de esa circunstancia no se deduce que ambos sistemas sean semejantes.

En primer lugar, en cuanto al fundamento, que en el Derecho Público se funda en la garantía de la igualdad ante las cargas públicas, consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina (por la cual nadie está obligado a soportar en forma desigual la carga económica que generan los daños provocados por la actuación legítima o lícita del Estado, ya fuese la Administración el juez o el legislador). Sin embargo, no siempre es así. En efecto, el principio de igualdad ante las cargas públicas no rige en aquellos supuestos en que los sacrificios especiales, por existir una carga general de soportarlos (v.gr. la carga de ser testigo en un pleito que genera gastos de traslado) no dan nacimiento a la obligación de reparar por parte del Estado.

Si se analiza la cuestión con cierto rigor lógico, también habrá de coincidirse en que la responsabilidad no deriva del daño o lesión pues, de ser así, no podría explicarse la razón por la cual se exige la configuración de un perjuicio especial<sup>52</sup> para dar lugar a la indemnización. Tampoco encontraría explicación el hecho de que, en una institución análoga como es la

expropiación por utilidad pública, el lucro cesante (excepto el que se encuentra integrado al valor objetivo del bien) no constituya un rubro indemnizable<sup>53</sup>.

Es que, en rigor, el factor de atribución, aunque no deja de ser objetivo, en cuanto no depende de la conducta y menos de la culpa del agente estatal autor del acto dañoso, se encuentra configurado por la ausencia del deber de soportar el daño, deber que siempre existe cuando los daños sean generalizados y la ley no prescriba indemnizaciones especiales a título de garantía. Al no existir dicho deber (situación que, como regla general, acontece cuando la actuación del Estado provoca un sacrificio especial) nace en cabeza del damnificado el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios provocados en su patrimonio, los cuales, en principio, deberían limitarse –por aplicación analógica del instituto de la expropiación<sup>54</sup>– a los que afectan el valor objetivo del bien, con exclusión del lucro cesante que no se hubiera incorporado a dicho valor.

La otra gran diferencia –pues los otros presupuestos tienen carácter neutro (la atribución o imputabilidad material del daño al Estado<sup>55</sup> y la relación de causalidad entre la actuación estatal y el daño– estriba en la limitación del daño resarcible. En efecto, aunque no sea una solución compartida por otros ordenamientos comparados, en el Derecho argentino un sector de la doctrina inspiradora de una parte de la

51. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La responsabilidad del Estado: Enfoque jurídico-privado*. En: *Responsabilidad del Estado*. Tucumán: UNSTA, 1982, N° III-A-1, p. 61.

52. En algunos fallos ("García"), se acudió a la noción de la carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad. Cfr.: Fallos, 315:1892.

53. Artículo 10 de la Ley 21.499.

54. Fallos, 306:1420; 312:2269.

55. LÓPEZ MESA, Marcelo J. "Responsabilidad del Estado". En: *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo IV. p. 50, tiene a bien criticar el concepto de imputabilidad material sobre la base de sostener que resulta más correcto hablar de factor de atribución. Lo que sucede es que nos referimos a presupuestos diferentes. Por de pronto, la expresión imputar significa atribuir pero al hablar del factor de atribución nos referimos a un factor atributivo de responsabilidad que comprende los elementos jurídicos objetivos necesarios para el responder estatal sea antijurídico (la falta de servicio y el riesgo). En cambio, la imputación material (que no es, por cierto subjetiva), implica la atribución presunta o real del hecho o acto dañoso a un órgano estatal determinado, aún cuando no sea necesario individualizar al autor del daño.

jurisprudencia<sup>56</sup>, limita el alcance de la reparación al daño emergente, con exclusión del lucro cesante (salvo que éste integre el valor

objetivo del bien, como sería, en una expropiación el llamado valor "empresa en marcha"), por aplicación analógica del artículo 10 de la Ley de Expropiaciones<sup>57</sup>.

---

56. Cfr.: MARIENHOFF, Miguel S. "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado". En: *El Derecho*, 114, p. 949; DE ESTRADA, Juan Ramón. "Responsabilidad del Estado por sus actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la actividad estatal conforme a derecho)". En: *El Derecho*, 102-839; y nuestro *Derecho Administrativo*, Tomo I, Novena edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, p. 497 y ss. Asimismo, véase en la doctrina más reciente COVIELLO, Pedro J.J. "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita". En: *El Derecho*, serie Especial de Derecho Administrativo del 29/08/2000; y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Op. cit.*, p. 117; en contra: BIANCHI, Alberto B. *Responsabilidad del Estado por actividad legislativa. Estudio sobre los efectos patrimoniales de los actos normativos lícitos*. Buenos Aires: Editorial Abaco, 1999, p. 151 y ss. Un análisis de las diferentes posiciones doctrinarias acerca del alcance de la reparación ha hecho PALAZZO, José Luis. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 61 y ss.

57. La jurisprudencia de la Corte ha seguido en muchos casos la línea que esbozamos en el texto en los casos "Laplacette", Fallos 195:66 (1943); Corporación Inversora Los Pinos, Fallos 293:617 (1975) y "Motor Once", Fallos 312:659 (1989), entre otros, aunque en otros precedentes ha reconocido una reparación integral, comprensiva del lucro cesante (Fernández Badie *c/* Provincia de Buenos Aires, Fallos 317:816 del 28/07/94). Con posterioridad, la Corte ha reconocido que, como principio, debe reconocerse el lucro cesante en la indemnización debida por la responsabilidad estatal proveniente de la actividad legítima o lícita (in re "Jacaranda", Fallos 328:2654 y "Zonas Francas de Santa Cruz S.A." del 09/06/08) con la disidencia de la Dra. Elena Highton. Al respecto, debemos reiterar que la solución prevista en el artículo 10 de Ley Nacional de Expropiaciones no excluye aquel lucro cesante que integra el valor objetivo del bien o respectivo derecho que es objeto de la expropiación. Como esta última interpretación no recibió acogida en la jurisprudencia, el cambio operado en la doctrina de la Corte entraña, de consolidarse, un giro radical garantístico que supera la teoría más restrictiva existente en el Derecho Administrativo con la que no estamos de acuerdo.