

Título: El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: EBOOK-TR 2022 (Trigo Represas), 503

Cita: TR LALEY AR/DOC/104/2022

Sumario: I. Excurso sobre las principales concepciones acerca del factor de atribución en la responsabilidad del Estado.— II. Algo más sobre la autonomía del derecho administrativo y la necesidad de arbitrar soluciones peculiares para los problemas que plantea la responsabilidad del Estado.— III. Un poco de historia.— IV. Factores de atribución y antijuridicidad.— V. El carácter objetivo o subjetivo de los factores de atribución.— VI. Semejanzas entre los factores de atribución de la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima en las concepciones española, francesa e iberoamericana (funcionamiento anormal y de servicio).— VII. Sobre la crítica a la concepción objetiva de la responsabilidad del Estado.

(1)

I. EXCURSO SOBRE LAS PRINCIPALES CONCEPCIONES ACERCA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El factor de atribución es algo así como la clave de la bóveda de la construcción de la teoría de la responsabilidad del Estado que, junto a otros elementos, compensa las tensiones que gravitan sobre el grado y la magnitud del responder por el daño causado a otro, en forma tanto voluntaria e intencional como objetiva, es decir, sin dolo o culpa (falta de diligencia u omisión).

En principio, toda teoría del responder encierra la tendencia a reparar el daño injustamente causado o susceptible de reparación por razones de equidad. Asimismo, se ha debatido intensamente acerca del carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad, abriendo diferentes cauces y modalidades para la aplicación de la teoría de riesgo creado o del riesgo provecho con fórmulas típicas o atípicas según cada sistema. Pero lo cierto es que los sistemas que articulan la responsabilidad civil en el derecho comparado han regulado la responsabilidad de distintas maneras. Los hay tanto de base subjetiva, en los que la culpa desempeña un papel preponderante, que los distingue de aquellos otros basados en factores más objetivos, que generalizan la teoría del riesgo. Otro aspecto trascendente se encuentra en el reconocimiento en el derecho civil, si bien en la mayor parte de los casos con fórmulas típicas y acotadas, de la responsabilidad por la actividad lícita o legítima (2).

El derecho público ha procurado, en algunos países como Francia y España, desarrollar una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado por una serie de razones que justifican su regulación en forma separada, sin perjuicio de la recurrencia a la analogía o incluso a la supletoriedad de los textos civiles, cuando así corresponda.

Distintas razones militan para fundar esa distinción. La primera es la diferente finalidad que persigue la construcción privatista con respecto a la publicista, dado que ha puesto fundamentalmente el acento en la reparación del daño causado a las víctimas, mientras que el derecho administrativo, sin perjuicio de los intereses de las víctimas, debe mirar necesariamente también los intereses de la comunidad en su conjunto, pues de lo contrario el Estado termina por convertirse en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos que acontecen en la vida de las personas. Hay aquí, por lo tanto, un tema de magnitud considerable y de razonabilidad en la distribución proporcional de las cargas que, a la larga, recaen sobre todos los ciudadanos.

La segunda razón y no por ello menor en el plano de la justificación científica de la autonomía del derecho administrativo radica en la mayor extensión que él atribuye al ámbito de la responsabilidad por la actividad legítima o lícita del Estado, que en el derecho civil se circunscribe a supuestos típicos y pautados, mientras que en el derecho administrativo la vigencia del principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN) conduce a fundar esta clase de responsabilidad en un factor de atribución inexistente en el derecho privado, como es el concepto de sacrificio especial, que asume mayor o menor magnitud conforme a las modalidades de cada ordenamiento comparado.

Por último, la tercera razón que constituye la médula del presente trabajo concierne a la autonomía que presenta el factor de atribución en la responsabilidad por la actividad ilegítima del Estado, que acude a la figura de la falta de servicio, con singulares notas y aspectos propios del derecho administrativo, cuna de su nacimiento.

II. ALGO MÁS SOBRE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA NECESIDAD DE ARBITRAR SOLUCIONES PECULIARES PARA LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una de las cuestiones que subyacen en el debate actual 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 disciplina (3), sin que ello obste a la aplicación analógica de los principios generales del derecho ni de las normas del Código Civil, mediante un proceso de integración tendiente 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 divisio) 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 contribuyentes (4), 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 Administración (5). 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 desarrollando formulaciones propias del derecho administrativo (6), 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 ha podido ocuparse, mayormente, de determinados ámbitos de responsabilidad específicos del derecho público, como son las 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 civiles (7), esta peculiaridad no contradice la autonomía de la disciplina, ni impide la aplicación supletoria y analógica de las normas y los 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 de 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 inter privadas, 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 (8) (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 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 agudizar" (9).

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 típicas (10) 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 casuísticas.

A su vez, la concepción civilista de la responsabilidad carga con la mochila del concepto de antijuridicidad (11) del cual no ha podido desprenderse por completo 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 clásica (12)— sino de un daño que no está justificado por el ordenamiento y que, por tanto, el particular no está obligado a soportar.

III. 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 la Argentina se había desarrollado el tema en obras generales de valía científica (13) y existían algunas pocas monografías (14) y tesis

doctorales (15), 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 lo que se sumaba todavía la arcaica discusión acerca del carácter directo o indirecto de esa responsabilidad.

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 Linares (16) sobre la responsabilidad de los funcionarios, producto de comunes intercambios, publicamos dos trabajos en la revista *El Derecho* (17) destinados a formar parte de una obra más general (18).

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 Cód. 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 han tenido la deferencia de reconocerlo (19), 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" (20) de 18 de noviembre de 1984 y de allí se extendió a toda la jurisprudencia posterior (21), culminando dicha recepción en la regulación positiva de la ley 26.944 (22), que indudablemente la adopta, al igual que la mayoría de las concepciones vernáculas (23), y aun en trabajos hechos en colaboración con la doctrina española (24).

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 con una causa, conforme al valor axiológico contenido en la ley, a fin de establecer una responsabilidad tendiente a compensar a la víctima del daño (25).

IV. FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y 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 Estado (26)—, el principal presupuesto de la teoría civilista clásica del 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 antijuridicidad (27), 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 injusto (28) 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, sobre la base de un factor de atribución específico y diferenciado: el sacrificio especial (29). Se trata de un daño que —conforme al principio de igualdad ante las cargas públicas— no debe soportar 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, Cód. Civ. y Com.), perjuicios ocasionados por el ejercicio regular de una servidumbre de paso de acueducto (art. 2719, Cód. Civ. y Com.), 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 con el subjetivo (la culpa o el dolo) sustituyeron la función que cumplía originalmente la antijuridicidad y han pasado a ser "la pieza maestra" del sistema civilista (30). En el derecho público, el factor de atribución es el criterio focal que el ordenamiento o la jurisprudencia utilizan para imputar al Estado, en el plano axiológico o valorativo, un daño. 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 legislación (31) sobre la materia que, en muchos de sus aspectos, ha sido tildada de inconstitucional por violar el principio de justa indemnización o reparación integral (32), 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 civilistas españoles (33) y argentinos (34), sin que los administrativistas hayan tomado parte en esta disputa dogmática.

En tal sentido, en un trabajo publicado en el año 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" (35).

En esa línea, ha podido decir Alterini (36) 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 terminológica (37).

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 solo 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 aún 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 sino está justificada" (art. 1717, Cód. Civ. y Com.), 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 causal 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) (38).

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 (p. ej., 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 como daño antijurídico aquel perjuicio que el titular del patrimonio afectado no tiene el deber de soportar (39). 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 responde (40).

La tesis no parece desplazar la noción civilista de la responsabilidad concebida como ilicitud sostenida en la doctrina clásica (41) 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 Estado (42) 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 estatales (43).

La consideración del riesgo como actividad lícita se afirma (44) en el hecho de derivar de daños provocados por actividades legítimas o normales del Estado que, sin contravenir el ordenamiento jurídico, provocan el desplazamiento hacia el sujeto causante del daño de la carga de soportarlo debido al 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 fuera el factor de atribución, tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, todo el sistema se encuentra gobernado por alterum non leadere (45) o el de justa indemnización, que conforman principios generales del derecho o principios de derecho natural (46), 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 Puigpelat (47), 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, nos parece más adecuado el concepto de legitimidad, comprensivo de la legalidad formal y de la justicia, representada esta última por 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.

V. EL CARÁCTER OBJETIVO O SUBJETIVO 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 dieron 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 (48).

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 normativa (49), que el nuevo Código Civil y Comercial Argentino ha regulado manteniendo un concepto (50) flexible, que permite determinar la diligencia debida en cada caso conforme a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Ello 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 estándares de eficiencia económica. En definitiva, hay siempre en la culpa una situación de reproche personal con respecto de 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 de este, riesgo, garantía etc.) (51).

En cambio, la culpa civil es y será siempre un factor de responsabilidad basado en la conducta subjetiva y voluntaria del agente (52) 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 público (53), 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). Ello no impide, desde luego, que el juicio sobre la responsabilidad repose en estándares de diligencia que se midan de acuerdo con 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.

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.

En 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 poner de resalto 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 excepciones (54).

VI. SEMEJANZAS ENTRE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ILEGÍTIMA EN LAS CONCEPCIONES ESPAÑOLA, FRANCESA E IBEROAMERICANA (FUNCIONAMIENTO ANORMAL Y 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 concepciones (55).

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 público (56), tal concepto guarda correlación y semejanza con el que postula la concepción 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 subjetiva (57).

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 (59).

¿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 (v.gr., 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.

No resultan menores, en segundo término, las confusiones que derivan de la inteligencia del concepto "faute" en el idioma francés (60) (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 objetivada (61) y otros incluso la denominan culpa del servicio, en sentido opuesto a la culpa o dolo del derecho civil (62), lo que supone implícitamente reconocer el carácter objetivo de la falta de servicio de acuerdo con la propia definición que proporciona el Código Civil y Comercial 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 de 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" (63). Autorizada doctrina interpretó dicho precepto a la luz del derecho español, en el sentido de que el requisito constitucional se refiere a supuestos en que no pesa sobre el particular el deber de soportar el perjuicio (64). 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" (65). 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.

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 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, cuyas 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. Ello no impide, desde luego, que ante la existencia de carencias normativas deba acudir 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 (v.gr., la exclusión de responsabilidad por dolo recíproco).

En cuanto a las críticas hechas a la concepción objetiva de la responsabilidad, ellas 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, aunque, en definitiva, se trata de una responsabilidad de medios [\(66\)](#) y no de resultados.

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 cierto [\(67\)](#), 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 cuasi expropiatorios, 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 genérico [\(68\)](#) que consagre 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 especial (69), 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 la 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 Mir Puigpelat 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 (70).

Una construcción de esa índole se encuentra reservada sustancialmente al derecho administrativo, el cual —lejos de promover la asistencia social universal— precisa cumplir las funciones de garantía y control (71), reafirmando las finalidades de reparación y prevención de los daños injustamente causados por el Estado a los particulares. Todo ello, mediante fórmulas o 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 acudir a los textos de los Códigos Civiles, en la medida en que sean compatibles con los principios del derecho público.

(1) Con este trabajo, rendimos nuestro homenaje a la memoria del ilustre colega y amigo académico Félix Trigo Represas, ejemplo de sabiduría, nobleza y rectitud científica y moral.

(2) Como lo hemos explicado antes, pensamos que, sobre todo en el campo del derecho público, ha de hablarse de responsabilidad por la actividad ilegítima, puesto que la legitimidad y su bloque constitucional (comprensiva de normas y principios) implica un concepto más amplio y abarcativo, característico del derecho público.

(3) Vid. DEBASCH, Charles, "Droit administratif", Ed. Economías, París, 2002, 6ª ed., ps. 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: ROMERO REY, Carlos, "La responsabilidad patrimonial de la Administración: un palimpsesto", RAP nro. 213, Madrid, 2020, p. 16 y ss. Sin embargo, la crítica no apunta a la regulación propia 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.

(4) CORNU, Gérard, "Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et un droit public", Ed. La Mémoire du Droit, París, 2010, p. 23.

(5) Ibidem, p. 24.

(6) Particularmente, en el ámbito contractual, véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "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, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 870 y ss., y también GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "El contrato administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 2003, ps. 257 y ss., especialmente ps. 266-269 (nota 294).

(7) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones", Ed. Civitas, Madrid, 1996, 2ª ed., ps. 15 y ss., explica el proceso de formación de las instituciones del derecho administrativo en torno de las categorías básicas del derecho civil.

(8) FINNIS, John, "Ley natural y derechos fundamentales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, trad. C. Orrego, ps. 216-221, señala que la quiebra, típica institución del derecho privado, se rige por los principios de la

justicia distributiva; nos hemos ocupado de las clases de justicia en nuestro libro "Los grandes principios del derecho público, constitucional y administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 28 y ss.; en el mismo sentido, vid. MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, "Jurisprudencia analítica y derecho natural", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, p. 141.

(9) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa", Ed. Civitas, Madrid, 1984, reproducción facsimilar de la 1ª ed., de 1956, ps. 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 expresado que dichas expresiones no deben crear equívocos, "a cuyo efecto hay que emplazarlas (...) Conviene advertir que las nociones de atipicidad y tipicidad no suelen ser manejadas con precisión en el derecho administrativo. Al respecto, se ha expresado 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" [BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3-A, p. 50].

(11) Concebida actualmente como la antijuridicidad material que supone la contradicción entre una acción u omisión con el ordenamiento; cfr. PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 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" (MIR PUIGPELAT, Oriol, "La garantía constitucional por el funcionamiento anormal de la Administración", RAP nro. 213, Madrid, 2020, p. 34).

(12) Véase: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "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, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 6 y ss.

(13) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, 1ª ed., entre otras.

(14) BULLRICH, Rodolfo, "La responsabilidad del Estado", Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920; REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", Eudeba, Buenos Aires, 1969; y ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "Responsabilidad del Estado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1963.

(15) Tesis de Agustín A. Gordillo del año 1959 (inérita), cit. por REIRIZ, María Graciela, ob. cit., ps. 4, 5, 13, 14, 31, 32, 35, 36, 57 y 95.

(16) LINARES, Juan Francisco, "En torno a la llamada responsabilidad del funcionario público", LA LEY 153, 601.

(17) "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", ED 99-937 y "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo", ED 100-986.

(18) "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, t. I, 1ª ed.

(19) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED 185-78; TRIGO REPRESAS, Félix — LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. IV, cap. 14, ps. 12 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., "Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), El control de la actividad estatal, Ed. Asociación de Docentes de la UBA, Buenos Aires, 2016, t. II, ps. 520 y ss.; GALLI BASUALDO, Martín, "Inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", en BUERES, Alberto J. (dir.), Código Civil y Comercial. Analizado, comparado y concordado, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, t. 3, ps. 101 y ss.; y, BARRAZA, Javier, "Responsabilidad extracontractual del Estado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 114.

(20) "Vadell, Fernando c. Provincia de Buenos", Fallos 306:2030.

(21) Fallos 307:821; 315:2865; 318:845; 321:1124 y, 330:503 entre muchos otros.

(22) SAMMARTINO, Patricio M., ob. cit., p. 529, nota 11.

(23) Ver los autores citados en nuestro "Derecho administrativo y derecho público general", Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2020, ps. 600-603, notas 9 y 10; véase también MOSSET ITURRASPE, Jorge,

"Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. X, "Responsabilidad del Estado", p. 162, texto y nota 42.

(24) IVANEGA, Miriam — RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Acerca de la Ley de Responsabilidad Estatal", LA LEY del 18/09/2014, p. 1.

(25) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed., p. 329.

(26) "La responsabilidad extracontractual...", cit., ps. 986 y ss.

(27) 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, Cód. Civ. y Com.).

(28) DE LORENZO, Miguel F., "El daño injusto en la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

(29) Vid. MIR PUIGPELAT, Oriol, ob. cit., p. 33.

(30) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 325.

(31) V.gr., la no reparación del lucro cesante en la responsabilidad por la actividad legítima del Estado (art. 5º, ley 26.944). Vid. PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 139 y ss.

(32) LAPLACETTE, Carlos J., "Derecho constitucional a la reparación de daños", LA LEY 2012-E, 2045.

(33) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, comentario al art. 1902, en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2ª ed., p. 1995; DIEZ PICASSO, Luis, "Derecho de daños", Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 67, sin compartir este último que el art. 1902 del Código Civil español sea una norma secundaria.

(34) ALTERINI, Atilio A., "Estudios de derecho civil. Contratos: derecho de daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 327 y ss.; y DE LORENZO, Miguel F., ob. cit. p. 73 y ss.

(35) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", RDCO, t. 11, 1978, p. 941.

(36) ALTERINI, Atilio A., ob. cit., p. 329, 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.

(37) DE LORENZO, Miguel F., ob. cit., ps. 73 y ss.

(38) El art. 1718, inc. c), Cód. Civ. y Com., 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.

(39) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el prólogo a MIR PUIGPELAT, Oriol, "La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema", Ed. Edisofer-Euros — Ed. B de F, Buenos Aires, 2012, 2ª ed., p. 20, donde reproduce la postura que expuso en su libro "Los principios...", cit.

(40) GARCÍA AMADO, Juan A., "Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual", 16/01/2019, disponible en Almacén de Derecho, Legislación: <https://almacenederecho.org/sobre-laantijuridicidad-como-requisito-para-laresponsabilidad-de-la-administración-por-daño-extracontractual>.

(41) Véase: BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas...", cit., t. 3-A, ps. 30 y ss., especialmente nota 78; SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil", Ed. Montecorvo, Madrid, 1970, ps. 24 y ss.; ALTERINI, Atilio, "Responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, 3ª ed., ps. 63 y ss.

(42) PIZARRO, Ramón D., ob. cit., ps. 507 y ss.

(43) 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. Vid.: OSSENBAHL, Fritz, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en BARNES, Javier (coord.), Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 932.

(44) En contra: PIZARRO, Ramón D., ob. cit., ps. 358 y ss.

(45) Véase: FERREYRA, Raúl G., "Malestar del Estado", Ediar, Buenos Aires, 2020, p. 128, apunta que el "deber de no dañar al otro" se encuentra básicamente en el art. 19 de la CN, agregando "que las personas no se dañen entre ellas y los servidores públicos cumplan con sus deberes insinúa un criterio básico e indisputable para ordenar las coexistencias de cualquier comunidad".

(46) BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas...", cit., t. 3-A, ps. 34 y ss.

(47) MIR PUIGPELAT, Oriol, "La responsabilidad...", ob. cit., especialmente ps. 325 y ss., recientemente ha insistido en su tesis, con mayor prudencia en su crítica, en "La garantía...", cit., p. 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 COVID-19. Sin embargo, si —como ha dicho la jurisprudencia— la responsabilidad denominada objetiva no procede sin alguno de los factores de atribución (título o causa de imputación, como prefieren decir los juristas españoles), que aunque 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 ocurra. 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: MEDINA ALCOZ, Luis, "El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RAP nro. 213, Madrid, 2020, ps. 71 y ss., en especial p. 72.

(48) Art. 1719, Cód. Civ. y Com.

(49) DIEZ PICASSO, Luis, ob. cit., ps. 352 y ss.

(50) Arts. 1724, Cód. Civ. y Com.

(51) En un trabajo reciente, cuyas líneas sustanciales compartimos, al sistematizar los diferentes supuestos que darían o no lugar a la responsabilidad del Estado a raíz de la pandemia ocasionada por la COVID-19, se efectúa una interesante clasificación, con fines didácticos, entre la responsabilidad causada por el accionar accidental del Estado y la que se genera por su actuación directa. Importa señalar que, en relación con la postura que sostenemos en el presente ensayo, mientras los daños ocasionados por el accionar directo e ilegítimo del Estado conducen a la aplicación de la falta de servicio como factor atributivo de responsabilidad no ocurre lo mismo en los supuestos que denominan acciones accidentales, en algunos de los cuales el factor de atribución es el riesgo (daños a la salud y a la vida de personal sanitario que cumple funciones en el ámbito sanitario relacionadas con la COVID-19 que se contagia en ejercicio de sus tareas), en otros la garantía (daños a los integrantes de las fuerzas armadas por actos de servicio (acciones bélicas) y hasta la falta de servicio (daños a la salud y a la vida de pacientes que se contagian en hospitales públicos), véase: PERRINO, Pablo E. — SANGUINETTI, Juan Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19", RDA, 2020, ps. 130 y ss.

(52) Así lo prescriben los arts. 722 y 1724, Cód. Civ. y Com., El primero dispone que "el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad", mientras que el segundo prescribe que "son factores subjetivos la culpa y el dolo" y que "la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar". Conforme a estas normas queda claro que, en el derecho civil argentino, no cabe el concepto de culpa objetiva, es decir, de una culpa que no es culpa porque no se determina en función de la conducta subjetiva del agente sino de la actuación u omisión irregular o defectuosa en el ejercicio de la actividad estatal determinada conforme a los parámetros o estándares objetivos que rigen esta. En contra: SÁENZ, Juan Ignacio, "Bases del régimen de responsabilidad del Estado en Argentina. Teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia", en ABERASTURY, Pedro (dir.), Responsabilidad extracontractual del Estado - Ley 26.944, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 119 y ss. En cambio, el director de la obra expone una opinión favorable a la concepción que venimos propiciando hace años con Juan Francisco Linares sobre la falta de servicio que, como es sabido, ha sido adoptada por la jurisprudencia de la Corte, a partir del caso "Vadell"; véase: ABERASTURY, Pedro, "Principios de la responsabilidad del Estado en responsabilidad extracontractual", en ob. cit., ps. 25 y ss.

(53) MARTINI, Juan Pablo, "Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado", RCyS, año 7, nro. 12, Buenos Aires, 2005, ps. 35 y ss., especialmente ps. 38-39.

(54) Por ejemplo, en PIZARRO, Ramón D., ob. cit., t. II, ps. 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.

(55) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Los principios...", cit., p. 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" (ps. 209-211). A grandes rasgos, ese resumen describe fielmente la concepción francesa, véase: RIVERO, Jean — WALINE, Jean, *Droit administratif*, ps. 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, Charles, ob. cit., ps. 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) Vid. por todos: LAUBADÈRE, André, "Traité de Droit Administratif", LGDJ, Paris, 1984, t. 1, actualiz. por J.-C. Venezia e Y. Gaudemet, p. 747, aun hoy día la síntesis que formula este gran maestro del derecho conserva actualidad —como acotan los fieles discípulos que actualizaron su obra en el "Avant-propos" de la 9ª ed. (p. 9) y condensa un pensamiento armonioso que combina la riqueza de la información con la claridad de la exposición.

(57) Cfr. PAILLET, Michel, "La faute du service public en droit administratif français", LGDJ, Paris, 1990, con prefacio de J.-M. Auby, ps. 166-167 (tesis doctoral del autor). Vid. también "La responsabilité administrative", Dalloz, Paris, 1996, ps. 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 (MOREAU, Jacques, "La responsabilité administrative", PUF, Paris, 1996, 3ª ed., p. 66).

(58) PAILLET, Michel, "La responsabilité...", cit., p. 114.

(59) Sin embargo, un sector de distinguidos civilistas, entre los que se cuenta el homenajado en esta obra, han aceptado el concepto de falta de servicio en la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, aproximándose o siguiendo nuestro criterio, véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad del Estado por error judicial (el auto de prisión preventiva y la absolución)", LA LEY 1996-B, 311; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad de los jueces y Estado juzgados por daños derivados de errónea actividad judicial", separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, junio, 2008, ps. 2 y ss.; y TRIGO REPRESAS, Félix A. — LÓPEZ MESA, ob. cit., ps. 12 y ss.

(60) Aspecto señalado tempranamente en LEGUINA VILLA, Jesús, "La responsabilidad de la Administración Pública", Ed. Tecnos, Madrid, 1983, 2ª ed., p. 155.

(61) MIR PUIGPELAT, Oriol, "La responsabilidad...", cit., ps. 225 y ss.

(62) SÁENZ, Juan Ignacio, ob. cit., ps. 119 y ss.

(63) Art. 90, Const. República de Colombia.

(64) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "Derecho administrativo general y colombiano, 20ª ed., t. II, p. 308.

(65) Ibidem.

(66) Vid. PERRINO, Pablo E. — SANGUINETTI, Juan Carlos, ob. cit., texto y nota 48.

(67) MIR PUIGPELAT, Oriol, "La responsabilidad...", cit., especialmente ps. 317-318.

(68) Precisamente, el reconocimiento de la necesidad de utilizar un título de imputación por parte de 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 perjuicio sufrido con la actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración Pública".

(69) MIR PUIGPELAT, Oriol, "La responsabilidad...", cit., p. 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, Jacques, ob. cit., ps. 99-101, sostiene la exigencia conjunta de las notas de anormalidad y especialidad del perjuicio.

(70) MIR PUIGPELAT, Oriol, "La garantía...", cit. p. 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 sin que haya ninguna posibilidad de generalizar la responsabilidad objetiva como un dogma genérico y determinado que prescindiera del factor de atribución o causa de imputación.

(71) Véase: MARTÍN REBOLLO, Luis, "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado", en Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000, ps. 20 y ss.