

# REFLEXIONES SOBRE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

por Juan Carlos Cassagne

## SUMARIO:

**I. FINES Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. LA NECESIDAD DE ESTABLECER CONDICIONES PROPIAS DEL DERECHO PÚBLICO PARA SU PROCEDENCIA. II. LOS DISTINTOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y SU PAPEL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. III. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD EXTRA CONTRACTUAL ILEGÍTIMA. 1. Breves consideraciones acerca de los factores de atribución en los derechos francés y español. a) La falta de servicio en el derecho francés. b) El carácter objetivo o subjetivo de la falta. c) El anormal o normal funcionamiento del servicio en el derecho español. 2. Los factores objetivos de atribución en el derecho argentino. a) En la responsabilidad por actividad extracontractual ilegítima. i. Fundamentos constitucionales y legales de los factores objetivos de atribución en el derecho argentino. ii. Consideraciones acerca de si el factor objetivo de atribución establecido en el artículo 1112 del Código Civil configura la noción de falta de servicio. iii. La concepción del riesgo: crítica. Su carácter excepcional. b) El factor objetivo de atribución en la responsabilidad por actividad legítima. IV. CONCLUSIONES SOBRE EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO.**

## **I. FINES Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. LA NECESIDAD DE ESTABLECER CONDICIONES PROPIAS DEL DERECHO PÚBLICO PARA SU PROCEDENCIA**

Demasiada tinta se ha volcado, quizás, en el estudio de los requisitos que deben darse para que se configure la responsabilidad del Estado y sobre las grandes líneas que ha seguido la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase nuestro trabajo, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, LL, 2000-D, 1219 y ss.

Sin embargo, la cuestión de la responsabilidad del Estado no suele enfocarse desde su principal punto de partida que nos parece que no puede ser otro que el de los fines que persigue y la naturaleza de la institución, lo cual va a determinar, a su vez, el alcance y contenido de su régimen jurídico.

Ello no constituye una cuestión menor dada la incidencia que tiene, en algunos aspectos del régimen jurídico, la circunstancia de que se apliquen las reglas y principios que ha ido elaborando el derecho administrativo a través de los años para indemnizar los perjuicios que la actividad del Estado provocaba en el patrimonio de los particulares o bien que se apliquen directamente los preceptos del Código Civil, en aras de una proclamada unidad del derecho de daños.

De esta cuestión básica se desprenden otras no menos significativas como es aquella interpretación que al asignar naturaleza local a toda la materia de la responsabilidad (el carácter local del derecho público<sup>2</sup> en nuestro régimen constitucional es algo que no se discute) impediría acudir, en principio, a las normas contenidas en el Código Civil, quedando reducido el campo de aplicación de estas normas a los supuestos en que la actuación provenga del Estado Nacional o de alguna de sus entidades.

Pero una elemental incursión por la historia del derecho público demuestra, al menos en aquellos países en los que rige el sistema dualista (público y privado) que la irresponsabilidad del Estado, en el ámbito extracontractual, fue, durante mucho tiempo, la regla y que, particularmente, en Francia y España, el cambio del paradigma ha sido obra del derecho público.

Esta ha sido la evolución de la institución en nuestro país y, según lo venimos sosteniendo<sup>3</sup>, la responsabilidad del Estado constituye una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son, por su naturaleza y fines, totalmente opuestos a los que imperan en el derecho privado. Mientras en éste último (y

---

<sup>2</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, 4° ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, ps.152-153.

<sup>3</sup> Véase nuestro *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 481 y ss.

ésta sea quizás la revancha que se ha tomado el derecho civil frente al derecho comercial<sup>4</sup>) mira fundamentalmente el interés de la víctima del daño, evolucionando cada vez más hacia una responsabilidad objetiva basada en el riesgo, el derecho público apunta al interés de la comunidad y al grado de contribución de sus miembros a las cargas y sacrificios que son necesarios para mantener el buen funcionamiento de los servicios que se prestan a los ciudadanos.

Así, en el plano de los fines, los ciudadanos tienen muchas veces la carga de soportar los daños que provoca el funcionamiento normal o regular de la Administración Pública o de los otros órganos del Estado. A su vez, la medida de la indemnización -si bien se mide, en principio, con arreglo a las reglas de la justicia conmutativa- recibe las limitaciones que marcan las posibilidades y la razonable proporción que debe existir entre la forma de distribuir los bienes comunes y los llamados estándares que determinan la configuración de la responsabilidad<sup>5</sup>. En otras palabras, el derecho administrativo no sólo mira a la víctima, sino que, fundamentalmente, debe tutelar los intereses de la comunidad armonizando los intereses de ambos (el bien común y los intereses privados).

Esa diferente finalidad hace, pues, a la naturaleza pública de la institución de la responsabilidad, la cual no puede regirse directamente por las prescripciones del Código Civil (que han sido pensadas para regir otra clase de relaciones jurídicas) salvo la posibilidad de aplicación analógica de este último para cubrir los vacíos del ordenamiento administrativo.

Por los motivos que se han expuesto, no puede suponerse que el fundamento de la responsabilidad, en el derecho público, sea el daño, sino básicamente, principios de derecho natural, incorporados al plano positivo o constitucional, como es el de la igualdad ante las

---

<sup>4</sup> El derecho mercantil se ocupó siempre, durante casi toda su evolución y desarrollo, por establecer instituciones que limitaran la responsabilidad y el riesgo (v.g. sociedad anónima, el seguro, etc.) habida cuenta que los efectos adversos que su reconocimiento generalizado introducen en el tráfico mercantil y en la realización de inversiones.

<sup>5</sup> Ello no implica confundir ni asimilar el instituto de la responsabilidad con una alguna especie de justicia ni incluso con alguna concepción determinada. En cualquier institución se dan siempre las distintas relaciones de justicia. Así, de seguirse las concepciones aristotélico-tomistas, las tres especies (justicia conmutativa, distributiva y legal) se incardinan en la responsabilidad del Estado creando relaciones diferentes, aunque todas se encuentren regidas por el derecho público.

cargas públicas prescripto en el art. 16 CN; este precepto, por lo demás, integra el complejo de principios que conforman el Estado de Derecho, el que para nuestro recordado maestro Marienhoff, constituía el fundamento mismo de la responsabilidad<sup>6</sup>. Dicho fundamento se complementa con la garantía de la propiedad establecida por el art. 17 CN de la cual se desprende el deber de reparar los daños impuestos por razones de utilidad pública.

Como es sabido, los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado (ya que la responsabilidad contractual del Estado, se ha regido, casi siempre, por los principios clásicos del incumplimiento de las obligaciones convencionales) que fluyen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincidentes con la sistematización que con anterioridad formulamos<sup>7</sup>, son cuatro, a saber: a) la producción de un daño o perjuicio; b) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó; c) el nexo causal o relación de causalidad y d) la existencia de un factor de atribución. En el derecho público, hay que señalar, además, que la responsabilidad del Estado es siempre directa habida cuenta que el agente público no es un dependiente sino un órgano de la persona jurídica Estado<sup>8</sup>.

Ahora bien, como no basta con el daño para que la persona que lo sufre pueda reclamar una reparación patrimonial sino que es necesario que el perjuicio se impute a un sujeto o persona determinada acreditando, además, el nexo causal entre la autoría y su producción, casi todos los sistemas jurídicos descansan sobre un factor de atribución que, al principio de la evolución de la teoría de la responsabilidad, apareció confundido con la imputabilidad fundada en la culpa del agente o incluso, con la antijuridicidad. Pero un análisis más afinado de la cuestión permite reconocer que si, por una parte, el Estado resulta responsable aunque no se individualice el agente causante del daño (sin perjuicio de su imputación al Estado) ni se pruebe la culpa del funcionario o empleado y si, además, el

---

<sup>6</sup> MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., T° IV, 4° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 706 y ss.

<sup>7</sup> En uno de nuestros primeros trabajos sobre el tema que titulamos “La responsabilidad extracontractual en el campo del derecho administrativo”, ED 100-986 (año 1982).

<sup>8</sup> En el mismo sentido: GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. XIX-33.

Estado también responde por actos jurídicos legítimos, el factor de atribución es algo diferente de la imputabilidad y de la antijuridicidad. En suma, forma parte de un sistema integrado en el cual viene a ser algo así como la “pieza maestra”<sup>9</sup> de toda la teoría de la responsabilidad.

Hecha esta introducción se abordará, seguidamente, la cuestión central que plantea este ensayo, aclarando, desde ya, que vamos a exponer la serie de reflexiones que sugiere su análisis, sin la pretensión de agotar su problemática.

## **II. LOS DISTINTOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y SU PAPEL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

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 por culpa por una responsabilidad objetiva, basada tanto en la teoría del riesgo<sup>10</sup> como en la concepción de la garantía.

Es claro que –en el derecho civil- convivían también con el sistema de la culpa, ciertos factores objetivos como el enriquecimiento sin causa, pero esta circunstancia no provocaba mayores problemas en el funcionamiento del sistema. El choque de sistemas tan opuestos, provocado por las distintas ideologías que los animan<sup>11</sup> termina desplazando el

---

<sup>9</sup> Así lo define BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 125.

<sup>10</sup> Vid: GALDÓS, Jorge Mario, “¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código de Vélez Sarfield?”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, T° II, 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), REDA n° 27/29, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 435.

<sup>11</sup> Como todos saben, la teoría del riesgo encuentra sustento en las tesis socialistas de Duguit.

sistema basado en la culpa, habida cuenta la mayor posibilidad que tiene para generar responsabilidad la teoría del riesgo en el campo probatorio al no precisar acreditarse, –para demandar la reparación- la culpa del autor del daño.

En consecuencia, los factores de atribución determinan el nacimiento de la responsabilidad 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 y Argentina, el derecho público, ante la incompatibilidad 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 se conociera, 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 (art. 1112 CC) en la responsabilidad por actividad ilegítima y b) la configuración de un sacrificio especial provocado por un acto legítimo o derivado del normal funcionamiento de un servicio público<sup>12</sup>, en la responsabilidad por actividad legítima.

Los restantes factores de atribución, como la garantía, el enriquecimiento sin causa y el riesgo, son algo así, -en el derecho público- como el cajón de sastre del sistema en el que van a parar teorías que tienen mayor arraigo y justificación en el ámbito del derecho

---

<sup>12</sup> La expresión “servicio público” se emplea en el texto en su sentido amplio, comprensivo de toda la actividad administrativa.

civil que en el derecho administrativo, no obstante que el factor riesgo se haya abierto paso en algunas decisiones de nuestro Alto Tribunal<sup>13</sup>.

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

### **III. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD EXTRA CONTRACTUAL ILEGÍTIMA**

#### **1. Breves consideraciones acerca de los factores de atribución en los derechos francés y español**

##### *a) 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, resulta suficientemente conocida, aunque no siempre captada en su verdadero sentido y alcance. Por de pronto, no se puede desconocer que se trata de una concepción propia del derecho público que se apartó de los criterios de imputación de responsabilidad entonces<sup>14</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, incluso a la innecesariedad de individualizar al autor del daño como al mal funcionamiento del servicio o al incumplimiento irregular u objetivo (sin atender a la conducta del agente público) de las obligaciones establecidas en

---

<sup>13</sup> 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), véase: PERRINO, Pablo E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita” en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 72 y ss.

<sup>14</sup> LAUBADERE, André de, *Traité de Droit Administratif*, actualizado por Venezia y Gaudemet, T° I, LGDJ, París, 1984, p. 747.

las leyes o reglamentos administrativos<sup>15</sup>. Como se verá más adelante, este criterio viene a coincidir con el fundamento legal que en la doctrina veníamos propugnando, con Linares<sup>16</sup> y que la Corte recepciona a partir del caso “Vadell”<sup>17</sup>.

*b) El carácter objetivo o subjetivo de la falta*

Tanto en Francia<sup>18</sup> como en 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 galo, o bien (y ésta es una crítica más depurada) que lo que se juzga irregular o defectuoso<sup>19</sup> implica una conducta cuyos criterios de valoración 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>20</sup>.

Pero esta crítica no ha tenido eco mayormente en el país de origen donde algunos juristas hace más de cincuenta años sostuvieron más bien que la idea de que no había falta sin culpabilidad se basaba en que “la concepción objetiva de la falta no permite clasificar al sistema de responsabilidad ya que esto lleva finalmente a quitar la exigencia de una falta,

---

<sup>15</sup> Ampliar en: PERRINO, Pablo E., “Los factores de atribución...”, 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, véase: BARRA, Rodolfo Carlos, “Responsabilidad del Estado en el derecho de integración”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit, ps. 378-379 y las respectivas citas de los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>16</sup> LINARES, Juan Francisco, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, LL 153, p. 601.

<sup>17</sup> Fallos, 300:2030 (1984).

<sup>18</sup> Vid por todos: PAILLET, Michel, *La faute du service public en Droit Administratif Francais*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, p. 301 y ss.

<sup>19</sup> REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo, Hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226.

<sup>20</sup> LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad del la Administración Pública*, 2º ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 155 con cita de un trabajo de ALTIERI, “Aspetti della responsabilità degli ente pubbliche nel vigente ordinamento francese”, en *Rivista Trimestrale de Diritto pubblico*, 1966.



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>21</sup>.

Como se sabe, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria francesa se inclinan por asignar carácter objetivo a la falta de servicio<sup>22</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>23</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 tal funcionamiento<sup>24</sup>.

Ese carácter objetivo que presenta la falta de servicio en Francia, al no requerir que se individualice al agente causante del daño, constituye el principal motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia no se han ocupado de distinguir entre la responsabilidad directa e indirecta<sup>25</sup>.

c) *El anormal o normal funcionamiento del servicio en el derecho español*

Sin describir, tampoco en este acápite, la historia de la concepción española sobre la responsabilidad, podemos llegar a señalar que, tras una lenta evolución, se ha afirmado una concepción objetiva de la responsabilidad que, en el caso de la actuación ilegítima o

---

<sup>21</sup> BRARD, Yves, *La responsabilité administrative de las personas privadas*, Tesis, Caen, 1975, p. 177, cit. por PAILLET, Michel, op. cit., p. 301.

<sup>22</sup> Entre otros: MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, 3° ed., PUF, París, 1996, p. 61; CHAPUIS, René, *Droit administratif général*, T° I, Montchrestien, París, 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*, Sirey, París, 1935, p. 92).

<sup>23</sup> DUPEYROUX, Henri, *Faute personnelle et faute du service public*, Tesis, París, 1922, cit. por PAILLET, Michel, op. cit., p. 302.

<sup>24</sup> BENOIT, Francis Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, París, 1968, p. 709.

<sup>25</sup> Así lo ha destacado LEGUINA VILLA, Jesús, op. cit., ps. 87-88.

antijurídica, se basa en “el anormal funcionamiento del servicio”. Esta fórmula, que tiene su fuente en el art. 106 de la Constitución Española y que reproduce, entre otros ordenamientos, el 139 de la LRJPAC, constituye el criterio establecido para que se configure la antijuridicidad de la lesión que ha sufrido el particular como consecuencia de la actuación administrativa. Prácticamente toda la doctrina española ha sostenido que se trata de una responsabilidad directa y objetiva<sup>26</sup>, en un sentido más global y amplio que el establecido por la teoría de la falta de servicio en el derecho francés<sup>27</sup>.

En general, se ha considerado que los daños provocados por el normal funcionamiento del servicio –como lo prescribe la norma- genera también la responsabilidad del Estado de un modo amplio, sin limitar la responsabilidad de la Administración por criterios objetivos o estándares de responsabilidad, según actualmente se ha planteado<sup>28</sup>.

Sin embargo, aparte de que un sector de la doctrina española<sup>29</sup>, siguiendo la concepción propiciada en Italia por Alessi<sup>30</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 concebirse que configura 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. Así, 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 mientras que, por el otro, aparece el principio vinculado a la necesidad de distribuir –en determinadas circunstancias fundadas

---

<sup>26</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 6º ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 369 y ss.

<sup>27</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, p. 181 y ss.

<sup>28</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., p. 15 y ss.

<sup>29</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº II, 9º ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 226 y ss.

<sup>30</sup> ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Giuffré, Milán, 1958, p. 519 y ss.

en la especialidad de los perjuicios sufridos- la carga de los daños, para que ella no sea soportada de un modo desigual por parte de unos ciudadanos sobre los que resulta injusto que recaiga exclusivamente. 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 caja aseguradora 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, que sepamos, ha llegado a sostener, incluso en la doctrina española.

## **2. Los factores objetivos de atribución en el derecho argentino**

### *a) En la responsabilidad por actividad extracontractual ilegítima*

#### *i. 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 concebido por el complejo de principios que integran el Estado de Derecho (v.g. garantías de la propiedad, la igualdad, etc.) si se mira la cuestión en sus contornos objetivos, se descubre que, en las diferentes circunstancias, aparecen tanto el principio de la igualdad frente a las cargas públicas que proclama el artículo 16 CN 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.

Ahora bien, a partir del caso “Vadell”, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación basó el fundamento de la responsabilidad del Estado en el art. 1112 CC<sup>31</sup>, norma ésta de naturaleza pública y federal<sup>32</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 CC se encuentra en la misma línea objetiva que el precepto contenido en el art. 1074 CC, 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”.*

Ahora bien, 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 art. 1112 CC, una norma de derecho civil, que resulta aplicable en el derecho público a través de la técnica de la analogía.

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

No obstante que el art. 1112 CC alude al incumplimiento irregular de las obligaciones legales que les están impuestas a los funcionarios públicos en ejercicio de las

---

<sup>31</sup> Fallos, 300:2030.

<sup>32</sup> Cfr. SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “La responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza”, en *Responsabilidad del Estado...*, cit., ps.384-385 y PERRINO, Pablo E., op. cit., p. 68, coincidiendo, en cuanto al carácter público de la norma con la opinión expuesta en nuestro *Derecho Administrativo*, T° I, 5° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 285.

funciones, cabe sostener, a partir de la interpretación dinámica que hizo la Corte en el mencionado caso “Vadell”, que se trata de una responsabilidad objetiva similar al concepto 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 a un órgano del Estado se genera la consiguiente responsabilidad siempre que concurren los demás requisitos establecidos para que la misma se configure.

De otra parte, 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>33</sup> o bien, como antes señalamos, a la idea de un defectuoso o irregular funcionamiento del servicio<sup>34</sup>.

Va de suyo también que aunque 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 resulta una fórmula más restrictiva que la solución española, que ha terminado ampliando excesivamente el campo de la responsabilidad<sup>35</sup>.

iii. La concepción del riesgo: crítica. Su carácter excepcional

---

<sup>33</sup> PAILLET, Michel, op. cit., ps. 302-305.

<sup>34</sup> BENOIT, Francis Paul, op. cit., p. 709.

<sup>35</sup> Al respecto, la crítica más fuerte en España es la de Oriol MIR PUIGPELAT (op. cit., p. 196 y ss.).

En algunos ordenamientos jurídicos se aplica la concepción del riesgo, como factor objetivo generalizado de atribución del derecho privado. Esta concepción, originaria del derecho privado francés, se extendió al derecho público, quedando finalmente su aplicación como supuestos excepcionales cuando la Administración crea un riesgo especial y elevado<sup>36</sup>.

En nuestra doctrina y, por cierto, en la jurisprudencia, la regla del derecho civil de que el eje de la responsabilidad estaba en la culpa (art. 1109 CC) ha sido prácticamente desplazada por la responsabilidad por riesgo, incorporada al Código Civil a partir de la reforma introducida al art. 1113, por la ley 17.711<sup>37</sup>, mediante interpretaciones que han llegado a extender el riesgo propio del vicio de la cosa al derivado de la propia actividad riesgosa<sup>38</sup>. ¿Qué se pretende con ello? Es evidente que, sus principales efectos, se centran en evitar la carga de la prueba de la culpa (que resulta algo más que presumida) así como en impedir que el autor del daño pruebe que de su parte no hubo culpa.

Semejante sistema, que mira sólo un costado de la responsabilidad como es la reparación de la víctima de los daños, 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). La diferencia obedece a la serie de cargas que siendo indemnizables con arreglo a la teoría del riesgo del derecho civil, no lo serían en el derecho administrativo, por la sencilla razón de que el

---

<sup>36</sup> 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; véase, MOREAU, Jacques, op. cit., p. 106 y ss.

<sup>37</sup> 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”.

<sup>38</sup> Véase: LORENZETTI, Ricardo Luis, “Estudio sobre la nueva concepción del riesgo creado en el derecho argentino”, en la obra colectiva dirigida por nuestra colega, la académica KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (dir.), *Derecho de Daños*, T° I, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 347 y ss.

Estado no puede convertirse en el asegurador de todos los daños que genera su actuación. Ha de haber pues un límite (sin referirnos por ello al alcance de la reparación) para determinar el factor de atribución y éste se encuentra en la configuración de la falta de servicio, que es independiente 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 graduar, 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 leyes y reglamentos imponen a los agentes públicos.

En ese escenario, la teoría del riesgo que –como se ha visto- ha tenido recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema, tendría un campo excepcional de aplicación en el derecho administrativo, no en forma directa sino por analogía, debiendo adaptarse a los fines y características propias de la responsabilidad administrativa.

*b) El factor objetivo de atribución en la responsabilidad por actividad legítima*

En ciertos casos, la actuación legítima del Estado genera daños que recaen, de un modo especial, sobre determinados ciudadanos, lo cual genera la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN). Sin embargo, este principio, en el que se encuentra el fundamento de toda responsabilidad estatal, no constituye el factor de atribución habida cuenta que hay supuestos en que dichos daños especiales, por existir una carga general de soportarlos (v.g. la carga de ser testigo en un pleito 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>39</sup> para dar lugar a la

---

<sup>39</sup> 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.

indemnización. Tampoco encontraría explicación el hecho de que, en esta clase de responsabilidad, el lucro cesante (que no se encuentra integrado al valor objetivo del bien) no constituya un rubro indemnizable<sup>40</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, se limitan –por aplicación analógica del instituto de la expropiación<sup>41</sup>- a los que afectan el valor objetivo del bien, con exclusión del lucro cesante.

#### **IV. CONCLUSIONES SOBRE EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO**

A esta altura de la evolución del instituto de la responsabilidad, no se puede desconocer que las claves para definir el factor de atribución, verdadera “pieza maestra” de la responsabilidad, han sido diseñadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de un modo reiterado y constante.

Aunque no incluimos aquí las opiniones sostenidas por un sector del derecho administrativo acerca de la responsabilidad indirecta del Estado, de la culpa, como tampoco a quienes no han cambiado sus interpretaciones sobre el art. 1112 CC, continuando con la tesis de que regula la responsabilidad de los funcionarios y no del Estado (ignorando la jurisprudencia de la Corte a partir del caso “Vadell”) es evidente que semejantes diferencias deberían provocar el asombro de cualquier jurista extranjero que se adentrara al estudio de

---

<sup>40</sup> Art. 10 Ley 21.499.

<sup>41</sup> Fallos, 306:1420; 312:2269.



las más imaginativas teorías que suelen exponer algunos juristas argentinos cuyo objetivo parece consistir en evitar coincidir con el otro.

Como en tantas instituciones jurídicas, el factor de atribución presenta el riesgo de que se siga un camino equivocado. Sin embargo, en la actualidad, el principal peligro se refleja en los defectos que exhibe la enseñanza del derecho (que oculta las posturas prevalecientes) y en su repercusión en la seguridad jurídica. En rigor, lo peligroso es que ni siquiera se trata de un divorcio entre doctrina y jurisprudencia.

Por esa razón, antes que criticar una a una las diferentes posturas doctrinarias cuyos enfoques y matices son radicalmente opuestos (lo que nos hubiera llevado a una obra de mayor envergadura) hemos optado por exponer el sistema tal cual funciona en la realidad, o debe funcionar, según sea el caso, a través de las reflexiones que nos merece dicho funcionamiento, su sentido de justicia y la proyección que puede alcanzar en el futuro.

Y aunque una dosis de ideología está de continuo presente en las teorías jurídicas, la construcción de la jurisprudencia de la Corte, montada sobre el reconocimiento de una responsabilidad directa y objetiva, sobre la base de factores de atribución propios del derecho público, revela una interpretación justa y adecuada de la realidad que exhibe nuestra Administración y a las posibilidades económicas de resarcir a las víctimas de los daños provocados por su accionar<sup>42</sup>.

Desde luego que quedan grandes desafíos por enfrentar. Uno de ellos, quizás el más importante, es la elaboración de estándares de responsabilidad que eviten la casuística del sistema y la discrecionalidad con que puede manejarse el juez al fijar la indemnización. En el fondo, no habrá sistema jurídico que pueda funcionar de un modo eficiente sin un equilibrio entre los distintos elementos en juego que en este caso están representados por factores de atribución que miden el incumplimiento irregular de las obligaciones por parte de los órganos del Estado (el defectuoso funcionamiento del servicio) y los casos de sacrificio especial donde por no existir la carga de soportar el daño, corresponde una

---

<sup>42</sup> Una postura diferente es la de CUADROS, Oscar A., “Responsabilidad estatal y derecho administrativo”, (en prensa), expuesta en las “Primeras Jornadas Internacionales sobre Responsabilidad del Estado (en homenaje al Prof. Dr. Osvaldo Pritz)”, realizadas en la ciudad de Mendoza, los días 26 y 27 de abril de 2005.

indemnización a favor de los damnificados. Este es el verdadero meollo de la cuestión que desplaza, en importancia, al tema del alcance de la reparación que es, de por sí, una cuestión distinta.

En resumidas cuentas, las posibilidades que abre el sistema argentino para realizar la justicia son grandes y no se puede negar que la teoría de la responsabilidad ha de cumplir no sólo una función de prevención y de precaución frente a los daños sino también perseguir una finalidad correctora del incumplimiento irregular o defectuoso de los servicios públicos (en sentido lato).

Pero todo lo expuesto no es óbice para insistir en que una adecuada coordinación entre la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios públicos constituya una cuestión prioritaria que debería definirse por vía legislativa para evitar injusticias y moralizar la Administración.