

que se esfuerzan en hacer recaer el conjunto de la responsabilidad administrativa sin culpa sobre la "correlación entre ventajas y cargas" (Ch. Eisenmann), sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas (en especial M. Rougevin-Baville) o todavía bajo la idea de daño anormal (P. Amsselek). Pero más bien hay que admitir, sin caer en el impresionismo de una pura "responsabilidad de equidad" (J. P. Gilli), que esas construcciones tienen apenas un valor explicativo parcial, la jurisprudencia en la materia, a falta de homogeneidad e inspirándose en consideraciones múltiples, apunta a la naturaleza de la actividad administrativa en causa y a la situación particularmente digna de la víctima. Esta heterogeneidad está por lo demás confirmada, como se verá, por la diversificación del régimen jurídico aplicable a las diferentes situaciones en que una colectividad pública es llevada a vertir una suma indemnizatoria por fuera de toda culpa. No es pues ilógico estudiar la responsabilidad sin culpa, enfocándola, a partir de su origen, sucesivamente como una responsabilidad jurisprudencial por riesgos (sección 1), por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas (sección 2), o como consecuencia de la intervención del legislador (sección 3).

SECCIÓN I LA RESPONSABILIDAD POR RIESGOS

263 La idea de la responsabilidad por riesgo(s) no es propia del derecho administrativo, pues al contrario fue la doctrina civilista (Saleilles, Josserand) la que se hizo —no sin controversias— su promotora desde el fin del siglo XIX. Hoy, el entusiasmo que rodeó su nacimiento se ha esfumado en buena parte pues se ha hecho evidente que no es posible explicar a través de ella la totalidad de las soluciones en que el juez consagra una responsabilidad desprendida de toda culpa —y no se superponen más, por lo general, la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad sin culpa—. Y ello tanto más cuanto la solución de riesgo por sí misma es relativamente incierta. Con ella se perfila al parecer la idea de peligro: como a ello invita el sentido común, una actividad "a riesgos" es una actividad peligrosa y se puede encontrar aceptable que el sujeto de derecho cuya actividad presenta riesgos de daños los asuma si sobrevienen (riesgo creado). Pero al mismo tiempo se la puede comprender en cuanto

designa una actividad que, fuera de toda verdadera peligrosidad, deba también provocar la toma a cargo de sus consecuencias desfavorables por aquel a quien beneficia (riesgo sin provecho). Y además hay también, subyacente a la idea de riesgo, la de la probabilidad de la producción de un daño sobreviniente, del álea inherente a la actividad humana: estadísticamente los daños se producen de una manera, ciega de algún modo, y sería injusto que la sociedad no tome medidas para proteger a aquellos de sus miembros que serán las víctimas (riesgo social).

A pesar de ese carácter sincrético de la noción de riesgo, la jurisprudencia no acoge menos de tres series de hipótesis que es posible, a pesar de su carácter relativamente dispar, reagrupar bajo otros tantos rubros: responsabilidad por riesgo peligro (I); responsabilidad por riesgo provecho (II); en fin responsabilidad por riesgo álea (III).

I. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO PELIGRO

265 Esta primera categoría forjada por el juez administrativo permite agrupar alrededor de la idea de peligro tres series de hipótesis suficientemente claras y distintas: aquella en que está en causa una cosa peligrosa (A) o un método peligroso (B), y se debe poner aparte el daño por trabajos públicos (C).

A. LA UTILIZACIÓN DE COSAS PELIGROSAS

266 Desde el comienzo del siglo XX, el juez administrativo ha desarrollado una jurisprudencia que lo ha conducido a considerar que la colectividad pública que utiliza o sitúa sustancias (1), artefactos (2) o instalaciones (3) que presentan una peligrosidad cierta debe responder de los daños que ellos ocasionen aun en ausencia de toda culpa.

I. LAS SUSTANCIAS PELIGROSAS

267 Es respecto de estas que intervino la primera decisión significativa de esta construcción jurisprudencial, la sentencia Regnault-Desrozières (CE, 28 de marzo de 1919, *Rec. CE*, p. 329; *GAJA*, N° 38) que trababa de la explosión de un fuerte en el cual habían sido almacenadas grandes cantidades de sustancias

explosivas. Si antes el Consejo de Estado se había situado dentro del marco de la culpa (CE, 10 de mayo de 1912, Ambrosini, *Rec. CE*, p. 549: explosión de un acorazado), acepta ahora ubicarse en el terreno "de los riesgos que exceden los límites de aquellos que resultan normalmente de la vecindad". Esta jurisprudencia ha tenido en lo sucesivo una influencia bastante excepcional (CE, Ass., 21 de octubre de 1966, *Ministère des Armées c/ SNCF*, *Rec. CE*, p. 557: explosión de vagones de municiones), y el juez ha rehusado usarla a propósito de cohetes de pólvora lanzados con ocasión de juegos artificiales (CE, 30 de marzo de 1979, Moisan, *Rec. CE*, p. 143).

Se puede tener la tentación de aproximar a esta jurisprudencia sobre sustancias explosivas aquella, mucho más reciente, que intervino a propósito de productos sanguíneos suministrados por los centros de transfusión sanguínea. Las sentencias Consorts N'Guyen y M. Jouan (CE, Ass., 26 de mayo de 1995, *RFD adm.*, 1995, p. 748, con las conclusiones S. Daël) admiten en efecto que, teniendo en cuenta "los riesgos" que ella presenta, este suministro comporta la responsabilidad de esos centros "aun en ausencia de culpa" por las "consecuencias nocivas de la mala calidad de los productos suministrados". Sin duda, es difícil ubicarse exclusivamente en el terreno de la peligrosidad, "tratándose de la elaboración de una sustancia biológica destinada a curar" (S. Daël), pero la aproximación en términos de peligro no es acaso del todo extraña al razonamiento del juez, aunque hayan podido intervenir también otras consideraciones (*infra*, N° 324).

2. LOS ARTEFACTOS PELIGROSOS

Un avance jurisprudencial notable se realizó en 1949 por el Consejo de Estado con las sentencias, del mismo día, Lecomte, Franquette y Daramy (CE, Ass., 24 de junio de 1949, *Rec. CE*, p. 307; *GAJA*, N° 73), que deciden que el Estado es responsable sin culpa por los daños provocados por una operación de policía administrativa, pues éstos fueron causados por la utilización "de armas o artefactos que comportan riesgos excepcionales para las personas y los bienes". Sin embargo, este desarrollo se encontró rápidamente limitado por el hecho de que el Consejo de Estado decidió reservar la aplicación de la responsabilidad por riesgo a la hipótesis de que la víctima sea un tercero en relación con la operación de la policía: cuando, al contrario, es una de las personas objeto de

la operación de policía, ésta debe establecer una culpa simple (CE, Sect., 27 de julio de 1951, Dame Aubergé et Dumont, *Rec. CE*, p. 447), y no una culpa grave como lo postularían los mecanismos normales de responsabilidad por culpa (*supra*, N° 247).

Puede notarse que en ese caso de responsabilidad que reposa sin duda sobre el riesgo, la sentencia Lecomte exige al parecer que los daños provocados por la utilización de las armas de fuego "excedan, por su gravedad", las cargas que normalmente deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resultan "del servicio público de la policía". Pese a la opinión general de la doctrina, esta condición de anormalidad del daño no parece haber tenido incidencias reales en la jurisprudencia ulterior en cuanto que las armas presentan por sí mismas un riesgo excepcional que concreta todo daño (J. M. Cotteret. "Le régime de la responsabilité pour risques en droit administratif", en *Études de droit public*, 1964, p. 402).

Se destaca también que la jurisprudencia ulterior no ha aceptado extender particularmente la categoría de las "armas o artefactos que comportan riesgos excepcionales" (sentencia Lecomte). En efecto, si el juez ha admitido usar el criterio para las ametralladoras (misma sentencia) o las pistolas, no ha juzgado que los bastones de mando o aún los gases lacrimógenos (CE, 16 de marzo de 1956, Époux Doménech, *Rec. CE*, p. 124) sean artefactos que representen un nivel de peligrosidad intrínseco suficiente para provocar la responsabilidad sin culpa.

En fin, la Corte de Casación por su lado no teme ir más allá de lo que postulaba la jurisprudencia administrativa admitiendo, dentro del marco de su competencia vinculada a la noción de policía judicial (el juez ordinario hoy sería competente dentro del contexto de la sentencia Lecomte), que la responsabilidad del Estado pueda ser buscada cuando en el curso de una operación un malhechor que ella persigue abre fuego y hiere a un tercero (Civ. 1^{re}, 10 de junio de 1986, Consorts Pourcel c/ Pinier, *JCP* 1986, éd. G, 1120683).

3. LAS INSTALACIONES PELIGROSAS

Si, como se verá, el régimen de conjunto de los daños por trabajos públicos surge en parte pero por otro título de la responsabilidad sin culpa (*infra* N° 284 y ss.), hay que abrir un lugar particular aunque de hecho muy restringido

a los daños provocados por las obras públicas consideradas como excepcionalmente peligrosas. La jurisprudencia correspondiente apareció en los años 30 a propósito de los daños causados por las obras de electricidad (CE, 25 de enero de 1929, *Société du Gaz et de Beauvais*, D. 1929.3.55), de gas (CE, 1º de mayo de 1942, *Société du Gaz et de l'Électricité de Marseille*, *Rec. CE*, p. 142) o igualmente del agua (CE, Sect., 18 de diciembre de 1953, *Gain*, *Rec. CE*, p. 570). Y perdió su interés desde que la responsabilidad por el hecho de los trabajos públicos accidentalmente causados al tercero se vincula a un título distinto del de la responsabilidad sin culpa (*infra*, N° 296), en tanto que los sufridos por los usuarios se atan por lo general a la inejecución de un servicio público industrial y comercial, dependiendo del juez ordinario (jurisprudencia que surge de la sentencia T. confl., 24 de junio de 1954, *Dame Galland*, *Rec. CE*, p. 717, relativa al hecho de la explotación).

²⁷⁴ Sin embargo, hay que hacer mención de una jurisprudencia específica cuyo carácter espectacular contrasta con su débil efectividad. En la sentencia *Dalleau* (CE, Ass., 6 de julio de 1973, *Rec. CE*, p. 482), en efecto, el Consejo de Estado ha hecho renacer la categoría de las obras excepcionalmente peligrosas a propósito de un tramo de ruta situado en la isla de la Reunión, y ello "en razón de la gravedad excepcional de los riesgos" a los cuales se exponen sus usuarios. En tanto que normalmente (*supra*, N° 215) los usuarios de las obras públicas ordinarias se encuentran dentro de un sistema de presunción de culpa, ellos se benefician aquí, como consecuencia de esta peligrosidad extrema, de un régimen de responsabilidad sin culpa. Pero la sentencia *Dalleau* quedó sin posteridad, y el Consejo de Estado ha juzgado ulteriormente —contra la opinión de una corte administrativa de apelación— que una ruta que ofrece un elevado riesgo de caída de piedras no presenta un carácter excepcionalmente peligroso (CE, Sect. 5 de junio de 1992, *Époux Cala*, *Rec. CE*, p. 224), demostrando para el efecto que la apreciación de ese carácter entra dentro de la misión del juez de casación.

B. LA PUESTA EN MARCHA DE MÉTODOS PELIGROSOS

²⁷⁵ Conviene apreciar el campo de aplicación de la jurisprudencia correspondiente (1) antes de dar algunas indicaciones sobre el régimen jurídico que ella pone en marcha (2).

1. CAMPO DE APLICACIÓN

La jurisprudencia correspondiente apareció con la sentencia *Thouzelier* (CE, Sect., 3 de febrero de 1956, *Rec. CE*, p. 49) en la cual el Consejo de Estado admitió que el Estado fuera declarado responsable aun sin culpa por los daños causados por los menores delincuentes alojados en establecimientos especializados encargados de acogerlos. La alta jurisdicción, en efecto toma en consideración el riesgo que hace correr la puesta en marcha de métodos de reeducación más liberales, desde que los delincuentes se benefician de una libertad de maniobrar más grande que la que procura un encarcelamiento en establecimiento cerrado. Este riesgo estaba sin embargo entonces circunscrito no solo a los terceros (con exclusión de los delincuentes mismos) sino también a aquellos "residentes en la vecindad" del establecimiento de albergue de los delincuentes. Sin embargo, esta segunda restricción fue rápidamente abandonada (CE, 9 de marzo de 1966, *Troillet*, *Rec. CE*, p. 201), en tanto que otra ampliación resultaba de que las instituciones albergue de delincuentes considerados como "personas peligrosas" bien podían ser instituciones públicas (*arrêt* peligrosas) como instituciones privadas (CE, Sect., 19 de diciembre de 1969, *Établissements Delannoy*, *Rec. CE*, p. 596; CAA Nantes, 3 de diciembre de 1992, *Ministre de la Justice c/ Pelle*, *Rec. CE*, p. 565).

²⁷⁷ Esta jurisprudencia encontró un segundo campo de aplicación con los daños causados por los enfermos mentales en "salida de prueba". Según la sentencia *Departement de la Moselle* (CE, Sect., 13 de julio de 1967, *Rec. CE*, p. 341), "este método terapéutico crea un riesgo especial para los terceros, los que dejan de beneficiarse de las garantías inherentes a los métodos habituales de internado". El mismo razonamiento se ha extendido a la hipótesis en que el enfermo mental es objeto de una "ubicación familiar vigilada" (CE, 13 de mayo de 1987, *Mme Piollet et M. Anson*, *Rec. CE*, p. 172, sentencia que retoma la misma consideración).

²⁷⁸ Un tercer contexto presenta todavía el mismo tipo de razonamiento, que concierne a los detenidos en situación de reinserción que suponen una puesta en libertad controlada. La sentencia *Garde des Sceaux c/ Theys* (CE, 2 de diciembre de 1981, *Rec. CE*, p. 456) decide que "al instituir el régimen de permisos de salidas el legislador entendió poner en marcha nuevos métodos

[...] [que] crean [...] un riesgo especial para los terceros que dejan de beneficiarse de las garantías resultantes para ellos de la aplicación más rigurosa de las penas privativas de la libertad". La jurisprudencia ulterior ha confirmado esta nueva hipótesis de la responsabilidad por riesgo y la ha empleado a propósito de detenidos en situación de semilibertad y de libertad condicional (CE, Sect., 29 de abril de 1987, Garde des Sceaux c/ Banque populaire de la Région économique de Strasbourg, *Rec. CE*, p. 158).

279 En fin, de una manera marginal por el momento, el Tribunal Administrativo de Grenoble (en un juicio no apelado) admitió que el Estado fuese declarado responsable sin culpa en el marco de la ejecución de una misión de policía de vigilancia sobre las pistas de esquí de los miembros de una familia real residente en Francia: "teniendo en cuenta las condiciones en las cuales se puso en marcha esta policía especial y los objetivos que ella persigue", resultan "riesgos excepcionales para las personas y los bienes" que justifican la provocación de una responsabilidad sin culpa (TA Grenoble, 4 de noviembre de 1991, Mme Colombier c/ Ministre de l'Intérieur, D. 1991, p. 161).

280 Conviene hacer notar que si el juez administrativo no teme en esas cuatro hipótesis avanzar audazmente sobre la vía de la responsabilidad sin culpa, él no responde siempre a las solicitudes de los requirientes y rechaza así ampliar más, en ciertos casos, el campo de aplicación del riesgo. Así para los daños causados por los menores no delincuentes no sujetos a la ordenanza de 1945 (CE, 14 de junio de 1978, Société de Construction pour le Bâtiment, *Rec. CE*, p. 259), o para los enfermos mentales en hospital de noche (CE, 30 juin 1978, Hôpital Psychiatrique Départemental de Rennes c/ Dame Clotault, *Rec. CE*, p. 289) o también para los jóvenes sin empleo en pasantía en una empresa habilitada por el Estado (CE, 15 de octubre de 1990, S. A. Paris-Touraine Automobile, *Rec. CE*, p. 279).

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

281 Una primera particularidad merece ponerse en evidencia a propósito de esta variedad de responsabilidad por riesgo que concierne a su titular. En efecto, dentro del marco de la reparación de daños causados por los jóvenes delincuentes en situación de riesgo es el Estado promotor de la liberalización

de los métodos de detención quien soportará la indemnización, y ello aunque el establecimiento al que se confía la vigilancia tenga un estatuto privado (jurisprudencia Delanoy, citada). Lo mismo tratándose de los detenidos en situación de libertad vigilada. Por su parte, los daños ocasionados por los enfermos mentales que se benefician de métodos liberales de tratamiento serán soportados por los hospitales psiquiátricos implicados.

También se debe resaltar que la dificultad esencial a la que se encuentran 282 enfrentadas las víctimas de esos daños es la de demostrar el vínculo de causalidad existente entre la intervención de una de esas "personas-riesgo" y la puesta en marcha de los métodos liberales que justifican el papel de la responsabilidad sin culpa. Como se ha visto (*supra*, N° 65 y ss.), el juez administrativo tiene en cuenta el lapso transcurrido entre la evasión del delincuente enfermo detenido y la producción del daño: un breve plazo hará admisible el vínculo de causalidad (CE, 29 de abril de 1987, Garde des Sceaux c/ Banque Populaire de la Région Économique de Strasbourg, citada); el transcurso de varios meses conduce al resultado inverso (CE, 27 de marzo de 1985, Garde des Sceaux c/ Mme Henry, *Rec. CE*, p. 92).

Se puede indicar también que, en la línea de las hipótesis que tienen en 283 cuenta los métodos administrativos que se juzgan peligrosos, la consideración de los caracteres del perjuicio (anormalidad y especialidad) aparece indiferente y ella no es invocada en todo caso (salvo por el Tribunal Administrativo de Grenoble que retoma, es cierto, la fórmula por sí misma ambigua de la sentencia Lecomte), la existencia de un riesgo excepcional que puede ser esgrimido por las víctimas desde que tienen la calidad de terceros en relación con la actividad administrativa que se juzga.

C. LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS DE LOS TRABAJOS PÚBLICOS

Esta es en realidad difícilmente reductible al solo tema del riesgo-peligro en 284 la medida en que aparece desde muy temprano, sobre la base de la ley del 28 pluvioso del año VIII que atribuye la competencia contenciosa al juez administrativo; esta variedad de responsabilidad se inspira en dos ideas complementarias: la ejecución de los trabajos públicos hace correr a los

administrados peligros de daños particulares, impone a los ciudadanos ciertos sacrificios en pro del interés general. Como lo escribía Raimond Odent, miembro eminente del Consejo de Estado: "es por lo demás en la materia de los trabajos públicos donde las colectividades públicas gozan de prerrogativas verdaderamente generosas, donde desde el principio del siglo XIX han tenido una actividad considerable (apertura de rutas, canales, puesta en funcionamiento de líneas férreas, luego la electrificación), y donde se trata de sacrificar a algunos en provecho de la colectividad, que la teoría del riesgo tuvo sus primeras aplicaciones" (*Contentieux administratif*, 1981, p. 1418). Pero la teoría así entendida recubre más bien la responsabilidad sin culpa en su conjunto que la de las ramas que corresponden más estrechamente a la temática del riesgo-peligro, y hay que convenir que el régimen de los daños por trabajos públicos ha presentado, sobre todo desde sus orígenes, un verdadero particularismo que constituye un conjunto difícilmente clasificable aún hoy al interior de los dos fundamentos que son el riesgo y la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

Hay que agregar que la reparación de los daños determinada por los trabajos públicos (es decir, por trabajos públicos inmobiliarios efectuados por cuenta de una persona pública y en vista de un interés general —CE, 10 de junio de 1921, *Commune de Montségur*, *Rec. CE*, p. 573— o por una persona pública dentro del marco de una misión de servicios públicos que le incumbe —T. confl., 28 de marzo de 1955, *Effimieff*, *Rec. CE*, p. 616— y por la existencia o el funcionamiento de una obra pública (es decir de una obra inmobiliaria que tiene por objeto arreglos, reformas o refacciones específicos afectados a un interés general) corresponde a un régimen de responsabilidad suficientemente atractivo para descartar la aplicación potencial de otras reglas susceptibles de entrar en juego. Es así como tratándose de los servicios públicos administrativos la culpa de un agente que utiliza una obra pública es absorbida por el hecho de la obra (CE, 26 de julio de 1929, *Commune de Chailly-en-Bière*, *Rec. CE*, p. 888). Así mismo a propósito de los daños causados a los terceros por la explotación de un servicio público industrial y comercial (CE, Sect. 25 de abril de 1958, *Veuve Barbaza*, *Rec. CE*, p. 228; T. confl., 16 de mayo de 1983, *Préfet de la Loire*, *Rec. CE*, p. 538). Esta última jurisprudencia vale también para los participantes en los trabajos públicos (T. confl., 19 de

mayo de 1958, *Tramatu*, *Rec. CE*, p. 869) pero no para los usuarios: en ese caso, es la naturaleza del vínculo que los liga a los servicios públicos industriales se impone para determinar la competencia judicial, aun en el caso en que el daño se derive del funcionamiento de la obra pública que es a su turno absorbida por el hecho del servicio que lo utiliza (T. confl., 24 de junio de 1954, *Dame Galland*, *Rec. CE*, p. 717).

Para precisar esto, conviene observar que el régimen de los daños por los trabajos públicos (que engloba pues los daños causados por las obras públicas) corresponde a un conjunto de soluciones que por lo general se describe en doctrina por medio de dos formas de lectura. Según la primera, dominante hasta en el seno del Consejo de Estado, el parámetro que determina este conjunto residiría en la calidad de la víctima (usuario, tercero, participante) en relación con el trabajo o la obra pública que causa el daño. Según una segunda presentación minoritaria, adoptada en especial por R. Chapus y G. Vedel, la naturaleza de los daños debería tomarse en consideración en primer lugar y convendría distinguir los daños "accidentales" de los llamados "permanentes". Entre esas dos concepciones es difícil zanjar, pero se prefiere la última en la medida en que ella da cuenta de la diferencia del trato jurisdiccional a los daños inevitables y a los que habrían podido evitarse sin, tratándose de estos últimos, pasar por alto la calidad de las víctimas.

1. LOS DAÑOS ACCIDENTALES

Los daños accidentales son aquellos que corresponden más estrechamente a la idea del riesgo creado. Se presentan como el resultado de un accidente, es decir, de un acontecimiento inopinado que habría muy bien podido no producirse: derrumbamiento de un muro, caída de un talud, inundación provocada por la insuficiencia de un sistema público de evacuación de aguas o la ruptura de una represa... Otra de sus características es el hecho de que esos daños pueden ser causados tanto a bienes como a personas. Respecto de ellos, la variable primordial reside en la calidad a cuyo título las víctimas sufren el daño: participante, usuario o tercero.

El participante es aquel que toma parte en la ejecución de los trabajos públicos en tanto que profesional (obrero, arquitecto...). Su suerte ha sido

definida por la jurisprudencia de una manera bastante severa puesto que según ella en derecho la reparación de los daños causados a sus bienes o a su integridad supone una culpa (simple) imputable al dueño de la obra o al empresario de los trabajos públicos implicados (CE, 15 de diciembre de 1937, Préfet de la Gironde, *Rec. CE*, p. 1044: accidente causado a un participante por el hundimiento de un puente con ocasión de su ensayo). Esta exigencia permanece aun si en el origen del accidente se encuentra una cosa peligrosa (CE, 6 de junio de 1962, EDF c/ Malfait, *Rec. CE*, p. 377: electrocución por una línea eléctrica). El trato dado al participante es así poco favorable pues él no se beneficia del liberalismo que impregna de una manera general el régimen de los daños por los trabajos públicos. Se explica por lo general esta severidad subrayando que el participante no es del todo extraño al riesgo creado y que en tanto que profesional remunerado se beneficia de un régimen legal de protección que cubre lo que es un riesgo del oficio.

En cuanto a el usuario, este se encuentra en una situación intermedia porque, como se vio (*supra*, N° 215), entra en juego la noción de falta de mantenimiento normal. La víctima usuaria no tiene en efecto que probar la existencia de una culpa: le es suficiente establecer que el accidente es la consecuencia de la ejecución de un trabajo público o del estado de una obra pública. El juez concluirá en la existencia de una falta de mantenimiento normal, a menos que el dueño de la obra o el empresario logre demostrar que las precauciones que tomó fueron de naturaleza tal que excluyen ese defecto: ese será el caso si la realización del trabajo o el estado de la obra no hacen correr a los usuarios un peligro que excede los que ellos deben esperar o bien presentan una señalización adecuada de ese peligro. La doctrina considera mayoritariamente que se trata de un régimen de responsabilidad por culpa presunta. Sin embargo, miembros del Consejo de Estado —en especial F. Gazier, R. Odent y M. Rougevin-Baville— permanecen convencidos que allí hay una aplicación particular de la responsabilidad sin culpa, sobre la base de varias observaciones: la prueba del mantenimiento normal es en principio en ciertas hipótesis (ejemplo del descontrol de los semáforos de circulación vehicular) casi imposible; el hecho del tercero no tiene carácter exoneratorio, al contrario de lo que ocurre dentro del marco de la responsabilidad por culpa (*supra*, Nos 98 y ss.); la invocación de la culpa del servicio después de la del defecto de

mantenimiento corresponde a un cambio de causa jurídica (*infra*, N° 559). Es cierto, en todo caso, que la situación del usuario obedece a un régimen particular y que son pues en realidad sólo las víctimas que tienen la calidad de terceros quienes se beneficiarán plenamente de la responsabilidad sin culpa.

Todavía conviene precisar la manera como la jurisprudencia administrativa enfoca la calidad de tercero. Según ésta, la noción de tercero tiene un carácter negativo y residual: el tercero es aquel que no puede ser considerado ni como participante ni como usuario. La distinción entre el participante y el tercero no plantea problemas particulares. Por su parte, la calificación del usuario puede aparecer más delicada.

En principio, el usuario es quien al momento del daño es beneficiario de una obra pública porque la utiliza: es evidentemente el caso del automovilista que circula sobre una vía pública, lo mismo que el del peatón o de los niños que juegan en un carrusel (CE, 15 de febrero de 1939, Ville de París, *Rec. CE*, p. 94) o también el de una comuna cuyo acueducto es averiado por la ruptura de una represa que lo alimenta (CE, 22 de octubre de 1971, Ville de Fréjus, *Rec. CE*, p. 630). Se observa por lo demás que un agente público es usuario de la obra pública constituida por el local donde él ejerce sus funciones (CE, 9 de marzo de 1962, Dame Dorso, *Rec. CE*, p. 164), que la persona que se encuentra sobre el muelle de una estación es usuario de esa obra pública aunque no tenga el boleto correspondiente para el uso del servicio público ferroviario (CE, Sect., 24 de noviembre de 1967, Demoiselle Labat, *Rec. CE*, p. 444), o aún más, que el usuario anormal, es decir aquel que utiliza la obra en condiciones no conformes con su destinación, es tratado como un usuario ordinario (CE, Sect., 30 de octubre de 1964, Ministre des TP c/ Piquet, *Rec. CE*, p. 506) bajo reserva de tener en cuenta la culpa que él también cometa. Otro caso particular concierne la hipótesis en que la víctima, tercero en relación a la obra que causa el daño, es usuario de otra obra mediante la cual se ha transmitido y realizado el daño: es entonces tratado como un usuario en la medida en que la obra causa del daño está incorporada a la que lo transmite (CE, 12 de enero de 1962, Consorts Allamargot, *Rec. CE*, p. 29: daño causado por una excavación con el fin de implantar una línea eléctrica, que ha provocado el hundimiento de la calzada sobre la cual circula el automovilista.

²⁹² En consecuencia, a título de ejemplo, se considera como tercero el propietario de criaderos instalados en un estuario, que es víctima de los daños provocados por una fábrica que se sirve del mar (CE, 30 de enero de 1970, EDF c/ Époux Caous-Lenormand, *Rec. CE*, p. 72), o el automovilista que habiendo estacionado cerca de una oficina de correos, a la cual no entra, ve averiado su vehículo por la caída de la nieve acumulada sobre el techo de ese inmueble (CE, 4 de febrero de 1972, *Ministre des P et T c/ Trifaro*, *Rec. CE*, p. 117) o bien el habitante de una comuna que resulta víctima del incendio declarado en un depósito de desperdicios, y ello cualquiera que sea beneficiario del servicio de recolección de basuras (CE, Sect., 23 de diciembre de 1970, *Commune de Bessèges*, *Rec. CE*, p. 790). Más banalmente, el propietario de un inmueble víctima de inundaciones provocadas por la obstrucción de la canalización de aguas negras tiene la calidad de tercero en relación con esta obra pública aunque el inmueble esté afectado a ese servicio (CE, 27 de julio de 1988, *Ville de Bastia*, *RD publ.*, 1989, p. 545), lo mismo que el vecino de una escuela en la cual se declara un incendio (CE, Sect., 13 de julio de 1965, *Consorts Arbez-Gindre*, *Rec. CE*, p. 442).

²⁹³ Desde que la víctima tenga la calidad de tercero se encontrará, en cuanto a sus oportunidades de indemnización, en situación muy favorable pues le será suficiente establecer la existencia de un vínculo de causalidad entre, de una parte, el perjuicio por ella soportado y, de otra, la ejecución de los trabajos o la existencia de la obra. La opción jurisprudencial por una responsabilidad sin culpa está sentada desde la sentencia *Grau* (CE, Sect., 7 de noviembre de 1952, *Rec. CE*, p. 503) y es mantenida constante en adelante. Hay que agregar que la empresa o el dueño de la obra tienen tan poca escapatoria que sólo la fuerza mayor y el hecho de la víctima tienen valor exoneratorio (*supra*, N^{os} 82 y 89). En el mismo sentido, la exigencia de anormalidad y de especialidad del perjuicio que gobierna las otras hipótesis de responsabilidad fundadas sobre la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas (*infra*, N^o 345) y que debilitan la posición de la víctima no opera tratándose de la responsabilidad por los daños accidentales causados a terceros. De todos modos, tales daños deberán considerarse como generadores por sí mismos de un perjuicio anormal y especial, al contrario de lo que ocurre con los daños permanentes.

2. LOS DAÑOS PERMANENTES

Aunque la noción sea antigua y se haya utilizado de manera corriente por la doctrina clásica (en especial por André Mathiot), su sentido real merece precisarse en tanto que se aparta de su significación aparente. En efecto, el daño permanente no se caracteriza por su duración (puede ser sólo temporal) sino por su origen: se trata de un daño no accidental que es la consecuencia natural de la ejecución de un trabajo público o de la presencia de una obra pública. Debe notarse que tales daños afectan por lo general bienes y no personas (pero en contra CE, 27 de mayo de 1988, *Société d'Exploitation Thermique du Mirail*, *RD publ.*, 1989, p. 545: perjuicios corporales pretendidamente provocados por una factoría de incineración). Consisten en perturbaciones del goce (ruidos, olores, privaciones o limitaciones para gozar de vista sobre el entorno), perjuicios comerciales (pérdida de la clientela) o pérdida de valor de un inmueble.

²⁹⁵ En este contexto, y según la demostración de M. Chapus, "la calidad de las víctimas carece siempre de consecuencia sobre las condiciones del compromiso de la responsabilidad, y [...] de una manera general, esas condiciones son definidas de modo totalmente distinto que en materia de accidentes" ("Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics", en *Mél. Waline*, 1974, p. 315). Pasan en efecto al primer plano los caracteres del perjuicio invocado por la víctima: éste en efecto debe ser anormal y especial, en referencia a la idea según la cual los ciudadanos administrados están obligados a soportar los inconvenientes normales que entraña la presencia de las obras públicas o la realización de los trabajos públicos. Así, una sociedad que gerencia un hotel fue aceptada como quejosa en razón de la construcción de un aparcadero subterráneo y con derecho en virtud de los daños provocados por los trabajos "en la medida en que ella ha estado sometida a sujeciones que un riberano de la vía pública puede normalmente ser llamado a soportar" (CE, 22 de junio de 1992, *Société Bac Montalembert et Saint Martin*, *RD publ.*, 1993, p. 249). Lo mismo tratándose de vecinos de un aeropuerto llevados a soportar "inconvenientes que exceden los que normalmente pueden ser llamados a soportar los habitantes de las comunas situadas en las proximidades de un aeropuerto" (CE, 20 de noviembre de 1992, *Commune de Saint-Victoret*, *Rec. CE*, p. 418). La jurisprudencia desde muy temprano ha vinculado

esta exigencia a la idea de los inconvenientes anormales de la vecindad (CE, Sect., 24 de julio de 1931, Commune de Vic-Fézensac, *Rec. CE*, p. 860).

296 La exigencia de especialidad se comprende como una condición de naturaleza tal que restringe el número de víctimas potencialmente indemnizables y está vinculada de manera directa a la noción de vecindad: sólo los vecinos de una obra pública, tales los riberanos de una vía pública, serán concernidos por ese régimen de responsabilidad pues sólo ellos pueden pretender haber soportado un sacrificio particular. Sin embargo, como lo reconoce el conjunto de la doctrina, esta exigencia no es apreciada con severidad por el juez administrativo. Por excepción, los propietarios de inmuebles situados al borde del mar se han podido considerar como no especialmente expuestos por la creación de una estación de servicio que se pretende altera su vista (CE, 28 de abril de 1976, *Ministre de l'Équipement c/ Audibert*, *Rec. CE*, p. 221). A la inversa, los propietarios de la única residencia situada dentro de un radio de 1.000 metros alrededor de una central nuclear llenan la condición de especialidad respecto de la pérdida de valor económico que ella implica en detrimento de su propiedad (CE, 5 de abril de 1991, *Époux Cocquet-Chassaing*, *RD publ.*, 1991, p. 1444).

297 En cuanto a la anormalidad del perjuicio, según la expresión de M. Gazier, ella "reposa sobre la noción de umbral" [*Rép. Dalloz. Responsabilité de la puissance publique*, v, "Travaux publics (dommages de)"], apreciación de un nivel de obstáculo que los administrados deben normalmente soportar sin indemnización en presencia de los inconvenientes provocados por los trabajos o las obras públicas. Este tope y ese nivel no son definidos de manera absoluta, sino respecto de cada situación concreta aprehendida circunstancialmente por el juez. Para no tomar sino dos ejemplos, el vecino de un terreno de fútbol quizá en las condiciones del caso, "mirado [...] como quien soporta [...] un daño que excede las sujeciones que los vecinos de tal obra pública están normalmente llamados a soportar" (CE, 22 de marzo de 1991, *Rivat*, *Rec. CE*, índices, p. 1179); y a la inversa, los daños provocados por las humaredas de vapor que produce una central nuclear son tenidos como insuficientemente importantes (CE, 5 de abril de 1991, *Époux Docquet-Chassing*, *cit.*).

298 En este contexto debe destacarse que el juez administrativo tiene en cuenta lo que M. Rougevin-Baville llama "la ausencia de un álea normalmente soportado por la víctima". En efecto, si el perjuicio invocado por la víctima

resulta de un riesgo de daño que ella ha aceptado a ciencia y paciencia y que no excede lo que podría razonablemente esperarse, no será posible prevalecerse de él con alguna utilidad. Así, el propietario de un terreno situado en una zona residencial "que se encuentra normalmente ante el riesgo de ver edificados inmuebles colectivos sobre las parcelas vecinas" no puede quejarse de que esos alojamientos múltiples hayan sido regularmente edificados cerca de su morada (CE, 13 de mayo de 1988, *Opium de Toulon*, *RD publ.*, 1989, p. 544). Lo mismo el avicultor que se ha instalado en la proximidad de un lugar de trabajos públicos no puede prevalecerse del ruido que éste provoca y de las consecuencias nefastas que resultan para sus aves (CE, 10 de diciembre de 1967, *Chambellan*, *Rec. CE*, p. 521). De una manera general, cuando el demandante en reparación se prevale de los daños cuya existencia conocía (o que él no podía razonablemente ignorar) y se instala en la proximidad de una obra pública que los produce, no es admitido a quejarse sobre el terreno de la responsabilidad por daños permanentes de trabajos públicos: una "excepción de riesgo aceptado" (R. Chapus) se lo impide a los ojos del juez (*infra*, N° 465).

299 Hay que destacar que si el esquema descrito es válido para los daños permanentes en general, puede conocer una atenuación en cierta hipótesis particular, esto es en aquella en que se ponen en causa, según una fórmula jurisprudencial genérica, "las modificaciones aportadas a la circulación general que resultan sea de los cambios efectuados en el sentido de las vías públicas, sea en la creación de nuevas vías". En efecto, los perjuicios comerciales o las depreciaciones de los inmuebles "no son de naturaleza tal que permita abrir el derecho al pago de una indemnización" en provecho de los vecinos (CE, 20 de enero de 1988, *Consorts Métral*, *RD publ.*, 1988, p. 896; y antes CE, Sect., 2 de junio de 1972, *Société des Bateaux de la Côte d'Émeraude*, *Rec. CE*, p. 414). Pero ese principio puede sin embargo inaplicarse cuando un comerciante es obligado a cesar su actividad (CE, 16 de octubre de 1992, *S. A. Garage de Carches*, *Rec. CE*, índices, p. 1303; transformación de una ruta en vía peatonal que implica el cierre de un garaje) o cuando el perjuicio consiste en la privación para el vecino de su derecho de acceso a la vía pública (al contrario sentencia *Metral*, citada).

300 Esta última solución se explica por el hecho de que una privación se considera de modo general en sí misma como suficientemente grave y anormal

para generar la responsabilidad pública (CE, 30 de junio de 1976, *SARL Martinet*, *Rec. CE*, p. 345). Sin embargo, hay que distinguir esta hipótesis de aquella en que se juzga un simple estorbo en el ejercicio del derecho de acceso, caso en el cual se reencuentra la exigencia de un perjuicio anormal y especial (por ejemplo, CE 11 de febrero de 1991, *Lerche*, *RD publ.* 1992, p. 1444).

301 En fin, puede percibirse cierto particularismo en el tratamiento jurisprudencial de las prolongaciones de recorridos. Cuando, en efecto, el perjuicio provocado por un daño de trabajos públicos reside para la víctima en el aumento de la distancia que debe recorrer el juez tiene la tendencia a referirse a esa situación por relación a los trabajos: si se tiene la calidad de usuario (es decir, si es tomado como beneficiario de su ejecución) toda indemnización le será rechazada (CE, Sect., 2 de abril de 1965, *Boudy*, *Rec. CE*, p. 222; CE, 20 de febrero de 1970, *Ministre de l'Équipement c/ Société Burin des Rozières*, *Rec. CE*, p. 130); si es afectado en calidad de tercero, será posible una indemnización en la medida en que el perjuicio sufrido sea anormal y especial (CE, 21 de julio de 1989, *Ministre des Transports c/ Époux Trommer-Hofman*, *RD publ.*, 1990, p. 1174). Sin embargo, el papel de la distinción tercero-usuario no es aquí perfectamente clara y puede aún sostenerse que todo derecho a la reparación no está forzosamente excluido cuando la víctima es un usuario (en este sentido, R. Chapuis).

302 Se observa en todo caso que visto desde la perspectiva de los daños permanentes la responsabilidad aferente a los daños por trabajos públicos encuentra su "fundamento profundo" (F. Gazier) en la idea de la afectación de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, antes que en la del riesgo-peligro. Esta se encuentra así mismo superada cuando pasa al primer plano el riesgo provecho.

II. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO PROVECHO

303 En este nuevo contexto, "si la actividad nociva no presenta en sí misma un carácter peligroso ella favorece a la Administración; en contrapartida ésta debe responder cuando represente riesgo" (G. Vedel y P. Delvolvé. *Droit administratif*, 1992, p. 602). Esta idea, presente ya en las conclusiones de Romieu sobre la sentencia *Cames* (CE, 21 de junio de 1895, *Rec. CE*, p. 509),

inspirar aún un cierto número de soluciones, bastante raras si se trata de los daños padecidos por los colaboradores permanentes de los servicios públicos (A) pero más numerosas cuando se juzgan daños provocados por colaboradores ocasionales (B).

A. LOS DAÑOS PADECIDOS POR LOS COLABORADORES PERMANENTES

304 El asunto de los daños experimentados por los agentes públicos en servicio no pertenece en lo esencial al régimen jurisprudencial iniciado por la sentencia *Cames* luego de la generalización a finales del siglo XIX de la legislación sobre los accidentes de trabajo. Sólo de manera excepcional la responsabilidad sin culpa vendrá a suplir el régimen legislativo de reparación, el cual se traduce para los agentes públicos en el otorgamiento de una pensión. Cuando en efecto el *forfait de pension* no puede aplicarse (1) o cuando se encuentra excluido (2) la responsabilidad por riesgo puede reencontrar su imperio.

1. HIPÓTESIS EN QUE EL "FORFAIT DE PENSION" NO PROCEDE

305 La tarifa pensional impide, cuando es aplicable, toda indemnización complementaria (CE, 16 de noviembre de 1988, *Veuve Fratani*, *Rec. CE*, índices, p. 1021). Ella supone que se esté frente a un daño corporal imputable a la colectividad pública de la cual depende el agente, de suerte que ésta estará obligada a reconocer a la víctima o a sus casahabientes una pensión tendiente a reparar la totalidad del perjuicio.

306 Pero si los daños causados no son de naturaleza corporal los agentes públicos que son víctimas, en cuanto fueron expuestos dentro del marco de sus funciones a riesgos particulares, podrán ser indemnizados por la persona pública que los emplea sin necesidad de establecer una culpa. Son testimonio de ello las sentencias proferidas a propósito de los funcionarios franceses en el exterior cuyos bienes han sido robados o deteriorados cuando han debido permanecer en su sitio de trabajo a solicitud de sus superiores jerárquicos (CE, Sect., 19 de octubre de 1962, *Perruche*, *Rec. CE*, p. 555; CE, Ass., 16 de octubre de 1970, *Époux Martin*, *Rec. CE*, p. 593).

307 No ocurre otra forma cuando el demandante en reparación no tiene derecho a una pensión por el perjuicio que invoca, y esto aunque un daño corporal haya sobrevenido. Así, cuando una enfermera se encuentra obligada a cesar en el ejercicio de su especialidad por ser víctima de una afección en relación con su servicio, en tanto que ésta será reconocida sólo más tarde como una enfermedad profesional, ella "puede ejercer respecto de su empleador una acción de responsabilidad de acuerdo al derecho común", es decir sobre la base del sólo vínculo de causalidad entre el ejercicio de sus funciones y el perjuicio alegado (CAA Nancy, 1º de junio de 1994, Mlle Rolande Séller, *AIDA*, 1994, p. 849). Se puede así mismo evocar un negocio más antiguo en el cual una institutriz en estado de embarazo se encuentra en servicio en un establecimiento donde se presenta una epidemia de rubéola: el nacimiento de un niño afectado por graves malformaciones compromete el pago de una indemnización en razón del riesgo así soportado (CE, Ass., 6 de noviembre de 1968, Dame Saulze, *Rec. CE*, p. 550). Esta jurisprudencia ha sido ilustrada más recientemente pues el Tribunal Administrativo de París juzgó que el marido de una enfermera que fue contagiado con el virus del SIDA, por el cual ella había sido accidentalmente contaminada dentro del marco de su servicio, debe ser indemnizado: "para una enfermera el hecho de estar en forma permanente expuesta a los peligros del contagio comporta para su marido [...] un riesgo especial y anormal". (Trib. Adm. París, 20 de diciembre de 1990, Époux B., *Rec. CE*, p. 514). Se observa además que en muchos de esos negocios el riesgo peligro viene a agregarse al riesgo provecho.

2. HIPÓTESIS EN QUE EL "FORFAIT" PENSIONAL NO OPERA

308 Según la ley del 8 de julio de 1983 que modificó el artículo 62 del Código del Servicio Nacional, los jóvenes en cumplimiento del servicio nacional que son víctimas de accidentes corporales sufridos en el servicio o con ocasión de él escapan en adelante a los rigores del *forfait* pensional. Ellos pueden entonces beneficiarse de una reparación complementaria a la otorgada por el *forfait*, a fin de asegurar la indemnización integral del perjuicio que han sufrido. En la sentencia Consorts Bridet y otros (CE, Sect., 27 de julio de 1990, *Rec. CE*, p. 230), el Consejo de Estado ha juzgado que los colaboradores particulares de

la Administración "que sufran, en cumplimiento de sus obligaciones, un perjuicio corporal están legitimados, así como sus causahabientes, y en ausencia de toda culpa de la colectividad pública, para obtener una reparación...". Se puede pensar, con Gilles Darcy, que la "perennidad de la jurisprudencia Cames" se encuentra así asegurada aun si con posterioridad el Consejo ha rechazado que esta variante de la responsabilidad por riesgo provecho entre en juego cuando la imputabilidad al servicio del daño sufrido por el llamado no haya sido demostrada (CE, Sect., 28 de julio de 1993, Stéfani, *Rec. CE*, p. 231).

B. LOS DAÑOS EN QUE INCURREN LOS COLABORADORES OCASIONALES

309 La jurisprudencia Cames ha encontrado un nuevo terreno de expresión y de la más grande importancia con la hipótesis de la responsabilidad por el hecho de los colaboradores ocasionales (que son casi siempre benévolo). La posibilidad de comprometer la responsabilidad de las colectividades públicas sin que le sea reprochada ninguna culpa ha sido admitida con la sentencia Chavat (CE, Sect., 5 de marzo de 1943, *Rec. CE*, p. 62) tratándose de los daños sufridos por los colaboradores requeridos por la Administración Pública; y luego con la sentencia Faure (CE, Ass., 30 de noviembre de 1945, *Rec. CE*, p. 245) cuando un particular es llamado a participar en el servicio público de lucha contra un incendio. Con la sentencia Commune de Saint-Priest-La Plaine (CE, Ass., 22 de noviembre de 1946, *Rec. CE*, p. 279) se indemniza sin culpa a un administrado que acepta lanzar un fuego artificial a pedido del alcalde, y en fin, con la sentencia Ville de Sentis (CE, Sect., 15 de febrero de 1946, *Rec. CE*, p. 50) se beneficia del mismo tratamiento un administrado que aporta espontáneamente su ayuda a los agentes de policía que se esfuerzan en impedir un suicidio (o que por sí mismo presta su concurso a la autoridad de policía para arrestar a un malhechor: CE, Sect., 17 de abril de 1953, Pinguet, *Rec. CE*, p. 177).

310 Para dar cuenta de esta hipótesis específica de responsabilidad sin culpa conviene precisar la noción de colaborador ocasional (1) antes de abordar el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad que le corresponde (2).

I. LA NOCIÓN DE COLABORADOR OCASIONAL

311 Tiene la calidad de colaborador ocasional del servicio público en el sentido de esta jurisprudencia el administrado que participa efectivamente en una actividad del servicio público y que lo hace dentro del marco de una colaboración responsable bajo ciertas características.

312 En cuanto al carácter de servicio público de la actividad a la cual el administrado aporta su concurso, se entiende en sentido material de actividad de interés general asumida o estrechamente controlada por una persona pública, y no se puede ilustrar sino por ejemplos negativos o positivos. Así, tratándose de la participación en la organización de una fiesta local desprovista del carácter tradicional (CE, 12 de abril de 1972, Chatelier, *Rec. CE*, p. 262) o del tañido de las campanas de una iglesia, no podría encontrarse participación en un servicio público (CE, 5 de julio de 1963, Dame veuve Ledoyen, *Rec. CE*, p. 418). Pero en cambio, y aun si no existe ninguna organización correspondiente, el salvamento de una persona en peligro se vincula al servicio de la policía municipal a través del Código de las Comunas que confía al alcalde el cuidado de "hacer cesar, mediante la distribución de los auxilios necesarios, los accidentes y los flagelos calamitosos" (art. L. 131-2, 6°; CE, Sect., 25 de septiembre de 1970, Commune de Batz-sur-Mer, *Rec. CE*, p. 540). Así mismo y demostrando "un verdadero carácter atractivo" (J. Cl. Bonichot) de la noción de servicio público en ese contexto, se ha admitido recientemente que una persona requerida por el rector del Liceo Franco-Helénico en Atenas (institución de derecho privado griego) para organizar una salida de los alumnos es un colaborador del servicio público que consiste en favorecer la difusión de la lengua y el esplendor de la cultura francesa (CE, Sect., de enero de 1993, Mme Galtié, *Rec. CE*, p. 11). Los ejemplos son muy numerosos en cuanto a la participación ocasional en un servicio público orgánicamente constituido (lucha contra los incendios: CE, Sect., 19 de enero de 1962, Ministre de l'Agriculture c/ Barcons, *Rec. CE*, p. 52; hospitales: CE, 18 de enero de 1984, CHR Universitaire de Grenoble, *Rec. CE*, índices, p. 729; aduanas: CE, Sect., 24 de junio de 1966, Ministre des Finances c/ Lemaire, *Rec. CE*, p. 416; justicia: CE, Sect., 26 de febrero de 1971, Ministre de la Justice c/ Aragon, *Rec. CE*, p. 172) o una simple misión de servicio público (además, la abundante jurisprudencia sobre los salvavidas benévolos —por

ejemplo, CE, 14 de diciembre 1988, Commune de Catillon-Fumechon c/ Consorts Allain, D. 1989, sumario, p. 353: consejero municipal que emprendió la prevención del peligro que presentaba la inestabilidad de los arcos en un campo de fútbol sobre la plaza de una población—).

En cuanto a la colaboración con el servicio público, hay que entenderla 313 como una participación efectiva y justificada en el servicio público. La primera parte de la afirmación conduce a poner de lado el caso del administrado que tuvo solamente la intención de colaborar sin pasar al acto (caso del pasante que concurre al llamado de una persona sobre la vía pública: CE, 3 de octubre de 1980, Gambini, *Rec. CE*, p. 355). La segunda conduce a observar que la justificación que se exige en cuanto a la colaboración aportada por un administrado se hizo al cabo del tiempo mucho menos imperativa: una demanda precisa de la Administración ya no es en realidad necesaria, desde que la urgente necesidad puede hacer oportuna una colaboración espontánea (caso del salvavidas benévolo). Pero fuera de esta hipótesis, una intervención que no es dirigida por las circunstancias se puede juzgar como intempestiva e indigna de comprometer la responsabilidad sin culpa de la Administración Pública (CE, 14 de diciembre de 1981, Guinard, *RD publ.*, 1082, p. 1447: enfermo de un hospital cuya colaboración no le ha sido solicitada ni aceptada y que ninguna necesidad urgente justificaba; CE, 16 de junio de 1989, Pantaloni, *Rec. CE*, p. 143: propietario de un barco que en forma espontánea emprendió la evacuación de franceses del territorio de Vanuatu).

El colaborador del servicio público debe también distinguirse del simple 314 usuario del servicio, porque éste está de alguna manera asociado a su funcionamiento en busca de ciertas ventajas. Así "cuando la participación o el concurso aportado para la ejecución del servicio es el hecho de un usuario del mismo y no supera la contribución que puede esperarse normalmente de ese usuario como contrapartida de las ventajas que le aporta el servicio público" (CE, 27 de octubre de 1961, Caisse Primaire de Sécurité Sociale de Mulhouse c/ Kormann, *Rec. CE*, p. 601); el régimen de la responsabilidad sin culpa no entrará en juego. Así, un agricultor herido durante la vacunación de su ganado, aunque ésta se haya realizado en virtud de un mandato sanitario expedido por el prefecto, no puede beneficiarse de dicho régimen (CE, 29 de abril de 1983, Narcy, *Rec. CE*, índices, p. 851). Y el juez administrativo considera por lo general que los participantes en una competencia deportiva no tienen la calidad

de colaboradores ocasionales aunque ésta se interprete como una actividad de servicio público (CE, Sect., 2 de febrero de 1979, *Ministre de l'Agriculture c/ Gauthier*, *Rec. CE*, p. 38). Lo mismo tratándose de los participantes en una fiesta local (CE, Sect., 30 de octubre de 1953, *Bossuyt*, *Rec. CE*, p. 466 y CE, Sect., 10 de febrero de 1984, *Launey*, *Rec. CE*, p. 65). Se observa sin embargo que el Tribunal de Lyon juzgó que una jinete víctima de un accidente en el curso de un desfile organizado con ocasión de una fiesta local tradicional colabora con un servicio público desde que su club es invitado a participar; ella "no era, en esas condiciones, una simple concurrente que actuaba dentro del marco de una competición deportiva" (CAA Lyon, 10 de octubre de 1990, *Commune de Saint-Rémy-de-Provence*, *Rec. CE*, p. 470). Esta última sentencia tiende también a contradecir otra jurisprudencia: aquella según la cual "tampoco hay colaboración directa con el servicio cuando el interesado participa como miembro de un organismo al que se ha confiado el servicio" (GAJA, N° 67, 1993, p. 377), así lo demuestra el caso del agente de una colectividad pública puesto a disposición de otra (CE, Ass., 9 de julio de 1976, *Gonford*, *Rec. CE*, p. 354) o el del obrero de una empresa herido durante la ejecución de un contrato suscrito con el Estado (CE, 12 de mayo de 1967, *Époux Capaci*, *Rec. CE*, p. 215).

2. LA RESPONSABILIDAD APLICABLE EN EL CASO DE LOS COLABORADORES OCASIONALES

315 Esta incumbe de manera general a la colectividad en cuyas atribuciones se encuentra la misión del servicio público que da origen a la colaboración. Así, tratándose de las operaciones en cuya ejecución se auxilia a personas en peligro, responderá normalmente la comuna en cuyo territorio se produjo el accidente (por ejemplo., CE, 14 de octubre de 1988, *Le Goff*, *Rec. CE*, p. 341: el administrado que auxilia a un enfermo mental evadido de un hospital debe dirigirse, en caso de daño, no contra éste sino contra la comuna en cuyo territorio se encuentra el enfermo que se está ahogando). De allí la carga potencial que representa la responsabilidad correspondiente para las Comunas convertidas así en "víctimas de los auxiliares benévolos" (J. Roche).

316 El régimen de responsabilidad sin culpa que beneficia a los colaboradores ocasionales víctimas o a sus causahabientes es tanto más favorable cuanto que

no se encuentra ninguna restricción relativa al carácter del perjuicio: éste no tiene necesidad de ser anormal y especial, de suerte que todo perjuicio será reparado en su integridad. Se reencuentra aquí la idea según la cual lo que funda la responsabilidad de la Administración es "la garantía debida por la Administración a quienes están a su servicio" (J. Cl. Bonichot); es decir, el riesgo padecido por un administrado por el hecho de su colaboración (muy claramente, en ese sentido, CE, enero de 1984, *Ferlin*, *Dr. Adm.* 1984, N° 75).

Se plantea por lo demás en ciertas situaciones de colaboración ocasional el problema de saber si la intervención constitutiva de tal colaboración debe ser puramente desinteresada y altruista. Durante largo tiempo la doctrina se ha orientado en el sentido de que la colaboración dictada por motivos de interés personal, afectivo o profesional no podía tenerse en cuenta. Pero la jurisprudencia ha estatuido muy claramente en sentido inverso y admitido que un administrado puede ser indemnizado por haber tratado de salvar a su primo político (CE, Sect., 1° de julio de 1977, *Commune de Cogla*, *Rec. CE*, p. 301: sentencia dictada bajo las conclusiones contrarias de M. Morisot), o que un hombre pueda beneficiarse de tal régimen de responsabilidad por haber emprendido el salvamento de su hijo o de su hermana (CE, 22 de junio de 1984, *Mme Nicolai*, *Rec. CE*, p. 729). El hecho de que preexista a la situación de colaboración ocasional un vínculo de parentesco entre el auxiliador y la persona auxiliada no es un obstáculo. Se considera por lo general que esta generosidad del juez administrativo no podría persistir en el caso del accidente puramente doméstico, es decir desprovisto de la menor publicidad (en ese sentido en especial R. Chapus). En otro caso un experto judicial que no había podido obtener luego de un proceso el pago de sus honorarios por la insolvencia de la parte deudora fue admitido a reclamar del Estado la reparación "por haber participado en el funcionamiento del servicio público de la justicia administrativa" (CE, Sect., 26 de febrero de 1971, *Ministre de l'Intérieur c/ Aragon*, *Rec. CE*, p. 172).

En fin, conviene destacar que la persona pública en cuya competencia entra el acto de colaboración está obligada a garantizar las consecuencias dañinas que él provoque en detrimento de terceros en las condiciones del derecho común. Es tanto como decir que el daño causado por un colaborador ocasional es tratado como lo sería el cometido por un agente público ordinario

(CE, Sect., 22 de marzo de 1957, *Compagnie d'Assurances l'Urbaine et le Seine*, *Rec. CE*, p. 200). Y puede notarse aún más que el régimen de responsabilidad sin culpa así imaginado por el juez administrativo para los colaboradores de la Administración ha parecido suficientemente pertinente a la Corte de Casación como para retomarlo por su cuenta al juzgar un daño imputable al servicio público de la justicia ordinaria (Cass. civ., 23 de noviembre de 1956, *Trésor Public c/ Giry*, Bull. II, 407; *GAJA*, N° 93).

319 Puesto que la Administración obtiene provecho de la colaboración que le ofrecen, a título permanente u ocasional, profesional o desinteresado (benévolo), las personas que participan en el cumplimiento de sus misiones, parece equitativo que se ponga en marcha un régimen de responsabilidad particularmente liberal. Pero la idea del riesgo provecho que subyace en ciertas decisiones jurisprudenciales y que completa la del riesgo peligro tiende hoy a ser reemplazada a veces por la idea del riesgo álea.

III. EL RIESGO-ÁLEA

320 La noción de riesgo ha sido desde sus orígenes fuertemente vinculada a la de azar, por corresponder a la toma en cuenta de la probabilidad de que cierto tipo de actividades o acontecimientos fuesen productores de daños con independencia de toda culpa. Como ha podido escribirlo J. M. Cotteret, "sin probabilidad no hay riesgo" ("*Le régime de la responsabilité pour risques en droit administratif*", en *Études de droit public*, 1964, p. 391). Sin embargo, en las hipótesis antes consignadas a título de riesgo se evidencia la existencia de una alta probabilidad de daño porque la actividad administrativa que soporta la responsabilidad sin culpa presenta una elevada peligrosidad (armas y artefactos peligrosos, obras excepcionalmente peligrosas, métodos peligrosos...), o está en juego la garantía que ofrece la Administración como consecuencia del concurso que le aportan sus colaboradores permanentes u ocasionales. El llamado a la noción de riesgo no está pues desprovisto de toda ambigüedad y puede encontrarse lógico que ciertos desarrollos jurisprudenciales recientes unidos a la responsabilidad hospitalaria se interpreten por la doctrina más bien en referencia a la noción de álea y así mismo si la formulación de las sentencias correspondientes también recurre al término de riesgo.

La cuestión del álea terapéutico pasó al primer plano en los últimos años, en especial a través del drama del SIDA, y numerosos proyectos de ley al respecto se han radicado, aunque ningún texto en su conjunto haya sido todavía adoptado. Los jueces ordinarios, como los administrativos, han respondido a su manera a este incremento de demandas sociales en la materia. El juez administrativo competente para apreciar la responsabilidad de los hospitales públicos o del Estado ha desarrollado tres jurisprudencias notables que de algún modo reenvían a la problemática del álea.

321 La primera nació de una sentencia del Tribunal de Lyon, la sentencia Gómez (21 de diciembre de 1990, *Rec. CE*, p. 498) por la cual esta jurisdicción juzgó que "la utilización de un método terapéutico recién creado, cuando sus consecuencias no se conocen por completo constituye un riesgo especial para los enfermos que se someten", de suerte que "las complicaciones excepcionales y anormalmente graves que son su consecuencia directa, aun en ausencia de culpa, comprometen la responsabilidad del servicio público hospitalario". Con esta primera etapa nos situamos más allá de las presunciones de culpa a veces admitidas en responsabilidad hospitalaria (*supra*, N° 216) pero el vínculo con la aproximación clásica no está del todo ausente. En efecto, el enfermo a quien se aplica una terapéutica nueva, se considera de alguna manera como un colaborador benévolo que hace progresar los conocimientos médicos de suerte tal que el riesgo que él corre debe recompensársele por la admisión de una responsabilidad sin culpa. También es posible situarse, para explicar esta decisión, sobre el terreno del riesgo especial del daño que experimenta el enfermo a quien sin razón vital se le aplica un método terapéutico cuyos efectos aún no se conocen bien, de suerte que se estaría simplemente en presencia de una nueva aplicación de la jurisprudencia Tohuzellier (*supra*, N° 276; en ese sentido, René Chapus). Pero tampoco está prohibido pensar que en realidad, más allá de la tentativa de la Corte de Lyon de fundir su jurisprudencia en un molde ya probado, se esconde una innovación vital: la que constituye el advenimiento implícito del hecho que el álea terapéutico, entendido como "el advenimiento de un riesgo dañino, sea totalmente desconocido... sea conocido, pero de ocurrencia excepcional... sin que ningún elemento culposo pueda serle inculcado en su origen" (J. C. Baste, "*L'aléa médical: évolution du concept en droit public*", en *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, 1995, p.

19). Nótese que, falto de recursos en casación, el Consejo de Estado no ha tenido la ocasión de confirmar o infirmar la sentencia Gómez, pero no se tiene ninguna razón para pensar que fuere desautorizada por la suprema jurisdicción.

323 La segunda etapa surge de una sentencia del Consejo de Estado, la sentencia Bianchi (CE, Ass., 9 de abril de 1993, *Rec. CE*, p. 127), por la cual se afirmó que “cuando un acto médico necesario para el diagnóstico o para el tratamiento del enfermo presenta un riesgo cuya existencia se conoce pero cuya realización es excepcional y respecto de la cual ninguna razón permite pensar que el paciente se vaya a exponer en particular, la responsabilidad del servicio público hospitalario se compromete si la ejecución de ese acto es la causa directa de los daños sin relación con el estado inicial del paciente como con la evolución previsible de ese estado y presenta una carácter de extrema gravedad”. El campo de aplicación de esta jurisprudencia es no obstante restringido porque se excluye su aplicación a riesgos en serie tales como el que se refiere al virus del SIDA, y las condiciones de perjuicio son suficientemente rigurosas para delimitar su aplicación a un perímetro restringido (ver sin embargo CAA Lyon, 20 de septiembre de 1993, *Hôpital Joseph-Imber d'Arles*, *Rec. CE*, p. 470). La perplejidad es sin embargo más grande aquí respecto de la aproximación tradicional de la responsabilidad administrativa pues la referencia al riesgo es aún más incierta: casi no se puede pensar que un acontecimiento tan raro estadísticamente como el que se realiza en este punto se comprenda como correspondiente a un “riesgo especial de daño”. No se puede por lo demás imaginar que la aplicación a M. Bianchi de una técnica diagnóstica tan conocida le sirva a la ciencia médica al punto de considerarlo como un colaborador de la Administración (como es el caso de los donantes de sangre: CAA Nantes, 11 de junio de 1992, *Delhommeau*, *Rec. CE*, p. 539). Es forzoso pues salir del marco clásico del razonamiento para desembocar en la conclusión de que es solamente la concreción de un álea terapéutico lo que justifica que el hospital, cuya actividad ha provocado su realización, deba responder pecuniariamente. ¿Pero no se trata entonces de una socialización inconfesa de un tipo particular de daños, la cual no debería poder lógicamente ser el hecho del juez sino del solo legislador, imputándola no al hospital sino a la colectividad nacional (fondos de indemnización o seguro)?

Una tercera (y última por ahora) etapa se presentó con tres sentencias aún más recientes del Consejo de Estado (26 de mayo de 1995, *Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan*, JCP 1995, éd. G.II.22468) por las cuales la alta jurisdicción estatuyó sobre la responsabilidad engendrada por la utilización de sangre contaminada dentro de la actividad hospitalaria. El Consejo juzgó primero que solo en la hipótesis en que la sangre haya sido suministrada por una estructura perteneciente a la misma persona pública (hospital) esta responsabilidad “debe ser buscada no sobre los principios que gobiernan la responsabilidad de los hospitales en tanto que dispensadores de prestaciones médicas... sino sobre la base de reglas propias a su [asistencia pública] actividad de gestor de un centro de transfusión sanguínea”. Este consideró en seguida que, “vista la misión que les es [...] confiada por la ley, así como los riesgos que presenta el suministro sanguíneo, los centros de transfusión son responsables, por lo mismo, en ausencia de culpa, de las consecuencias nocivas de la mala calidad de los productos suministrados” (en cambio el hospital que utiliza el plasma que él no ha suministrado no es responsable sino en caso de culpa simple). Hay que notar que en paralelo y sobre la base de un razonamiento jurídico bien diferente (obligación contractual de seguridad) la Corte de Casación ha llegado al mismo resultado tratándose de centros privados de transfusión sanguínea (Cass. civ., 12 de abril de 1995, *Consorts Martial c/ CRRS de l'Hôpital Purpan*, JCP 1995, éd. G.II.22467). Allí todavía puede pensarse que detrás del riesgo invocado por el juez administrativo se perfila el álea, es decir el riesgo estadístico que, más allá de todas las verificaciones exigidas en determinado momento por la ciencia médica, el plasma resulte contaminante. Pero paradójicamente la toma en consideración de este álea a favor de la víctima deja a los centros de transfusión sanguínea desprovistos de recursos financieros desde que la dificultad para medir el riesgo estadístico correspondiente los priva potencialmente de asegurador. Como ha podido escribirlo M. Cotteret, “si un poco de azar aproxima al riesgo, mucho lo aleja”.

325 Históricamente la responsabilidad por riesgos ha sido la primera forma de responsabilidad administrativa sin culpa. Pero si ella ha evolucionado en forma notable como se ha visto, desde su lejano origen, conserva un lugar importante entre las situaciones en que la responsabilidad de la Administración se compromete en ausencia de culpa. Pero ella está lejos de tener un papel

exclusivo el desarrollo que ha conocido una segunda variedad de responsabilidad sin culpa, a saber, la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

SECCIÓN 2 LA RESPONSABILIDAD POR RUPTURA DE LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

³²⁶ Se ha visto en la introducción (*supra*, Nos 48 y ss.) que el principio de la igualdad ante las cargas públicas con frecuencia se invoca en doctrina como fundamento de la responsabilidad administrativa en su conjunto. Pero se ha dicho también que allí hay algo de artificio y aun se ha podido demostrar que se trata de un "fundamento incierto" (D. 1987, *chron.*, p. 157). No queda sino como un eco, ciertamente lejano, del artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 que el juez administrativo, empujado por la doctrina, se haya convencido de que una parte al menos de la jurisprudencia sobre la responsabilidad administrativa sin culpa puede explicarse por referencia a esta idea: cuando la Administración Pública toma una decisión que, sin ser ilegal (allí la paradoja), rompe la igualdad debida a los ciudadanos ante las cargas públicas debe reparar las consecuencias dañinas en la medida en que ha creado un perjuicio anormal y especial.

³²⁷ Es cierto, en sentido más limitado, que el principio de igualdad ante las cargas públicas merece fundar al menos en parte la responsabilidad pública, desde que el Consejo Constitucional ha invocado de manera explícita en sus decisiones la posibilidad de una "reparación sobre el fundamento del principio constitucional de igualdad de todos ante las cargas públicas" (Déc. 4 de julio de 1989, *Privatisations, Rec. Cons. Const.*, p. 41), y se puede agregar que este papel es tanto más legítimo cuanto que sobre el terreno ideológico el principio ha acompañado la construcción del Estado republicano y que puede permitir compensar los excesos del Estado intervencionista. Pero por lo mismo su impacto real no podría limitarse y técnicamente conviene, en referencia a la jurisprudencia administrativa, delimitar el campo de aplicación de esta variedad de responsabilidad sin culpa (i) luego de precisar sus condiciones de compromiso (ii).

Michel
Paillet

TRADUCCIÓN Y ESTUDIO
INTRODUCTORIO

Jesús María
Camiño Ballesteros