



Carlos A. Echevesti *dirección*

Ernesto E. Domenech; Tomás A. Hutchinson;
Melchor R. Cruchaga; Horacio D. Piombo

Responsabilidad de los funcionarios públicos

♦ RESPONSABILIDAD CIVIL: PRESUNCION DE CULPA; EJERCICIO Y OCASION DE LA FUNCION PUBLICA; EXIMENTES; CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CON EL ESTADO; LA FALTA DE SERVICIO ♦ RESPONSABILIDAD PENAL: IMPLICANCIAS DE SER FUNCIONARIO PUBLICO EN EL JUICIO PENAL Y EN LA ADMINISTRACION DEL CASTIGO ♦ RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL: CONSEJO DE LA MAGISTRATURA; EVALUACION DE LA IDONEIDAD; ACUSACION; PROCEDIMIENTO; JURADO DE ENJUICIAMIENTO; REMOCION; MAL DESEMPEÑO; MALA CONDUCTA; CRIMENES COMUNES ♦ RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: DISCIPLINARIA; CONTABLE Y PATRIMONIAL; JURISDICCION Y COMPETENCIA; SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES; JUICIO DE RESIDENCIA.



hammalabi



©
Copyright by
EDITORIAL HAMMURABI SRL

Talcahuano 481 - 4º piso
C1013AAI - Ciudad de Buenos Aires
República Argentina
Tel.: 4382-3586 —líneas rotativas—
Fax: (54-11) 4382-4745
E-mail: info@hammurabi.com.ar
www.hammurabi.com.ar

Diseño y diagramación

 **concept design**
Tel.: 4382-2080 —líneas rotativas—
E-mail: info@cdesign.com.ar
www.cdesign.com.ar

Esta edición de 1000 ejemplares
se terminó de imprimir en junio de 2003
en los talleres gráficos
«*Studio Gráfico*»
Perdriel 1480
Ciudad de Buenos Aires
República Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina
Printed in Argentina

edición rústica
ISBN 950-741-129-1

347.16 Carlos A. Echevesti ... [et al.]
RES **Responsabilidad de los funcionarios públicos**, 1ª ed.
Buenos Aires, Hammurabi, 2003
376 p., 23 x 16 cm.
ISBN: 950-741-129-1

I. Echevesti, Carlos A. — 1. Funcionarios Públicos. Responsabilidad
Fecha de catalogación: 29/5/2003

Carlos A. Echevesti *dirección*

Ernesto E. Domenech; Tomás A. Hutchinson;
Melchor R. Cruchaga; Horacio D. Piombo

Responsabilidad de los funcionarios públicos

♦ RESPONSABILIDAD CIVIL: PRESUNCION DE CULPA; EJERCICIO Y OCASION DE LA FUNCION PUBLICA; EXIMENTES; CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CON EL ESTADO; LA FALTA DE SERVICIO ♦ RESPONSABILIDAD PENAL: IMPLICANCIAS DE SER FUNCIONARIO PUBLICO EN EL JUICIO PENAL Y EN LA ADMINISTRACION DEL CASTIGO ♦ RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL: CONSEJO DE LA MAGISTRATURA; EVALUACION DE LA IDONEIDAD; ACUSACION; PROCEDIMIENTO; JURADO DE ENJUICIAMIENTO; REMOCION; MAL DESEMPEÑO; MALA CONDUCTA; CRIMENES COMUNES ♦ RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: DISCIPLINARIA; CONTABLE Y PATRIMONIAL; JURISDICCION Y COMPETENCIA; SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES; JUICIO DE RESIDENCIA.



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

- § 10. Esquema básico de procedimiento y causales de remoción de funcionarios previstos en la Constitución Nacional..... 323

Capítulo V

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO
EN SUS DESPLIEGUES INTERNACIONALES
COMO MARCO DE OBLIGACIONES
Y RESPONSABILIDADES
DE FUNCIONARIOS SUPRANACIONALES**

• **HECTOR D. PIOMBO**

- § 1. Introducción..... 329
 § 2. Inserción y materialización de lo internacional..... 330
 § 3. El fenómeno de la "internacionalización" del Derecho..... 330
 § 4. Derecho administrativo internacional y Derecho internacional administrativo: caracterización 332
 § 5. Los elementos de la internacionalización en el ámbito del Derecho administrativo 333
 § 6. La inserción de lo administrativo en el Derecho internacional público..... 335
 § 7. Epílogo..... 337

Apéndice legislativo

- A — Ley 24.937. Consejo de la Magistratura 339
 B — Ley 24.939. Ley Correctiva del Consejo de la Magistratura 347
 C — Ley 25.188. Etica en el Ejercicio de la Función Pública 349

- Bibliografía general* 361

Capítulo I
Responsabilidad civil
de los funcionarios públicos

Capítulo elaborado por **CARLOS A. ECHEVESTI**

TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

a — Introducción

La teoría del derecho de daños engloba todos los aspectos vinculados con el fenómeno de la composición del perjuicio, con independencia de la fuente o causa del deber de resarcir (contractual o extracontractual; ilícita o lícita), de la materia que le da contenido (hecho propio, ajeno, de las cosas), de las modalidades de su acontecer (hecho de profesionales, deportistas, funcionarios, etcétera) y, desde luego, de los sujetos obligados (públicos o privados, Estado o particulares).

Así es como forma parte integrante de la teoría general del derecho de daños no sólo la responsabilidad del Estado proveniente del incumplimiento obligacional o del ilícito actuado por sus dependientes o funcionarios, sino también la denominada responsabilidad extracontractual derivada de la actividad lícita lesiva de los órganos estatales¹.

Desde todas las épocas la responsabilidad del Estado por el daño causado por sus agentes o funcionarios se ha considerado regida por

¹ Mosset Iturraspe, "Introducción a la responsabilidad civil", en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, p. 37 y ss., § 7; Andorno, "La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva", en *Responsabilidad por daños*, homenaje al profesor doctor Jorge H. Bustamante Alsina, A. J. Bueres (dir.), vol. I, p. 77 y ss.; Agoglia, *El daño jurídico. Enfoque actual*, p. 35, nota 2.

los principios del derecho común, relativo a la responsabilidad por el hecho ajeno².

En las "XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", celebradas en Santa Fe (1999), se tuvo oportunidad de señalar que tanto doctrina extranjera como vernácula del campo de la disciplina publicista han reconocido la incumbencia del derecho privado o común en la materia, citando por caso a Mayer y a Bielsa³.

Ahora bien, en doctrina no existe consenso en cuanto al número de notas que configuran la responsabilidad civil, como así tampoco respecto de la significación de cada una de ellas. Todo ello hace de la responsabilidad civil una noción epistemológicamente compleja.

Idea de la cultura en sentido estricto, sujeta al tiempo y a las vicisitudes de sus mudanzas, el concepto de responsabilidad no participa de la misma naturaleza que el de *esfera*. Su inacabada elaboración está en directa relación a la *indefinitividad* de la idea de justicia, de la que no es sino una de las tantas especificaciones temporales, tal vez destinada a cumplir su ciclo para agotarse o fundirse en una idea superior, cuando la convivencia social alcance sentidos superiores de trato humano, basados en la solidaridad social.

De allí que en su desarrollo encontremos definiciones que, quizás, en el momento de su formulación fueron insuperables, pero que, advenidas otras condiciones histórico-jurídicas (básicamente una mejor captación de lo justo), debieron ser redefinidas.

Es que la función de la responsabilidad se cifra en distribuir las consecuencias perjudiciales de un hecho entre el dañado y el imputado por el daño, con arreglo a criterios que se estiman justos⁴.

² Cfr. Aubry - Rau, *Cours de droit civil francais*. D'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, 4ª ed., 1871, t. IV, § 447, nota 16; Sourdat, A., *Traité de la responsabilité*, 5ª ed., nros. 1299, 1302 y 1303, citado por Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. III, vol. 2, p. 179, nota 44.

³ Transcribimos en ponencia con el doctor Jorge Martínez estos juicios de los mencionados juristas: "La obligación del funcionario de reparar el daño que ha originado en el desempeño de sus funciones se rige por los principios generales del derecho privado" (Mayer, *Derecho administrativo alemán*, t. I, p. 303); "Se trata de materia propia del derecho común" (Bielsa, *Derecho administrativo*, 1956, t. III, p. 275, n° 569).

⁴ Somos conscientes de los alcances y derivaciones que implica la *estricta* vinculación de la ciencia de la responsabilidad al orden de *lo justo*.

Desde el comienzo de la teorización de la responsabilidad civil en la cultura occidental (siglo XVIII)⁵, se fueron advirtiendo cambios significativos en el número y en el significado de los elementos definidores del núcleo teórico.

No es ajena a la diversidad numérica de los denominados requisitos la expresión lógica de su enunciación. Así, una formulación con máximo despliegue analítico ampliará la cantidad de notas o presupuestos; otra, vuelta hacia lo sintético, la disminuirá, comprendiendo en alguno de dichos requisitos (v. gr., la antijuridicidad) a otros varios (v. gr., hecho humano, imputabilidad, voluntariedad).

También la inadvertencia de ciertos fenómenos del lenguaje —ambigüedad, vaguedad, oscuridad, etcétera—, como cierta indiferencia general de nuestra disciplina por el nexo semántico, ha intensificado esta desconcertante disparidad⁶.

Huimos con la misma prontitud del *dogmatismo* y del *escepticismo radical*, como de la *ética de la evasión*.

Conocemos las saludables contestaciones que la cultura occidental ha propuesto al *dogmatismo*, desde Jenófanes de Colofón (s. VI a.C.), Pirrón de Elide (s. IV y III a.C.) y Sexto Empírico (s. II a.C.) hasta las contemporáneas —¿y ya declinantes?— hermenéuticas de la *sospecha* y del *desenmascaramiento*. Más aún, están incorporadas todas ellas en nuestro espíritu.

Estamos alertados —gracias, entre otros, a Foucault— de los riesgos del escepticismo sistemático: el *nihilismo* y el otro *dogmatismo* —Ferraris, "Envejecimiento de la escuela de la sospecha", en *El pensamiento débil*, G. Vattimo - P.A. Rovatti (eds.), p. 169—.

Siendo escépticos hemos aprendido que las palabras no tienen significados fijos o inmutables, tanto como que es imprescindible alcanzar en toda interpretación un *terminus ad quem*.

Por todo eso resulta imprescindible la actitud *escéptica*, porque sin escepticismo no hay filosofía, ni ciencia, ni comportamientos correctos y educados, sino dogmatismo, pseudociencia, autoritarismo, opresión y tiranía (Sexto Empírico, *Esbozos pirrónicos*, p. 7). Tan necesaria disposición, sin embargo, lleva implícita la conciencia de que un *escepticismo radical* aniquilaría toda acción, incluso la que nos atañe, la de soñar el derecho, la de seguir esperando en el hombre. De esta naturaleza es nuestra *incredulidad* en la justicia.

⁵ Mosset Iturraspe, "Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones", en *Responsabilidad por daños*, Homenaje al profesor doctor Jorge H. Bustamante Alsina, A. J. Bueres (dir.), vol. I, p. 29.

⁶ Cfr. Echevesti, "El lenguaje y la responsabilidad civil", en *La responsabilidad*, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, A. A. Alterini - R. M. López Cabana (dirs.).

No son extrañas a la conformación de la teoría las peculiaridades de la legislación de cada pueblo ni la labor pretoriana. Muchas particularidades de ese tipo suelen filtrarse en las enunciaciones, condicionando los conceptos generales de la doctrina científica.

Hacia fines del siglo XVIII Pothier destacaba estos cuatro aspectos: el *uso de razón* (imputabilidad), la *imprudencia o malignidad* (culpa o dolo) y el *perjuicio*, agregando, al hablar de las obligaciones convencionales, la *inejecución* (o incumplimiento)⁷.

Influyó en Pothier, y a través de él en el *Code* de 1804, la obra de Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cuya primera edición data de los años 1689 y 1694.

Algunos de los primeros comentaristas del Código de Napoleón (el *Code Civil des Français*, sancionado por ley del 30 de ventoso de 1804), entre quienes están Larombière, Aubry y Rau, Laurent, etcétera, han considerado en general que el número de notas es de cuatro: *hecho dañoso, acto ilícito, imputabilidad y culpa*⁸.

Entrado el siglo XX, autores como Demolombe, von Tuhr, Stolfi y, en la Argentina, Lafaille cifran en tres el número de los rasgos esenciales, anotando como tales: el *daño*, la *ilegalidad* (hecho ilícito) y la *imputabilidad*⁹.

Mantienen el mismo número de notas pero disienten en cuanto a la naturaleza de alguno de los elementos otros autores, entre quienes están Puig Peña, Cammarota, Salvat, Acuña Anzorena y los hermanos Mazeaud. Estos juristas han mencionado estos tres requisi-

⁷ Pothier, *Tratado de las obligaciones*, 1993, "De los delitos y cuasidelitos", p. 72, n° 116 y ss., "De los daños y perjuicios que resultan, ya sea del incumplimiento de las obligaciones, ya del retardo puesto a su ejecución", p. 91, n° 159 y siguientes.

⁸ Larombière, M. L., *Théorie et pratique des obligations*, A. Durand, Paris, 1857, t. V, comentario a los arts. 1382 y 1383, p. 686, n° 3; Aubry, Charles - Rau, Charles, *Cours de droit civil français*. D'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, 5ª ed., Marchal et Billard, Paris, 1902, t. VI, p. 339 y ss., n° 444 y ss.; Laurent, F., *Principios de derecho civil*, Juan Buxo, La Habana, 1917, t. XX, p. 482, n° 388 (obras citadas por Trigo Represas, *Responsabilidad civil del abogado*, p. 50, nota 8).

⁹ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, p. 938 y ss., n° 464; Stolfi, *Diritto civile*, 1932, t. III, p. 244 y ss., n° 524 y ss.; von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. I, p. 264, n° 45; Lafaille, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 315, n° 1215.

tos: el *daño*, la *imputabilidad* y la *causalidad* entre el obrar culpable y el *daño*¹⁰.

En el Derecho inglés, la jurisprudencia ha elaborado un minucioso cuerpo de reglas, que otorga una rigidez mayor que la propia de los países codificados; allí se exige: un *acto u omisión, dolo, culpa o negligencia, y daño resultante del acto u omisión*.

La cuestión de la causalidad ha sido considerada, en este derecho, acientífica, sin que puedan enunciarse acerca de ella principios de carácter general.

La causación de las consecuencias debe ser comprendida a la manera del hombre de la calle y no del científico o del metafísico. La selección de la causa eficiente, de entre todo el complejo de hechos, debe ser realizada aplicando el sentido común¹¹.

Colombo y Díaz Pairó, afirma Trigo Represas, extienden a cinco el número los requisitos: el *hecho humano*, la *violación del derecho ajeno*, el *daño causado*, el *nexo de causalidad* entre el acto y sus consecuencias, y la *imputabilidad*¹².

El tratadista alemán Enneccerus y su revisor Lehmann, entrada la segunda mitad del último siglo, parecen proponer estos tres elementos: *daño causado, antijuridicidad y culpabilidad* u otras causas de afectación¹³.

¹⁰ Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. II, p. 571; Cammarota, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, t. I, p. 55; Salvat - Acuña Anzorena, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, t. IV, p. 43 y ss.; Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, n° 160, p. 57; Mazeaud, H.-L.-J., *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, vol. II, p. 58 y ss., n° 406 y ss.; Ripert - Boulanger, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, t. V, p. 43 y ss., n° 929.

¹¹ Alvarado Uriburu, Oscar (h), *Algunos aspectos de la responsabilidad civil en Gran Bretaña*, LL, 112-911 y ss., citado por Cazeaux, en Cazeaux - Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 433.

¹² Díaz Pairó, Antonio, *Introducción al derecho de las obligaciones*, Temis, La Habana, 1942, t. II, n° 20, p. 41; Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1947, p. 121, n° 44 (citados por Trigo Represas, *Responsabilidad civil del abogado*, p. 50, nota 9).

¹³ Enneccerus - Kipp - Wolff, *Tratado de derecho civil*, t. II, "Derecho de obligaciones", 15ª revisión por Heinrich Lehman, t. II, vol. II, p. 1023, n° 229, donde los autores reproducen las consideraciones de la Academia de Derecho Alemán, encargada de estudiar las reformas al Código Civil sobre las disposiciones que tratan la indemnización por

De Gásperi y Morello expusieron seis notas distintivas del instituto: el *hecho positivo o negativo*, la *violación a la ley*, el *obrar voluntario con dolo o culpa*, el *daño causado*, el *nexo de causalidad* y la *imputabilidad*¹⁴.

En la actual doctrina italiana, Visintini ubicó estos cinco presupuestos: la *culpa* y otros *criterios de imputación*, el *daño injusto* (lesión del interés tutelado), el *perjuicio resarcible* (repercusión económica de la lesión), la *imputabilidad* y el *nexo causal*¹⁵.

Con algún cambio en la denominación, pero también indicando cinco presupuestos, desarrollan el concepto de responsabilidad en la península ibérica Asúa González, Navas Navarro y Gil Rodríguez; señalan las siguientes notas características: el *comportamiento o conducta*, la *antijuridicidad*, el *criterio de imputación*, el *daño* y la *relación de causalidad*¹⁶.

Sin mengua de estas variantes, gran parte de la doctrina prefiere destacar cuatro elementos: el *daño*, la *antijuridicidad*, la *relación de causalidad entre hecho antijurídico y daño*, y la *imputación o los factores de atribución*¹⁷.

daños, recomendando una cláusula general del siguiente tenor: "El causar contra derecho daños a otro, de un modo doloso o culposo, obliga a indemnizar".

¹⁴ De Gásperi - Morello, *Tratado de derecho civil*, t. IV, p. 5, n° 1679, ap. a).

¹⁵ Cfr. Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, ts. 1 y 2; resulta especialmente indicado consultar las diferencias entre los conceptos de *daño injusto* y *perjuicio resarcible*, con relación a los arts. 2043 y 1223, 1225, 1227, 2058 y 2059 del Cód. Civil italiano (t. 2, ps. 3 a 21).

¹⁶ Cfr. Puig i Ferriol y otros, *Manual de derecho civil*, t. II, "Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato". En esta obra, la profesora de la Universidad del País Vasco, Clara I. Asúa González, efectúa la exposición respecto de la responsabilidad civil extracontractual (Cap. III, p. 456 y ss., n° 1 y ss.); el incumplimiento obligacional y su responsabilidad son tratados por la profesora Susana Navas Navarro (Universidad Autónoma de Barcelona) y el catedrático Jacinto Gil Rodríguez (Universidad del País Vasco) —Caps. XI y XII, ps. 253 y ss. y 274 y siguientes—.

¹⁷ Hedemann, *Derecho de las obligaciones*, p. 512, n° 63; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, t. II, p. 1242; Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, p. 611, n° 2205; Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 333, n° 126; Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, p. 236; Bustamante Alina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 86, n° 170. Con esta leve modificación: *año, relación de causalidad, imputabilidad y culpa*, se cuentan entre los que efectúan

Sin embargo, hay expresiones simplificadas, que exponen como definitorios solamente dos datos (v. gr., el *daño* y los *factores de atribución*). En esta posición ubicamos a Pantaleón, Rodotà y Tucci¹⁸.

Ahora bien, a esta altura creemos que existe una pregunta cuya respuesta puede serenar esta inquietud que arroja tan variadas propuestas: ¿qué función reservamos a la enunciación de las notas definitorias de la responsabilidad civil? ¿La finalidad es meramente didáctica o persigue una precisión científica?

Claro está que a los fines didácticos, luego de presentar el fenómeno global, nada mejor que la minuciosa descomposición de sus aspectos para alcanzar la más acabada comprensión de cada uno de ellos. Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Gherzi, G. Stiglitz y Parelada han seguido esta orientación expositiva, analizando: el *hecho humano*, la *imputabilidad*, la *voluntariedad*, la *antijuridicidad*, el *daño*, la *causalidad* y los *factores de atribución*¹⁹.

Pero ceñidos a una ocupación científica, debemos ser rigurosos a la hora de mencionar sólo aquellos rasgos que no pueden omitirse sin que se desvanezca la idea misma de responsabilidad. Entonces, es probable que no encontremos razones para enunciar más que dos notas, requisitos o presupuestos: el *daño* y la *imputación*.

Resulta hoy claro que la admisión general de supuestos de reparabilidad sin *acción* o *hecho humano* (v. gr., por el hecho de las cosas), por *hechos humanos involuntarios* (v. gr., art. 907, Cód. Civil), por *hechos colectivos o grupales*, etcétera, conduce a descartar —como rasgos esenciales y, por ende, comunes a toda responsabilidad— las notas de imputabilidad, voluntariedad, culpabilidad y antijuridicidad.

este tipo de enunciación: Bonnecase, *Elementos de derecho civil*, t. II, p. 361, n° 396; Planol - Ripert - Esmein, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. IV, p. 695 y ss., n° 466; Josserand - Brun, *Derecho civil*, t. II, vol. I, p. 303, n° 421.

¹⁸ Bueres, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en *Derecho de daños*, Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p. 162, notas 63 y 56.

¹⁹ Gherzi, "Los presupuestos del deber de reparar", en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, p. 46 y ss., n° 9 y ss. En esta obra puede verse desplegada la idea —muy probablemente— en su máxima posibilidad de análisis.

b—Las notas comunes
a toda responsabilidad civil

1—La imputación (término variable)

La imputación es la razón que justifica la atribución del daño. Más que necesaria, esta nota entifica la responsabilidad. Es el elemento estrictamente jurídico. Puede decirse que él juridiza el fenómeno de la aminoración o la pérdida de una situación preferible. Sin la imputación, el daño sería tan sólo un fenómeno físico, social o económico.

El carácter variable o complejo de la atribución deriva de que ha ido, a través del tiempo, conformándose en función del ajuste que en cada época ha dado el hombre al sentido de la justicia humana.

De allí que la atribución haya sido concebida de numerosas y muy diversas maneras, intentando expresar siempre la misma cuestión: su justificación.

Esta peculiaridad, la complejidad, no se observa en la noción de daño, que, aunque elemento necesario, se caracteriza por su simplicidad. La variedad en sus definiciones suele explicarse satisfactoriamente por la detección de algunas imprecisiones lógicas o lingüísticas. La compleja idea de la imputación se ha presentado en diversos momentos de la evolución de la responsabilidad (alternativa o conjuntamente) con carácter *subjetivo* u *objetivo*, bajo diferentes títulos.

I—La autoría

Los perjuicios pueden derivarse del hecho de las cosas, animadas o inanimadas, pero cuando tienen su punto de partida en el hombre aparece el problema de la autoría.

El resultado dañoso debe ser atribuido a la acción del agente en calidad de autor. Pero una doctrina ha sostenido que para que ello sea posible el daño debe provenir del hombre en tanto hombre y no en tanto entidad meramente física o biológica, que, desde luego, también lo es. Por tal razón se ha declarado que es imprescindible la constatación de un hecho humano.

Para calificarlo de esa manera el hecho tendrá que reflejar, mínimamente, la personalidad del agente, lo que parece abastecerse cuando existe un *mínimum* de nexo psíquico intervando la acción. Sólo a partir de esa constatación puede hablarse de autoría.

Cuando no hubiere rastros de esa elemental conexión psíquica, no habrá hecho humano; no habrá autor; no habrá responsabilidad civil. El hombre habrá actuado no en tanto hombre sino como un mero instrumento material en la producción del daño (v. gr., *vis absoluta*) o como un ente puramente físico o mecánico, como un hecho de la naturaleza (v. gr., actos reflejos)²⁰.

Sin embargo, otra doctrina afirmará la existencia de autoría a partir de la constatación de la sola presencia humana y de su contacto físico en el hecho, afirmando que cualquier análisis sobre el nexo psíquico, fuera cual fuera su graduación, conduce a la imputabilidad, sacándonos de la autoría²¹.

La consecuencia de esa dispar consideración conduce a que, si faltara el hecho humano (porque no hay nexo psíquico), no sería factible aplicar la regla del art. 907. Por ejemplo, en la *vis absoluta* y en los actos reflejos (ausencia de nexo psíquico) no habría hecho humano, no habría *autoría*, no sería procedente la indemnización de equidad del art. 907 del Código Civil.

Contrariamente, si se conviniera en que hay hecho humano con la sola presencia del hombre, sin necesidad del *mínimum* de psiquismo, el mero contacto humano con el daño posibilitaría la aplicación de esa norma jurídica.

Lo cierto es que, *sin* y aun *con* ese nexo psíquico, no se superaría la causalidad material, porque el elemento anímico exigido presente en el hecho, no alcanzaría para fundar en él un juicio valorativo.

II—La imputabilidad
(del hecho y de las consecuencias)

a) En la atribución del perjuicio, cuando el mismo es el resultado de un obrar humano, se habla desde lejanos tiempos de la imputabilidad. Pothier hacía referencia al uso de razón y nuestro legislador, empleando asimismo un vocablo antiguo—decía Orgaz—menciona el discernimiento.

²⁰ Tal es la posición de Mosset Iturraspe—conf. Ghersi, "La imputación", en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, p. 94, n° 37—.

²¹ *Idem* nota anterior.

Ese elemento, junto con la intención y la libertad (art. 897, Cód. Civil), informa de voluntariedad al acto, alcanzándose así, en palabras de Llambías, una imputabilidad de primer grado.

Esto marca el deslinde entre la mera causa material y la que el derecho debe observar, la causa inteligente y libre, razón suficiente para adjudicarle el hecho al autor como suyo²².

La imputabilidad presupone, desde luego, la autoría material, es decir que haya una relación de causalidad física o material entre el hecho humano, en este caso, y el perjuicio.

b) Como se viene indicando, la imputabilidad conduce a la estimación del hecho como voluntario. La imputabilidad presupone la voluntariedad. Sólo quien es imputable, es decir, quien posee discernimiento (arts. 921 y 127), y ha actuado voluntariamente, con intención y libertad (art. 897), puede ser declarado culpable (art. 512). Del mismo modo, sólo pueden calificarse de lícitos o ilícitos los hechos voluntarios (art. 898).

El alcanzar una persona, sanamente, la edad del discernimiento (arts. 921 y 127) hace suponer sus hechos como voluntarios, es decir obrados con intención y libertad.

Ese carácter voluntario lo es con total prescindencia de las condiciones especiales o particulares del agente.

El art. 909 del Cód. Civil dispone: "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes".

Según la nota del legislador, sus fuentes son los arts. 24 y 25 del *Landrecht* (Código Civil de Prusia de 1794, Parte I)²³.

La citada regla excluye la condición especial o la facultad o aptitud intelectual del agente como factores para *estimar* la voluntariedad

²² Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, p. 179.

²³ El art. 24 del *Landrecht* dice: "Cuando se trata de *imputar* actos libres, las leyes no toman en consideración, ni la situación personal ni las facultades intelectuales de un individuo con preferencia a otro".

del acto. Dicho de otra manera, no se considerará ninguna situación especial del agente para la calificación del acto como voluntario.

La segunda parte del art. 909 establece una excepción respecto de "los contratos que suponen una confianza especial entre las partes". Sólo en estos casos "se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes".

Su fuente, el art. 25 del *Landrecht*, preveía dos excepciones ("respecto de los delitos y estipulaciones que suponen una confianza particular" en aquel que obra), pero nuestra ley, debe insistirse, una sola, la de los contratos que suponen esa confianza entre las partes.

El art. 909 en su parte final habla de "grado de responsabilidad", apartándose el legislador argentino de la fuente, que hablaba de grado de imputación. La expresión empleada en la ley indica claramente que las condiciones especiales de los agentes deben ser irrelevantes no sólo a fin de estimar el hecho como voluntario sino, también, para la imputación de las consecuencias de los ilícitos.

En otras palabras: así como no se tienen en cuenta las condiciones especiales para juzgar voluntario un hecho, tampoco serán contabilizadas para la imputación de las consecuencias al agente²⁴.

Además de la clara letra de la ley, confirma esta conclusión la consistencia interna de las directivas de los arts. 909 y 512 del Código Civil. El primero establece una regla para la estimación de los hechos voluntarios en general, lícitos o ilícitos: la prescindencia de las condiciones personales del agente. Siendo el ilícito el hecho voluntario disvalioso al que la ley le imputa determinadas consecuencias (arts. 520, 521 y 903 a 906, Cód. Civil), resulta evidente que no se requieren para su atribución condiciones especiales de ningún tipo.

Y el art. 25 de dicho cuerpo establece: "Sólo respecto de los delitos y estipulaciones que suponen una confianza particular en aquel que ha obrado, el grado de imputación se estima por consideraciones de esta naturaleza".

²⁴ Esta estimación de los hechos voluntarios, para la cual las leyes no toman en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, grava tanto para los hechos lícitos como para los ilícitos (art. 898, Cód. Civil) y *ubi lex nec distinguit, nec distinguere debemus*. Así lo disponía la ley romana: "medidos todos con el mismo patrón, no serán sus autores, de mejor condición los necios que los inteligentes" (*Digesto*, Lib. XLIII, Tit. XXIV, Ley 4, citado por Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. I, p. 257, nota 8).

El segundo caracteriza la conducta culpable (hecho voluntario), a los fines de la responsabilidad por las *consecuencias* perjudiciales del incumplimiento del pacto o de la ley, sin reparar en las condiciones o facultades particulares del agente.

La definición del acto culposo (art. 512, Cód. Civil), como especie de hecho voluntario, debe subsumirse en la exigencia que el art. 909 establece para el hecho en general. Es decir, no se deberán computar las condiciones especiales del agente. La culpabilidad es la situación que desencadena la imputación de las consecuencias; caracteriza a la clase de hecho voluntario en virtud del cual la ley atribuye los efectos perjudiciales de un acontecimiento a su agente, sin tener en cuenta sus condiciones personales.

No se advierte, pues, diferencia alguna entre la estimación del hecho a los fines de su imputación al agente o a los de la atribución de las consecuencias ordinarias, sean éstas inmediatas o mediatas²⁵.

El reconocimiento de la voluntad del acto lleva consigo el de los efectos que la ley le atribuye en una u otra de sus especies (lícitos o ilícitos) con prescindencia de las circunstancias personales de su agente. Es que el obrar ilícito es una modalidad del obrar voluntario, que impone el deber de responder por los efectos del mismo, de acuerdo con un sistema predeterminado por la ley.

En este juego el discernimiento (la aptitud general y abstracta para distinguir lo aprobado de lo desaprobado, lo conveniente de lo inconveniente, que la ley fija a partir de cierta edad) importa el conocimiento o conciencia de que el acto realizado producirá inmediata o mediatamente determinado efecto.

En otras palabras, con el discernimiento se adquiere —así lo supone incontestablemente la ley— la conciencia de los efectos ordinarios de los actos (“*Las consecuencias de un hecho que acostumbra su-*

²⁵ Aguiar piensa que, si bien la *imputabilidad de los actos* libres está determinada por su voluntariedad, sin tenerse en cuenta la *condición especial* del que lo ejecuta —tal es la regla general—, la *imputabilidad de sus consecuencias* tiene su *ley propia* en lo preceptuado en los arts. 901 a 906 del Cód. Civil, basado en principios *profundamente diferenciados* de los que gobiernan la imputabilidad de los actos. Sostiene el autor que en la imputación de las consecuencias *mediatas* se deben computar las *condiciones especiales* del agente, lo que rechazamos sin dudar (Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. I, p. 256 y siguientes).

ceder, según el curso natural y ordinario de las cosas ...”—art. 901 del Código Civil—).

Es verdad que las consecuencias inmediatas, como afirma Aguiar, surgen de una simple asociación de dos representaciones: la del acto y la de su efecto, ligados por un vínculo de causalidad tan directo y estrecho que no es posible que se presente al espíritu la representación del acto sin la de su consecuencia, siendo así necesariamente previsibles. Por esto la ley declara que las consecuencias inmediatas de los actos libres son siempre imputables al autor (art. 903). Y también lo es que las consecuencias mediatas se anticipan en la conciencia mediante un razonamiento, a través de un acto más complejo de inteligencia, y no de una simple asociación de dos representaciones.

Es cierto que las consecuencias *mediatas* requieren la representación del acto, la de su consecuencia y la del acontecimiento intermedio distinto de ambos que los conecta (las consecuencias *mediatas* son las que “... *resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto ...*”—art. 901, Cód. Civil—)²⁶.

Pero el sistema de la ley es claro el abarcar, dentro de la aptitud para discernir, ambas categorías de efectos, sin exigir exámenes particulares, ni requerir para la imputación de las consecuencias mediatas ninguna cualidad personal o condición intelectual.

El sujeto imputable (sano, mayor de determinada edad) al momento del hecho ha obrado, para la ley, con la aptitud predictiva de las consecuencias ordinarias. Si se quiere, ha obrado actualizando su discernimiento, lo ha *fenomenalizado*. Y, para saber de qué manera la situación exigía actualizarlo, se toma como parámetro el obrar de un hombre diligente (de un *bonus pater familiae*), para juzgar, finalmente, si se ha servido de su discernimiento como las circunstancias lo exigían (art. 512, Cód. Civil).

Dice el Código Civil que las consecuencias mediatas se imputan al autor del hecho “... *cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas*” (art. 904). Se imputan a su autor, justamente, porque tenía aptitud (discernimiento) para pre-

²⁶ Para autores como Aguiar el simple *discernimiento* no basta para prever las consecuencias *mediatas*; por eso propone que se tomen en cuenta a fin de su atribución las *condiciones personales* del agente.

verlas y posibilidad de evitarlas (intención y libertad). Las consecuencias mediatas, pues, se atribuyen al agente cuando las circunstancias exigían ejercer esa aptitud predictiva para evitar aquéllas, y la persona no lo hizo, causando con ello un perjuicio.

Cabe la insistencia: cuando la ley las declara previsibles, si se las hubiese previsto o podido prever, no se está refiriendo al agente mismo del acto con sus propias aptitudes intelectuales y afectivas —ello contradeciría la regla que, cuatro artículos más adelante, prohíbe ese modo de juzgar (art. 909, Cód. Civil)—; se está refiriendo al adecuado ejercicio que del discernimiento en la evitación de los daños hace un hombre diligente.

Pero veamos; es probable que parezca injusto presumir, como lo hace la ley, que quien actúa con discernimiento está en condiciones de prever las consecuencias ordinarias de sus actos y, más aún, las consecuencias mediatas, y que se considere natural y justo no exigir del agente más de lo que a él le fuera posible prever: *ad impossibile nemo tenetur*. Puede así ser recomendable observar en cada caso las condiciones intelectuales o especiales del agente. Es también verosímil que se encuentre poco adecuado requerir del que obra el acto un poder de previsión que puede estar fuera de sus posibilidades. Sería, como tantas veces se ha dicho, exigirle al ciego que vea y hacerlo responsable por no haber visto. Y se comprende, asimismo, que aceptar el sistema de la ley induzca a pensar que se admite una solución de puro causalismo, prescindente de los factores morales o intelectuales que deben condicionar el acto libre como fundamento de la imputabilidad de sus consecuencias²⁷.

Todas estas cuestiones son en principio atendibles. Todos ellos llevarían a considerar más justo el ponderar la responsabilidad por las consecuencias mediatas de los hechos voluntarios en cada caso y según la condición intelectual y cultural del agente, apreciando en concreto su discernimiento. Sin embargo, esto no es posible. Ni siquiera creemos que sea justo.

En primer lugar, una persona que es imputable al momento del hecho (arts. 127 y 921) —imputabilidad de primer grado— ha obra-

do para la ley con la aptitud predictiva de las consecuencias ordinarias (arts. 903 a 906). Luego viene el examen de si una persona diligente, puesta en su lugar, hubiera ejercido el discernimiento previendo más que el agente o adoptando mayores cuidados, a fin de determinar culpa en este último (art. 512, Cód. Civil) —imputabilidad de segundo grado—.

El modelo abstracto del *bonus pater familiae* es el que se toma en consideración para juzgar si el agente ejerció en la especie y adecuadamente el discernimiento que la ley le reconocía.

No cabe juzgar la previsibilidad del agente en concreto para imputar el acto ni para imputar las consecuencias.

La imputabilidad es abstracta, hecha por la ley y general. Y el juzgamiento del ejercicio adecuado o no de esa previsibilidad que la ley reconoce se efectúa también en abstracto, de acuerdo con un modelo de diligencia esperable.

Tanto la imputabilidad reconocida por la ley como la diligencia exigible son dispuestas en atención a la protección de otras personas y del damnificado, no en función del dañador ni de la justificación de la sanción resarcitoria. Y, si bien puede parecer arbitrario suponer a determinada edad la adquisición de una aptitud predictiva de las consecuencias ordinarias y, más aún, de las mediatas o, quizás, injusto atribuir al dañador su falta de inteligencia o preparación en prevenir o evitar el daño, sin duda más injusto sería imponer a la propia víctima el soportar el daño por el hecho de que el agente tenía una aptitud predictiva baja. Este al menos lo llevó a cabo, fue su “causa física”; aquélla lo ha padecido unánimemente.

Siendo la función de la responsabilidad la distribución de las consecuencias perjudiciales de un hecho entre el dañado y el imputado por el daño, con arreglo a criterios de justicia, la solución salta a la vista. Finalmente, ha de decirse que el *quid* de la imputabilidad de las consecuencias es su previsibilidad, y que el art. 901 del Cód. Civil las clasifica de la siguiente forma:

1. *Consecuencias inmediatas*: Son las que se surgen de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas. Son siempre imputables a su autor (art. 903, Cód. Civil), con absoluta independencia del propósito que éste tuvo al ejecutar el hecho.

²⁷ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. I, p. 266.

2. *Consecuencias mediatas*: Resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Son "imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas" (art. 904, Cód. Civil).

El primer supuesto ("cuando las hubiere previsto") comprende la hipótesis en que el autor previó y obró queriendo las consecuencias (dolo), así como aquella en que, no queriéndolas, tuvo un injustificable desprecio por las mismas (dolo eventual, culpa con representación).

En el segundo supuesto ("cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa —la del hombre diligente—, haya podido preverlas") se configura la culpa del agente.

3. *Consecuencias casuales*: Son las consecuencias mediatas que no pueden preverse. Sólo son imputables al autor "cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho" (art. 905, Cód. Civil)²⁸.

III—Culpabilidad

Ha sido clásicamente considerada comprensiva tanto del obrar intencional, con la voluntad dirigida a la obtención de un resultado censurable (dolo), como de aquel reprobado por la desatención o el descuido (culpa).

El dolo *engaño* está previsto en el art. 931 del Cód. Civil, como vicio de la voluntad, como aquel que falsea la intención del agente para conseguir la ejecución de un acto.

²⁸ Aguiar consideró que, si la consecuencia se tuvo "en mira", fue *causa final del hecho* y está fuera de toda discusión que fue prevista, no tratándose de una excepción al principio de la inimputabilidad de las consecuencias casuales —regla del art. 905—, sino de un caso comprendido dentro de la regla de la imputabilidad de las consecuencias mediatas —"cuando las hubiere previsto" (art. 904)— y, por ende, reviste todos los caracteres de un delito. Dice el autor que la palabra "casuales", presente en el art. 905, fue empleada en su significación vulgar (la casualidad resulta de la circunstancia de que ella pudo o no producirse, no obstante haber sido tenida en mira por el agente) y no en su acepción técnica o legal, porque, aplicando ésta sería, en sentido estricto, una consecuencia mediata (Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. I, ps. 270 a 272, n° 103).

El dolo *delictual*, como elemento definidor del acto ilícito denominado *delito*, consiste en la intención de dañar la persona de otro (art. 1072, Cód. Civil).

El dolo *obligacional* se puede caracterizar como la intención deliberada de incumplir la obligación (art. 506, Cód. Civil).

La culpa se halla prevista en la regla del art. 512 del Cód. Civil²⁹.

IV—Antijuridicidad

a) Se ha dicho que el daño se torna resarcible, o jurídico, cuando se encuentran razones justas para su imputación, sea al autor material o a una persona distinta.

Al cabo de la historia se ha condicionado la resarcibilidad del perjuicio al carácter *antijurídico* de la conducta que lo produjo.

El disvalor de la conducta del agente del daño, juzgada desde el cese de la ley (antijuridicidad), fue desde antiguo considerado una justa razón de su atribución. Esto requería partir de que la ley sancionaba lo justo, suposición cargada de, por lo menos, una inaceptable ingenuidad.

Así fue considerado daño resarcible, básicamente en el siglo XIX, el que fuera resultado de una conducta prohibida por la ley en sentido general (art. 1066, Cód. Civil), es decir, el que es término de una conducta formalmente antijurídica.

Más adelante, hacia nuestros días, la multiplicación de las posibilidades de dañosidad desarrolladas en sofisticadas maneras de burlar el Derecho —el fraude a la ley, el abuso del derecho, el acoso en cualquiera de sus formas, el abuso de autoridad, la intromisión en la intimidad mediante la captación de la imagen o de la voz, etcétera— signó la necesidad de una medida de desaprobación más elástica, donde pudieran embretarse, a los fines de la imputación del daño, conductas que la insuficiente previsión normativa dejaba fuera.

La zona de lo prohibido se amplía, pero no por razones fascistas, dice Mosset Iturraspe³⁰, sino por elevados motivos humanitarios,

²⁹ Nos hemos ocupado *in extenso* del tema en Echevesti, *La culpa*.

³⁰ Mosset Iturraspe, "La antijuridicidad", en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, p. 58.

para que la libertad del otro no se vuelva mi esclavitud. Esos motivos superiores (el respeto al prójimo, la fraternidad y la solidaridad) condujeron a imputar el daño, aun cuando no fuera el resultado de la violación a una ley, sino cuando la conducta que lo determinó pareciera como contraria a las buenas costumbres, a la moral social, a los principios generales del derecho, o pusiera en compromiso un interés merecedor de tutela.

La imputación del daño se hará, ya a finales del siglo XX, a partir de juzgar una conducta como materialmente antijurídica.

b) Junto a ello, en ese mismo siglo, se desarrollaron y perfeccionaron técnicas de imputación de daños a una persona, no por ser precisamente su causante, sino por tener con el agente del daño (dependiente) un emplazamiento jurídico (dueño, guardián, usuario, comitente) que importa un beneficio o aprovechamiento, simultáneo a la incorporación al medio social de una cosa o actividad generadora de riesgo o de la conducta de otro cuya inocuidad debe garantizarse. El título imputativo en tales circunstancias se denominó genéricamente *riesgo o garantía*³¹.

No se ha determinado ciertamente si estas técnicas de atribución (el riesgo, la garantía, etcétera), requieren aquella otra más genérica de la antijuridicidad o si, justamente, vienen a resolver la justicia de la imputación de daños en hipótesis en las que no es adecuado el juicio de disvalor de la conducta, por ser el que obra alguien distinto del responsable, o una cosa (animada o inanimada).

Las actividades que se despliegan a través de acciones ajenas o del empleo de cosas o animales de riesgo se configuran por conductas que no están directamente vinculadas con el daño, no son agentes directos del perjuicio, y además son consideradas conductas lícitas o, si cabe, neutras.

La antijuridicidad o ilicitud es relevante sólo en los supuestos en que el juicio de desaprobación recae sobre una conducta del agente mismo del daño, sobre la cual opera el factor de atribución que es la culpabilidad (arts. 1067, 1068, 1072, 1077, 1109, 1116, 1113, párr. 2º, primera parte, Cód. Civil).

c) Ahora bien, frente a daños causados por el hecho humano, hoy se advierte sin dificultad que lo injusto no puede ser reducido a lo antijurídico, ni siquiera a lo antijurídico en sentido material.

Es indiscutible, como afirma Bueres³², que hay responsabilidad por actos lícitos. En otros términos, una acción nítidamente lícita puede originar una injusticia.

Porque en este caso lo injusto lo constituye el hecho de que deba soportar el daño quien lo haya padecido.

Con estas u otras similares palabras, López Olaciregui ajustaba la cuestión epistemológica: la teoría del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito, sino del acto dañoso (o, si se quiere, la teoría del daño en general).

Esta disciplina no debe ser construida como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso y de la repartición de los daños. Se trata de evitar el daño injusto. Un daño civil puede ser injusto tanto por haber sido injustamente causado como por el hecho de que sea injusto que lo soporte quien lo sufrió³³.

Aquellas hipótesis excepcionales de conductas lícitas generadoras de daños que previera el legislador en el siglo XIX (arts. 2553, 3077 y 3082, Cód. Civil) van paulatinamente siendo absorbidas por un nuevo principio: la obligación de reparar el daño causado comprende tanto al derivado de los actos ilícitos como igualmente al que resulta de los actos lícitos³⁴.

³¹ Iniciada a fines de siglo XIX, la formulación teórica de esos títulos atributivos queda definida entre la tercera y la cuarta década del siglo XX: Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, en "Daloz Périodique", 1897, p. 433; Josserand, *Evolution et actualité (conferencias de droit civil)*; Savatier, *Règles générales de la responsabilité civile*, en "Revue Critique de Legislation et Jurisprudence", 1934, n° 29; Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 147.

³² Bueres, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en *Derecho de daños*, Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p. 162.

³³ López Olaciregui, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1978-942 y siguientes.

³⁴ "III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", 1986, citadas por Agoglia, en *El daño jurídico. Enfoque actual*, p. 35, nota 2.

Ya en la década del setenta se decía que el responder sanción era sólo un capítulo del responder distribución, correspondiente a todos los casos de los daños civiles, hayan sido ellos ilícitos o no³⁵. En otras palabras, el daño se configura como una realidad axiológicamente disvaliosa y la pérdida, moral o material, que por él se sufre no puede en caso alguno ser absorbida por el que lo padece.

La sola circunstancia de padecerlo lo hace injusto y el derecho moderno reacciona buscando a quienes tienen con relación a él una posición ventajosa o imponiendo criterios de solidaridad y distribución para enjugarlo.

Bueres supo destacar la independencia de la injusticia del daño proveniente de un acto lícito³⁶. Precisó el jurista que la antijuridicidad se predica siempre de la conducta, y no del daño, que no hay daño antijurídico, que lo que hay es daño injusto.

Sin perjuicio de lo expuesto, no es ocioso recordar que en Francia la doctrina ha prescindido de la antijuridicidad o ilicitud para resolver las cuestiones a la luz del criterio de la culpabilidad y que cierta doctrina italiana también omite computar esta condición genérica de atribución (la antijuridicidad o ilicitud), exigiendo, además del daño, la concurrencia de alguno de los denominados factores de atribución (culpa, dolo, riesgo, etcétera)³⁷.

En el otro término, encontramos en nuestra doctrina quien piensa que la transgresión del *alterum non laedere* se verifica tanto en los daños derivados de conductas ilícitas como en los que resultan de conductas lícitas. Pensamos, dice Agoglia, que en todos los supuestos de actividad lícita, siempre que se agreden intereses ajenos tutelados por el derecho, se verifica un proceso dañoso coloreado de antijuridicidad; en otros términos, el proceso dañoso, en sí mismo, es antijurídico, aunque la conducta sea lícita³⁸.

V— Los títulos objetivos

Cuando se prescinde de ciertas notas morales para la atribución del daño, como el discernimiento, la voluntariedad o la culpabilidad, se está en presencia de la imputación objetiva.

En la atribución objetiva no hay reprochabilidad en la acción: la creación de un riesgo, la imposición de un deber de garantía, cargar con un deber de equidad son valoraciones que justifican la imputación de las consecuencias dañosas en razón de beneficios obtenidos a partir de conductas permitidas por la ley, o de hechos involuntarios cuyos efectos deben ser equilibrados o neutralizados (arts. 1113, párrs. 1° y 2°, y 907, párr. 2°, Cód. Civil).

El abuso del derecho y exceso de la normal tolerancia entre vecinos han sido estimados factores objetivos³⁹, más allá de reconocer ilicitud en la conducta de sus agentes y, por ende, un grado de reprochabilidad. Pero el constituir ambos hipótesis extrañas a la idea de culpa ha sido suficiente para tenerlos como objetivos (arts. 1071 y 2618, Código Civil).

2— El daño

Este elemento, salvo supuestos verdaderamente excepcionales, deberá concurrir para configurar la responsabilidad civil; eso basta para considerarlo necesario, junto al título imputativo.

Es en consecuencia la necesidad su primera cualidad. Su segunda nota, la de invariable o simple, lo es en función de que puede formularse una definición del daño que comprenda sus dos máximas extensiones: la moral y la económica. El *daño* es la pérdida experimentada, sea de naturaleza *económica* (arts. 519, 1068 y 1069, Cód. Civil) o *moral* (arts. 522 y 1078, Cód. Civil).

Es aconsejable prescindir en su definición de vocablos como *lesión*, que remite directamente al daño corporal o herida, o *interés, derecho subjetivo, facultades, derecho objetivo*, que refieren a la cuestión de la antijuridicidad⁴⁰.

³⁹ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 285, n° 923.

⁴⁰ Cifuentes ha efectuado convenientes reflexiones sobre el concepto, si bien en miras a la definición del daño extrapatrimonial ("El daño moral y la persona jurídica", en

³⁵ López Olaciregui, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, en "Revisión del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1978-942.

³⁶ Bueres, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en *Derecho de daños*, Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p. 161.

³⁷ Bueres, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en *Derecho de daños*, Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p. 162.

³⁸ Agoglia, *El daño jurídico. Enfoque actual*, p. 46.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL
DEL FUNCIONARIO PUBLICO**

El régimen legal de la responsabilidad aquiliana del funcionario público se encuentra previsto en el Libro II, Sección II, Título IX ("De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos"), en la regla del art. 1112 del Cód. Civil. Así también en el Título VIII, si el obrar del funcionario configura un delito.

La responsabilidad instituida en la regla citada es impuesta al agente o funcionario frente a los perjuicios que su irregular desempeño haya provocado a terceros.

a — Fuente del art. 1112 del Código Civil

La doctrina, sin excepción, ha fijado el origen de la regla en el comentario de Aubry y Rau⁴¹ a los arts. 1382 y 1383 del Cód. Civil francés, particularmente en el § 446 del tratado de los franceses, que concierne a las faltas de los funcionarios públicos cometidas en el ejercicio de sus funciones cuando no cumplen sino de manera irregular las obligaciones legales⁴².

Sin embargo, ha existido alguna interesada disonancia en cuanto a la precisión del antecedente.

Algún autor, y cierto parecer de algún fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalaron como fuente el § 447, nota 16 del tratado de los clásicos franceses⁴³, sentando, en consecuencia, una apa-

Derecho de daños, Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p. 400 y siguientes).

⁴¹ Aubry - Rau, *Cours de droit civil français. D'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, ed. 1856, t. IV, § 446, nota 7.

⁴² Segovia, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, comentario al art. 1113, p. 318; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 375, n° 1283; Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario*, LL, 67-885; Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., 1980, t. IV-B, n° 2804, nota 1; entre tantos otros.

⁴³ Linares, *En torno a la denominada responsabilidad civil del funcionario público*, LL, 153-606, secc. doctr.; CSJN-Fallos, 182:5.

rente duda sobre el pasaje de Aubry y Rau que originó la regla del art. 1112 del Código Civil.

Esta diferencia no es retórica ni inocente, dado que, en virtud de la interpretación que se siga, puede llegarse a la falsa conclusión de que no existe, en el derecho argentino, norma alguna que consagre la responsabilidad personal del funcionario público, vaciando de contenido la letra y el espíritu del art. 1112 del Código Civil.

Guastavino, en trabajo de ineludible referencia, hace ver que el tratado de los franceses tiene dos pasajes vinculados al tema: el § 446, que concierne a las faltas de los funcionarios públicos cometidas en el ejercicio de sus funciones cuando no cumplen sino de manera irregular las obligaciones legales, y el § 447, donde afirman que el Estado, representado por los diversos ministerios o administraciones o entidades públicas, es, como todo comitente, responsable de los daños causados por sus empleados, agentes o servidores, en el ejercicio de sus funciones o servicios⁴⁴.

Afirma que ambos son válidos en el derecho argentino, en cuanto se responsabiliza tanto al funcionario público como al Estado; pero es indudable, señala el jurista, que en la nota al art. 1112 del Cód. Civil se hizo remisión al § 446.

El mismo Vélez Sársfield hace referencia a la nota 7, que corresponde a las líneas pertinentes del § 446 en la tercera edición del tratado de Aubry y Rau, de 1856.

Así lo certifica, también en el pasado siglo, la poco menos que indiscutida autoridad de Segovia⁴⁵.

⁴⁴ Guastavino, en *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-399, cita a Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. 6, n° 2280, quien señala las diferencias de la doctrina respecto de la indicación del parágrafo, refiriendo las diversas ediciones usadas al efecto, y concluye que la referencia es el § 446, en la tercera edición, de 1856. Así lo observó Segovia en la "Introducción" (firmada el 30/3/80) a su libro *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas* (t. I, p. XXI). Igualmente: Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., 1980, t. IV-B, n° 2804; Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario público*, LL, 67-886; es también la opinión de Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., 1983, t. III-B, n° 1039; y de Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-399, ap. II, nota 1.

⁴⁵ Cfr. Segovia, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*.

Esa es también la tesis de Llambías, Marienhoff, Boffi Boggero, Sáenz, Mosset Iturraspe, Bustamante Alsina, Kemelmajer de Carlucci y De Regodesebes, quienes con indiscutido rigor científico han afirmado que el art. 1112 establece la responsabilidad del funcionario público⁴⁶.

Afirma Guastavino que, al citar como fuente el § 447, se pretende que nuestro ordenamiento carezca de norma sobre responsabilidad personal de los funcionarios públicos, desconociendo el sentido del art. 1112 e intentándose, consecuentemente, claro que sin fundamento alguno, hacer ver que dicha norma establece *la responsabilidad del Estado y no la personal del funcionario*, en virtud de lo cual se cita la cuarta edición de la obra de Aubry y Rau⁴⁷, con leves pero en el caso significativos cambios de numeración de notas. Pero, por su propia fecha, esa edición no pudo ser consultada por Vélez Sársfield en la preparación del Código.

Por otra parte, las expresiones de Aubry y Rau en el § 447 no contradicen la responsabilidad personal de los agentes públicos, que constituye el objetivo expreso del art. 1112 del Código Civil.

Suponiendo que Vélez, superando como un Cagliostro la instancia metafísica del tiempo, hubiese podido consultar una edición aún no devenida, como la de 1871; suponiendo que hubiese en el § 447 leído lo ilegible, que la responsabilidad del Estado como comitente excluye la de sus dependientes, ni en esa fantástica circunstancia podría arribarse a la conclusión de la falta de responsabilidad del funcionario, dado que una cita doctrinaria efectuada en una nota no podría desvirtuar la disposición legal, donde expresamente se establece el deber resarcitorio a cargo de los funcionarios.

Finalmente se agrega, con no menos acierto, que tampoco parece que con las expresiones del § 447 los juristas franceses hubieran anticipado la denominada doctrina organicista, doctrina que, como veremos, en cierta deformada exposición, ficticiamente, interpreta que los órganos-individuos de las personas jurídicas (como el Estado)

comprometen la responsabilidad de la institución y no la propia. No es lógico concluir que allí se hubiese adelantado la tesis organicista, desde que en dicho párrafo se emplearon términos como *representación y comitentes*, ajenos en principio a tal posición.

Por lo demás, ciertas normas del Código Civil, tal como, por ejemplo, los arts. 3146 y 3147, hablan específicamente de los oficiales encargados de los registros de hipotecas, haciéndolos personalmente responsables de la omisión en sus libros de las tomas de razón, de haberlas hecho fuera de término y, en fin, de todo cumplimiento irregular de sus obligaciones⁴⁸.

Para concluir entendemos esclarecedora esta mención: "Que Aubry y Rau explicasen en aquellos términos que los funcionarios públicos se hallaban comprendidos en el art. 1382 del Cód. francés, equivalente a nuestro art. 1109, dice Bustamante Alsina, tenía en Francia justificación suficiente. Ello en tanto en el art. 75 de la Constitución del año VIII los funcionarios eran expresamente declarados irresponsables"⁴⁹.

b — Origen de la responsabilidad

La responsabilidad del agente público respecto de terceros (público en general o demás funcionarios) es siempre extracontractual. Es que no existe vínculo obligacional entre el funcionario o servidor público y los ciudadanos en general. Su irregular desempeño pone en compromiso la regla que prohíbe dañar.

De esta manera, ante la duplicidad del régimen aún vigente en nuestro Código, resultan aplicables las disposiciones jurídicas de la responsabilidad civil extracontractual⁵⁰.

⁴⁶ Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-400, ap. II, nota 2.

⁴⁹ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 1285.

⁵⁰ Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, comentario al art. 1112, p. 410, n° 7; Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario público*, LL, 67-886; Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, p. 456, n° 67; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. 6, p. 274; Cazeaux - Trigo Represas, *Derecho de*

⁴⁶ Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-400, ap. II, nota 2.

⁴⁷ Aubry - Rau, *Cours de droit civil français*. D'après l'ouvrage allemand de C. S. Charie, 4ª ed., 1871, § 447, nota 16.

c — Requisitos

A los requisitos comunes a toda responsabilidad, el daño y la imputación, deben agregarse los propios: el acto funcional y el cumplimiento irregular presuntivo de culpa.

Estas dos notas, rigurosamente consideradas, son una especificación de la imputación en el particular caso del perjuicio obrado por un funcionario público.

1 — El acto funcional o la "actuación en ejercicio u ocasión de la función pública"

Se exige que el agente haya causado el daño actuando en ejercicio u ocasión de sus funciones. La cuestión plantea la fijación de un límite entre una actividad predicativa de la función y otra propia del individuo sólo como tal, y esto atento a la existencia de diversos regímenes de responsabilidad para cada caso (arts. 1112 y 1109, Cód. Civil).

Para determinar el carácter funcional del acto o, como tradicionalmente se lo expone, para descifrar cuándo el agente ha actuado en ejercicio (o con ocasión —art. 43, Cód. Civil—) de su función, se han expuesto diversos criterios, que han originado encontradas posiciones en las que se licuan cuestiones semánticas, epistémicas y axiológicas de no siempre fácil arreglo.

Alguna vez, como en tantos otros asuntos, se expuso un criterio denominado subjetivo. Este remitía al examen de la intención del agente para establecer si su actuar es inervado por su desempeño, es decir para establecer si lo obrado encuentra causa o fin en su encomienda. Esta pauta impone siempre la ardua tarea de entrar en la conciencia del agente, sin exponer la vía o el camino de acceso.

Frente a esta postura surge la posición objetiva; ésta consigna que la reconocibilidad del carácter funcional debe atenderse a lo externo, a aquellos hechos observables, a las manifestaciones del cometido, partiendo de las básicas coordenadas de tiempo y lugar del desarrollo de las tareas.

las obligaciones, t. 5, p. 739; Sagarna, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, A. J. Bueres (dir.) - E. I. Highton (coord.), t. 3-A, comentario al art. 1112, p. 448, n° 3.

El ejercicio de las funciones queda enmarcado, fundamentalmente, por el tiempo y el lugar de cumplimiento, pero también por la actividad, que muestra, por la incumbencia y por las específicas notas que definen la función.

El desempeño aparente o la ejecución abusiva están comprendidos en el concepto de ejercicio de la función, configurando, en definitiva, actos funcionales.

La Corte de Casación italiana, nos informa Kemelmajer de Carlucci, se ha pronunciado en este sentido y ha juzgado que, para imputar un hecho a la Administración, es suficiente que en los terceros (que hayan tenido alguna relación con el funcionario infiel, habiéndose comportado como personas sensatas y poseedoras de la diligencia común de un buen padre de familia), se haya creado un razonable convencimiento, por todo un concurso de circunstancias y de apariencias externas, de que el funcionario actuaba por cuenta de la Administración⁵¹.

Pizarro señala que algunos autores han criticado acerbamente la inclusión de la expresión "con ocasión de las funciones" en el art. 43 del Cód. Civil (ley 17.711), "por considerar irrazonable que la persona jurídica deba responder por actos de sus administradores o representantes, que ellos consideran absolutamente ajenos a la función que cumplen". Pero otros, "en posición a la que adherimos, dice el jurista, aplauden la solución legal, cuya amplitud permite considerar incluidos dentro del ámbito de responsabilidad, no sólo los actos propios de la esfera de su incumbencia, sino también los supuestos de ejecución *defectuosa* de las funciones, o los de ejercicio *aparente* o *abuso* de éstas"⁵².

En las "Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil en homenaje al profesor doctor Augusto Morello", de 1987, en la Comisión n° 1, sobre "Responsabilidad del funcionario público", se expuso

⁵¹ Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, comentario al art. 1112, p. 416, nota 75, con cita de Leguina Villa, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970, p. 211.

⁵² Pizarro, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, A. J. Bueres (dir.) - E. I. Highton (coord.), t. 1, comentario al art. 43, p. 388, (sin cursiva en el original).

que: "El cumplimiento irregular de las obligaciones legales comprenden también el ejercicio abusivo de las facultades discrecionales".

El acto funcional ha sido también expuesto como acto *en la función* o *con motivo* de la misma.

El Código Civil francés (art. 1384, párr. 5º), al hablar de la responsabilidad del comitente —*commettants*—, establece que la responsabilidad se limita a los hechos realizados en las funciones en las cuales han sido empleados (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*).

Doctrina y jurisprudencia francesas han considerado que: "la condición exigida por la ley se cumple cuando los hechos dañosos se han ejecutado, sea en ejercicio de esas funciones, como lo establece nuestro art. 1112 para el funcionario, sea con ocasión de ese ejercicio y aun cuando el daño resulta de un abuso de tales funciones"⁵³.

Del ejercicio de las funciones, abarcativo del desempeño aparente o abusivo, llegamos a la ocasión.

He aquí el concepto que en nuestra doctrina y jurisprudencia ha provocado un marcado disenso y extensas argumentaciones en orden a su aceptación o rechazo como generativo de la responsabilidad del funcionario.

La integral reforma al Código Civil de la ley 17.711 introdujo el vocablo *ocasión* en el texto del art. 43: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones...".

No es en vano partir del dato etimológico. El diccionario señala que la voz deriva del latín "*occassio, -onis*" y que designa "oportunidad o comodidad de tiempo y lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa"; fijando la segunda acepción en la de causa o motivo porque se hace o acontece una cosa⁵⁴.

La sinonimia de la voz es *oportunidad, coyuntura, lance, circunstancia, casualidad, situación, ocurrencia, etcétera*.

En consecuencia, si por *ocasión* debiera entenderse *oportunidad, casualidad*, no es desatinado interpretar que, si la función incidió *ocasionalmente*, no existiría fundamento suficiente para decretar que el hecho es un acto funcional.

Ello en tanto el nexo del hecho con la función es sumamente débil como para establecer una relación vinculante entre ambos (hecho y función).

Ahora bien, si con *ocasión* se designa la causa o motivo por el que algo acontece, acepción también de uso corriente, aparece una correspondencia fuerte entre función y hecho, un lazo determinante de la primera sobre el segundo que autorizaría la calificación del hecho como funcional.

En este sentido, por la intensidad determinativa, se equipara la nota del ejercicio con la de la ocasión. Es decir, tanto el *ejercicio* como la *ocasión* configurarían categorías causales del hecho, aunque de manera diferente. En ambas y diversas hipótesis, la función respecto del daño estaría en relación de medio a fin.

En orden a esta cuestión, se suele advertir en los libros una discusión acrítica de palabras, a las que, para mayor desconcierto, se añaden nuevos términos, como *motivo, facilitación, etcétera*.

Lo cierto, e ineludible, es que nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la ya mencionada reforma de 1968, emplea ambos vocablos, *ejercicio* y *ocasión* (doctr. art. 43, Cód. Civil), y los dos categorizan el acto funcional del agente público (art. 1112).

Para determinar si el concepto *ocasión*, empleado por la ley en el art. 43, de aplicación en el supuesto del art. 1112, como dice Bustamante Alsina⁵⁵, amplía la órbita de la responsabilidad del funcionario más allá de lo que razonablemente puede justificarse, es imprescindible realizar un doble registro de los términos empleados por la ley, el semántico y el epistémico.

Ejercicio (del latín *exercitium*), significa: "Acción de ejercitarse u ocuparse en una cosa"⁵⁶, son sus sinónimos: *desempeño, ocupación, función, ejecución, trabajo, etcétera*.

⁵³ Baudry-Lacantinerie, G. - Barde, L., *Traité théorique et pratique de droit civil français*, 3me. éd., t. XI, p. 621, n° 2914, citado por Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. III, vol. 2, p. 60, nota 14.

⁵⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., t. II, p. 1463.

⁵⁵ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 293, n° 952, nota 507.

⁵⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., t. I, p. 21.

Todo indica que la doctrina en general juzga por *ejercicio* de la función el desempeño en el lugar y tiempo de la misma. Esta significación aparece como adecuada.

Ahora bien, si el deber de responder se limita al perjuicio irrogado en el ejercicio de la función, aun el irregular o aparente, existirán variadas hipótesis en que la responsabilidad del agente público quedaría descartada y, con ella, la responsabilidad indirecta del Estado, por ejemplo, la lesión a un tercero por un funcionario que no se encuentra estrictamente en el lugar de trabajo o que está fuera de su horario reglamentario, originada, además, por cuestiones estrictamente personales. Sin embargo el agente ha ejecutado una acción posibilitada por su empleo.

De allí que acotar la responsabilidad al daño causado en ejercicio de las funciones aparezca como una solución restrictiva de la reparación y deseable por disvaliosa.

No debemos olvidar, sin embargo, que la duda, en la teoría de la reparación, juega en beneficio del damnificado.

Pero el vocablo *ocasión* aparece superando el marco estricto del ejercicio, sin plantear excesos, y verificando un papel plausible en pos de la solución justa, tomado, claro está, como *causa o motivo* por el que algo acaece. Así definido, el término no es amplio ni vago⁵⁷.

Veamos: puede la función no estar presente como *ejercicio* —porque el lugar, el tiempo o el cometido no se muestran o bien aparecen desdibujados— y, sin embargo, manifestarse claramente como *causa o motivo* del daño, es decir *ocasión*. Tal el supuesto referido del funcionario de seguridad que no se encuentra en su lugar de trabajo o que está fuera de su horario reglamentario —franco de servicio—, sin ejecutar una actividad de su cometido, y que por razones particulares hiere certeramente de un disparo a distancia a un tercero.

El *ejercicio* de la función está enteramente ausente, al faltar los elementos objetivos de lugar, tiempo y cometido; pero la función, como *ocasión* (en el sentido de *causa o motivo*), se pone de manifiesto, dado que la pericia en el manejo del arma conferida por la función fue sin duda determinante en el daño.

⁵⁷ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 293, n° 951, con cita de Borda.

La función juega un rol etiológico en el daño y ese vínculo, función-daño, quedaría embretado en el concepto, más amplio, de *ocasión*.

Se hace referencia a la *ocasión* de la función cuando ésta aparece como el medio para la concreción del perjuicio.

Ese es el alcance terminológico de *ocasión* y no el de mera casualidad o coyuntura.

La *ocasión* es una *causa o motivo*, en apariencia un tanto oculta, al distanciarse el hecho dañoso del *ejercicio* o cometido, pero el análisis permite visualizarla claramente y verificar su incidencia causal, detectando en ella la misma fuerza impulsora que exhibe el *ejercicio* de la función respecto del daño.

Dos importantes citas centrarán la cuestión, en tanto expresan, al parecer, una tesis restrictiva y otra amplia respecto de lo que se acaba de exponer.

Gherzi desvincula de la función ciertos hechos en que las *circunstancias subjetivas* son de motivación individual del autor y las *objetivas* expresan un ámbito de comisión ajeno a aquel en que la tarea se desarrolla⁵⁸. Da la impresión de que la solución desestima la *ocasión* como configurativa del hecho funcional, pero no es así.

Es que, cuando las circunstancias subjetivas de motivaciones y objetivas de lugar no refieran a la función, puede ésta, sin embargo, desempeñar un rol etiológico en el daño. Es lo que acontece cuando la función proporcionó una destreza o hábito que posibilitó el perjuicio, como el manejo del arma homicida en el caso de un agente de policía, de donde la función habrá servido de *ocasión* al daño.

Para Zavala de González integran la noción de función no sólo los actos que constituyen su materia específica, principal o directa, sino también aquellos que, aun siendo accesorios o complementarios, conllevan a su mejor cumplimiento, como la portación del arma impuesta obligatoriamente al policía aunque no esté de servicio⁵⁹. Esto merece una consideración: si aquello *accesorio* de la función, que hace a su mejor cumplimiento, fue determinante del daño, estamos siempre en el concepto de *ocasión*. Si no lo es y, sin embargo, se lo re-

⁵⁸ Gherzi, *Responsabilidad del Estado por actos dañosos de sus dependientes* (art. 1113, Cód. Civil), LL, 1985-C-317.

⁵⁹ Zavala de González, *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, p. 115.

conoce comunicador de cualidad *funcional* al acto, se estaría sosteniendo una postura más amplia: la de darle relevancia a la función como mera facilitación del perjuicio. Del ejemplo aportado por la doctrinaria parece inferirse lo último.

En definitiva pensamos que la inclusión del concepto *ocasión*, promovido por la doctrina y la jurisprudencia francesas y posteriormente incorporado en la ley civil argentina (art. 43, Cód. Civil), es un claro acierto.

En primer lugar, la *ocasión*, con el valor semántico referido, obedece a una de sus significaciones reconocidas en el lenguaje usual, de manera que no existe quebranto de correlato semiológico alguno.

En segundo término, precisarle dicha significación en el lenguaje jurídico es un ajuste técnico, propio de todo sistema de lenguaje disciplinario, y, en el caso en particular, constituye un instrumento conceptual idóneo para darle estructura a la laxa proposición alguna vez expresada de la razonable relación entre la función y el daño⁶⁰.

Por otra parte, en el mismísimo Derecho español, país donde se define la lengua castellana, las leyes que promovieron el nuevo sistema de responsabilidad de los funcionarios y del Estado acuñaron el término.

La Ley de Régimen Local del 16 de diciembre de 1950, en su art. 406, decreta la responsabilidad directa de las entidades locales cuando los daños se hayan producido con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad local, lo cual se reitera en la ley del 24 de junio de 1955.

⁶⁰ Ha dicho el profesor de la Universidad de Innsbruck, Wolfgang Stegmüller, que el problema de la comunicación concierne tanto al *lenguaje científico* como al *precientífico*, en los cuales representamos nuestros pensamientos y los transmitimos a los otros. Nuestra especulación —el derecho— jamás podría proponerse la aspiración de Carnap, quien frente a la desazón de las ambigüedades, vaguedades y equívocos corrientes, proponía la construcción de sistemas formalizados de lenguajes para reemplazar el lenguaje cotidiano en el plano de la investigación teórica científica. Pero el análisis del funcionamiento del *lenguaje corriente* —sin su sustitución— es sin duda una tarea imprescindible en ciertas cuestiones del saber teórico —como lo expuso Wittgenstein—, para superar la imagen primitiva que nos formamos de la función del mismo o para advertir que ciertos problemas no son sino resultado de una incomprensión de las funciones del lenguaje mismo. Una exposición esquemática y provechosa se ve en Stegmüller, *Corrientes fundamentales de la filosofía actual*, Cap. IX, p. 407 y siguientes.

La jurisprudencia hispana requiere, a fin de responsabilizar al Estado, estos tres recaudos: *daño*, *culpa* o *negligencia* en los agentes del ente público, y una relación de causa a efecto entre el daño y la actividad administrativa.

Idénticos extremos requiere la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶¹.

Este último requisito, la relación de causa a efecto entre el daño y la actividad administrativa, es lo que denominamos acto funcional o hecho en el *ejercicio* o con *ocasión* de las funciones.

Según se observa, la jurisprudencia española no ha encontrado escollo alguno en la expresión; por el contrario, los términos empleados por la ley han jugado eficazmente a fin de concretar el requisito de la conexión causal entre la actividad o función y el daño⁶².

La Corte de Casación francesa sigue empleando el término sin visualizarse inconvenientes: "La sociedad concesionaria de una marca de automóviles no puede exonerarse de la responsabilidad incurrida por el hecho de las maniobras de su empleado que ha recibido de clientes un monto de un préstamo devenido caduco habiéndolo malversado"⁶³, "... toda vez que el empleado ha encontrado en su empleo la *ocasión* y los *medios* de la culpa"⁶⁴. En el mismo sentido se pronunció en otro caso, en el que un dependiente había obrado, en el trabajo, durante el tiempo y la *ocasión* del mismo⁶⁵.

⁶¹ Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ley 30/1992), Exposición de Motivos, n° 15, y Título X, Caps. I y II, arts. 139 y 143 a 145.

⁶² Cfr. Santos Briz, *La responsabilidad civil (derecho sustantivo y derecho procesal)*, 3ª ed., 1981; allí puede leerse con provecho el Cap. XX y, especialmente, los apartados II ("Rasgos del sistema vigente y fuentes legales, p. 668) y III ("Relación de causalidad", p. 672 y siguientes).

⁶³ Civ. 2ª, 11/6/92, "Bull", II, p. 164, n° 80, comp., fallo citado en *Code Civil*, Litec, 1999, p. 764. En la traducción hemos sido auxiliados por la doctora Verónica Más, profesora de "Derecho Civil II", Cátedra 1, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

⁶⁴ Civ. 2ª, 3/7/91, "JCO", 91-IV-346, citado en *Code Civil*, ed. 1999, p. 764.

⁶⁵ Civ. 2ª, 22/5/95, "JCP", 95-I-3893, citado en *Code Civil*, ed. 1999, p. 764.

Análisis aparte merece el Derecho alemán. Enneccerus, al tratar los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno, enseña que es menester causar el daño en ejecución del encargo, no bastando que haya sido sólo con ocasión del mismo, refiriendo algún fallo del Tribunal del Reich (*Reichsgericht*).

El autor indica que la acción nocible debe quedar comprendida en el círculo de actividades que representan la ejecución de la encomienda.

Sin embargo, lo que también es advertido por el jurista citado, de ciertos precedentes del Tribunal del Reich surge la exigencia de que "la actividad causa del daño tenga relación causal con el asunto conferido"⁶⁶.

De esta manera, sostiene el Tribunal, si existe esta relación la transgresión de los límites del mandato no excluye en general la aplicabilidad del art. 831⁶⁷; así cuando un cochero se aparta de las instrucciones recibidas en cuanto al itinerario y atropella a otra persona, que resulta herida⁶⁸.

Esta rara construcción (que la actividad causa del daño tenga relación causal con el asunto conferido) no es otra cosa que el *lien de causalité* de la jurisprudencia francesa, la *relación de causa a efecto* de los españoles o el *vínculo de causalidad entre la función y el daño* que expresa el derecho argentino, y al que en todos los casos se alude mediante el empleo del vocablo *ocasión*.

La aserción se verifica ni bien reparamos en los fallos transcriptos por Enneccerus (en los que se establece que, existiendo esta relación, la transgresión de los límites del mandato, es decir el ir más allá del cometido, no excluye en general la aplicabilidad del art. 831).

Bien puede decirse que, en las hipótesis en las que el cometido (la ejecución del asunto o, como decimos aquí, el ejercicio estricto de la función) está ausente o desdibujado, la responsabilidad se mantiene al tener la función un significado etiológico en el perjuicio (causal o

⁶⁶ Tribunal del Reich, RG, 73, 436; 79, 312; 104, 145; RGJW 1910, 652.

⁶⁷ RG Warn, 1916, n° 125.

⁶⁸ RGJW 1913, 327. Véase Enneccerus - Kipp - Wolff, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. II, "Derecho de obligaciones", 15ª revisión por Heinrich Lehman, p. 1117, n° 2.

concausal). A esta circunstancia la designamos entonces con la palabra *ocasión*.

Corresponde cerrar este apartado exponiendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al analizar la responsabilidad del Estado por el obrar de sus dependientes y fundarla en la ley civil (art. 1113, Cód. Civil), ha sostenido que basta que la función desempeñada haya dado la *ocasión* para cometer el acto dañoso, para que surja la responsabilidad del principal⁶⁹.

2 — El cumplimiento irregular de las obligaciones legales o la "irregularidad del acto funcional"

Este específico título imputativo se centra en el hecho de haber el funcionario cumplido de una manera irregular sus funciones; así lo capta la regla civil, que en el art. 1112 del Cód. Civil expresa: "*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título*".

De modo que, si el agente ha actuado de forma regular, originando aun así un perjuicio, el damnificado carece de acción resarcitoria contra él, aunque pueda tenerla contra el Estado⁷⁰.

Con el calificativo *irregular* se describe al acto funcional, a las funciones, siendo imprescindible precisar esa cualidad definitoria del cumplimiento.

Cabe advertir que se habla de acto funcional, pues ésa es la conducta sancionada por la ley en la regla del art. 1112; cualquier otro acto nocible que carezca de vinculación con la función comprometerá la responsabilidad genérica del art. 1109, propia de cualquier hecho.

⁶⁹ CSJN, 27/9/94, "Furnier, Patricia M. c. Provincia de Buenos Aires", LL, 1996-C-557 y ss., con nota de Galdós, *La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado como principal, por el hecho de policía (dependiente)*.

⁷⁰ Dice Llambías, por vía de *cuasiexpropiación*, aportando el siguiente ejemplo: un inspector municipal conforma acertadamente el nivel de ubicación de una construcción y, luego, al pavimentarse la calzada con arreglo al plan general de nivelación, el edificio queda sobreelevado y desconectado de la calle, irrogándose un perjuicio (*Código Civil anotado*, t. II-B, comentario al art. 1112, p. 449 y siguientes).

del hombre con independencia de la calidad estudiada. La referencia a lo irregular conduce a considerar al acto funcional, generalmente, como contrario a Derecho. En consecuencia, la irregularidad importa un amplio criterio de reprochabilidad, la que configuran tanto la transgresión de las directivas y reglamentos que informan el desempeño como la violación a la ley (local o nacional) y, desde luego, a lo establecido en las constituciones estadales y nacional.

Esta irregularidad alcanza a las funciones regladas así como a las no regladas o discrecionales. Se ha dicho que siempre que la irregularidad esté presente, más el daño, existirá responsabilidad civil y que el art. 1071 del Código amplía el fundamento en ese sentido⁷¹.

Con todo acierto aseveró Boffi Boggero que la discrecionalidad no ampara el ejercicio irresponsable de la función pública⁷², y la jurisprudencia ha destacado que la denominada actividad discrecional debe ceñirse insalvablemente a la razonabilidad⁷³.

Es sumamente provechoso reproducir esta idea que expone Gherisi: la discrecionalidad absoluta no es posible dentro de un sano sistema jurídico. Al hablar de la responsabilidad del Banco Central, afirma el jurista que, "no obstante la marcada *delegación* de facultades discrecionales al B.C.R.A. para actuar, no podemos concluir que exista dicotomía entre actos reglados y actos discrecionales, ello en

⁷¹ Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., 1980, t. IV-B, n° 2813, ap. b).

⁷² Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, 1985, t. 6, n° 2286. Una posición restrictiva puede leerse en Acuña Anzorena, en Salvat - Acuña Anzorena, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, t. IV, p. 306, n° 2975, nota 5a), de la que surge la necesidad de que la reglamentación de la función, para hablar de *cumplimiento irregular* de las obligaciones que le están impuestas al funcionario (art. 1112). No le falta razón a Bustamante Alsina (*Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 379, n° 1300, ap. c) cuando indica que puede afirmarse, con mayor o menor estrictez, que todas las funciones públicas se hallan regladas o reguladas por disposiciones administrativas que señalan los deberes a cargo de los respectivos funcionarios y empleados.

⁷³ "El ejercicio de facultades discrecionales no significa siempre que la solución que se adopte es indiferente para el orden jurídico, siendo cualesquiera de las alternativas que se elijan, permanentemente válidas por su origen y jurídicamente posibles sin control alguno. Siempre la actuación administrativa debe ser *racional, justa, igual y proporcional*, excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad", Cám. Civ. Trenque Lauquen, 30/9/89, RS 18-1235, *Juba*, 1997.

tanto en el acto administrativo existen ciertos elementos que son siempre reglados, pudiendo o no haber elemento discrecional, aunque en rigor es apropiado reconocer que, si bien en la actuación del B.C.R.A. hay actos enteramente reglados —son los menos—, cuyo contenido ha sido establecido por la ley, los más son aquellos parcialmente reglados y parcialmente discrecionales". "En cualquier caso el B.C.R.A. puede ser responsable civilmente de los daños y perjuicios derivados de su obrar ilegal o irrazonable, ante una entidad financiera y aun ante las particulares afectados por su aplicación extensiva"⁷⁴.

En síntesis, las modalidades de las obligaciones legales que delinmean a las funciones del agente son numerosas y de diversos órdenes y jerarquías.

Como se adelantó, si el agente ha ordenado su actuar de acuerdo con lo dispuesto en la normativa que informa la función (directivas, circulares, instrucciones, reglamentos, decretos, etcétera), no le cabe, en principio, responsabilidad.

Pero si la directiva reglamentaria o legal a la que debe conformarse el funcionario es claramente perjudicial en su aplicación, no puede ampararse en ella para justificar su desempeño. El funcionario, en los supuestos de manifiesto resultado dañoso emergente de la aplicación de la ley, deberá abstenerse de actuar.

Esto último no va en desmedro de reconocer, en general, a la ley como la primera criba del acto funcional regular.

En caso de resultar claramente una consecuencia dañosa de su aplicación, o la manifiesta violación a reglas superiores, existe un segundo criterio: la razonabilidad, diligencia de un idóneo funcionario, para dejar de obrar con arreglo a la norma. Es que el amparo en la misma no le servirá de salvoconducto a la irresponsabilidad.

Esa es la orientación proveniente de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación: "El intendente municipal es personalmente responsable por los actos irregulares que cometa en el desempeño de sus funciones y no puede hacer valer lo dispuesto por las orde-

⁷⁴ Gherisi y otros, *Responsabilidad del Banco Central por la actividad financiera*, ps. 37 y 43.

nanzas municipales cuando ello es contrario a las prescripciones de leyes vigentes”⁷⁵.

Kemelmajer de Carlucci lo ha destacado con su habitual claridad: no obstante ser la ordenanza una norma positiva, debe ser desacatada por el órgano encargado de cumplirla si es contraria a la ley⁷⁶.

El cumplimiento irregular puede originarse, expresamente lo señala la ley civil, en un hecho o en una omisión⁷⁷.

En las “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, la Comisión n° 9, presidida por Trigo Represas y Bueres, concluyó que “la responsabilidad del Estado comprende los daños causados tanto por acción como por omisión” y que “la responsabilidad del Estado por omisión procede no sólo cuando se infringe el mandato establecido en la norma especial, sino también cuando se transgreden los principios que informan el ordenamiento jurídico” (conclusiones 6ª y 7ª).

Ese cumplimiento irregular origina una presunción de culpa en el actuar del agente público o de los agentes públicos, dado que la responsabilidad bien puede ser plural o colectiva y comprometerlos solidariamente (art. 1109, párr. 2°, Cód. Civil).

— Presunción de culpa del funcionario

La ubicación metodológica del art. 1112 ha inducido a la doctrina mayoritaria a sostener que, pese a que no se menciona el factor de atribución, rigen los principios generales y que, por eso, es necesario acreditar que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales se debió a culpa o dolo del funcionario⁷⁸.

Al hablar la norma de los hechos u omisiones de los funcionarios públicos y al sistematizar el legislador la prescripción como un *cualisdelito* (Título IX, Sección II, Libro II), no hay duda acerca del título

⁷⁵ CSJN-Fallos, 49:344.

⁷⁶ Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, notado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, p. 415.

⁷⁷ La diferencia entre que el incumplimiento tenga origen en un hecho o en una omisión puede verse *infra*, en el § 3, h), 2.

⁷⁸ Gordillo, “La responsabilidad civil”, en *Estudios de derecho administrativo*, p. 3; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 1305.

imputativo: la culpabilidad (específicamente culpa y, *a fortiori*, dolo imputable a su autor). Ahora bien, el ejercicio irregular de sus obligaciones legales, más el daño, hace presumible la culpa del agente.

No puede ser de otra manera. Los principios generales determinan que el damnificado deberá acreditar el obrar irregular. Probado el mismo, surge, *in re ipsa* y de acuerdo con el acontecer ordinario, que debió resultar de un obrar negligente. Lo contrario sería suponer que el cumplimiento irregular se origina ordinariamente en causas extraordinarias e imprevisibles, en virtud de lo cual sería lógico requerir la prueba de la culpa, pero ello no es así.

Del demostrado ejercicio irregular debe colegirse el culposo actuar del funcionario, sin perjuicio, desde luego, de admitir la prueba en contrario por parte del agente⁷⁹.

Concluyendo, es, pues, el funcionario quien debe acreditar que, no obstante el incumplimiento o cumplimiento irregular, su conducta fue diligente.

d — Las eximentes

De acuerdo con el canon tradicional en materia probatoria, el damnificado tiene a su cargo la prueba, en primer lugar, del cumplimiento irregular de las obligaciones y, en segundo término, del acto funcional, es decir, la acreditación de que el agente obró en *ejercicio* u *ocasión* de sus funciones.

Sabida es la aprobación de la regla que hace recaer la carga de probar en cabeza de aquellos que se encuentran en mejores posibilidades de hacerlo, y la justicia que importa esta solución para las víctimas en hipótesis como las presentes.

No hay duda de que en este supuesto de responsabilidad, es el mismo funcionario que, por sus conocimientos, haceres y procederes, está más habilitado para corroborar el cumplimiento regular que el damnificado para demostrar el irregular.

⁷⁹ Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario*, LL, 67-886; Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, vol. I, n° 68; Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, comentario al art. 1112, p. 416, n° 7, ap. c).

Ante el incumplimiento irregular aparentemente manifiesto, queda presumida la culpa⁸⁰.

En las "Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil en homenaje al profesor doctor Augusto Morello", de 1987, a las que ya se ha aludido, en la Comisión n° 1, sobre "Responsabilidad del funcionario público", en el Despacho A), se estableció que: "El factor de atribución es subjetivo. Acreditada la actuación irregular la culpabilidad se presume *iuris tantum*". Quienes firmaron el Despacho B) se expresaron a favor del factor objetivo, unos centrándolo en la garantía y otros en el riesgo social⁸¹.

Será el funcionario quien deba justificar en el proceso que su obrar ha sido diligente, rectificando él la cualidad de irregular atribuida a su conducta.

— Juzgamiento de la irregularidad

Se ha dicho que el agente se exime cuando, por la índole especial del asunto, han existido motivos para equivocarse⁸².

Su liberación se producirá, según los conceptos de *culpa y casus*, y de acuerdo con el sistema eximitorio de nuestro Código Civil, demostrando el caso fortuito⁸³.

Explicó Aguiar que como no es necesaria la violación abierta de las obligaciones que la Constitución y las leyes o reglamentos imponen, sino que basta su cumplimiento irregular, esa sola circunstancia determina, en principio, la inexcusabilidad del error o ignorancia de los funcionarios públicos⁸⁴.

Siendo constitutivo de su culpa el hecho de "no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" (art. 1112, Cód. Civil), el error o la ignorancia que acusasen sus actos, positivos o negativos, serían siempre de derecho, en términos generales, inexcusables por definición ("La ignorancia de las leyes no sirve de excusa..." —art. 20, Cód. Civil; en el mismo sentido: art. 923—).

Por lo tanto, los motivos justificantes o el error inculpable se equiparan al *casus*, sólo alegable en cuestiones que no son de Derecho.

Responsabilidad tan estricta, enfatiza Aguiar, tiene su explicación, tanto en el motivo enunciado, cuanto en que el que acepta una función pública contrae, por el solo hecho de aceptarla, la obligación de desempeñarla con inteligencia y honradez, al mismo tiempo que reconoce y proclama tener las condiciones, la preparación y la capacidad requeridas para su correcto e inteligente desempeño⁸⁵.

Nunca estará de más recordar que tales exigencias, idoneidad y probidad, son de índole constitucional (art. 16, Const. Nacional).

Aguiar transcribe este juicio del belga Laurent que, más allá de sistemas positivos y fórmulas exculporias, es de tan urgente reproducción como *difusión*: "Todo incumplimiento a un deber, por impericia o por otra falta, constituye para el funcionario una culpa grave, la cual, se dice, que en principio está equiparada al dolo: La responsabilidad civil de los funcionarios debe ser más severa que la de los particulares, como lo es en materia penal. Se debe, pues, estar a los arts. 1382 y 1383 (Cód. de Napoleón) y aplicarlos a los funcionarios con toda severidad"⁸⁶.

La culpa es un juicio de desaprobación a la falta de previsión o a la asunción de un riesgo extraordinario, formulado desde una idea que expresa la previsibilidad y la prudencia media⁸⁷.

Para juzgarla el Código Civil, en la fórmula del art. 512, refiere a "la naturaleza de la obligación". Es decir remite a la modalidad o calidad del nexo a tener en cuenta —en el caso del agente público, la pe-

⁸⁰ La actuación irregular acarrea la presunción de culpabilidad; Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario público*, LL, 67-886; Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, vol. I, n° 68.

⁸¹ Puede verse en Echevesti, *La culpa*, ps. 211 y 212 —la palabra "irregular", en el Despacho A), no se encuentra destacada en el original—.

⁸² Colombo, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 3ª ed., 1965, t. I, p. 253.

⁸³ Echevesti, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, A. J. Bueres (dir.) - E. I. Highton (coord.), t. 2A, comentario a los arts. 513 y 514, p. 173 y siguientes.

⁸⁴ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, vol. 1, p. 457.

⁸⁵ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, vol. 1, p. 459, n° 60.

⁸⁶ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, vol. 1, ps. 459 y 460, n° 68, nota 36.

⁸⁷ Echevesti, *La culpa*, p. 129.

cularidad de los deberes a su cargo—. Dice Lafaille que los arts. 902 y 909 del Cód. Civil complementan, reafirman y ajustan esa idea⁸⁸.

La importancia, la trascendencia de esos deberes es tal que su merecimiento irregular, no su violación abierta, da origen a esa presunción estricta de culpa.

Guastavino advierte que el cumplimiento regular de las obligaciones legales o deberes, importa para el funcionario el conocimiento de las fuentes concretas de aquéllas, con el consiguiente problema de la prelación jerárquica de normas, en cuya virtud ha de resolverse si el acatamiento de ordenanzas ilegales o leyes inconstitucionales —en tanto no hubiesen sido invalidadas judicialmente con eficacia en el caso— acarrea responsabilidad del funcionario público⁸⁹.

La Corte federal⁹⁰ declaró que, si bien en sede administrativa no puede declararse la inconstitucionalidad de una norma, puede ser dejada sin efecto por ilegitimidad y vicios formales; y aun por razones de conveniencia u oportunidad⁹¹.

Finalmente debe tenerse presente que el juzgamiento final sobre si el obrar es regular o irregular constituye para nuestro sistema una cuestión de hecho, irrevisable en las instancias extraordinarias salvo absurdo o arbitrariedad. Es que establecer el desempeño irregular importa determinar la existencia de culpa o no del agente, y ello es considerado una típica cuestión de hecho, insusceptible de revisión en la instancia extraordinaria, salvo el *absurdo* en la tarea axiológica de los jueces de grado⁹².

⁸⁸ Lafaille, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, t. VI, p. 176, n° 183, nota 195.

⁸⁹ Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-410.

⁹⁰ CSJN-Fallos, 298:511.

⁹¹ Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-403, nota 10.

⁹² Así se pronuncia insistentemente la jurisprudencia: "Determinar si concurren o no circunstancias que configuran culpa, constituye una cuestión de hecho, exenta de casación, salvo el caso de absurdo o violación de las leyes que rigen la apreciación de la prueba, cuya denuncia de infracción es insoslayable para la suficiencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (SCBA, 30/11/84, L. 33.231; ídem, 4/12/84, Ac. 33.631; ídem, 27/6/95, Ac. 57.830); "El problema de la determinación de culpa en un caso dado, constituye una cuestión de hecho extraña como tal a la competencia de la ins-

— § 3 —

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DE LAS PERSONAS JURIDICAS
Y CONCURSO DE RESPONSABILIDADES
DEL FUNCIONARIO CON EL ESTADO**

a — Introducción

La actividad dañosa irregular del agente genera su deber de responder, al mismo tiempo que origina la responsabilidad extracontractual del Estado.

Esta circunstancia exige una precisa definición de la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica (Estado), a fin de determinar con mayor exactitud las probables combinaciones entre ella y la del agente público.

A través de esta búsqueda se llegarán a determinar, es de esperar, los distintos caminos que el damnificado podrá recorrer en pos de la satisfacción a su reclamo, como así también el último responsable frente a eventuales acciones de contribución.

Con relación a esto último, hacemos esta anotación inicial: con cita de Cueto Rúa, Guastavino señala que: "la repetición por el Estado del importe abonado como indemnización de daños causados por sus funcionarios es un importante instrumento de honestidad y de conciencia republicanas, y en su virtud tal erogación no es soportada definitivamente por la comunidad sino por los agentes públicos culpables. Esta acción surge del art. 1123 del Código Civil"⁹³.

Recuérdese que la víctima puede demandar al funcionario sin necesidad de hacer lo propio con el Estado y viceversa (art. 1122, Cód. Civil). Pero, si demanda al Estado sin traer a proceso al funcionario —aun bajo la invocación de la responsabilidad indirecta—, para que la acción de reintegro contra el responsable se haga factible sería me-

tancia extraordinaria, salvo absurdo" (SCBA, 28/12/93, Ac. 44.510); "Constituye una cuestión de hecho atribuir la culpa y consecuente responsabilidad" (SCBA, 24/9/85, Ac. 33.927; ídem, 24/9/85, Ac. 34.299).

⁹³ Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-410 y nota 34.

nester su citación por el Estado demandado, para serle luego oponible la sentencia condenatoria. Ello a fin de garantizarle al agente el ejercicio de su derecho de defensa.

La medida de la repetición por parte de la persona jurídica pública va a estar dada por la proporción en que el juez gradúe la participación del funcionario en la causación del daño.

Bueno es aclarar que deberá prestarse especial atención a la reglamentación de la competencia —en razón de la persona—, de la que podría resultar la demandabilidad del funcionario en el fuero ordinario (civil) y la del Estado en el especial —contencioso-administrativo—.

Es forzoso señalar que la apertura de campos de competencias en razón de la persona (Estado), en una materia (derecho de daños) que ha alcanzado una formulación única proyectada desde la víctima, si no es tomada como una mera división judicial del trabajo, puede significar un resabio cultural de fueros especiales, a través del cual se exhume la amenaza de la indemnización eufemística. La última conquista de la conciencia jurídica moderna en la materia dice: el juez del daño es el juez civil⁹⁴.

**b — El Estado en tanto persona jurídica de carácter público.
Base legal de su responsabilidad**

El Código Civil en su art. 33 determina que el Estado (nacional, provincial o municipal) es una persona jurídica de carácter público.

La regla del art. 43 (t.o. ley 17.711) consagra la responsabilidad de las personas jurídicas, disponiendo: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título ‘De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’”.

⁹⁴ Una magnífica exposición sobre el punto puede leerse en Mosset Iturraspe, “La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo”, en *La responsabilidad*, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, A. A. Alterini - R. M. López Cabana (dirs.), p. 763 y siguientes.

En el Título IX de la Sección II del Libro II —de los cuasidelitos— a que remite el precepto, el art. 1113 en su párr. 1° consagra la responsabilidad del comitente por los hechos de los dependientes, en estos términos: “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”.

De las reglas jurídicas mencionadas y sin necesidad de interpretación —*ubi est clara verba non est locus interpretationis*—, surge que la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos de sus funcionarios o dependientes cae dentro de un ámbito más comprensivo: la responsabilidad, por idénticas razones, de las personas jurídicas. Este hecho explícito, y explicitado, en la ley torna factible la concurrencia de la responsabilidad personal del funcionario con la directa o la indirecta o refleja del Estado (persona jurídica).

Ahora bien, la cuestión referida a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas —y, por lo tanto, del Estado— requiere allanar un problema previo corrientemente desatendido: la forma en que las personas jurídicas declaran o expresan su voluntad.

Tal punto de partida aconseja revisar la concepción que la ley argentina ha adoptado sobre la naturaleza y el modo de expresión de la voluntad de las personas jurídicas, para evaluar, luego, otras doctrinas sobre el punto y la posibilidad de que otras ideas pudieran optimizar el desenvolvimiento de las reglas del Código, a fin de perfeccionar la responsabilidad civil de estos entes.

**c — La expresión de la voluntad de los entes ideales:
el sistema de la ley civil**

Nuestro Código Civil (en los arts. 35 a 37 y 1870, inc. 2°) habla de representantes y mandatarios, para hacer referencia a quienes ejercen los actos de las personas colectivas; allí queda expuesto el criterio técnico seguido en el *corpus civile*: la voluntad de las personas jurídicas se expresa a través de la representación y del mandato.

Modalidad de los actos jurídicos la primera, y convención el segundo, han sido éstos los medios de los que se ha valido el legislador originario y que ha mantenido el reformador del año 1968.

Ahora bien, esta solución es consistente con la idea que de las personas jurídicas adoptó Vélez Sársfield: la de la *fictio iuris*.

Savigny fue el jurista que cifró la razón de ser de las personas colectivas en una ficción de la ley; este pensamiento (a través del cedeño de Freitas) conformó la noción de Vélez acerca de la naturaleza de las personas colectivas.

En la nota al Título I ("De las personas jurídicas") de la Sección I ("De las personas en general") del Libro I ("De las personas") del Código Civil se lee esta conclusión: "... Los jurisconsultos franceses y españoles no se ocupan de las personas morales; pero en Savigny, se encontrará extensamente tratada la materia (t. 2, del *Derecho romano*). De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos a la letra".

Esta comprensión de los entes colectivos (una ficción legal) aparejaba una consecuencia: la falta de capacidad de obrar de la que, *per se*, padecían los mismos.

Por ello se reputan actos de la persona jurídica los de sus representantes legales (art. 36, Cód. Civil), adquiriendo por su intermedio derechos y ejerciendo los actos no prohibidos y que no excedan de la esfera de sus atribuciones estatutarias y legales (arts. 35 a 37, Cód. Civil). Por la misma razón resultan aplicables las reglas del mandato (art. 37, *in fine*, Cód. Civil).

No por otra cosa el propio Codificador, siguiendo *ad pedem litterae* a Savigny, expresó: "Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representación que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar ... Cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial la incapacidad natural de obrar a la persona jurídica, que es un ser ideal, debe esto entenderse literalmente ... Una corporación es semejante a un pupilo, cuya curatela será ejercida por el que ha nombrado la ley. Para la formación de la persona jurídica, ha debido preceder su constitución, y a ella la creación de la representación que ha de obrar, como en un banco, el directorio que ha de gobernar los intereses de la sociedad ... La persona jurídica, pues, sólo por medio de sus representantes, puede adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de los individuos que forman la corporación, aunque fuesen la totalidad del número" (nota al art. 35, Cód. Civil).

De estos postulados se desprendía que la persona colectiva, si bien poseía capacidad de derecho, carecía de capacidad de hecho, debiendo necesariamente estar dotada de representación.

Esta representación puede dimanar de una regla de derecho (legal) o de un negocio jurídico (convencional), siendo siempre ése el medio de actuación de la persona colectiva.

Resulta claramente del sistema expuesto que, si cabía hablar de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y por ende del Estado, a pesar de la letra del originario art. 43 del Código de Vélez, no podría hacérselo sino concluyendo que tal responsabilidad tendría siempre un carácter indirecto.

Sean representantes, mandatarios, dependientes u órganos de la persona colectiva que de esa forma actúen, el ilícito se comete por ellos, a ellos se les imputa directamente, e indirectamente a la persona jurídica.

Esto, sin olvido de señalar la facultad de dirigir la acción contra el civilmente responsable sin necesidad de llevar a juicio a los autores del ilícito (art. 1122, Cód. Civil).

El Estado, decía Aguiar, creación puramente abstracta, obra de la voluntad de los asociados con fines de utilidad y de intereses comunes, sólo puede cumplir éstos por intermedio de *representantes* con facultades limitadas al objeto de la representación⁹⁵.

Dos acontecimientos jalaron la superación de esa etapa: el reconocimiento de la capacidad de hecho de las personas jurídicas y su responsabilidad por los daños de sus dirigentes, administradores y dependientes, consagrada en la reforma de la ley 17.711 en el año 1968 (art. 43).

Sin embargo, las normas referidas a la manera en que la persona jurídica se expresa fueron mantenidas (arts. 35 a 37, 1870, inc. 2° y concs., Cód. Civil).

1—La cuestión de la responsabilidad extracontractual directa de las personas jurídicas (el *organicismo*)

Ahora bien, aquel sistema originario había sido objetado desde hacía mucho tiempo.

Se dijo que la persona colectiva debía ser aprehendida como una organización destinada a alcanzar fines humanos amparados por el

⁹⁵ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. III, vol. 2, p. 178.

derecho objetivo, imputándose la declaración de voluntad de determinadas personas físicas a la persona colectiva, como si ésta actuara *per se*, y que a ello se hace referencia cuando se dice que la persona colectiva actúa por medio de sus *órganos*.

En pocas palabras, que la persona jurídica era un organismo, y ciertos integrantes, sus *órganos*.

Toda persona colectiva o jurídica cuenta con *órganos* de expresión de su voluntad y quienes ejercen esa función no son meros mandatarios sino *órganos* por los cuales se declara la voluntad de tal sujeto jurídico, como si procediera por sí mismo en el ámbito de su capacidad de obrar y de su capacidad jurídica (arts. 41 a 43, Cód. Civil)⁹⁶.

Esta idea importaba reconocer que la persona jurídica actúa por sí, con capacidad propia de obrar, sin el auxilio de ninguna representación. Claro está que esta tesis exhibe un criterio distinto del originariamente enunciado, con respecto a la forma en que la persona jurídica expresa su voluntad; a ella se alude bajo la denominación *organicismo*.

En esta propuesta el *órgano* exterioriza directamente la voluntad de la persona jurídica. Cuando el *órgano* actúa, es la misma persona jurídica que actúa y a ella, entonces, se le deben imputar, directamente, las consecuencias de su accionar.

A los derechos y las obligaciones, decía Spota, la persona jurídica los adquiere y asume por sí y no por medio de representantes. Los *órganos* de administración, deliberación y fiscalización concurren a constituir la voluntad declarada de la persona colectiva, mejor, expresan —dentro de su esfera de incumbencia delimitada por la ley, el acto constitutivo o los estatutos (arts. 36 y 37)—, cada uno de esos *órganos* tal voluntad.

El derecho objetivo *piensa* que la persona colectiva actúa directamente y no por intermedio de supuestos *representantes*, aunque recurriendo al ministerio de dichos *órganos* de voluntad.

Los actos de esos *órganos*, concluía el recordado profesor de las universidades de Buenos Aires y La Plata, son aprehendidos por el derecho objetivo, en cuanto se ejecutan en la esfera de sus atribuciones o aun con *motivo* u *ocasión* de las mismas.

⁹⁶ Spota, *Tratado de derecho civil. Parte general*, vol. 3^o (8), p. 894 y ss., n° 1988.

No se está, entonces ante actos de representantes que se imputan al representado sino ante actos lícitos o ilícitos llevados a cabo por la persona colectiva misma.

Aclaraba, estaba obligado a hacerlo, que las expresiones de la ley al hablar de representantes o de mandatarios no vinculaban al intérprete, como no lo ligan aquellas expresiones que carecen de auténtico contenido normativo⁹⁷.

Aguiar, al hablar del fundamento de la responsabilidad del Estado, alude a esta doctrina que considera a los funcionarios del Estado como *órganos* y no como sus representantes.

En virtud de ella, afirmaba, “no se concebiría la existencia de dos personas, representado y representante, sino una sola, desde que los *órganos* no pueden considerarse separados y distintos del *organismo*, el Estado, sino como sus elementos constitutivos, por donde los actos de los *funcionarios* son actos de la misma administración”. Ello lleva a estimar, concluía, que “hay unidad *psíquica*, que puede parangonarse con la unidad *fisiológica*”, pues, cuando se considera al Estado *organismo* y a los funcionarios como sus *órganos*, no hay más que una entidad jurídica que actúa, que es el Estado; en consecuencia, “los actos de sus *órganos* son inseparables del *organismo* Estado”⁹⁸.

La consecuencia de semejante ideología se avisora: si hay una sola entidad que actúa, la persona jurídica, hay un solo responsable. Se desincrimina al *órgano*, es decir al funcionario público.

Este es el núcleo duro de la tesis, la que tiene además un despliegue en el que va a observarse esta otra distinción: aquella entre *órgano institución* y *órgano persona*, siendo este último la persona individual y aquél el ámbito de su competencia, el conjunto de facultades y deberes. Este es el momento de clarificar la idea de quiebre del sistema: en realidad con el término *organicismo* no se hace mención sino a una de las varias formas de lo que se denomina genéricamente *estructuralismo*.

Es éste un modo de comprender lo real como y a través de una estructura. Implica al mismo tiempo orientar la búsqueda y el empleo

⁹⁷ Spota, *Tratado de derecho civil. Parte general*, vol. 3^o (8), ps. 898 y 899.

⁹⁸ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. III, vol. 2, p. 180.

de un método operativo acorde con esa forma de concebir cosas y palabras. El *estructuralismo* es una amplia y compleja concepción.

A él se vinculan, de una u otra manera, las doctrinas — pensamientos — de Wilhelm Dilthey, Claude Lévi-Strauss, Roland Barthes, Jacques Lacan, Louis Althusser, Michel Foucault, etcétera⁹⁹.

En el *estructuralismo*, en cada caso los datos biológicos, sociales, psicológicos, etcétera, han sido concebidos como estructuras y analizados a través de una metodología también estructuralista, opuesta a los métodos analítico y sintético.

Pero adviértase que esa visión de las cosas (de evolución pos-renacentista), diversa de la consideración atomística, no se opone sin embargo a esta última, ni siquiera la anula metodológicamente.

En otros términos, la solidaridad interna de los miembros de una estructura, sus articulaciones, la compenetración funcional, sus interrelaciones significativas, etcétera, no impiden reconocer a cada miembro particular, ni excluyen el camino metodológico del análisis y la síntesis. Con ello se quiere remarcar que el conocimiento de los miembros de una estructura es susceptible de un tratamiento individual, hasta el punto de emplearse ese método, el atomístico, como complementario a la metodología estructuralista.

Si el tratamiento cognitivo de los miembros de cualquier estructura (fisiológica, psíquica, etcétera) admite la consideración individual, no menos podrá afirmarse de una estructura social y jurídica (persona jurídica, Estado), cuyos miembros son personas individuales (órganos).

Si el conocimiento de los miembros admite esa aprehensión, el *juzgamiento* de ellos la exige y su condición de seres morales la reclama con impostergable urgencia.

Los caracterizados miembros (funcionarios-órganos) de la estructura (Estado) plantean la necesidad de su estudio y juzgamiento en particular y con independencia de la apreciación estructural-orgánica que conduce a la responsabilidad directa del Estado (organismo-estructura).

⁹⁹ Respecto de Foucault, forzoso es referir sus propias palabras: "Ni Deleuze, ni Lyotard, ni Guattari, ni yo hacemos nunca análisis de estructura, no somos en absoluto 'estructuralistas'" (*La verdad y las formas jurídicas*, p. 38).

Esta advertencia es imprescindible en tanto, bajo un profano empleo del organicismo, se ha intentado y hasta concretado la anulación de la responsabilidad individual, personal, del funcionario público miembro de la estructura estatal.

En el mundo jurídico, suele ocurrir, se acometen con facilidad y significativa incultura temas centrales de la filosofía y las ciencias en general. Se adoptan términos de intensos y complejos desarrollos y se los emplea en una degradación significativa tal que el mismo uso ordinario de un vocablo aparece a veces, frente al jurídico, como portador de un sentido más elaborado.

Causa empacho ver cómo se recogen vocablos y se pontifican las *ideas* que engloban, sin la menor indagación de sus anteriores y posibles registros significativos, sin siquiera plantearse la búsqueda de un nuevo ámbito semántico para el posible y adecuado empleo en el tema. Ese trasvase sin sentido origina enunciados indeseables, como el que combatimos, y el empacho se troca en indignación frente a lo injusto.

En fin, la mirada estructuralista del Estado, que ciertos autores llaman *organicismo*, no puede acarrear, ni lógica ni valorativamente, la anulación del hecho de su miembro (órgano), su juicio y responsabilidad.

Spota sostuvo, mucho antes de la reforma de 1968, que nuestro ordenamiento toleraba una recepción parcial de esta tesis (el *organicismo*), combinada con la de la ficción; esto en ocasión de sus plausibles intentos por superar el obstáculo que el viejo art. 43 del Cód. Civil representaba para la responsabilidad extracontractual de las personas colectivas.

Observaba, sin embargo, que la teoría *organicista*, concebida con un alcance antropomórfico, debe considerarse como integrando el archivo de las falsas ideas jurídicas¹⁰⁰.

Ahora bien, pensada la naturaleza de los entes ideales desde este enfoque (el *organicismo*), cabe hablar de los hechos de los *directivos* como hechos de los *entes*, en virtud de la calidad de *órganos* que revisten; pero esto no abroga la posibilidad de que dichas personas jurídicas se valgan también de subordinados. Esta circunstancia conduce

¹⁰⁰ Spota, *Tratado de derecho civil. Parte general*, vol. 3^o (8), ps. 896 y 897.

a afirmar que la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos ilícitos será directa y objetiva cuando sean sus *órganos* los que obren el daño y que seguirá siendo indirecta y objetiva cuando el perjuicio sea obrado por sus *dependientes* (arts. 43 y 1113, Cód. Civil).

Es que surge diáfano que las personas jurídicas obran no sólo por sus directores o administradores (*órganos*), sino también valiéndose de dependientes, situaciones que no se excluyen ni en el pensamiento ni en la lectura de la ley. Por el contrario, de las reglas jurídicas dimanar esas formas combinadas en que los entes expresan su voluntad (arts. 43 y 1113, Cód. Civil).

Si es ése un hecho incontrastable, no lo es menos este otro: la visión organicista —facilitadora de una hermenéutica de la responsabilidad *directa y objetiva* de los entes por el obrar lesivo de sus *órganos* (art. 43)— tampoco importa la exclusión de la responsabilidad *directa y subjetiva* del funcionario u *órgano persona*, que expresamente contempla la ley civil (art. 1112, Cód. Civil).

Lo contrario conduciría a concebir al Estado como un gran organismo psíquico real y a los funcionarios como los *órganos* inseparables que lo constituyen como un todo. Pensamiento que, más allá de ser sintomático de una severa idiocia, expresa una degradación moral aniquilante de la responsabilidad republicana.

En síntesis, si el sistema jurídico consiente una lectura *organicista*, lo es en la medida de un postulado técnico y parcialmente: no todos los integrantes de las personas jurídicas son *órganos* y los que lo son no por ello son irresponsables.

El empleo de esta categoría de imputación, directa al ente, no puede jamás excluir la imputación *directa y personal* del funcionario que lo actúa. Esta es la hermenéutica integradora del sistema de la ley, la única válida y posible.

I — *El falso fundamento de la tesis orgánica del Estado*

El desarrollo precedente deja como saldo dos certezas: en primer lugar, la mencionada propuesta organicista sobre la naturaleza y modo de expresión de las personas jurídicas no fue la recogida en ley civil; en segundo lugar, tal circunstancia no ha sido óbice para admitir la responsabilidad aquiliana plena de las personas colectivas y, por ende, del Estado.

Para justificar el enfoque *organicista* en nuestra ley se ha sostenido que el art. 1112 del Cód. Civil tiene su origen en el § 447 de la clásica obra de Aubry y Rau y que dicho pasaje preanunciaba la tesis *organicista*. Error craso.

Es un hecho indubitable que la fuente del art. 1112 del Cód. Civil la constituye el § 446 de la tercera edición, de 1856, de la obra de Aubry y Rau¹⁰¹.

Pero consiéntase, provisionalmente, la formulación que la cifra en el § 447, a fin de contrastarla con los términos y el espíritu del propio texto que supuestamente la sostiene.

Se afirma allí (en el § 447 de la aludida obra) que el Estado, representado por los diversos ministerios y administraciones o entidades públicas, es como todo comitente responsable de los daños causados por sus *empleados, agentes o servidores*, en el *ejercicio* de sus *funciones o servicios*.

De dichas expresiones, lo destaca Guastavino, no parece surgir en modo alguno el anticipo de la doctrina *organicista*. Por el contrario, los términos *representación* y *comitentes* designan precisamente lo contrario: la ausencia de toda idea *estructuralista* u *organicista* en el enunciado.

En consecuencia, aun bajo la suposición de que la fuente del art. 1112 hubiese sido el aludido § 447, tampoco es posible fundar en él una hermenéutica *organicista*, dado que los términos empleados por los influyentes juristas franceses no guardan coherencia interna con la exposición de la mencionada tesis¹⁰².

En conclusión, la formulación provisional sobre la fuente del art. 1112 del Cód. Civil ni siquiera alcanza el umbral de una hipótesis refutada, por su débil grado de confirmación; no configura en verdad otra cosa que una vulgar opinión, un simple decir incontrastable.

El Código Civil, sancionado en 1869 (ley 340) y vigente desde enero de 1871, no estructuró la expresión de la voluntad de las personas colectivas inspirada en la propuesta *organicista*. La reforma de 1968

¹⁰¹ Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. 6, n° 2280; Segovia, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, p. XXI.

¹⁰² Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-400, nota 2.

(ley 17.711) no innovó al respecto, al mantener la redacción de las reglas que a ello conciernen (v. gr., arts. 35 a 37 y 1870, inc. 2°).

Tampoco fue necesaria, reiteramos, la incorporación vía legislativa o interpretativa del organicismo para arribar a la responsabilidad aquiliana plena de las personas colectivas y del Estado, que desde hace mucho tiempo impera en el Derecho argentino.

Esta aclaración la juzgamos de trascendencia porque, como lo veremos en lo que sigue, mediante un empleo fundamentalista y excluyente del organicismo, se ha llegado a la absurda consecuencia de eliminar de la ley la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas y del Estado —bajo el lema de que todos sus agentes son órganos— y al mismo tiempo derogar la responsabilidad de los funcionarios públicos instituida en el *corpus civile*.

La desincriminación, vía interpretación judicial, del funcionario público encastilla a quien asume las más elevadas responsabilidades sociales —el funcionario público— en un inaceptable halo de impunidad.

Al suprimir la responsabilidad indirecta del Estado queda virtualmente abolida la acción de regreso o repetición (arts. 1113 y 1122, Cód. Civil) y, al ser todo funcionario o agente público órgano, la responsabilidad personal se transvasa o se vuelca en el Estado. Y así las palabras y la edificante idea moral que receptaba la fórmula del art. 1112 del Cód. Civil se convierten —mediante una operación quimiúrgica— en el salvoconducto de errores regulares, graves y de los deplorables hechos de corrupción pública.

*II — La jurisprudencia deformante:
un fallo de riesgo institucional*

*(o el organicismo fundamentalista como fraude
a la idea republicana de la responsabilidad del funcionario)*

Admitiendo que la ley tolera una consideración parcial de cuño organicista, no puede menos que reconocerse que la tesis ha sido ajena a nuestro Derecho, al modo en que el legislador concibió la expresión de la voluntad de las personas jurídicas y la justificación de su responsabilidad.

Pero el espíritu con que algunos autores, como Spota, alentaron una disposición estructuralista no fue otro que el de facilitar el funcionamiento de una responsabilidad directa de los entes.

Es decir que la tesis mencionada fue empleada para avanzar hacia la concreción de una imprescindible idea moral: que toda persona, física o jurídica, quede subsumida dentro de las responsabilidades que la ley impone como consecuencia de los daños causados, ampliando el espectro de los responsables, para garantizar la reparación al damnificado.

Sería absurdo, por paradójico, que el uso de ese concepto técnico recondujera a la irresponsabilidad.

Sin embargo, la Corte federal, al parecer inspirada en el *organicismo*, sentó una dudosa doctrina que, en aras de consagrar una responsabilidad objetiva del Estado, fundada en la falta de servicio —plausible propósito—, produjo una consecuencia devastadora: la abolición de la responsabilidad del funcionario público.

Esta jurisprudencia, derogatoria de la letra y el espíritu de una verdadera regla de Derecho (art. 1112, Cód. Civil), aplaza el proyecto republicano encarnado en la Constitución —república es un país donde los funcionarios responden por sus actos— y atenta contra el principio de *contemporaneidad*, que reclama del Derecho, en cada época, la resolución de los problemas con que la actualidad aflige a la comunidad, hoy, el flagelo de la corrupción pública.

Los que siguen son los postulados de la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños originados en su defectuosa organización y su relación con la del funcionario público, ello de acuerdo con una doctrina jurisprudencial de alto riesgo producida por la Corte de la Nación¹⁰³:

- a) La actividad de los *órganos o funcionarios* del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.
- b) La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no requiere como fundamento recurrir al art. 1113 del Código Civil.

¹⁰³ CSJN, 18/12/84, "Vadell, Jorge F. c. Pcia. de Buenos Aires", ED, 114-215.

- c) La idea objetiva de la responsabilidad del Estado por falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil.

A partir de dicho pronunciamiento se han agitado, con raro entusiasmo, estas proclamas:

- a) Que nuestro ordenamiento *carece* de norma sobre la responsabilidad personal del funcionario público. Que el art. 1112 del Cód. Civil contempla la responsabilidad extracontractual del Estado, no la del funcionario.
- b) Que la responsabilidad extracontractual del Estado es siempre directa y objetiva, siendo innecesaria la identificación del autor y justificándose en la denominada falta de servicio.
- c) Que, al ser la responsabilidad extracontractual del Estado siempre directa, su fundamento no puede estar en el art. 1113 del Cód. Civil, sino en considerar a todos los agentes órganos del Estado, en virtud de lo cual este último no podrá ser jamás *comitente* o *principal*.

Las nefastas consecuencias del fallo, y sus dudosos panegíricos, están a la vista:

- a) El pronunciamiento desincrimina al funcionario público. Abroga en su totalidad el art. 1112 del Cód. Civil, administrándole una lectura esotérica.
- b) Deroga parcialmente el art. 1113, al dictaminar una nulificación ontológica de cualquier *relación de dependencia* para con el Estado.
- c) Absorbe, como un tragaldabas, el *organicismo fisiológico*, operando un trasvase extrasistemático a nuestra ley.

En semejantes dictámenes asoma la imposición de un deber de sesgo perverso: la comunidad deberá solventar (en modo principal, al parecer) el costo de los errores y ¿los actos de corrupción? de los agentes públicos.

El funcionario ha sido declarado civilmente impune. No responderá jamás directamente, porque el art. 1112 no ha sido redactado pa-

ra él, ni por vía de repetición, porque él no es un dependiente (art. 1113, Cód. Civil).

¿Y cómo es posible que responda subsidiariamente —lo que se deduce de afirmar la Corte que el Estado responde de manera *principal* y directa—, si el fundamento dado está en una falta que no es suya, sino del servicio?

Felizmente el sistema institucional argentino permite sortear la aplicación de semejantes precedentes de la Corte federal en los estados locales, en función de que (como ha declarado tantas veces la Suprema Corte de Buenos Aires) la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no constituye la *doctrina legal* a que alude el art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Com. provincial, máxime cuando se trata de la interpretación de normas generales¹⁰⁴.

III — La adecuada inteligencia de la idea orgánica

Se ha postulado la responsabilidad directa, objetiva y excluyente del Estado sobre la base del art. 1112 del Código Civil.

Para fundamentarla se ha echado mano, prosaicamente, a una propuesta organicista irrestricta, resultado de concebir al organicismo como una idea simple, cuando, como hemos de ver, configura una idea epistemológicamente compleja.

En sus diversos desarrollos, la misma revela una ausencia de conformación teórica aceptable, lo que, unido a su falta de recepción expresa en el sistema legal vigente, obliga a una mayor precaución en la inteligencia de sus condiciones de su uso.

Menos que una teoría, el denominado *organicismo jurídico* es un conjunto de opiniones de ciertos autores, italianos o alemanes, divergentes entre sí, que han sido asociadas por el común empleo que hacen de la palabra *órgano* para designar al *funcionario público* o al *oficio público*.

Ni siquiera quienes, como Spota, han tratado de extraer partido de la idea la han considerado aceptable como única lectura posible

¹⁰⁴ SCBA, 1/9/87, Ac. 38.225; ídem, 6/3/90, Ac. 41.043; ídem, 23/7/91, Ac. 42.717; ídem, 24/3/92, Ac. 46.142; ídem, 19/4/94, Ac. 52.187; ídem, 14/3/01, Ac. 67.882, entre tantos otros.

para un adecuado desarrollo de la responsabilidad de los entes ideales. Sin embargo, el *organicismo* exhibido en la jurisprudencia de la Corte es una posición elemental y fundamentalista prácticamente desconocida en la literatura extranjera y vernácula.

En el ya citado caso "Vadell", el tribunal razonó así:

- a) Todo agente público es *órgano*.
- b) El *órgano* actúa *directamente* la voluntad del Estado.
- c) Luego, cuando se habla de responsabilidad del *funcionario*, debe entenderse responsabilidad del Estado.

Mediante este silogismo se derogan los arts. 1112 y 1123 del Cód. Civil, uno total y el otro parcialmente, y se consume la impunidad civil del funcionario público.

La inferencia es inválida, porque se ha partido de una premisa falsa: "Todo agente público es *órgano*". Luego, la conclusión a la que se arriba es igualmente falsa.

Esta primera proposición es inválida: porque no todo *agente público* es *órgano* (hay agentes que no lo son); y además, la connotación al término *órgano*, para calificar al agente público, es errónea en tanto supone que el actuar como *órgano*, excluye la responsabilidad personal de quien lo encarna.

Desde ese reduccionismo organicista se intentó explicar el espinoso tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos ilícitos. Vano emprendimiento.

Es útil memorar ciertas cuestiones que demuestran la imposibilidad de remitirse al *organicismo* como una doctrina aceptada y eficaz para fundamentar *in totum* la responsabilidad extracontractual del Estado.

IV— Breve pero necesario repaso del denominado "organicismo jurídico"

Destacamos tres tópicos que la formulación de esa idea muestra a través de sus expositores y que descartan su aprehensión simplista:

1. La distinción entre *órgano institución* y *órgano persona*, que, salvo rara excepción (v. gr., en Forti), se observa en todos sus

desarrollos. Así también lo expone Villegas Basavilbaso, exponente, podría decirse, del *organicismo vernáculo*.

2. La afirmación general de la existencia de *agentes públicos* que no son *órganos*, sino meros *empleados* o *dependientes*.
3. La *continuación* de las ideas de *representación*, *delegación* o *procuración*, dentro del juego de lenguaje del *organicismo*, aun más allá de que esta tesis es frecuentemente presentada como una superación de aquellas nociones.

a) En una postura crítica al ambiente *organicista*, Vitta expresa que los titulares de los oficios públicos son los funcionarios. Estos oficios son clasificados, de acuerdo con su importancia, como oficios públicos principales (son aquellos a través de los cuales se forma o declara la voluntad del Estado frente a terceros) y oficios públicos auxiliares (los relativos a los actos preparatorios, consultivos, de control, etcétera).

Dice el jurista italiano que la doctrina usa a menudo a este respecto el vocablo *órgano*, tanto para designar a los oficios como a los individuos o, en otras palabras, para aludir al *órgano* en tanto *institución* o competencia o en tanto *persona física* que lo encarna.

Pero, reflexiona, un vocablo para dos conceptos distintos puede acarrear confusiones; dicho vocablo, tomado en préstamo a la descripción de fenómenos fisiológicos, de una naturaleza bien diferente de lo jurídico, no aporta claridad a la explicación del fenómeno. Por tal razón manifiesta su preferencia por el empleo de otras locuciones: *oficios públicos* y *funcionarios públicos*.

En sentido estricto es funcionario público la persona física asignada a un oficio público cuyas atribuciones son de orden intelectual, debiendo reservarse la denominación *personal adscripto al servicio* o *personal subalterno* al supuesto en que las atribuciones son simplemente de orden manual, es decir actividades materiales¹⁰⁵.

De esta manera, por un lado se desecha por oscuro e impropio el lenguaje de la visión *organicista* y, por el otro, se dejan planteadas en

¹⁰⁵ Vitta, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 141 y ss., citado por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 259 y siguientes.

la descripción de quienes integran la Administración dos clases de agentes: el *funcionario público* y el *personal subalterno*.

Bueno es recordar que los conceptos expuestos por este autor — como los de tantos otros de igual origen — han sido elaborados sobre la base de los textos del Código Penal italiano y sus definiciones.

b) Petrozziello empieza por reconocer que los términos *funcionario* y *empleado* no son sinónimos.

Este autor resalta la existencia de una distinción de orden social: el funcionario sería el que tiene el derecho de mando, de decisión, y que por esa causa ocupa los grados más elevados de la jerarquía; el empleado, el que atiende a la preparación y ejecución de las disposiciones que emanan de una autoridad superior y que, por ese motivo, se encuentra en los grados más bajos de la escala jerárquica. Pero es necesaria, asevera, una precisión científica. Entiende así que el concepto de funcionario toma en consideración — sobre todo — el contenido objetivo de las atribuciones que se desarrollan al servicio de la Administración Pública.

El concepto de empleado prescinde de esa consideración, para referirse al modo particular, dependencia remunerada, profesional, etcétera, en que la persona física se incorpora al Estado, o sea a la relación de empleo público.

En consecuencia, todos los que se encuentran en este modo particular de relacionarse con el Estado son empleados públicos (*impiegati pubblici*). Pero, considerados desde el punto de vista del contenido objetivo de las atribuciones o de la naturaleza de la actividad desarrollada, pueden o no ser calificados como funcionarios (*pubblici funzionari*).

Ambas calidades pueden coincidir en la misma persona o no; de allí esta triple clasificación:

1. Empleados funcionarios.
2. Empleados no funcionarios.
3. Funcionarios no empleados — por ejemplo, los desempeños honorarios —.

Aun con ello concluye que alcanzar una mayor precisión en la noción de funcionario es difícil ante la vaguedad e indeterminación de

la palabra *función*, motivo por el cual es necesario atribuirle un significado técnico¹⁰⁶.

En materia de función, servicio público, representación, aspectos interno y externo de la relación para con el Estado, etcétera, la terminología es compleja, confusa e incierta. Se impone un ligero repaso de algunas de estas nociones para testimoniario.

Es dable advertir que la especulación publicista incurre muy frecuentemente en un grave defecto llamado *doctrinarismo*.

Sarría expresa que hay una diferencia esencial entre función y servicio público: la función supone un encargo especial, una *delegatio*, transmitida en principio por la ley; el servicio público sólo concurre a formar la función pública. Entiende el autor que el único criterio científico de distinción es el fundado en la naturaleza del poder que se ejerce, el cual establece una diferencia sustancial y no arbitraria. Así, es funcionario el que ejerce poder propio en virtud de la ley, y empleado, el que obra por delegación jerárquica o de reglamentos administrativos¹⁰⁷.

Para Villegas Basavilbaso, la función pública es una actividad que el ordenamiento jurídico, constitucional y legal, reserva al *órgano-institución* y que se manifiesta por la voluntad del *órgano-individuo*.

Esa actividad se refiere a los órganos-institución legislativos, administrativos y judiciales, entre los cuales están distribuidas las funciones instrumentales del Estado.

Los titulares de esos órganos-institución es decir, los órganos-individuo, son los *funcionarios*. Así, pues, *funcionario público* es la persona física que manifiesta la voluntad del órgano-institución. El *funcionario* actúa en nombre de la persona jurídico-pública y su actividad tiene por límites los fijados por el ordenamiento jurídico al órgano-institución.

La calificación de funcionario no está sólo condicionada por la existencia de declaraciones de voluntad que impliquen el ejercicio del poder de *imperium*. "Toda la actividad intelectual o material del órgano-individuo, en la esfera de su competencia, es actividad del funcio-

¹⁰⁶ Petrozziello, *Il rapporto di pubblico impiego*, citado por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 212 y siguientes.

¹⁰⁷ Sarría, *Derecho administrativo*, 3ª ed., 1946, t. I, p. 212 y siguientes.

nario público, dice el autor, sean las facultades de decisión o de ejecución, o de mera ejecución, o de gestión técnica, social o cultural”¹⁰⁸.

Bielsa afirma que la actividad del funcionario tiene por objeto constituir, expresar o ejecutar la voluntad estatal. Para este autor el funcionario público se caracteriza por su actividad, que presume una *delegatio* transmitida, en principio, por la ley¹⁰⁹.

Así, los funcionarios no son los únicos agentes de la Administración Pública; por el contrario, la mayor parte de las personas que prestan servicios al Estado voluntariamente no son titulares de órganos-institución y, por lo tanto, no tienen atribuciones para declarar la voluntad de las personas jurídico-públicas, esto es, no tienen *representación*.

Los empleados son agentes que prestan su actividad profesional mediante una relación jurídica con el Estado denominada “relación de empleo público”, en virtud de la cual una persona voluntariamente queda en una situación especial de sujeción al Estado al desarrollar profesionalmente su actividad al servicio del mismo.

El carácter profesional no es sino la síntesis de los caracteres *continuo, permanente, exclusivo y remunerado*; pero no son éstos los rasgos que distinguen a empleados de funcionarios. La diferencia esencial entre el empleado público y el funcionario público cifra en el lado externo de la relación que los vincula al Estado. Ese lado externo ha sido calificado por Mayer de *representación*. Es por este medio *representación*, que el Estado actúa ante terceros por intermedio del funcionario público. En el mero empleado no existe *representación* alguna. La relación sólo establece, dice Bielsa, una vinculación interna entre empleado y Estado¹¹⁰.

El empleado público no puede declarar la voluntad del Estado o de las personas jurídico-públicas. Una cosa es la naturaleza de la rela-

¹⁰⁸ Véase, Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 212 y siguientes.

¹⁰⁹ Bielsa, *Derecho administrativo*, t. II, p. 55 y ss. Igualmente: Forti, *Diritto amministrativo*; Petrozziello, *Il rapporto di pubblico impiego*; D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. En contra: Raggi, *Diritto amministrativo*; Vita, *Diritto amministrativo*, citados por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 279 a 281 y notas 129 y 131.

¹¹⁰ Bielsa, *Derecho administrativo*, t. II, p. 77.

ción que vincula al individuo con el Estado (lado *interno*), y otra es la naturaleza de la actividad que el individuo ejerce en interés de la Administración (lado *externo*). La naturaleza de la relación es de orden patrimonial (empleo público). La naturaleza de la actividad es de orden representativo (*función pública*). Las nociones no son excluyentes y ambas pueden coincidir, subsistir en la misma persona.

Así, el empleado que ejerce en virtud de la ley *representación* es también funcionario público. Y hay otros agentes que no prestan profesionalmente, con continuidad y permanencia y por una remuneración, la propia actividad: son los funcionarios *ad honorem*.

En suma, pueden distinguirse las siguientes categorías: funcionario; empleado-funcionario; empleado-no funcionario; funcionario *ad honorem*.

Por último, Petrozziello destaca que la Administración Pública tiene necesidad de órganos para manifestar su voluntad y que estos órganos constituyen lo que se designa con la expresión “oficios públicos” (“*publici officii*”). Se encuentran en ella un elemento objetivo (sus funciones y poderes) y otro subjetivo (las personas físicas).

Estas personas que quieren y actúan y a quienes se denomina “titulares de los órganos” son funcionarios públicos. Por lo tanto, se define a éstos como “Los individuos que ponen su propia actividad al servicio del Estado para querer y actuar en nombre y en el interés del mismo”. Surge de esta óptica que el concepto de funcionario toma en consideración, sobre todo, el contenido objetivo de las atribuciones que se desarrollan al servicio de la Administración Pública.

El de empleado prescinde de esa consideración, para referirse al modo particular en el que la persona física se incorpora al Estado, a la relación del empleo público¹¹¹.

Puede apreciarse desde este enfoque que el vocablo *órgano* se emplea con un alcance limitado; no todos los agentes del Estado son órganos, sino que son tales los *titulares de los órganos*, llamados *funcionarios públicos*, existiendo, por tanto, empleados no funcionarios: por no darse la faz objetiva, el oficio público (*publici officii*), las funciones y poderes del órgano.

¹¹¹ Petrozziello, *Il rapporto di pubblico impiego*, p. LIV y ss., citado por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 264 y nota 95 y siguientes.

Se observa, pues, desde las posturas organicistas, el planteo de distintas formas de relación entre agente y Estado que dan lugar a categorías de actuación diversas: en un caso representando al Estado cuando se es funcionario —órgano—, y en el otro no, cuando se es meramente empleado; debe notarse asimismo que no se deja de hablar de representación.

c) Según D'Alessio, los órganos del Estado son los *oficios públicos*; éstos forman la voluntad del ente o lo representan, en cuyo caso se denominan *funcionarios públicos (funzionari pubblici)*. Pero, por el contrario, cuando alguien se pone a disposición del ente voluntariamente para la prestación permanente, profesional y remunerada de su actividad se está en presencia de *empleados públicos (impiegati pubblici)*.

Así los *funcionarios-órganos* forman la voluntad del ente, lo representan, en tanto que los empleados prestan una determinada actividad sin ejercer representación alguna, aunque, según este autor, ambas calidades pueden coincidir en una misma persona¹¹².

D'Alessio no reduce toda relación con el Estado a una configuración orgánica: distingue entre *funcionarios-órganos* y *empleados*, quienes carecen de la facultad de expresar la voluntad del Estado, y, en la medida en que no coincidan la persona del funcionario y la del empleado, es lógico suponer órdenes diversos de actuación y, por ende, de responsabilidades: la representación en un caso y la dependencia en el otro.

d) Raggi es otro autor que habla de *órgano*; pero distingue entre funcionarios y oficiales públicos (*pubblici ufficiali* y *pubblici funzionari*). *Oficial público* es el funcionario que concurre a formar la voluntad del Estado. *Funcionarios públicos* son todas las personas que obran para el Estado en un servicio público.

Refleja así una idea semejante a la de D'Alessio, con diferencias en las denominaciones: quien está investido de *representación* es el *ofi-*

¹¹² D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, t. I, p. 208, citado por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 255 y ss., nota 73 y siguientes.

cial público —al formar con sus actos la voluntad del Estado—; quienes desarrollan su actividad en los diversos ámbitos del servicio público se denominan *funcionarios*.

A la vez, la calidad de empleado público es predicada de todo aquel que se pone a disposición del Estado, para prestar, profesionalmente y mediante el correspondiente estipendio, sus servicios al Estado¹¹³.

e) Bastan estas breves referencias para evidenciar cómo ninguna de estas posturas organicistas predica una reducción de toda relación entre agente y Estado a la categoría *orgánica*. Por el contrario, exhiben siempre no menos de dos tipos de agentes públicos: a uno se le reconoce la calidad de *órgano* y al otro la de mero *dependiente*.

Por otra parte, cuando se alude al *órgano* se hace referencia inmediata a la *representación*, noción ésta que se intenta suprimir con aquélla.

Toda esta compleja situación debería llamar a un máximo cuidado a la hora de exponer el sistema en nuestro ordenamiento, pero más aún a la de *juzgar a las personas físicas y al Estado*.

Las desinencias observadas ponen al desnudo la irrecomendable ligereza con que la Corte nacional, en el caso "Vadell", consumó una visión organicista radical.

Pero hay otros reparos de enorme significación que no dejaremos de mencionar:

1. La doctrina italiana, de cierta similitud a la alemana, ha partido, para elaborar los conceptos, de la base de su Derecho positivo (Código Penal italiano); en virtud de no ser el mismo necesariamente coincidente con el Derecho argentino, no es posible en consecuencia tener por válidas sus conclusiones sin antes compatibilizar los términos del examen o efectuar el adecuado deslinde del campo de investigación.
2. No puede omitirse que los mismos juristas *organicistas* han sindicado de poco claro o impropio al vocablo *órgano*, así como alertado sobre la gran dificultad de conceptuar al funcionario

¹¹³ Raggi, *Derecho administrativo*, t. I, p. 199 y ss., citado por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 257 y ss., nota 76 y siguientes.

público ante la vaguedad e indeterminación del vocablo *función*. Se sigue de ello la importancia de la delimitación significativa de los términos, y las enunciaciones estipulativas o provisionales, para reducir los riesgos de la inconsistencia epistemológica. Los mismos mentores de la posición estructuralista lo reconocen para sí.

3. Por último, los ordenamientos que toleran una lectura organista, como parecen ser el italiano y el alemán, a la hora de sancionar la responsabilidad extracontractual del Estado no desincriminan al agente público o, si se quiere, al órgano-persona, consagrando una responsabilidad concurrente¹¹⁴.

*2 — La recepción legislativa, doctrinaria y jurisprudencial
de la "dependencia" en las personas jurídicas.
(El juego de las responsabilidades
extracontractual "directa" e "indirecta"
de las personas jurídicas)*

El art. 43 del Cód. Civil (texto según ley 17.711) preceptúa: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: 'De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos'".

Para los dependientes y las cosas se aplica el Título IX del Libro II, Sección II del Código Civil, que estatuye la responsabilidad del comitente por los hechos dañosos de sus dependientes y la del dueño o guardián por los daños causados con las cosas o por el riesgo o vicio de ellas (art. 1113, Cód. Civil).

El Código Civil, como ha sido visto, en su art. 33 determina que el Estado (nacional, provincial o municipal) es una persona jurídica de carácter público.

¹¹⁴ Directamente o por repetición el funcionario responde por actos de gestión o de soberanía y siempre el funcionario deberá ser personalmente demandado para responsabilizar al Estado (arts. 823 y 839, BGB); Enneccerus - Lehman, *Derecho de obligaciones*, p. 1101 y siguientes.

Sin vacilaciones, la ley ha declarado la aptitud de las personas jurídicas (y entre ellas el Estado) para valerse de dependientes, hasta el punto de hacerlas responsables por los daños que causaren dichos subordinados bajo las condiciones que esa modalidad admite.

La preceptiva legal (art. 1113, Cód. Civil) comprende tanto los perjuicios causados por los dependientes de las personas físicas como los causados por los de las personas jurídicas. La doctrina ha considerado justa la solución y la jurisprudencia la ha admitido en renovados pronunciamientos¹¹⁵.

Tanto la Corte Suprema de la Nación como la de la provincia de Buenos Aires han consagrado desde lejanos precedentes la responsabilidad del Estado por los hechos dañosos de sus dependientes en ejercicio o con ocasión de sus funciones, fundándola en las normas de los arts. 1112 y 1113 del Código Civil.

La referencia que a continuación efectuamos a la labor judicial de las aludidas cortes sigue el provechoso estudio jurisprudencial de Galdós¹¹⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del año 1941, en la causa "María C. Echegaray e hijos c. Nación Argentina"¹¹⁷, sentó, con sumo acierto, la responsabilidad del Estado por el obrar ilícito del dependiente, fundada en la preceptiva del art. 1113 del Cód. Civil. El supuesto de hecho lo configuraba un hecho ilícito de un policía en acto de servicio.

El criterio fue numerosas veces reiterado; puede citarse, entre otras, la causa "Panizo, Manuel c. Ricciardelli, Oscar"¹¹⁸; en esa oportunidad se trataba de un acto ilícito cometido también por un policía, pero fuera de servicio. Este temperamento llega a nuestros días con el caso "Furnier, Patricia c. Pcia. de Buenos Aires"¹¹⁹, de idéntico basamento fáctico, es decir por un acto ilícito de un agente policial fuera de servicio.

¹¹⁵ SCBA, 27/5/86, "Dezeo de Benmincasa c. Arata", Ac. 35.626, AyS, 1986-I-663.

¹¹⁶ Galdós, *La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía (dependiente)*, LL, 1996-C-557 y siguientes.

¹¹⁷ CSJN, 3/9/41, CSJN-Fallos, 190:457; LL, 24-821.

¹¹⁸ CSJN, 13/6/78, LL, 1978-D-75; CSJN-Fallos, 300:639.

¹¹⁹ CSJN, 27/9/99.

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en el mismo sentido que la Corte federal, encuadró tales supuestos en las normas de los arts. 1112 y 1113 del Cód. Civil en diversos precedentes. Así, en la causa "Retamozo de Segovia, Zunilda c. Policía de la Pcia. de Buenos Aires"¹²⁰, en la cual la hipótesis de juzgamiento fue un hecho ilícito de un funcionario policial en acto de servicio.

Y refiriendo supuestos que versaban sobre un acto ilícito de un policía, pero fuera de servicio, cabe citar la causa "Desio, Adolfo y otro c. Pcia. de Buenos Aires"¹²¹, donde dijo que el art. 1112 del Cód. Civil se refiere a la responsabilidad del funcionario por el hecho propio, y que la responsabilidad refleja tiene su fundamento en el art. 1113, párr. 1º del Código Civil. Igualmente en las causas "Montorro, Salvador y otro c. Miranda, Oscar y otro"¹²² y "Pérez, Mabel y otro c. Pcia. de Buenos Aires"¹²³.

Siendo esto así, es inexacto reputar que la actividad de todos los funcionarios en el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen es propia de éstas; es erróneo tener a todo agente por *órgano*. Con ello se veda al Estado revestir la calidad de *comitente* o *principal*, suprimiendo la ley (arts. 43, 1113 y concs., Cód. Civil).

Sólo una posición extrema, una expresión dura del *organicismo*, ajena por entero al sistema de nuestra ley, puede estimar que toda la actividad que el Derecho le atribuye a la *persona jurídica* sea en concreto actividad del *órgano* y, por este motivo, actividad del funcionario¹²⁴. Spota, que se sintió inclinado a dar una lectura organicista moderada, ha sentado ello con suma claridad: "Hemos indicado que acto de la persona colectiva, sea lícito, sea ilícito, resulta ser todo acto que le es imputable en razón de haber sido realizado por un *órgano* estatutario, en ejercicio de sus funciones o por todos aquellos individuos que *dependen* de ella y que son los ejecutores de las decisiones.

¹²⁰ SCBA, 13/12/88, Ac. 39.373, ED, 132-355.

¹²¹ SCBA, 20/5/86, Ac. 32.832, LL, 1986-E-417; AyS, 1986-I-593; JA, 1987-I-596; DJJ, 131-73.

¹²² SCBA, 27/5/86, Ac. 34.717, AyS, 1986-1-635.

¹²³ SCBA, 8/3/88, Ac. 37.198, AyS, 1988-I-253.

¹²⁴ Forti, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 242 y ss., citado por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 261 y nota 90 y siguientes.

Los actos de los *órganos* son aprehendidos por el Derecho objetivo, y en cuanto se ejecuten en ejercicio o aun motivo y en ocasión de la esfera de sus atribuciones, asume el ente sus efectos legales por tratarse de actos propios y no de representantes ... Sin perjuicio de que, como acaece con toda persona individual, también asuma la responsabilidad contractual o extracontractual por los actos de sus *subordinados*¹²⁵. Los actos ilícitos son *de* la persona colectiva, y *al mismo tiempo de la individual que la expresa*, sin que la atribución directa le conduzca a desincriminar al funcionario.

Es así que, cuando actúan dependientes, dice Alterini¹²⁶, éstos constituyen de alguna manera la *longa manus* del principal, de manera que su obrar se proyecta sobre éste y lo compromete personalmente.

Por cierto, cuando la culpa ajena se refleja generando responsabilidad, quien soporta el daño tiene acción contra el representante o el dependiente, por lo que haya pagado en virtud del hecho de éstos (doctr. arts. 1904, 1907 y 1123, Cód. Civil). Y queda a salvo la acción que la víctima puede entablar encarando directamente al representante o al dependiente (arts. 1109 y 1122).

En el art. 43 del Cód. Civil se efectúa la distinción de que las personas jurídicas responden: *a)* por los directores y administradores y *b)* por los *dependientes*. Ha sido exactamente señalado por Alterini que el director puede ser considerado *órgano*, pero el administrador no necesariamente, pudiendo ser un dependiente.

Así las cosas, el daño obrado por un director, en tanto *órgano*, es un acto ilícito *de* la persona jurídica (responsabilidad directa).

Ahora bien, el obrado por un *dependiente* pertenece a él (art. 1109, Cód. Civil), pero se proyecta o refleja sobre su comitente, persona física o jurídica —art. 1113, párr. 1º— (responsabilidad indirecta).

Las condiciones para una u otra imputación —al *órgano* o al *dependiente*— son las mismas: el *ejercicio* o la *ocasión* de las funciones.

¿En qué estriba, pues, la diferencia? En que el hecho propio del dependiente en principio le es imputado a título de culpa (art. 1109,

¹²⁵ Spota, *Tratado de derecho civil. Parte general*, vol. 3º (8), p. 899.

¹²⁶ Alterini, en Alterini - Ameal - López Cabana, *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, p. 751, nº 1825.

Cód. Civil) y a su comitente (persona jurídica —arts. 43 y 1113—) se le atribuye en virtud de un factor objetivo: la garantía.

En tanto, en el hecho del *órgano*, cuando funciona como técnica de imputación *directa* al ente, el título imputativo debe ser acorde con la naturaleza de la persona jurídica, es decir objetivo, quedando fuera la atribución moral. Pero ello no excluye, como hemos visto, la imputación a quien, como funcionario, personificó al *órgano* ni la posibilidad de hacerla mediante un título subjetivo.

Sabido es que los beneficios que representa la actuación de las personas jurídicas tienen la contrapartida de los riesgos que incorpora a la vida social.

Tal obrar no es natural sino metodológicamente propio de esa categoría de personas, que deben valerse de un otro que las integra; ese obrar es concebido como propio del ente colectivo a través del auxilio de la idea de *órgano*.

La doctrina francesa habla de la índole técnica o jurídica, no natural, de la realidad de las personas jurídicas; a ello, pues, no puede corresponder sino la misma naturaleza técnica en la concepción de sus *órganos*.

Ese carácter técnico instrumental, además de aprovechar al ente colectivo, debe estar al servicio de fines congruentes con los del derecho en general. Ello quiere decir que quien personifica al *órgano* del Estado, en razón de sus atribuciones y responsabilidades, debe estar sujeto a una exigencia superior a la del ciudadano común.

Todo ello importa decir que la responsabilidad directa por actos ilícitos del Estado no puede excluir ni subalternizar la del funcionario.

Y, desde luego, afirma Andorno, se reconoce al Estado el derecho de repetir lo que se hubiera visto obligado a desembolsar previamente contra el funcionario culpable¹²⁷.

Al explicar el sistema, Gordillo, que asume una postura organicista — hasta el punto de afirmar que el Estado no tiene agentes que no sean *órganos* suyos, se trate de funcionarios o empleados—, no sólo afirma la existencia de *ambas* responsabilidades (la del *órgano* y la

¹²⁷ Andorno, "La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva", en *Responsabilidad por daños*, homenaje al profesor doctor Jorge H. Bustamante Alsina, A. J. Bueres (dir.), vol. I, p. 79.

del Estado), no sólo destaca el carácter *conjunto* de las mismas, sino que además indica el modo *subsidiario* en que el Estado deberá responder. Pocas veces se observan análisis tan sutiles; dice el jurista: "corresponde demandar a ambos en forma mancomunada y si, dictada la sentencia que condena al funcionario y al Estado, ella no puede ser satisfecha sobre los bienes del primero por resultar los mismos insuficientes, entonces corresponderá que el Estado, en forma subsidiaria, responda por el todo"¹²⁸. Esa es la tesis correcta, concluye, que es de desear pueda prosperar, citando en abono precedentes de la Corte Suprema de la Nación¹²⁹.

Esta subsidiariedad no debe ser confundida con aquella otra en la que el Estado (y el funcionario) es situado como responsable "subsidiario" frente al deudor del damnificado que no cumplió con su deuda a causa de una irregularidad administrativa. En consecuencia de ello, previo a solicitarle al Estado o al funcionario la indemnización por el perjuicio sufrido, deberá acreditar que se ha frustrado su crédito a causa de la insolvencia del obligado¹³⁰. O, en menos palabras, que la acción contra el Estado quedará expedita cuando se pruebe la insolvencia de los obligados.

Tema éste que, más que tratar sobre la subsidiariedad del responder (por ello lo destacamos entre comillas) atiende a la certidumbre y determinación del daño resarcible¹³¹.

Así las cosas, parece admitirse en general que la responsabilidad de la Administración es directa cuando se trata del hecho de los funcionarios (u *órganos*), quienes la representan hacia afuera, y que es indirecta o refleja cuando se origina en la conducta de los demás agentes del Estado (empleados)¹³².

¹²⁸ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. II, ps. XX a 26.

¹²⁹ CSJN, 15/5/63, "Nación Argentina c. Pcia. de Córdoba y otro", *CSJN-Fallos*, 255:321 a 325.

¹³⁰ SCBA, 2/8/83, Ac. 31.630, *AyS*, 1983-II-290.

¹³¹ De esa manera, la expedición de un certificado erróneo por parte del Registro de la Propiedad no genera *per se* la responsabilidad del Estado, debiendo acreditarse por el actor que se ha frustrado la posibilidad de satisfacer su crédito (conf. Ac. 50.004, del 14/6/94, *AyS*, 1994-II-588; Ac. 55.143, 15/7/95, *AyS*, 1995-III-241); doctrina de la SCBA, confirmada por mayoría en Ac. 67.882, del 14/3/01.

¹³² Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. II-B, p. 322.

Pero, no nos cansaremos de afirmarlo, la responsabilidad directa del Estado no excluye ni pospone a la personal del funcionario-órgano (art. 1112, Cód. Civil), ni impide la acción de regreso contra el mismo, debiendo en justicia ser declarada principal frente a la subsidiaria del Estado.

**3 — Formas de concurrencia
de las responsabilidades del funcionario
y de la persona jurídica pública. Estado**

El concurso de ambas responsabilidades puede presentarse de las maneras que seguidamente se exponen, extrayéndose de las mismas el siguiente principio: cada vez que se halle responsable al funcionario, el Estado estará siempre presente, de manera directa o indirecta, para responder frente al damnificado, pudiendo inclusive aparecer como único y directo responsable cuando el daño se originó exclusivamente en una falla de su organización o en el supuesto de actividad lícita lesiva.

I — Primera forma de concurrencia

La primera hipótesis es aquella en que a la responsabilidad directa —y propia— del funcionario dependiente (art. 1112, Cód. Civil), se adiciona la indirecta del Estado comitente (arts. 33, 43 y 1113, Cód. Civil). Expone Llambías que el art. 1112 afirma la responsabilidad del funcionario, pero no niega ni excluye la responsabilidad indirecta del Estado, a que se refieren los arts. 43 y 1113¹³³.

Idéntico es el criterio de Bustamante Alsina¹³⁴, quien la encuentra regida en el art. 43 del Código Civil.

La autoridad de Zavala de González impone la transcripción de su visión sobre el particular: “La responsabilidad directa del principal o comitente, también puede hallar fundamento en el propio art. 1113 del Cód. Civil. La obligación de garantía del comitente, que bien puede ser una persona jurídica, es el riesgo creado en razón del

¹³³ Llambías, *Código Civil anotado*, t. II-B, comentario al art. 1112, p. 449 y siguientes.

¹³⁴ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 381, n° 1315.

peligro de daños que pueden causar las personas bajo dependencia, por lo que la responsabilidad no es refleja sino *directa*; por el propio hecho riesgoso”¹³⁵.

En igual sentido, cuenta la importante opinión de Pizarro; el autor ha sostenido, respecto de la responsabilidad del principal, que se trata de una responsabilidad directa derivada del riesgo, y no indirecta¹³⁶.

Dejando a salvo estas lecturas, cuadra decir que a la responsabilidad *directa* del funcionario dependiente (art. 1112, Cód. Civil) e *indirecta*, o directa, del Estado como principal (art. 1113), puede *adicionarse* la *directa* y *exclusiva* del Estado (arts. 33 y 43), si se ha detectado una incidencia concausal en el perjuicio originada en la falta de servicio —*faute de service*— (manifestándose culpa del funcionario dependiente más defectuosa organización del servicio).

II — Segunda forma de concurrencia

En la segunda hipótesis *a la responsabilidad directa del funcionario órgano* (art. 1112, Cód. Civil) *se suma la directa del Estado* (art. 43, primera parte), *pudiendo asistir también, en virtud de una contribución causal, la directa del Estado en virtud de su irrita organización* (apareciendo como títulos de imputación: culpa del funcionario órgano, garantía del Estado, y/o falla de organización).

III — Tercera forma de concurrencia

En un tercer supuesto *a la responsabilidad directa del funcionario dependiente* (art. 1112, Cód. Civil) *es posible añadir la del funcionario superior jerárquico, sea como directa, en concurrencia con la del inferior, en carácter de coautoría, instigación o complicidad* (arts. 1081, 1109, 1112), *sea en forma indirecta, y también propia*, (art. 1113), *si se admite la existencia de una relación de dependencia entre ambos agentes*.

¹³⁵ “IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, Junín, 1990 (Despacho B, de la minoría).

¹³⁶ Así lo sostuvo en las “VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, Junín, 1994.

A esas dos responsabilidades, la del funcionario dependiente y la del superior jerárquico, se agrega la indirecta del Estado (en virtud del art. 1113 del Cód. Civil, si se considera al superior jerárquico también dependiente (no órgano) y coautor, cómplice o instigador), o la directa del Estado (sea porque el superior jerárquico es considerado órgano o por la eventual gravitación concausal de la *faute de service*).

La responsabilidad del superior jerárquico es aceptada por toda la doctrina, pero ofrece divergencias en cuanto a los principios y normas que la fundan.

El superior jerárquico del agente autor del daño debe responder por aplicación del art. 1113 en tanto y en cuanto el inferior dependa de él; tal es la tesis de Gordillo. El jurista ha dicho que la ubicación y las palabras del art. 1112 hacen nacer una nueva responsabilidad que asegura la moral republicana: la responsabilidad del superior jerárquico¹³⁷.

La justificación de ello es clara, para el reputado autor: entre el superior jerárquico y el agente existe relación de dependencia.

Esta responsabilidad se funda —dirá el jurista— en la mala vigilancia, en el sentido de dirección y organización de la oficina u órgano; de allí que el superior jerárquico se eximirá probando que ha organizado correctamente la marcha de las actividades a su cargo y que ha tomado las precauciones aconsejables para impedir el proceder dañoso de sus dependientes, no siéndole imputable culpa *in vigilando* si el daño efectivamente no hubiera podido ser evitado aun con su vigilancia¹³⁸.

Se adhiere a esta posición Guastavino, quien declara que, además de la responsabilidad *directa* del funcionario por los hechos propios, cabe la *indirecta* cuando el damnificado demanda al superior jerárquico por la inconducta de los subordinados¹³⁹.

¹³⁷ Gordillo, "La responsabilidad civil", en *Estudios de derecho administrativo*, p. 80 y siguientes.

¹³⁸ Gordillo, "La responsabilidad civil", en *Estudios de derecho administrativo*, p. 81; Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, comentario al art. 1112, ps. 413 y 414 y nota 57.

¹³⁹ Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la administración pública*, ED, 116-404, nota 14, en la que el autor cita la opinión favorable de Marienhoff, Mi-

Esta misma idea es sostenida por Bustamante Alsina, para quien no existe razón alguna para no encuadrar esta responsabilidad en los términos generales del art. 1113 del Cód. Civil. La elasticidad con que ha sido interpretado el concepto de dependencia, que alude a cualquier situación, aun meramente accidental u ocasional, y para cuya configuración basta que el que ejecuta el hecho haya recibido órdenes o solamente autorización de otro para actuar, determina la consagración de la responsabilidad del superior jerárquico como comitente. De esta forma, para concretarse la responsabilidad indirecta del superior jerárquico bastaría la responsabilidad del inferior o dependiente.

El fundamento, según Bustamante Alsina, debe cifrarse en la culpa *in vigilando*, una culpa presumida —*iuris tantum*—, porque un criterio de mayor rigurosidad, como lo sería el de fijarla bajo el fundamento de la garantía, devendría irrazonable. El prestigioso profesor dice que, aun cuando fuese saludable para establecer un orden cerrado de responsabilidad administrativa que contribuiría a mejorar la organización y el funcionamiento del Estado, debe tenerse presente que, si el superior ha tenido a cargo la vigilancia del subordinado, no tiene en cambio la facultad de elegirlo¹⁴⁰.

Una tesis diversa sobre la responsabilidad del superior jerárquico ha sido expuesta por Kemelmajer de Carlucci, lo que invita a una seria meditación.

La jurista mendocina no considera adecuado el encuadre de la responsabilidad del superior jerárquico dentro del art. 1113 del Cód. Civil; sus razones son: "En primer lugar, ... la facultad de dar órdenes no es suficiente para la configuración de la relación de dependencia, sino que es imprescindible que la función encomendada satisfaga el interés de quien da las órdenes ... además, ... si se enmarcara en esta norma, la responsabilidad sería inexcusable ...; todos los autores que admiten la responsabilidad indirecta del superior jerárquico, en cambio, sostienen la excusabilidad", como lo refieren, entre otros,

guel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1983, t. III-B, n° 1040.

¹⁴⁰ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 382, nros. 1316 a 1319.

Bustamante Alsina y Gordillo. "No es que se propugne la impunidad del superior jerárquico—afirma Kemelmajer de Carlucci— sino que parece que hay que fundarla en otros principios. Si él ha dado una orden ilegal y el cumplimiento de ella por el inferior causa daños, el superior responderá por su hecho; aunque el autor material sea el inferior, la responsabilidad del superior no deja de ser directa, pues el daño se produce a causa de la orden impartida"¹⁴¹.

Cita las conclusiones de dos fallos aludidos por Aguiar, que sustentan su pensamiento: el comisario de policía es responsable de las órdenes de sus subalternos, que, habiendo llegado a su conocimiento, no hayan merecido su desaprobación en tiempo oportuno; también lo es el jefe de oficina que descuidó el deber de fiscalizar a sus subalternos¹⁴².

Para Llambías también tiene cabida la responsabilidad del superior jerárquico, y su deber de responder se concretaría como coautor o instigador del daño, en la medida en que ordenó el acto que causó el perjuicio¹⁴³.

En conclusión, no hay una sola duda acerca de la responsabilidad del superior jerárquico. Su categoría en el escalafón de la función pública, su aptitud de impartir órdenes, su capacidad de dirección, lo hacen más responsable aún que el de grado inferior. Más todavía, es ineludible a su respecto un ajuste de su responsabilidad en virtud de la preceptiva del art. 902 del Código Civil.

Ahora bien, como han explicado Aguiar, Llambías y Kemelmajer de Carlucci, es ésta una responsabilidad *directa*.

La *indirecta* o *refleja* por el hecho del dependiente (art. 1113, Cód. Civil) se estructura sobre la relación de dependencia. A este lazo lo definen dos rasgos: la orden y el beneficio. En más palabras, la de-

¹⁴¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, p. 414, nota 58, donde se remite a Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1978, t. IV-B, n° 2809, nota 9.

¹⁴² Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y normas complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, p. 414, notas 59 y 60, donde remite a fallos de la CCiv. Cap. y de la Cám. Fed. Paraná citados por Aguiar, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos*, Tea, Buenos Aires, 1950, t. II, n° 68, nota 35.

¹⁴³ Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. IV-B, n° 2809.

pendencia se concreta cuando alguien da o —aun cuando no haya dado efectivamente— posea actitud de dar órdenes o directivas a otro para la ejecución o abstención de un hecho, y esta acción redundará en beneficio del que impartió o tuvo facultad de impartir la directiva.

Aparece claro que de las dos notas que definen el concepto de relación de dependencia la primera, la orden o aptitud de darla, es la que se presenta, de ordinario, con mayor claridad; la segunda, esto es el beneficio para el que la da, puede aparejar, en algún caso, cierta dificultad de fijación, pero no puede estar ausente, porque da fundamento a la misma.

Si se desatiende este último requisito el beneficio, la orden o el mandato que en él se fundamenta no sería tal, se trocaría en mero parecer que se da sobre una acción, en una orientación, advertencia, consejo o sugerencia, por lo que no cabría responsabilizar.

En el caso del superior jerárquico, la orden impartida no estaría basada en su beneficio personal; el beneficio lo trasciende, por lo que sería impropio considerarlo comitente en los términos del art. 1113.

De todas formas, la responsabilidad del superior jerárquico implica que la directiva o mandato por él impuesto sea considerado como causa directa del perjuicio obrado materialmente por el inferior.

Obsérvese el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que trae Aguiar: el particular perjudicado por una orden de prisión tiene acción de daños y perjuicios contra el juez de paz que la dictó¹⁴⁴.

Es evidente que la orden la dio el juez y la concretó un funcionario policial; sin embargo, el damnificado tiene acción contra el funcionario superior en virtud del art. 1112 del Cód. Civil, por causar directamente su perjuicio con la orden impartida.

Esta responsabilidad directa del superior jerárquico puede ser compartida con el ejecutor material del daño —el funcionario inferior—, cuando la obediencia debida no le haya servido como eximente, concretándose un supuesto de coautoría, en el que el magistrado judicial podrá hacer mérito de la incidencia causal de cada uno.

¹⁴⁴ Véase Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, vol. I, p. 466, nota 45.

4 — Responsabilidad directa y exclusiva del Estado

Dos supuestos llenan las posibilidades en que se concreta la responsabilidad directa y exclusiva del Estado:

1. El primero aparece cuando el funcionario actúa regularmente las obligaciones a su cargo y, sin embargo, se genera un perjuicio cuya causa está en la defectuosa organización de esas obligaciones que el Estado despliega en sus diversos servicios¹⁴⁵. En los inicios de la década del cuarenta del siglo XX, Spota había señalado esta responsabilidad directa del Estado basada en la denominada *faute de service*, la que traduce una irregular organización de un servicio público a consecuencia de lo cual acontece el perjuicio¹⁴⁶.

La forma deficiente en que el Estado regla su cometido origina una actividad irregular (defectuosa), en virtud de la cual se justifica la imputación del perjuicio al Estado mismo, no siendo imputable al funcionario, que resulta, quizá, frente a ese orden burocrático, tan ajeno como el mismo tercero damnificado¹⁴⁷.

No corresponde aludir a la idea de *falta de servicio*, cuando la conducta de los agentes es irregular; aun cuando esa irregularidad apareciera en principio como tolerada. Pero cierto es que hay veces que resulta difícil establecer una delimitación exacta entre la irregularidad de la conducta del agente y la deficiencia del servicio¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ps. 382 y 383, n° 1320; el jurista admite esta responsabilidad pero sin desarrollar su fundamento.

¹⁴⁶ Spota, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, JA, 1943-I-443.

¹⁴⁷ Muy distinto es el supuesto del accionar irregular de los funcionarios que se hace corruptela, que es juzgada como "habitual" y que sólo se hace sancionable cuando es advertida y denunciada por algún ciudadano.

¹⁴⁸ "Los inspectores Franz y Willem, que por ciertos abusos en sus funciones habían sido denunciados ante el juez de instrucción, por el señor K, estaban a punto de ser castigados por el fustigador. El mismo denunciante señor K, intercede frente al verdugo solicitándole evitar el castigo y pidiendo la libertad de ambos pues, 'no los tengo por responsables' —dijo— es la organización la responsable; son los altos funcionarios los responsables" (Kafka, *El proceso*, trad. por Vicente Mendivil, Cap. V, p. 83).

2. El segundo supuesto, en que aparece la responsabilidad *directa y exclusiva* del Estado, tiene origen en una actividad regular, es decir lícita, pero lesiva: en este caso es *regular* la conducta del funcionario y *regular* también el servicio prestado¹⁴⁹.

— El fundamento legal de la responsabilidad directa y exclusiva del Estado. La jurisprudencia deformante del art. 1112 del Código Civil

Cuando la causa del daño, se dijo, no está en la conducta de los agentes, sino en las reglas organizativas del servicio a que los mismos deberán ajustar sus acciones; en similares palabras, cuando cifra en una deficiente organización sus funciones, el Estado responde directa y exclusivamente.

El programa de servicios que el Estado despliega es susceptible de originar daños por motivo de ciertas deficiencias o irregularidades en su concreción; de allí que se denomine falta del servicio (*faute de service*).

La idea es clara: en principio, no aparece una conducta de ningún agente público causante del perjuicio y, sí, la defectuosa organización de las tareas como causa eficiente del daño.

No es ésta —insistimos— la idea de *falta de servicio*, en tanto que la conducta de los inspectores no fue ajustada a sus obligaciones, aun cuando la generalización de esa práctica, la exhibiese como una corruptela aceptada al punto de ser castigada sólo en caso de una concreta denuncia.

¹⁴⁹ Son numerosas las hipótesis de responsabilidad del Estado por actividad lícita, pero es oportuno recordar que en el ámbito de las funciones judiciales el Estado hoy no responde por eventuales perjuicios originados en la actividad lícita de dicha función. La Corte federal ha declarado que los actos judiciales no generan responsabilidad por la actividad lícita del Estado, en virtud de lo cual deben ser soportados por los particulares, ya que son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (CSJN, 19/10/95, "Balda, Miguel c. Pcia. de Buenos Aires", LL, 1996-B-311, con nota de Bustamante Alsina, *Responsabilidad del Estado por "error judicial"*, JA, 1996-III-155). Diferente sería el caso —y procedente la indemnización— si el daño fuera la consecuencia de una mala organización del servicio de justicia (*faute de service*, responsabilidad directa y exclusiva del Estado) o si el acto jurisdiccional lesivo ha sido irregular, declarado ilegítimo y dejado sin efecto (responsabilidad indirecta y —a nuestro juicio— subsidiaria del Estado).

Naturalmente que la organización lesiva fue instituida por uno o más funcionarios en algún momento (organización *originariamente* defectuosa). O, siendo originariamente correcta, el o los funcionarios que tuvieron posteriormente a su cargo el funcionamiento iniciaron una prestación irrita que terminó siendo sistémica (organización *so-brevenientemente* defectuosa). En ambos casos la individualización personal es problemática.

Así como en el denominado daño derivado del riesgo de las cosas siempre, lejana o remotamente, hay una acción humana, en el originado en la organización defectuosa existirá también de modo distante una conducta de algún funcionario. Pero la ardua y eventualmente imposible determinación de aquélla hace que el derecho releve al damnificado de su búsqueda, fijando la significación causal de su perjuicio simplemente en la deficiente organización estatal, cuya acreditación deberá hacer.

Fue la labor jurisprudencial de los tribunales franceses, en la segunda mitad del siglo XIX, la que comenzó el distingo entre la *falta personal* y la *falta de servicio* a fin de determinar a quién cabe responder por el daño causado por la administración del Estado. Los primeros criterios de tal distinción no expresaban ideas, por decirlo así, claras y distintas.

Se consideraba *falta personal* la imputada al agente en la medida en que su actividad exhibía una circunstancia *material o intelectual-mente* discernible de la función administrativa, la que se configura cuando en la conducta del hombre aparecen sus propias debilidades, sus pasiones, sus imprudencias, faltas del derecho común. Así concluía Laferrière ante el Tribunal de Conflicto, en el caso "Laumonier Carriol"¹⁵⁰.

La *falta personal* podía presentarse tanto en un acto ajeno o extraño a la función como en el ejercicio de la misma.

La *falta de servicio* se manifestaba cuando el agente había actuado intencionadamente bien, pero en forma defectuosa; la labor irrita del funcionario quedaba absorbida por la organización administrativa.

¹⁵⁰ Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2ª ed., Paris, 1896, t. I, p. 648 y ss., en *Recueil*, 1877-437 a 444, Sirey, Paris, 1876-1879.

No exigía la existencia de una falta individualizada, cometida por determinado agente, sino que podía ser anónima o indeterminada, imputable al mal funcionamiento general del servicio. La *falta de servicio* hacía responsable solamente al Estado.

La *faute de service*, según Duez, se consumaba cuando el servicio funcionaba mal, cuando no funcionaba o cuando funcionaba tardíamente¹⁵¹.

A ello se agregaban, como notas definatorias, la *gravedad* de la falta, su calidad de *causa directa* del daño, el carácter *anormal del perjuicio* y la *falta de culpa* imputable a la víctima¹⁵².

En un principio estas faltas eran excluyentes; luego, en los inicios del siglo XX, la jurisprudencia francesa admitió la posibilidad de la concurrencia de ambas en el perjuicio.

Aguiar enseñaba que, cuando un servicio cualquiera no funciona bien, ello se debe a que los funcionarios encargados de organizarlo o de hacerlo funcionar descuidaron tomar las medidas que hubieran contribuido a su mejor desenvolvimiento.

Que en esos supuestos resulta difícil determinar individualmente cuál sea el funcionario o empleado de la Administración por cuya culpa no se organizó debidamente el servicio (mala organización originaria), siendo ello a la postre la causa determinante del daño¹⁵³.

De este modo, la imposibilidad o dificultad de individualización del o los funcionarios que organizaron o descuidaron el servicio conduce a sindicar como único responsable al Estado.

Se habla de mal funcionamiento cuando el servicio:

- a) Funcionó mal (culpa *in comittendo*).
- b) No funcionó (culpa *in omittendo*).
- c) Funcionó tardíamente (mora *ex re* o *ex persona*).

En el particular, el vocablo *culpa* debe ser entendido en una de sus acepciones, la de *causa*. No correspondería hablar en sentido técnico

¹⁵¹ Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, p. 40.

¹⁵² Requisitos éstos que exigían algunos autores como Bonnard, Waline, Hauriou y Rolland, tal como lo expone Sayagués Lazo (*Responsabilidad estatal*, p. 625, n° 437).

¹⁵³ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. III, vol. 2, p. 174.

de culpa (art. 512, Cód. Civil) —atribución moral—, cuando no está en juego la imputación a una persona física, sino a una jurídica como el Estado y de manera exclusiva, como es en el caso.

La doctrina ha considerado que esta responsabilidad se particulariza en las instancias enunciadas, es decir cuando el servicio no funcionó, funcionó mal o funcionó tardíamente, teniendo que considerarse especialmente *la relación* entre la mala organización y el perjuicio¹⁵⁴. El daño se ocasionará, por regla general, anónimamente y otras veces su autor será identificable, sin existir, no obstante, ninguna culpa imputable a los agentes, cuando, por ejemplo, prestaron el servicio en la forma y en el modo establecidos por la autoridad que lo organizó. En síntesis, tanto la imposibilidad o seria dificultad en la individualización del responsable como la naturaleza jurídica del Estado, que resiste cualquier imputación moral, hacen que la denominada falta de servicio aparezca como una razón de justicia imputativa eficaz.

No es tampoco jurisprudencialmente novedosa la idea del empleo de este factor objetivo de responsabilidad. El recordado profesor de Derecho civil Aguiar anota un fallo de la Cámara Civil y Comercial n° 1 de La Plata, de la década del cuarenta, donde se estableció que: "Es indemnizable por la provincia el daño causado al cónyuge superviviente y a los hijos menores, por el fallecimiento de la enfermera de un hospital de alienados, ocurrido a raíz de haber adquirido la fiebre tifoidea por contagio de enfermos de ese mal a los cuales asistía, promediando en el caso mala organización del servicio público, el cual funcionó irregularmente"¹⁵⁵.

La Corte nacional, en el año 1984 —como se expuso *supra* en el § 3, c), 1, II—, pareció embretar la responsabilidad del Estado en el *radicalismo organicista*, excluyendo la posibilidad de la concurrencia con la de los funcionarios (arts. 1112 y 1113, Cód. Civil), fundándola en la *falta de servicio*.

¹⁵⁴ Kemelmajer de Carlucci - Parellada, "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial", en *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, p. 15.

¹⁵⁵ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. III, vol. 2, p. 180; el fallo comentado es: Cám. Civ. y Com. n° 1 La Plata, 14/5/46; JA, 1946-III-10.

En esa desafortunada decisión (*in re* "Vadell"), se estableció el carácter *objetivo* de la responsabilidad del Estado por *falta de servicio*; se la refirió a la regla del art. 1112; se decretó su carácter directo y consecuentemente se descartó la doctrina que recurría al art. 1113 del Cód. Civil, a los fines de establecer la responsabilidad extracontractual del Estado y posibilitar la acción de regreso del art. 1123. Ese pronunciamiento, que parecía portar, por la ampulosidad de sus términos, una declaración omnimoda y definitiva, felizmente no llegó a consolidarse.

En posteriores decisiones, en las que ha estado de por medio la responsabilidad del Estado, se vuelve, sensatamente, a admitir su responsabilidad indirecta (art. 1113, Cód. Civil), consagrando con ello la directa y personal del funcionario (art. 1112), abriendo, inclusive, el reconocimiento a la eventual concurrencia entre la responsabilidad directa del Estado —por la *faute de service*— y la directa del funcionario por su obrar culpable.

Pero el cambio, es necesario decirlo, no es una rectificación consciente de la Corte respecto de la inconveniencia de su inaceptable posición anterior. Por el contrario, tales desajustes posteriores y veleidosas posturas exhiben un equilibrio inestable en los fallos, fruto, quizá, de una inconsistencia funcional o de una ocupación exclusivamente casuística, que provoca una indeseada inseguridad jurídica.

La falta de servicio ha sido empleada en el campo de la responsabilidad jurisdiccional del Estado, v. gr., estableciéndosela con motivo de los denominados errores judiciales al dictar, mantener o levantar irregularmente medidas precautorias¹⁵⁶. Pero es claro que su incorrecto funcionamiento, en tales supuestos, exige determinar con precisión si los errores judiciales son fruto de la defectiva organización del servicio o función judicial o de un error culpable del juez, caso este último en el que no jugaría la *faute de service*, teniéndose al juez como directo y principal responsable del perjuicio.

Los daños provenientes de los informes evacuados por los registros de la propiedad sobre la base de asientos o inscripciones defec-

¹⁵⁶ CSJN, 16/12/86, "Etcheverry, Luisa M. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros"; LL, 1987-B-255; ídem, 4/5/95, "De Gandia, Beatriz I. c. Buenos Aires, Provincia s/Indemnización de daño moral", ED, 165-85.

tuosas son frecuentemente despachados con el expediente de la falta de servicio¹⁵⁷.

La fórmula también ha sido empleada en supuestos de responsabilidad de las entidades financieras intervenidas cauteladamente por el Banco Central.

Más allá de que la extensión de la responsabilidad del Banco al Estado exige la solidaridad de la autoridad monetaria mediante el desplazamiento de sus órganos naturales —lo que no se da por la simple intervención—, en precedentes sobre este tema se admitió por la Corte federal la factibilidad de la responsabilidad directa en el área, basada en la *faute de service*, que el tribunal ubica, con lamentable desacierto, en el art. 1112 del Cód. Civil, así como la indirecta del art. 1113. Ello al establecer que la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa, para el actor, la carga de individualizar y probar, del modo más concreto posible, el ejercicio irregular de la función.

Del mismo modo, si el reclamo se funda en la responsabilidad indirecta o refleja del principal por los daños causados por las personas que están bajo su dependencia, incumbe al demandante demostrar la culpa del agente¹⁵⁸.

En el habitual y afligente tema del irregular cumplimiento del Estado de su función de policía de seguridad, también se ha empleado el criterio de atribución en tratamiento.

La Corte de la Nación ha dejado al desnudo su desconcierto en algunos precedentes. Luego de determinar la responsabilidad directa del Estado por falta de servicio —imputación directa y objetiva— y fundarla erróneamente en el art. 1112 del Cód. Civil, ha entrado a merituar el comportamiento negligente del agente de policía cuya pistola se dispara, resultando herido un tercero. Es decir analiza la culpa, título moral de imputación subjetivo, de acuerdo con las cir-

¹⁵⁷ CSJN, 27/8/85, "Etcheverry, Oscar I. y otros c. Provincia de Buenos Aires", LL, 1985-E-43; ídem, 18/9/90, "Brumeco S.A. c. Provincia de Buenos Aires", JA, 1990-IV-550.

¹⁵⁸ CSJN, 20/12/94, "Demartini, Oscar P. y otros c. Banco Central", LL, 1995-B-100, citado por Galdós, *Responsabilidad del Estado por falta de servicio de seguridad penitenciario (algunas aproximaciones)*, en "Lecciones y Ensayos", 1999, nros. 72/73/74, separata.

cunstancias de tiempo y lugar, todo lo que, a la luz del emplazamiento objetivo en la *faute de service*, aparece como absurdo¹⁵⁹.

La única justificación de tal proceder sería la posibilidad de establecer una concurrencia entre la responsabilidad por la defectuosa organización del servicio y la personal del agente por su conducta culpable, a fin establecer los grados de responsabilidad del Estado y del servidor, lo que, claro está, no se extrae de esos precedentes.

Este encuadre desbarrado de la responsabilidad del Estado, el de la *faute de service* deducida absurdamente del art. 1112 del Cód. Civil, excluyente y nulificante de la responsabilidad indirecta establecida en el art. 1113, tiene su falsación posteriormente, en el mismo tema (cadete de la policía cuya arma se dispara matando a un tercero), cuando la Corte vuelve a condenar al Estado como principal por el hecho de su dependiente (art. 1113, párr. 1º, Cód. Civil). Allí se estableció que media relación entre la función y el daño producido por el policía, aun fuera de servicio, con el arma reglamentaria, cuya portación es obligatoria¹⁶⁰.

El Máximo Tribunal del país, completando esta ideación emancipada de toda consistencia lógica, ha echado mano a la "prodigiosa" regla del art. 1112 para justificar la responsabilidad *directa* del Estado por *hechos lícitos*.

Cuando no ha mediado una defectuosa organización del servicio, cuando no ha existido un ejercicio irregular de las obligaciones por el funcionario —o, si se quiere, por los órganos—, cuando el daño se ha generado mediante una actividad lícita del Estado, también la Corte ha empleado la proteica herramienta del art. 1112¹⁶¹.

Toda esta maraña no alcanza para perder de vista que el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por falta de servicio (responsabilidad directa, exclusiva y de orden objetivo) está dado en

¹⁵⁹ CSJN, 8/10/92, "Morales, María B. c. Provincia de Buenos Aires", ED, 152-208; CSJN-Fallos, 315:1903. En igual sentido "Risso, Claudio J. c. Buenos Aires, Pcia. de", del 6/10/92, CSJN-Fallos, 315:2333.

¹⁶⁰ CSJN, 9/12/93, "G. O. de G. y otro c. Provincia de Buenos Aires", LL, 1994-C-546, citando el precedente "Panizzo", del 13/6/78, LL, 1978-D-77; CSJN-Fallos, 300:369.

¹⁶¹ CSJN, 12/5/92, "Lozano Gómez, Juan c. Buenos Aires, Provincia de s/Daños y perjuicios", CSJN-Fallos, 315:970; LL, 1994-B-427; ED, 150-112.

los arts. 33 y 43 del Cód. Civil e, inclusive, en el mismo art. 1113 del *corpus*, si se piensa, y algunos lo han hecho fundadamente, que la responsabilidad del principal es *directa* y no refleja.

e — *La legitimación pasiva. La distinción entre funcionarios y empleados*

El legitimado pasivo de la acción es el funcionario público.

Se ha sostenido que es general la opinión que no distingue entre funcionarios y empleados, porque no hay razón para diferenciar entre ellos a los fines del resarcimiento de los daños que unos y otros pueden causar¹⁶².

Llambías señala directamente al *agente* del Estado como legitimado pasivo, advirtiendo que en la práctica el empleado muy raramente quedará incurso en este tipo de responsabilidad, por estar cubierto por la eximente de la obediencia debida¹⁶³.

De tal modo, la construcción *funcionario público* incluye toda clase de funcionarios y empleados al servicio del Estado. Tal es el pensamiento de Salvat¹⁶⁴ y también el de Rezzónico, quien considera funcionario público a todo empleado de la administración del Estado¹⁶⁵.

Existe unanimidad, sostiene Kemelmajer de Carlucci, en el sentido de que la ley civil ha utilizado el término *funcionario* con criterio amplio, como sinónimo de *agente*¹⁶⁶.

De diversas maneras, los autores se refieren a la misma cosa. Para Borda, será funcionario toda persona que desempeñe una función pública, cualquiera que sea su jerarquía¹⁶⁷.

¹⁶² Llambías, *Código Civil anotado*, t. II-B, comentario al art. 1112, p. 449 y ss.; Gherzi, "La responsabilidad civil de las personas jurídicas", en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, p. 440.

¹⁶³ Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., 1992, t. IV-B, ps. 115 y 116.

¹⁶⁴ Salvat - Acuña Anzorena, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, t. IV, p. 306.

¹⁶⁵ Rezzónico, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, t. II, p. 1513.

¹⁶⁶ Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, p. 404, n° 4.

¹⁶⁷ Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, t. II, n° 1644, p. 486.

"En los términos amplios de la norma entran desde el empleado de menor jerarquía hasta el presidente de la Nación", dice Kemelmajer de Carlucci, o, como concluye el propio legislador en la nota al 1112 del Cód. Civil, "todos los empleados en la administración del Estado".

Para determinar el concepto de *funcionario público* se ha acudido a la amplísima noción suministrada por el art. 77 del Cód. Penal, que designa a "todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"¹⁶⁸.

Similar definición aporta Gordillo: "Todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal"¹⁶⁹.

Quien ejerza la función pública accidental o permanentemente, elegido por el pueblo o nombrado por la autoridad competente, se desempeñe en forma gratuita o remunerada, cualquiera que sea su jerarquía y el orden del Estado que integre (judicial, ejecutivo, legislativo u organismos constitucionales de contralor), es un *funcionario público*.

La jurisprudencia también se ha pronunciado en el mismo sentido: "El legitimado pasivo de la regla del art. 1112 del Cód. Civil es el *agente* de la administración que, como tal, causa un daño a un tercero, y por el que resulta personalmente responsable"¹⁷⁰.

Entendemos que el énfasis en abarcar bajo la denominación *funcionario público* a todo agente, sin excepción y bajo cualquier circunstancia, no expresa sino el hecho de que no hay ni puede haber una sola persona que en la función pública pueda sustraerse a esta responsabilidad.

Cierto, entonces, que no existen motivos para distinguir entre *empleados* y *funcionarios* a los fines de establecer *quién* debe responder y *quién* no.

¹⁶⁸ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, vol. 1, p. 454, n° 65, quien agrega la necesidad de que las funciones estén regladas (ver § 8, a). Colombo, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª ed., 1947, p. 287, n° 97.

¹⁶⁹ Gordillo, "La responsabilidad civil", en *Estudios de derecho administrativo*, p. 62.

¹⁷⁰ SCBA, 20/5/86, "Desio, Adolfo y otros c. Pcia. de Buenos Aires", Ac. 32.832, LL, 1986-E-416.

La indiferenciación entre funcionario y empleado alcanza justificación lógico-jurídica al quedar equiparadas ambas calidades en la legitimación pasiva de la denominada responsabilidad del funcionario público.

Resultan así aprobadas las palabras de Sarría: "Antes que una cuestión jurídica parece una discusión meramente académica el empeño en distinguir entre empleado y funcionario, ya que las leyes que rigen la responsabilidad de los agentes públicos no asignan, entre nosotros, ninguna consecuencia al hecho, siendo unos y otros igualmente responsables. Sin embargo, la cuestión existe y es posible que alguna vez ofrezca utilidad práctica, si llega a organizarse un sistema de responsabilidad del Estado y de funcionarios, sobre bases más racionales que las de nuestra actual legislación"¹⁷¹.

Sobre lo dicho hasta aquí no hay duda, pero creemos entrever en el tema un reclamo axiológico que propone una segunda búsqueda.

Las denominaciones *funcionario público* y *empleado* son frecuentemente empleadas para designar a *agentes* del Estado cuyas *funciones* exhiben cierta diversidad.

Esa diferenciación funcional muestra un orden de tipo jerárquico, donde la calificación de *funcionario público* corresponde a los agentes de mayor grado o jerarquía, con incumbencias de complejidad crecientes. Con la de empleado se designa a los agentes de menor categoría y de actividades simples¹⁷².

Al mismo tiempo, la mayor jerarquía implica mayor autoridad y responsabilidad, así como una trascendencia social del funcionario con una amplia gama de implicancias negativas y positivas.

La calificación de *empleado* queda reservada para los estamentos inferiores de la administración del Estado.

Si esto es así, verdad es que en la expresión amplia de *funcionario público* quedan comprendidos desde el menor servidor del Estado hasta el presidente de la Nación; pero también lo será que sus responsabilidades *no podrán equipararse*.

¹⁷¹ Sarría, *Derecho administrativo*, citado por Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, ed. 1951, t. III, p. 272, nota 111.

¹⁷² Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., 1970, t. III-B, ps. 16 y 45.

Quizá esto tenga una traducción jurídica y haya una justificación para un tratamiento diversificado en materia de responsabilidad. Existen al respecto importantes reflexiones.

Se ha establecido que respecto del *empleado* sólo hay una vinculación *interna*, mientras que con el *funcionario* hay una relación *externa*, que atribuye a éste carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerce. También se ha dicho que la distinción entre *funcionarios* y *empleados* tiene una base jurídica tan fundada y tan necesaria que es absurdo negarla¹⁷³. No es que haya entre el empleado y el funcionario una diferencia en la simple extensión o en la *naturaleza* de las facultades atribuidas. El *funcionario* se caracteriza por que su actividad presupone una *delegatio* transmitida, en principio, por la ley, que tiene por objeto constituir, expresar o ejecutar la voluntad del Estado. Esa *delegatio* implica una relación externa; confiere al instituido una representación más o menos extensa, se trate de actos jurídicos o de hechos materiales. En cambio, el *empleado* público no ejerce representación alguna; sólo tiene un vínculo interno con la Administración Pública; este lado interno tiene un contenido esencialmente económico, patrimonial, que es por su naturaleza convencional¹⁷⁴.

De esta forma, denominamos *funcionario* al agente que representa hacia afuera a la persona jurídica pública, así llamamos al agente que, en tanto *órgano*, actúa directamente al Estado; y si a él nos referimos para señalar a quien se halla imbestido del máximo poder con que la república compromete a sus gobernantes, es del *orden natural de las cosas* que en correspondencia a tamaña función debe exigírsele una diligencia mayor que al mero *agente*.

Tal principio emanado de ese orden lógico-valorativo se ve inscripto en la ley civil para las personas en general (art. 902, Cód. Civil: "*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*"). Sin duda alguna, la regla comprende a las personas de los *funcionarios públicos*.

¹⁷³ Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, t. II, ps. 77 y 270, nota 107.

¹⁷⁴ Pacinotti, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni secondo il diritto positivo italiano*, citado por Bielsa, *Derecho administrativo*, t. II, p. 75.

Declarar que el funcionario público, que representa hacia afuera a la persona jurídica pública, carga con una mayor diligencia que el mero servidor ofrece una garantía de resarcimiento superior: al exigirse del funcionario mayor diligencia, habrá más hipótesis de perjuicios imputables.

La discriminación entre funcionario y mero agente desdobra la diligencia exigible, siendo cualitativamente superior la obligación del agente funcionario.

Esto, al mismo tiempo que ofrece una cobertura superior al damnificado, facilita el recupero por el Estado en su acción de regreso (art. 1123, Cód. Civil), todo lo cual es un ajuste natural de la idea de justicia en este sistema de responsabilidad.

Debe quedar claro que esa calidad de funcionario, diferenciada de la de mero agente o empleado, importa una responsabilidad superior, porque mediante ella se ejerce la máxima encomienda de la vida social organizada: la de decidir en nombre de todos.

El *mero agente o empleado público* sólo responderá en la órbita de sus actos y no por las decisiones que no tiene facultades para tomar.

Aun con esta distinción, en cada esfera, la del funcionario o la del empleado, también gravita la regla del art. 902 del Código Civil.

El primer corolario de esta natural diversidad entre los agentes públicos sería el de reconocer en el funcionario-órgano el carácter de principal en su deber de responder frente al damnificado y, consecuentemente, colocar al Estado en un orden subsidiario de responsabilidad. Por el contrario, el empleado no estaría colocado como principal responsable frente a la víctima, sino en el mismo nivel de reclamación.

Aquí la distinción entre *funcionario* y *empleado* ofrece interés, *utilidad práctica*, y coadyuva a organizar un sistema de responsabilidad del Estado y de los funcionarios sobre bases más racionales que las de nuestra actual legislación, como lo reclamaba Sarría.

El situar en primer orden el patrimonio del funcionario-órgano, a los fines de enjugar el perjuicio irrogado al ciudadano, es una herramienta de moralización imprescindible para la concreción de un Estado de justicia.

La idoneidad moral y técnica constitucionalmente exigida para decidir y actuar en nombre de todos importa un salto cualitativo por encima del ámbito de acción del *mero agente o empleado* que se con-

creta en la puesta en marcha o ejecución de las órdenes de sus superiores.

Esta regla ni mengua las posibilidades reparatorias al damnificado ni entorpece su reclamo, al seguir teniendo frente a sí como obligado al Estado.

Tampoco agrava la situación del funcionario-órgano, al que, de todas maneras, la ley civil coloca frente a la acción de regreso del Estado, si éste hubiera solventado el perjuicio (art. 1123, Cód. Civil).

Lo que con ella se alcanza es que, demandado el funcionario-órgano, junto al Estado (art. 1122, Cód. Civil), o citado por el Estado al proceso, estará principalmente obligado con su patrimonio, sin descansarse en la "impunidad" que el desuso de la acción de repetición por parte del Estado le ha garantizado (art. 1123).

Se cumple así la sentencia de Waline: "Si se discrimina la responsabilidad, el principal culpable debe ser el principal responsable"¹⁷⁵.

Advertidos estamos de que los arts. 1122 y 1123 hablan de *dependientes* y la distinción que efectuamos se asienta en la admisión de agentes considerados funcionarios-órganos.

Pero sería absurdo considerar que el funcionario-órgano, quien representa externamente al Estado, queda fuera de las normativas que embretarían al Estado mismo.

En la acepción amplia de dependencia del derecho civil también están comprendidos los funcionarios-órganos. Pensar lo contrario sería contradictorio con el postulado de su responsabilidad, que nadie puede negar, y con el de su carácter de deudor principal.

No debe olvidarse, como nos lo refiere Kemelmajer de Carlucci, que "quien afronta la función pública tiene que saber que responde ante la comunidad por su ejercicio irregular", razón por la cual Laurent "clamaba por una responsabilidad civil más severa para el funcionario, a la manera dispuesta por el Código Penal que establece figuras agravadas. Piénsese que en muchos países todavía predomina el criterio que proyecta la responsabilidad *directa y exclusivamente* sobre el funcionario". España y Perú han conocido esa solución "y era

¹⁷⁵ Waline, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leur fautes personnelles et des moyen d'y remédier*, en "Revue de Droit Public", citado por Bielsa, *Derecho administrativo*, t. III, p. 277, nota 107.

la que predominaba hasta hace pocos años en Estados Unidos e Inglaterra”¹⁷⁶. Es que “la responsabilidad del funcionario, como decía Segovia, es un dogma del gobierno libre”¹⁷⁷.

— *El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio (decr. 685/95)*

En el Proyecto de reformas al Código Civil (decr. 685/95), en la Sección XII, “Supuestos especiales de responsabilidad”, en el § 3, el art. 1677 preceptúa la responsabilidad de los agentes públicos. La regla dice: “Los agentes públicos tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Para requerírsela no son necesarios ni la determinación previa de su responsabilidad administrativa ni, en su caso, su desafuero”.

En primer término, es plausible la elección del vocablo *agente* en lugar del de *funcionario*, dado que aquél, por su generosa amplitud semántica, comprende sin duda a *funcionarios y empleados*.

La fórmula adoptada en el Proyecto consagra la responsabilidad *directa* de todo agente público; en virtud de ella, sin esfuerzo, cabe juzgar que la responsabilidad del Estado, en el supuesto de daños ocasionados por agentes funcionarios u órganos, puede entenderse como indirecta y subsidiaria.

No es óbice para ello lo dispuesto en el § 2 de la misma Sección, que rige la responsabilidad del Estado. Allí el art. 1675 establece que “el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, *sin que sea necesario identificar al autor*”.

Ese derecho reconocido al damnificado de prescindir de la identificación del agente causante del daño no impide que el Estado, cono-

¹⁷⁶ Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, p. 404. La autora remite a Laurent, F., *Principes de droit civil français*, 3ª ed., Paris - Bruxelles, 1878, t. XX, n° 502, y a Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1963, t. I, n° 432 (sin *cursiva* en el original).

¹⁷⁷ Segovia, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, nota al art. 1113.

ciendo al funcionario que obrara el perjuicio, dentro del plazo para contestar la acción, lo cite, se juzgue su conducta y se lo responsabilice con carácter directo y principal, junto con la declaración de responsabilidad del Estado en forma subsidiaria.

Esta facultad del damnificado de prescindir de la identificación del autor es correlato del deber del Estado de no imponerle al reclamante la individualización del autor de su perjuicio, pero no impide que el Estado, sin demoras en el proceso y dentro de los plazos normales para contestar la acción, lo haga.

f— *La legitimación activa*

Es regla que cualquier persona que resulte damnificada por el accionar irregular del *agente* se halla legitimada activamente para obtener la composición de su daño en los términos del art. 1112 del Código Civil.

La disposición tiene como fin resguardar a los administrados o terceros en general de las conductas dañosas de los *agentes públicos*.

En principio esa legitimación no la posee el propio Estado, con quien el funcionario mantiene una relación jurídica preexistente de naturaleza convencional¹⁷⁸.

Claro que el Estado puede verse perjudicado por el obrar de su funcionario, pero cuando esto ocurre —infringiendo el funcionario sus deberes respecto del mismo Estado— nace una responsabilidad de origen contractual denominada *administrativa*, relativa a la función pública, en virtud de la cual el Estado se verá facultado para descargar en el funcionario todas las sanciones disciplinarias y patrimoniales que el régimen de esa relación prevea¹⁷⁹.

El Código de Vélez, como es sabido, estatuye dos órdenes, regímenes, de responsabilidad, el contractual y el aquiliano, disponiendo en el art. 1107 del Cód. Civil, que inaugura el Título relativo a las obli-

¹⁷⁸ “Es de naturaleza contractual la responsabilidad por mal desempeño del empleado público, con relación al Estado” (Cám. Fed. La Plata, 2/12/69, *JA*, 6-1970-654; Cám. Fed. Rosario, 12/12/67, *JA*, 1968-V-504. En contra: CSJN, 27/2/67, *LL*, 126-444).

¹⁷⁹ La responsabilidad administrativa del funcionario público es desarrollada *in fra*, en el Capítulo III, por el profesor Tomás Hutchinson.

gaciones que nacen de los cuasidelitos, que: “*Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal*”.

De la letra del texto legal surge que sólo cabría reconocer la legitimación activa del Estado frente al funcionario con asiento en la acción fundada en el art. 1112 del Código, en la hipótesis de que el hecho del incumplimiento del contrato que vincula al funcionario y al Estado degenerate en un delito del Derecho criminal.

Sin embargo, se ha considerado razonable ampliar la legitimación del Estado. Llambías extiende esta legitimación a la hipótesis de un delito del Derecho civil (art. 1072), aun cuando no fuere calificado como un delito del Derecho criminal¹⁸⁰, y Marienhoff al supuesto del daño causado por el funcionario público al Estado cuando el perjuicio partió de una actuación ajena a la esfera de competencias del funcionario respecto de la función o del empleo encomendado, ya que el contrato de empleo público sólo tiene vigencia en el ámbito de la función otorgada al funcionario y no fuera de él¹⁸¹.

Son asimismo titulares de la legitimación reconocida en la regla del art. 1112 del Cód. Civil los demás agentes públicos que sufran un daño por el irregular desempeño de otro funcionario público. Los funcionarios damnificados por la acción del agente responsable son terceros frente a él, dado que no hay entre ellos vínculo alguno¹⁸².

g — *El previo desafuero de ciertos funcionarios*

Aventajados espíritus — como el de Aguiar — consideraron innecesario este paso previo. Se intentó justificar el preliminar desafuero para juzgar la responsabilidad civil en la circunstancia de que, estando en cuestión el cumplimiento *irregular* de la función, esa calificación, respecto del desempeño de funcionarios y magistrados, debe ser pronunciada por los llamados a juzgar su desempeño.

¹⁸⁰ Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., 1992, t. IV-B, p. 120.

¹⁸¹ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., 1970, t. III-B, p. 391.

¹⁸² Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., 1992, t. IV-B, p. 120.

En virtud de ello, ninguno de los funcionarios sometidos a juicio político o a tribunales de enjuiciamiento podrá ser demandado por daños y perjuicios si previamente no ha sido desafectado de su función por ese proceso especial.

Se ha indicado que: “La cuestión se planteó en la Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires de 1870/1873. Allí se defendieron dos posiciones: una favorable al desafuero previo al juicio de la responsabilidad civil (Mitre); otra, con miras a un derecho superior, afirmó la necesidad de establecer la garantía de la justicia-bilidad por los jueces comunes sin limitaciones, conforme a las prácticas inglesas y norteamericanas” (Fidel López)¹⁸³.

Ya en el siglo XIX se afirmaba: “Aquí estamos tratando no de un gobernador o ministro criminal sino de un gobernante honorable, de un hombre honrado, que merece el respeto de los que lo han elevado a ese puesto, y por consiguiente no se trata de un desafuero de este funcionario, que tiene derecho de continuar aún en el uso de sus funciones; aquí se trata de obligaciones que este funcionario, que daña a un tercero usando de una autoridad que no tiene o interpretando mal una ley, o apoyándose en una ley que no existe, comete un acto y está sujeto a la ley civil para que se repare el daño que ha hecho. Esta es una cuestión en que se ha violado el derecho civil, y no por eso va a ser acusado de ser mal gobernador”¹⁸⁴.

El juicio especial debería decretarse expresamente como innecesario. El mérito que realicen los llamados a juzgar el desempeño del funcionario lo será para la aplicación de sanciones de otro orden — reglamentarias o administrativas —, no para calificar la conducta respecto de la imputación del daño infringido, que no tiene otro juzgador que el juez civil.

¹⁸³ Gheri, “La responsabilidad civil de las personas jurídicas”, en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, p. 446. Carlos Gheri refiere allí que Vicente Fidel López citó los precedentes del primer ministro inglés Gladstone y del presidente norteamericano Lincoln, ambos condenados judicialmente a pagar daños y perjuicios. Agrega por su parte el doctor Gheri el caso del juez Peck, también condenado a resarcir perjuicios, citado en la obra de Paschal, *La Constitución de los EE.UU., explicada y anotada*.

¹⁸⁴ Vicente Fidel López, citado por Gheri, “La responsabilidad civil de las personas jurídicas”, en Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, p. 447.

Piénsese simplemente en una medida judicial defectuosa (un embargo mal trabado) y en el consecuente perjuicio. Esta irregularidad no podría comprometer el desempeño de un funcionario judicial cuya carrera se hubiera caracterizado por su probidad y conocimientos jurídicos.

La apertura de un proceso especial a fin de juzgar el desempeño de un juez por un motivo tal sería un despropósito. Ninguna razón impediría entonces demandarlo por el perjuicio ocasionado, mientras continúa prestando su beneficiosa función.

En definitiva, es de este modo, y no sosteniendo fueros, como se resguarda la investidura del funcionario y también como mejor se tutela el interés del damnificado.

Las constituciones nacional y de la provincia de Buenos Aires han marcado la tendencia hacia la eliminación de inmunidades y fueros, resabios de épocas pre-repúblicas. Aun así, ciertas disposiciones de la ley basal parecerían dar pie a interpretaciones que abonan el mantenimiento de inmunidades o fueros (arts. 53 y 68 a 70, Const. Nacional)¹⁸⁵.

Según ellas, algunos funcionarios no serían alcanzados por la responsabilidad estatuida en el art. 1112 del Cód. Civil, si no fueran previamente removidos del cargo mediante el respectivo juicio político.

Sin embargo, de la lectura de las reglas constitucionales citadas surge que la denominada *inmunidad* se referiría a la materia administrativa o criminal.

Los términos empleados —“... derecho de *acusar* ... por mal desempeño o por delito...; o por crímenes comunes...” (art. 53); “... ser *acusado*, *interrogado* judicialmente...” (art. 68); “... ser *arrestado*; excepto en el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen...” (art. 69); “cuando se forme *querrela* por escrito ante las justicias ordinarias...” (art. 70), etcétera— dan pie para afirmar que la tutela no comprende la demandabilidad civil.

Claro que, en el supuesto de que la responsabilidad del funcionario nazca de un delito del derecho criminal, deberán tenerse presentes las prescripciones del art. 1101 y sus concordantes del Código Ci-

¹⁸⁵ Ocurre otro tanto con disposiciones de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 97, 98 y 143).

vil. Es oportuno señalar, sin embargo, que la Corte nacional, desde antiguo ha requerido, previo a toda demanda por reparación del perjuicio causado en el irregular desempeño de la judicatura, el desafuero del magistrado mediante el respectivo juicio político¹⁸⁶.

En fin, entendemos que es sana doctrina admitir que el proceso administrativo o político previo a ciertos funcionarios, como jueces o ministros, no es requisito para la procedencia de la acción civil deducida contra ellos, para la reparación de los perjuicios causados en sus funciones. Este temperamento se impone en nuestros días: las “Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguro” propiciaron en diciembre de 1989 que “No debe ser requisito para accionar contra el juez la previa sustanciación de su juicio político”.

En el mismo sentido, en las “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, celebradas en Santa Fe en el año 1999, la Comisión n° 9, que trató la cuestión, decidió mayoritariamente que: “Para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil no es necesario el desafuero del magistrado”¹⁸⁷.

Esa es la solución legislativa adoptada en el proyecto de Código Civil (decr. 685/95), que en su art. 1677 (§ 3) prescribe: “Los agentes públicos tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Para requerírsela no son necesarios ni la determinación previa de su responsabilidad administrativa ni, en su caso, su desafuero”. Esa es la solución adecuada.

Sin mengua de lo expuesto, cabe concluir que la interpretación de las normas constitucionales a favor de ciertos fueros no puede jamás ser efectuada extensivamente. Cualquier tentativa de ampliar el número vía interpretación es violatoria de la igualdad ante la ley (art. 16, Const. Nacional)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ CSJN, 17/4/13, CSJN-Fallos, 116:409.

¹⁸⁷ La mayoría la conformaron los doctores Lloveras de Resk, Ferreyra, Parellada, Echevesti, Martínez, Waisbnader, Reyna, Guarnieri, Bustelo, Carranza Latrubesse y Rugolotto. Minoritariamente se expresaron los doctores Chaouovski, Bueres, Trigo Represas, Agoglia, Galdós y Goldenberg.

¹⁸⁸ Ese es el camino señalado por la jurisprudencia norteamericana, tal como puede verse *infra* en el Capítulo IV, elaborado por Melchor Cruchaga.

h — La justificación del régimen legal de la responsabilidad del funcionario público: los arts. 1109 y 1112 del Cód. Civil. Género y especie

1 — La diferencia específica

El art. 1109 del Cód. Civil impone la obligación de reparar los perjuicios causados culpablemente. Esta declaración, que por su generalidad comprendería en su predicación los hechos y omisiones culpables de los agentes públicos, ha obligado a la doctrina a expedirse respecto de la especificidad del artículo 1112.

Machado defendió la idea de una total independencia y autonomía del art. 1112 del Cód. Civil, no estando este precepto comprendido en el más general del art. 1109. Sostuvo que aquel preceptuaba, exclusivamente, sobre la responsabilidad de las personas que revisten la calidad de funcionario público¹⁸⁹.

Pero la amplitud de la aserción del art. 1109 impide excluir de su ámbito a los *agentes públicos*. Esta circunstancia lleva hoy a la unánime consideración de que en los términos del art. 1109 están comprendidas, sin exclusión, todas las personas físicas y con ellas también la de los *agentes públicos*.

Por eso se ha expresado que, si el art. 1112 no existiese, el caso se regiría por el art. 1109 del *corpus civile*¹⁹⁰.

De tal manera, en modo alguno la eventual inexistencia del art. 1112 podría significar la *irresponsabilidad* del funcionario.

Claro que, si la responsabilidad del *agente público* prevista en el art. 1112 está comprendida en la responsabilidad general por el hecho personal del art. 1109, podría llegar a considerársela una mera reiteración o una disposición superflua.

Este razonamiento ha sido seguido en algún anteproyecto, como el de 1954, teniendo en cuenta también que la fuente del art. 1112 es el comentario de Aubry y Rau al art. 1382 del Cód. Civil francés, artículo este último fuente, a su vez, del art. 1109 de nuestro Código.

¹⁸⁹ Machado, *Exposición y comentarios al Código Civil argentino*, t. III, comentario al art. 1112, p. 404.

¹⁹⁰ Cfr. Gordillo, "La responsabilidad civil", en *Estudios de derecho administrativo*.

Pero ello no es así. Sin perjuicio de que la responsabilidad del *agente* está comprendida genéricamente en la disposición del art. 1109, la regla que trata en particular esa responsabilidad no configura una mera particularización irrelevante. El tratamiento concreto de dicha responsabilidad está justificado por su especificidad.

Se advierten en ella ciertas notas que la *entifican*, sobrando razones para un régimen especial:

- a) Simboliza en su máxima extensión la vigencia de la igualdad de todos los habitantes ante la ley (art. 16, Const. Nacional). Esta responsabilidad concreta una idea que hace a la paz social. La plural representación que ejerce el agente público y su especialísima encomienda deben despejar en la conciencia del ciudadano común cualquier duda sobre *privilegios, inmunidades o impunidad*. Por el contrario, el ciudadano ordinario debe vivir con la certeza de que el funcionario que lo sirve y representa está, por las razones apuntadas, *doblemente* uncido al yugo de la ley.
- b) Los deberes del funcionario emergentes del servicio que presta tienen como correlato los derechos de los particulares *sostenedores* del Estado.
- c) Las posibilidades de causación de daños se incrementan geométricamente desde la función pública. Kemelmajer de Carlucci citando a Mayer, dice: "Piénsese en los *órganos* que tienen a su cargo la vigilancia y tutela de los menores, las inscripciones en los registros inmobiliarios, las certificaciones de todo tipo, la verificación de pesas y medidas, la extensión de informes, servicios de comunicaciones, correos, telégrafos, hospitales, escuelas, etcétera ... así como las responsabilidades de los profesionales, no obstante estar sometidas al régimen general, se modifican en la medida en que los sujetos están sometidos a deberes específicos, también la *apreciación de la culpa*, en materia de funcionarios públicos, tiene características propias"¹⁹¹.

¹⁹¹ Véase Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, ps. 411

El art. 1112, dice Aguiar, "no constituye más que un caso de responsabilidad individual relativo a una cierta clase de personas y a un modo particular de proceder de ellas con relación a determinadas actividades suyas"¹⁹².

- d) Esta norma específica (art. 1112, Cód. Civil) *agrava* la responsabilidad establecida en la genérica (art. 1109): el acto irregular determina la presunción de culpa, lo que marca una diferencia de régimen específica con la regla general.

Quien invoca el art. 1109 debe probar la culpa del deudor.

La prueba de haber cumplido irregularmente las obligaciones tiene por acreditada la culpa¹⁹³.

- e) En todo tiempo —nos refiere Mayer— la responsabilidad del agente público ha sido regida por principios especiales, diferenciándola de la del simple particular¹⁹⁴.

Así es como, en nuestro país, en los últimos proyectos de Código Civil o ley común no sólo no se ha omitido su regulación, sino que se le ha dado un régimen más extenso, incorporándose inclusive nuevas disposiciones al respecto¹⁹⁵.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio (decr. 685/95) la legisla en la Sec-

y 412, citando a Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, trad. Heredia y Krotoschin, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 304, y a Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1972, n° 1290 (sin cursiva en el original).

¹⁹² Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, p. 412, remitiendo a Aguiar, Henocho D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Tea, Buenos Aires, 1950, t. II, n° 68.

¹⁹³ Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario*, LL, 67-886.

¹⁹⁴ Mayer, *Derecho administrativo alemán*, t. V, p. 125.

¹⁹⁵ Así, el art. 1112 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, que, manteniendo intacto lo prescripto en el art. 1112 del Código de Vélez Sársfield, agrega un párr. 2°, que dice: "A los fines de las acciones subrogatorias o de regreso en los casos de condena judicial contra el Estado por los hechos u omisiones imputables a sus funcionarios o agentes, la sentencia respectiva determinará si medió falta personal de los mismos por la que deben responder hacia aquél".

ción XII: "Supuestos especiales de responsabilidad", § 3, en el art. 1677).

El manejo de la cosa pública o, dicho en términos más claros, la administración de los intereses de todos los habitantes impone un régimen de responsabilidad mucho más riguroso, quizá uno de los más rigurosos de todos los que legisla el derecho común.

2 — La diversidad aparente

La regla del art. 1109 habla de *hecho*. "Todo el que ejecuta un *hecho*...", dice el artículo. El art. 1112 habla de *hecho* y de *omisión*. Los *hechos* y las *omisiones* de los funcionarios públicos, reza la norma. A partir de esto se supo señalar entre los preceptos una diferencia:

El art. 1109, responsabilidad general por el hecho propio, comprende en principio sólo la responsabilidad por los hechos. A la derivada de las omisiones las abarcará sólo cuando una disposición legal imponga la obligación de cumplir con el hecho, en consonancia con lo preceptuado en el art. 1074 del Cód. Civil, que dice: "*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*".

En otros términos, para que se configure la responsabilidad general (art. 1109) por una omisión sería necesario, desde esta postura, que el hecho estuviera expresamente ordenado por la ley.

Sin embargo, la responsabilidad especial por el obrar del funcionario público queda configurada aun cuando, sin existir una regla que imponga determinada conducta, la omisión signifique un incumplimiento irregular de las obligaciones legales.

Así, a partir de una apreciación textual, se da una inteligencia restrictiva a la norma general comprendida en el art. 1109 del Código. Pese al avance de la teoría del daño, suelen sobrevivir opiniones del estilo, con un alto registro formalizante, que no hallan más fundamento que el apego a la letra legal. Son saldos de la pasada moda positivista que empobreció, con su mecánica superficial, la experiencia del Derecho.

Kemelmajer de Carlucci ha señalado, con su habitual inspiración, el limitado campo de aplicación del art. 1074, referido a las *omisiones* simples, advirtiendo, en consonancia con la cuestión, la incidencia

que ha tenido la consagración del abuso del derecho en los términos en que lo recepta la regla del art. 1071 del Código Civil¹⁹⁶.

Es oportuno tener presente el paso de la idea formal de antijuridicidad —que identifica injusticia con ilegalidad— a una noción material de la ilicitud, que reconoce la injusticia en la lesión de todo bien, material o espiritual, o de un interés digno de tutela jurídica. Esta evolución es otra clave hermenéutica que desarticula el fuerte enunciado del art. 1074. La antijuridicidad en el sentido material rige el pensamiento de la teoría de la responsabilidad en general en nuestro tiempo, excepto, claro está, en el ámbito penal¹⁹⁷.

Finalmente, la tendencia se afianza en la denominada *dilución* del requisito mismo de la antijuridicidad en la cuestión del daño resarcible.

El reconocimiento de la responsabilidad por actos lícitos, que el mismo Código de Vélez supo prever para determinadas hipótesis (v. gr., arts. 2553, 2627, etcétera) y que hoy se proyecta a situaciones generales, como la de los daños causados por el Estado en su actividad legítima, ha conducido a los proyectos de Código Unico de los años 1987, 1993 y 1998 (decr. 685/95) a desvalorizar e incluso prescindir del requisito de la antijuridicidad, al menos en los términos en que fue postulado en el originario art. 1066 del Código de Vélez¹⁹⁸.

Una comprensión del sistema a tono con lo expuesto dejaría prácticamente sin sustento cualquier interpretación restrictiva del art.

¹⁹⁶ Kemelmajer de Carlucci, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), t. 5, comentario al art. 1112, p. 412, punto a).

¹⁹⁷ Mosset Iturraspe ha efectuado una breve y a la vez magistral exposición sobre esa evolución en "La antijuridicidad", Mosset Iturraspe (dir.), *Responsabilidad civil*, ps. 57 a 62.

¹⁹⁸ Proyecto de Código Civil para la República Argentina Unificado con el de Comercio de 1998, *Fundamentos*, nros. 259, p. 99, y 262, p. 101. El art. 1588 reza: "REPARACION DEL DAÑO NO JUSTIFICADO". Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado". El siguiente art. 1589 enuncia seis supuestos de daños justificados: el causado en el ejercicio regular de un derecho o facultad, *excepto el lícito del Estado*; el causado en defensa propia; el causado en estado de necesidad; el causado en el ámbito de la familia; los de incidencia colectiva que son socialmente tolerables; los que dispone la ley.

1109 para establecer una diferencia con la regla del art. 1112 del Código, en orden a lo estudiado.

Esa interpretación limitativa transgrede las reglas de la lógica valorativa que vertebran cualquier juicio de responsabilidad.

i — La prescripción de la acción

La acción del damnificado prescribe en el plazo bienal establecido en el art. 4037 del Cód. Civil, tanto si quien reclama es un tercero como si lo fuera otro agente público.

Gherzi ha destacado que: "La Cámara Nacional en lo Civil en pleno y la Corte federal han resuelto que el plazo bianual también rige en las acciones contra el Estado por su actividad lícita"¹⁹⁹.

Por el contrario (afirma el autor citado), "La acción de repetición del Estado contra el funcionario presenta graves dificultades. Para un sector de la doctrina, se trata de una acción de naturaleza contractual pues Estado y agente están ligados por la relación de empleo público; en consecuencia, rige el plazo de diez años. Para otros, en cambio, el Estado se subroga en la misma acción que tenía el damnificado y, por ende, tiene dos años para demandar, contados a partir del momento del pago, que es el presupuesto ineludible de su acción de repetición".

En aquellos casos en que los funcionarios están sometidos al desafuero, los autores que entienden que este procedimiento es un requisito previo sostienen aplicable el art. 3980, que establece la dispensa de la prescripción hasta superada la dificultad para accionar.

j — La indemnización

La reparación del daño causado por el agente público debe ser plena o integral²⁰⁰.

¹⁹⁹ Gherzi, "La responsabilidad civil de las personas jurídicas", en Mosset Iturraspe (dir.) y otros, *Responsabilidad civil*, p. 449.

²⁰⁰ Comprendiendo también el daño moral; Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública*, ED, 116-400, nota 15; Spota, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, JA, 1943-I-443.

En las "XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", la Comisión n° 9, presidida por los doctores Trigo Represas y Bueres, concluyó que: "El resarcimiento debe ser integral, comprendiendo el daño material y el moral"²⁰¹.

²⁰¹ Suscribieron el despacho los doctores Bueres, Galdós, Reyna, Lloveras de Resk, Chausovski, Rugolotto, Agoglia, Laplacette, Parellada, Ferreyra, Frulotti, Echevesti, Martínez, Carranza Latrubesse y Bustelo.

Capítulo II

Responsabilidad penal y función pública

Capítulo elaborado por *ERNESTO E. DOMENECH*,
con la colaboración de *MARCELA DE LUCA* y *ROBERTO AMBROSIS*