

## CAPÍTULO XIX

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

#### SUMARIO

1. Importancia práctica, jurídica y política del problema.....	XIX-1 / 675
2. El fracaso previo.....	XIX-3 / 677
2.1. La responsabilidad civil.....	XIX-3 / 677
2.2. La responsabilidad constitucional.....	XIX-4 / 678
2.3. Ahora, la responsabilidad internacional.....	XIX-5 / 679
2.4. ¿O la negación total? Un pase de magia para olvidar el art. 1112 .....	XIX-6 / 680
2.5. La nueva ley de responsabilidad del Estado .....	XIX-6 / 680
3. Los caracteres de la responsabilidad civil de los agentes públicos. La norma civil y la nueva ley de responsabilidad del Estado .....	XIX-8 / 682
4. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario .....	XIX-9 / 683
4.1. Los particulares .....	XIX-9 / 683
4.2. Los demás funcionarios públicos.....	XIX-10 / 684
4.3. El Estado .....	XIX-11 / 685
5. Quiénes son responsables .....	XIX-14 / 688
6. Problemas que presenta el art. 1112 .....	XIX-14 / 688
7. La omisión como causal de responsabilidad.....	XIX-16 / 690
8. El daño como elemento de la responsabilidad.....	XIX-19 / 693
8.1. El problema de las relaciones entre particulares .....	XIX-19 / 693
8.2. La concatenación o la alternativa de daño material y daño moral. Modos alternativos de reparación.....	XIX-19 / 693
8.3. El daño económicamente apreciable .....	XIX-22 / 696
9. La culpa como elemento de la responsabilidad .....	XIX-23 / 697
9.1. La necesidad de que haya culpa .....	XIX-23 / 697

9.2. El caso del error .....	XIX-24 / 698
10. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales .....	XIX-24 / 698
11. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado .....	XIX-25 / 699
11.1. Qué son las “obligaciones legales” .....	XIX-25 / 699
11.2. Algunas obligaciones en particular .....	XIX-26 / 700
11.3. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado .....	XIX-27 / 701
12. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado .....	XIX-29 / 703
12.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado.....	XIX-29 / 703
12.2. Es una obligación conjunta <i>in solidum</i> .....	XIX-31 / 705

## Capítulo XIX

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS<sup>1</sup>

#### 1. Importancia práctica, jurídica y política del problema

Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso.<sup>2</sup> No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas. Como dice con acierto HAURIUO: “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo una cuestión de garantía

<sup>1</sup>Vimos en el t. 1, cap. XIII, “Agentes Públicos,” que no hay diferencias jurídicas entre funcionario o empleado. Cabe recordar lo explicado para la Fiscalía y el Defensor, aplicable aquí, en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982, cap. V: su preocupación principal no debiera ser buscar el rastro del enriquecimiento personal sino la causa de las decisiones que no cuidan del erario público. En otras palabras, si bien es importante perseguir civil y penalmente a los ex agentes públicos que se han enriquecido merced al erario público, o que han causado daños a los particulares o a la colectividad toda, mucho más importante es que se instituyan los mecanismos por los cuales tales hechos no se repitan. Allí debe estar puesto todo el énfasis y todo el cuidado de los órganos de control: en el presente inmediato. A su vez, el control social de la ciudadanía sobre los órganos de control debe vigilar que se cumpla, con esta obligación de control presente, actual. No es que sea fácil sancionar ni siquiera civilmente los hechos del pasado, como veremos en este cap., pero tampoco debemos olvidarnos de los más graves hechos del presente, que al menos estamos a tiempo de frenarlos si logramos concitar la suficiente fuerza social. Conf. ANDRADA, ALEJANDRO DALMACIO, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 478-9.

<sup>2</sup>Lo tiene claro la ley n° 231 (antes ley 4.816) de Chubut, cuyo art. 32 dispone: “Cuando por el hecho, acto u omisión del funcionario se ha visto lesionado el patrimonio del erario público, el Estado por medio de la autoridad competente, está obligado a promover las acciones de responsabilidad contra el presunto responsable;” en igual sentido Brasil, ley 4.619/65, art. 1.

constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.”<sup>3</sup> En el pasado este problema se circunscribía a cómo responsabilizar conjuntamente al Estado y al funcionario. Ante el fracaso sistemático de lograrlo,<sup>4</sup> aún a pesar de invertirse la carga de la prueba en materia penal por enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos,<sup>5</sup> la Constitución de 1994 en su art. 36 incluye una responsabilidad penal constitucional extendida también a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público o de la sociedad de usuarios y consumidores y por supuesto pagamos todos, en impuestos directos y sobre todo indirectos, inflación, etc. Dado que tampoco con esto pasó nada,<sup>6</sup> ahora es la Convención Interamericana contra la Corrupción que agrega algunos elementos de jurisdicción extranjera que pueden servir en la lucha que debiera ser constante contra la corrupción: Pues ahora se reconoce que la corrupción tiene como primer cara visible la dilapidación de fondos públicos, la generación de responsabilidades estatales que serán sociales y el enriquecimiento injustificado, entre otras lacras más.<sup>7</sup> Si como dice LINARES la responsabilidad del funcionario no es un proyecto-programa de la sociedad argentina,<sup>8</sup> al menos ayudará en algo que lo sea de la comunidad internacional o de algún país extranjero. En

<sup>3</sup> HAURIUO, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, Sirey, 1929, p. 649. En contra LINARES, JUAN FRANCISCO, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público,” *LL*, 153: 601.

<sup>4</sup> Como dice LINARES, *op. cit.*, en “el derecho viviente en la Argentina, por la razón que se quiera, no se da como práctica en el sentido de hacer responsable directa y conjuntamente a la Nación y sus agentes, o sólo a éstos, por falta personal. La tesis de la responsabilidad conjunta [...] no es, hasta ahora, un proyecto-programa de la comunidad argentina a través de la opinión pública.” Hemos fracasado en “El desafío de la disciplina del ilícito: generar el proceso económico-psicológico idóneo para la evitación de los daños,” como lo expresó STIGLITZ, GABRIEL A., *La responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 1984, pp. 94-5.

<sup>5</sup> No obstante la gravedad de la pena legal nada había pasado en la práctica. Como dice JOSÉ SEVERO CABALLERO, por eso “La reforma mencionada [de 1994] y las circunstancias sociales actuales llevan la atención pública hacia los llamados «delitos de corrupción» contra el Estado:” “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos. (Después de la Reforma Constitucional de 1994),” *LL*, 1997-A, 793, 794; MORELLO, AUGUSTO MARIO, “El derecho a probar; su perfil constitucional,” *ED*, 159: 259.

<sup>6</sup> Más aun, el segundo párrafo del art. 268 fue derogado por la ley 25.188. Ver DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO E., “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional,” *LL*, 2000-A, 249, quien recuerda a SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos — art. 268, 2, Cód. Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994.

<sup>7</sup> Tratamos el tema en nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

<sup>8</sup> LINARES, *op. loc. cit.*, quien además postula la irresponsabilidad del funcionario público, salvo casos de excepción.

consecuencia, en este cap. hablaremos de las responsabilidades personales e individuales de todos los que generan la responsabilidad del Estado y no solamente de las responsabilidades de los agentes públicos. Porque ocurre que los agentes de los concesionarios o licenciatarios utilizan frecuentemente a los funcionarios públicos como instrumento de sus políticas comerciales, y observan desde la platea cómo se desarrolla la batalla usuario-administración-empresa, sabiendo que la cuestión difícilmente les alcance a ellos personalmente: Son la versión contemporánea de la irresponsabilidad de los funcionarios públicos del pasado y del presente. No ha de llegarse al extremo de que “el funcionario autor (o gestor) del acto ilegal, de hecho, no está jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, él habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él.”<sup>9</sup>

## 2. *El fracaso previo*

### 2.1. *La responsabilidad civil*

La responsabilidad de los agentes del Estado está establecida en el art. 1112 del Código Civil. Pero en ninguna colección de jurisprudencia se encuentran sino pocos casos de efectiva responsabilidad de un servidor público.<sup>10</sup>

No se crea que esto es un problema de ineficiencia administrativa en promover los juicios; la propia doctrina jurídica argentina, como veremos, con frecuencia trata de desalentar que este tipo de responsabilidad se efectivice a pesar de haberse podido instituir un sistema que contemplara tanto la responsabilidad del Estado como la del funcionario, de modo que el damnificado sea indemnizado, pero que el culpable autor del daño no resulte irresponsable —como se hace en todos los países civilizados— en la Argentina se previó pero no existe de hecho, responsabilidad del agente estatal.<sup>11</sup>

La doctrina ha contribuido a esa criticable situación —cuyos efectos en materia de corrupción administrativa, empobrecimiento y desaliento social están a la vista en los últimos decenios de vida nacional— por no haber insistido lo suficiente y a

<sup>9</sup> CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'État et la protection des libertés publiques*, París, mimeo, 1980, p. 17.

<sup>10</sup> LINARES, *op. loc. cit.* Hay excepciones, desde las dramáticas como *Tarnopolsky*, CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1996-C, 439 y *Juliano*, CCA de Mar del Plata del 08/05/12, hasta las mundanas como *Amiano*, CNFed. CA, Sala IV, *DJ*, 2000-1, 644; *LL*, 1999-F, 497. Sin embargo, cabe notar que la CSJN revocó la decisión de la Sala IV en la causa *Amiano*. Ver *infra* nota 17. Otras veces el tribunal señala *ex ante* las responsabilidades personales de quienes incumplan su sentencia: Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305. Por fin, hay casos en que se concluye estableciendo de hecho la responsabilidad exclusiva del funcionario: *Frabia S.A.*, CNCom, Sala D, *LL*, 1999-F, 17.

<sup>11</sup> Al igual que en Brasil, donde la prohibición de que los particulares persigan directamente al agente público deriva, en la práctica, en su irresponsabilidad por inacción del Estado para reclamarle mediante acción de regreso: GARCÍA, MÓNICA NICIDA, *Responsabilidade do Agente Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2004, pp. 223.

veces ni siquiera mínimamente en la necesidad social y republicana, además de jurídica, de por lo menos, sincronizar la responsabilidad del funcionario público con la responsabilidad del Estado.<sup>12</sup> Pero hay más, como se verá en el § 2.4:<sup>13</sup> “[...] Un pase de magia para olvidar el artículo 1112.”

## 2.2. *La responsabilidad constitucional*

La Constitución de 1994 en su cap. de nuevos derechos y garantías incluye primero el art. 36, que establece un fundamental punto de partida democrático, aunque desgraciadamente conspira contra él la fortísima concentración de poder económico y político que el país experimenta sin cesar, en forma creciente, a manos de un presidencialismo que en los hechos niega ese punto de partida constitucional. Nos encontramos así, una vez más en nuestra historia, con la más fuerte dicotomía entre lo que el sistema normativo proclama y lo que la realidad nos muestra. Esa es la materia que constituye el nervio central de un país subdesarrollado.

a) “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.”

b) “Sus autores [los del primer párrafo] serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29 [“Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”] inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas” [la inhabilitación y demás penas les son aplicables aun si no era funcionario público antes.]

c) “Tendrán las mismas sanciones [los incursos en el primer y segundo párrafo] quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente por sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles” [modifica el C.P. y el C.C. en forma expresa. No requiere legislación, es operativa e inmediatamente aplicable.]

d) “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este art.” [los de los párrafos primero, segundo y tercero.]

<sup>12</sup> Puede parecer una discusión secundaria, casi una mera orfebrería académica, pero en verdad nos parece riesgoso en grado sumo encuadrar la responsabilidad del agente público por daños y perjuicios como propia del derecho público, pues éste es siempre más proclive a proteger la irresponsabilidad. Comp., en el sentido indicado, IVANEGA, MIRIAM MABEL, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 253-4.

<sup>13</sup> También son los autores que señala RUSCONI en la obra que recordamos *infra*, nota 16, primera parte.

e) “Atentará asimismo [igual que los del primero, segundo, tercer y cuarto párrafo] contra el sistema democrático quien [funcionario público o no] incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento [el enriquecimiento ilícito del funcionario público ya está penado en el C.P., e invierte la carga de la prueba en su contra], quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.” [Y además, conforme la remisión a los primeros párrafos y de éstos al 29, “Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.” Si tomamos en serio esta remisión al primer párrafo, quedan en realidad “inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”.]

f) “El Congreso sancionará una ley sobre ética pública [se ha dictado en 1999, con el número 25.188] para el ejercicio de la función” [Esto no dice que lo anterior de los primeros cuatro párrafos no sea operativo. Puede requerir tipificación el enriquecimiento del particular a expensas del Estado, pero no su complicidad en el enriquecimiento del funcionario público, y si hubo cohecho, etc., también está prevista la figura penal.]

### 2.3. *Ahora, la responsabilidad internacional*<sup>14</sup>

Debe advertirse que el lavado de dinero es a veces la exteriorización del enriquecimiento ilícito y la corrupción.<sup>15</sup> A su vez, el lavado de dinero también suscita la jurisdicción extranjera. Todo ello puede importar probables responsabilidades del Estado y juzgamientos en el exterior de sus funcionarios y ex funcionarios. La investigación de estos fenómenos por jurisdicciones extranjeras puede arrojar mucha luz sobre hechos más cercanos. Ella está autorizada por los arts. IV y V de la CICC, de rango constitucional y supraconstitucional, como así también por otros cuerpos normativos de los que hacemos mención en el capítulo “La justicia administrativa internacional” del t. *Hacia el derecho administrativo global* y algunos más que se siguen gestando a nivel internacional, a los cuales difícilmente nuestro país pueda sustraerse de firmar y ratificar en plena forma.

Nos encontramos así por una primera parte, más arriba expuesta, con un régimen formal constitucional que se halla desmentido por la estructura real del poder político, económico y social del país real, y al mismo tiempo, contradictoriamente, que ese poder concentrado de apariencia hegemónica en verdad

<sup>14</sup> MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Vision privatista de la responsabilidad del Estado,” en STIGLITZ, GABRIEL (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 17-33, recuerda en la p. 26, nota 30, esta triple responsabilidad del agente que señalamos.

<sup>15</sup> Lo que explica y fundamenta la categoría de “personas expuestas políticamente” (PEPs) en la ley 25.246 y res. (UIF) 11/2011.

encuentra claros límites en el ordenamiento y en la realidad internacional. Los juegos normativos y fácticos, tanto internos como internacionales, son pues polifacéticos, cambiantes, y pueden inducir fácilmente a espejismos.

Los cambios y adaptaciones a su vez, no se producirán sino lentamente, como el impacto climático, pero son tan inexorables como éste.

Muchos de nuestros ex gobernantes latinoamericanos no imaginaron en su momento que estarían hoy sometidos a proceso; muchos gobernantes de hoy harían bien en echar una mirada al pasado cercano para intentar avizorar cómo puede ser el futuro, quizás no tan lejano. La sociedad, en todo caso, *debe* hacerlo.

#### 2.4. *¿O la negación total? Un pase de magia para olvidar el art. 1112*

En el camino, la fuerte tendencia a negar la responsabilidad civil del funcionario público nos ha llevado como sociedad a dejar de ver lo que está evidente en el art. 1112 y leer en cambio lo que allí no se expresa.

Es así como aparece por doquier en la doctrina y jurisprudencia argentina que se recurre, sin necesidad alguna, a fundar la responsabilidad *del Estado*, no la del funcionario, en el art. 1112,<sup>16</sup> con lo cual se logra por un pase de magia hacer desaparecer de la vista el molesto art. 1112 en cuanto quería recordarnos que debíamos responsabilizar también al agente, y dedicar en cambio todas las fuerzas colectivas a responsabilizar solamente al Estado, o sea a nadie, olvidando mientras tanto, muy convenientemente, a esos gigantes de irresponsabilidad que nos gobiernan y administran día a día.

Que el Estado responda, está bien; que nos hagamos los distraídos de quiénes son los verdaderos causantes del daño es un acto de suicidio colectivo, sobre todo cuando la responsabilidad del Estado también termina siendo muy complicada y larga de materializar, como explicamos en el cap. XXXII del t. 7.

#### 2.5. *La nueva ley de responsabilidad del Estado*<sup>17</sup>

El Congreso sancionó en el 2014 la ley de responsabilidad del Estado, que fue promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo el 7-VIII-14 y publicada en el B.O.

<sup>16</sup> Ver RUSCONI, DANTE D., "Responsabilidad del Estado y del Banco Central de la República Argentina," en STIGLITZ (dir.), *op. cit.*, pp. 115-165, quien remonta el origen de esta idea a los dos autores que más bregaron en contra de la responsabilidad de los agentes públicos, p. 126, nota 29, LINARES y CASSAGNE. El panorama general del desarrollo de esta evolución de la doctrina y jurisprudencia argentina es expuesto por MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abaco, 2001, pp. 31-36 y sus referencias.

<sup>17</sup> Entre las publicaciones existentes al respecto al momento de entrar este libro a imprenta, podemos señalar: CASSAGNE, JUAN CARLOS, "El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas," *Supl. Const.*, mayo 2014; BIGLIERI, ALBERTO, "Tensión entre la reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada," *LL*, 9-V-14; FIDELIBUS, JOSÉ MARÍA, "Responsabilidad del Estado según proyecto de ley especial del PEN. Consideraciones críticas," *RCyS*, 2014-IV, 17; IBARLUCÍA, EMILIO A., "Responsabi-



el [día siguiente] 8-VIII-14 bajo el número 26.944, de más que dudosa constitucionalidad y sobre todo con graves fallas de justicia, equidad, razonabilidad, etc., al prohibir —inconstitucionalmente— la aplicación de multas a los funcionarios que incumplen las sentencias judiciales. A su vez, limitar la responsabilidad del Estado sin hacerla efectiva en su nuevo pretendido ámbito, es doblemente disvalioso. Para superar un *test* de constitucionalidad debiera al menos permitir la ejecución judicial forzosa de la sentencia contra el Estado.

El art. 1º *in fine* dispone que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.” Ello es contrario a la garantía de acceso a una justicia efectiva: Es incitar a los funcionarios a incumplir las sentencias judiciales.

El art. 9º, por su parte, establece: “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de

alidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?,” *LL*, julio 7 de 2014, LL2014-D; PUNTE, ROBERTO A., “Objeciones constitucionales a la nueva Ley sobre Responsabilidad del Estado,” *elDial.com*, DC1D20, 15-VII-14; ESPINOZA MOLLA, MARTÍN R., “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos,” en prensa. Por el contrario, BARRA, al comentar las disposiciones del proyecto de Código Civil y Comercial en cuanto a la responsabilidad del Estado, considera que es un acierto “reconocer la autonomía, la sustantividad propia del régimen de derecho público en materia de responsabilidad extracontractual. (La contractual ya la tiene, conforme con el decreto de legislación delegada 1023/01 y las regulaciones de cada tipo contractual en particular.) Al así hacerlo, su consecuencia lógica será el reconocimiento de la jurisdicción local en materia de legislación sobre la materia,” BARRA, RODOLFO C., “La responsabilidad del Estado en el Proyecto de nuevo Código Civil,” *elDial.com*, DC1946, 19-IX-12. PERRINO también considera correcta la posición iuspublicista de la responsabilidad estatal. PERRINO, PABLO ESTEBAN, “Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos,” *LL*, 2014-C, 1078. “Ese cambio de dirección mantiene la coherencia del sistema con la igualdad de las cargas públicas y en el sacrificio especial que postulan los principios de derecho público en los Artículos 16 y 17 de la [CN] consolidados en los lineamientos de la jurisprudencia de la [CSJN],” SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “Perspectivas jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificado,” *Rap* (423), 88. En cambio, para MAIRAL, en su ponencia presentada ante la comisión bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, la reforma abriría una verdadera Caja de Pandora y habrá que esperar por el establecimiento de las normas y las decisiones judiciales que las aclaren para conocer cuáles son los derechos frente a la conducta ilícita del Estado. MAIRAL, HÉCTOR A., “Ponencia 5: Responsabilidad del Estado, Funcionarios y empleados públicos,” disponible en <http://www.cpacf.org.ar/expedientes/Ponencia%205.pdf>. Por último, en una posición intermedia, se ha dicho que “se acepte que la responsabilidad del Estado es de derecho común o de derecho público. [...] es necesario buscar [...] convergencias que permitan asegurar, a través de una normativa aplicable en todo el país o en cada provincia, un régimen de responsabilidad del Estado que garantice en toda su plenitud el derecho a la reparación de los damnificados por el obrar de aquél y de sus agentes, conforme las pautas de seguridad jurídica que hoy la sociedad exige, con normas que formen parte del sustentáculo común del sistema, con amarre en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y en los principios generales del derecho.” SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado y el Proyecto de Ley con media sanción de diputados,” *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, IJ-LXXI-61. ESPINOZA MOLLA, MARTÍN R., “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del estado y de los agentes públicos,” *Supl. Adm.*, agosto 2014, n° 5, p. 3 y ss. PERRINO, “Lineamientos principales de la ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos,” *Revista Digital DPI*, año 2, n° 25, 8-VII-2014.

una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

“La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.” La prescripción era de diez años por la ley 12.961 y a su vez la vigente ley 24.156 en su art. 131 se remite a los plazos del Código Civil.<sup>18</sup> Es claro que no pueden ser modificados por una ley local.

“La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.” Nada hace la ley para obligar al Estado a buscar ese resarcimiento tardío. Por último, el art. 11 invita “a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.”<sup>19</sup>

El primer y fundamental error es jurisdiccional. Se *piensa* modificar el Código Civil por ley nacional, pero no se lo ha hecho. Esta ley *local* es contraria al Código Civil vigente, lo cual la torna insanablemente inconstitucional sin perjuicio de múltiples otros reparos constitucionales.<sup>20</sup> Por ello mantenemos el desarrollo que antes hiciéramos de las normas del Código Civil, todavía vigentes.

### 3. *Los caracteres de la responsabilidad civil de los agentes públicos. La norma civil y la nueva ley de responsabilidad del Estado*

Si bien la responsabilidad del agente público emerge de la Constitución conforme al art. 36, también es de importancia el art. 1112 del Código Civil: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título.”<sup>21</sup> La ley 26.944 mantiene una fórmula más restrictiva, violatoria del sistema constitucional y de convencionalidad.

<sup>18</sup> Ampliar en ATCHABAIAI, ADOLFO, *Régimen jurídico de la gestión y del control de la hacienda pública*, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 1018-19.

<sup>19</sup> Este artículo está en sintonía con el proyecto de Código Civil y Comercial, texto conforme modificación del Poder Ejecutivo Nacional a los artículos 1765 (“Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”) y 1766. (“Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.”) Es cuestionable fundar una ley en normas previas que aun no han sido dictadas.

<sup>20</sup> Ver, entre otros, IBARLUCÍA, EMILIO A., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?,” *LL*, julio 7 de 2014, LL2014-D, y los demás autores citados en la nota 17.

<sup>21</sup> El proyecto de 1998 se refiere al “ejercicio irregular de sus cargos,” art. 1677; la jurisprudencia, a desempeñar “de manera irregular sus funciones,” *in re Amiano*, *LL*, 1999-F, 497 y primer voto de GALLI, p. 499, cons. 8, cuarto párr.

Esta disposición del art. 1112 (vigente a la fecha de esta edición) protege a todos los sujetos que puedan resultar dañados por la comisión del hecho u omisión antijurídica; el contenido de la protección reside en reprimir la comisión de daños jurídicos realizada mediante el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que rigen la función pública. Los sujetos de derecho que resultan obligados por este art. a realizar la conducta debida, son todos los agentes estatales, sin distinción alguna en cuanto a empleados o funcionarios, rentados u honorarios; de la rama ejecutiva, legislativa, jurisdiccional<sup>22</sup> o judicial.<sup>23</sup> Veremos ahora estos distintos aspectos.

#### 4. *Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario*

##### 4.1. *Los particulares*

El primer aspecto —a quiénes protege el art. 1112— debiera ser indiscutido, dado que la ley civil no ofrece indicio alguno que permita fundamentar la exclusión de esta responsabilidad frente a determinado damnificado; pero existen dos posiciones restrictivas, a pesar de ello. La primera, que no ha sido expuesta expresamente, plantea el interrogante de que aquélla existiera con referencia al Estado, pero no en relación a los particulares;<sup>24</sup> mas nada indica, ni en la

<sup>22</sup> P. ej., un síndico concursal: CNFed. Ca, Sala IV, *Amiano, LL*, 1999-F, 497, *DJ*, 2000-1, 644. Allí la Cámara entendió que la actuación del síndico quedaba encuadrada en la previsión del art. 1112 del Código Civil y responsabilizó al Estado por la actuación de su órgano judicial. Sin embargo, la CSJN revocó la sentencia de Cámara, entendiendo que el síndico no está comprendido en la categoría de funcionario público, siendo sólo un sujeto auxiliar de la justicia, *in re Amiano, LL*, 2004-B, 825, con nota de MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Responsabilidad del Estado por la irregular actuación del síndico en el concurso es un fallo de la Corte Suprema (El caso Amiano),” *LL*, 2004-E, 667. La posición limitativa de la responsabilidad del agente, que lo haría responsable no frente al particular sino sólo frente al Estado por perjuicio fiscal parece inferirse de IVANEGA, *op.cit.*, p. 263, aunque también es posible interpretar su texto en el sentido que limitó su análisis solamente a los supuestos de “control público,” pero aún así, estaría dejando de lado los casos de responsabilidad conjunta. La CNCP, Sala III, *Rodríguez Gamallo, Osvaldo Horacio*, causa 9.667, 30 de diciembre de 2008, reconoció por mayoría la calidad de funcionario público del síndico concursal a los fines de la responsabilidad estatal, separando la interpretación del concepto de funcionario público entre el derecho administrativo y el penal.

<sup>23</sup> No es fácil efectivizar la responsabilidad personal de los jueces. Eso llevó a las reflexiones que formula MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Responsables privilegiados – Los jueces,” *ED*, 186: 1169. El art. 150 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece para el caso de demora en el pronunciamiento de una sentencia y a falta de comunicación al Consejo de la Magistratura de las razones que determinen la imposibilidad, la aplicación de una multa al magistrado; el art. 151 dispone que dicha multa es sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil, o de la sujeción del/la juez/a a otros procedimientos, si correspondiere.

<sup>24</sup> Como es el caso de Brasil, donde (con sustento legislativo en la ley 8.112/90 art. 122) se interpreta el art. 37.6 de la Constitución en el sentido de que la reparación de los daños causados a terceros por agentes públicos *sólo puede ser reclamada al Estado*, correspondiendo exclusivamente a éste perseguir al funcionario mediante acción de regreso: GARCÍA, *op. cit.*, pp. 215-24. Es la misma lógica de nuestro sistema: allá normativa, aquí empírica pero que por imperio de la doctrina y la jurisprudencia, en pase mágico ha devenido también seudo normativa.

redacción del art. 1112, ni en su ubicación, que él tienda a proteger única y exclusivamente al Estado. Por el contrario, la amplitud de los términos del art. y su ubicación dentro de un título que protege a todos los individuos de la sociedad contra los daños que les hagan sus semejantes, señala, con el sustento de la sana lógica, que si a alguien protege el art., es en primer lugar al particular. Mientras que el Estado tiene muchos medios para protegerse contra los perjuicios de sus dependientes, no los tienen en cambio los particulares, quienes en virtud de que los agentes estatales tienen el uso del poder público, o realizan una función o prestan un servicio indispensable a tales particulares, se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente a aquéllos.

A nadie le parecerá extraño afirmar que el administrado necesita protección frente a los administradores; no puede parecer por lo tanto raro que el Código Civil trate de proporcionar esa protección. Que el art. que lo hace proteja también al Estado, es perfectamente aceptable, pero no lo es en cambio cualquier solución que pretenda invertir los términos e interpretar el art. 1112 de forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes.<sup>25</sup>

#### 4.2. *Los demás funcionarios públicos*

La segunda posición sostiene que el art. 1112 no se aplica a las relaciones de los funcionarios o empleados entre sí, y ha sido expuesta por DÍAZ DE GULJARRO,<sup>26</sup> quien se basa en que el Anteproyecto de Reformas de BIBILONI, el Proyecto de la Comisión Reformadora, la ley alemana y doctrina correspondiente, emplean el vocablo “tercero,” de donde surgiría la tesis de que el art. 1112 no sea aplicable a los funcionarios y empleados entre sí. Un problema que esta teoría no puede superar es que el art. 1112 no emplea el vocablo “tercero,” lo que resulta excluyente y definitivo. De cualquier manera, aunque la ley dijera expresamente “tercero,” como lo hace la ley alemana, no se obtendría tampoco aquel resultado. El art. 839 del Código Civil Alemán dice:<sup>27</sup> “Si un agente público viola dolosa o

<sup>25</sup> Otra curiosa controversia ha sido generada por quienes leen en el art. 1112 lo que la norma no dice y fundan en ella la responsabilidad del Estado. Han logrado olvidar el castigo al menos pecuniario a todos los que nos sumen en los abismos que transitamos. Ver un completo panorama de opiniones en PERRINO, PABLO ESTEBAN, “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio,” *ED*, 185: 781, puntos II y III, notas 45, 46 y 26 a 34. Hemos sostenido desde 1959, en nuestra tesis doctoral (inérita), que la responsabilidad estatal por los hechos de sus agentes es directa, idea que siguieron LINARES, CASSAGNE, PERRINO y otros; esa idea puede invocar el art. 1112 por oposición al 1113. Pero no se pretenda extraer de allí el olvido de la responsabilidad civil de los agentes públicos que nos gobiernan que es el resultado, querido o no, pero ciertamente inevitable, de plantear la responsabilidad del Estado a partir de la norma en cuestión y no hacer salvedad alguna respecto a la responsabilidad civil de los autores reales del daño.

<sup>26</sup> DÍAZ DE GULJARRO, ENRIQUE, “Inaplicabilidad del art. 1112 C. C. a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos,” en *JA*, 61: 531.

<sup>27</sup> GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, lo traduce así: “El funcionario que intencionalmente o por negligencia viole el deber profesional que le corresponde respecto de un tercero, deberá reparar el daño causado

culposamente la obligación del cargo debida a un tercero, debe reparar a éste el daño ocasionado.” Esa aclaración que hace la ley alemana —obligación legal del cargo debida a un tercero— podría tal vez fundar el que se excluyera al Estado de esa responsabilidad directa,<sup>28</sup> pero no a los funcionarios restantes, ya que ellos también son “terceros” para el caso.<sup>29</sup> La jurisprudencia alemana ha extendido no sólo el concepto de “tercero,”<sup>30</sup> sino aun el de “obligación legal debida a un “tercero” en forma amplísima,<sup>31</sup> por lo que no es del caso establecer restricciones en el derecho argentino sin tener siquiera el término de marras en la ley. Si los administrados necesitan protección contra los administradores, también los funcionarios y empleados públicos necesitan protección contra una administración que, la experiencia lo enseña, tiene frecuentes despuntes de espíritu faccioso o vocaciones dictatoriales. Agregar a eso una especie de *capitis deminutio* para cada agente del Estado, es cerrar una posible vía de prevención.<sup>32</sup>

#### 4.3. *El Estado*

La restricción que nadie ha establecido es frente al Estado; pero precisamente, es ese aspecto el que pudiera ser proclive a discusiones.<sup>33</sup> No cabe duda de que el funcionario es responsable frente al Estado,<sup>34</sup> por el art. 1112, pero su funcionamiento no es muy claro. Si esta responsabilidad es cuasi delictual, como lo indicaría el título en que se halla ubicada, ¿dónde queda la naturaleza contractual de la relación de empleo público? Inversamente, si la relación del funcionario

a éste;” MILÓN INFANTE, de la siguiente manera: “Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado por esto.” El texto alemán es: “*Verletzt ein Beamter vorzätzlich oder fahrlässig die ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.*”

<sup>28</sup> Nunca, a todo evento, de la de *in rem verso*. Conf. GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, p. 125.

<sup>29</sup> Conf. GIESE, *op. cit.*, p. 124, ap. c).

<sup>30</sup> Ver BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, p. 160; GIESE, *op. loc. cit.*

<sup>31</sup> FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Múnich-Berlin, 1958, 7ª ed., p. 283; BENDER, *op. cit.*, p. 161.

<sup>32</sup> Recordamos que mientras que la ley alemana establece responsabilidad por la violación de una obligación del cargo debida a un tercero, la ley argentina establece responsabilidad por la violación de las obligaciones del cargo, sean o no debidas al tercero que es perjudicado. La jurisprudencia alemana ha extendido su disposición hacia un concepto casi tan amplio como el de nuestra ley; pero esa dificultad no existe en el art. 1112 de nuestro Código Civil y todo lo que hace falta es aplicarlo.

<sup>33</sup> Que la materia es delicada ya lo indica el Proyecto de 1987, que contemplaba “acciones subrogatorias o de regreso,” luego eliminadas.

<sup>34</sup> En Brasil, la responsabilidad de los agentes públicos frente al Estado incluye un tipo especial de responsabilidad, además de las clásicas civil, penal, administrativa y política: la “responsabilidad por actos de improbidad administrativa,” de base constitucional, art. 37.4 de la Constitución de 1988, reglamentado por la *Lei de Improbidade Administrativa* 8.429/92. Ver GARCÍA, *op. cit.*, p. 310, para quien este instituto reviste una gran originalidad en el ámbito latinoamericano y merece ser divulgado, como norma destinada a implementar la convención interamericana contra la corrupción.

frente a la administración es contractual, como sus elementos intrínsecos parecen indicarlo, ¿cómo juegan en ella este art. 1112 y el 1107?<sup>35</sup> Pues si existe un contrato según el cual el funcionario está obligado a cumplir sus funciones, va de suyo que está obligado —contractualmente— a cumplirlas regularmente, y que el ejercicio irregular de la función será una violación del contrato. La importancia del punto se traduce en la prescripción, respecto a la cual caben dos posibilidades en el caso del daño cometido por el funcionario en forma directa a la administración: *a)* Si se tratara de una responsabilidad cuasidelictual, la prescripción es de dos años (art. 4037 del Código Civil); *b)* si se tratara de una responsabilidad contractual, la prescripción es de diez años, según el art. 4023 del Código Civil. *c)* La ley 26.944 establece 3 años. Resta ver cuál interpretación prevalecerá en la jurisprudencia.

En el caso de daño cometido al Estado, cuando el ejercicio irregular daña a un particular a quien el Estado se ve obligado a indemnizar, sea espontáneamente (por ejemplo, los mecanismos de subsidio a la pobreza e indigencia creada por el mismo gobierno) o por aplicación de la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado, la acción del Estado contra el funcionario ¿es la de *in rem verso* del art. 1123, o es la directa del art. 1112? ¿Y si fuera la del 1123, la acción prescribe a los dos años, o a los diez años?

La ley de administración financiera del Estado 24.156 aborda el tema en varios arts. pero no aporta demasiadas soluciones. El art. 131 establece que la acción del Estado contra sus agentes estará sujeta a los plazos de prescripción del Código Civil “desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior.”<sup>36</sup>

Ahora bien, existen daños que son de efectos continuos, como haber producido un endeudamiento masivo e irresponsable del Estado, haber fuertemente limitado de modo irrazonable las exportaciones e importaciones, haber dilapidado los dineros públicos en beneficio de unos sectores y en perjuicio de otros creando masiva exclusión social, etc.: El cómputo de la prescripción no se inicia, nos parece, mientras los efectos continúan produciéndose. Dado que el funcionario se halla ligado al Estado mediante una relación contractual,<sup>37</sup> cualquiera sea su

<sup>35</sup> Dicha norma expresa: “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 de derecho criminal.”

<sup>36</sup> Un análisis de la responsabilidad patrimonial del funcionario en la jurisprudencia del ex Tribunal de Cuentas de la Nación y en la actual Ley de Administración Financiera, en OTHEGUY, OSVALDO, “Responsabilidad del Estado y del Agente público: Falta de servicio y falta personal,” en *Responsabilidad del Estado, Jornada Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz, A.A.V.V.*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 279-300. Ver también ATCHABAIAI, *op. cit.*, p. 1019.

<sup>37</sup> Lo que surgiría del hecho de haber una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, de acuerdo al art. 1137 del Código Civil. Es el criterio que postulamos en 1959, y que fuera receptado por la Procuración del Tesoro de la Nación. IVANECA *op. cit.*, pp. 272-3, coincide en

nivel incluyendo a todos los funcionarios de nivel político, toda irregular prestación es incumplimiento del contrato. Esa responsabilidad contractual asume las características fijadas en el art. 1112. Este artículo funcionaría en este caso como elemento legal del contrato. El regular cumplimiento de las obligaciones legales es una de las obligaciones impuestas al funcionario por su aceptación de la relación contractual que lo liga al Estado: su violación, en consecuencia, origina responsabilidad contractual, y por ello la prescripción aplicable es la del art. 4023: 10 años. Pero ya señalamos que si los efectos son continuados, el comienzo de la prescripción sólo puede comenzar a operarse cuando cesen tales efectos.

La solución no varía aunque se considere, con la jurisprudencia, que la relación entre el Estado y sus funcionarios es la relación entre principal y dependiente de que habla el art. 1113 del Código Civil,<sup>38</sup> pues como lo hace notar MAZEAUD, cuando la relación entre principal y dependiente es contractual (como en el caso del Estado y el funcionario), la responsabilidad del dependiente (el funcionario) hacia su principal (el Estado) por las indemnizaciones que éste hubiera debido pagar por responsabilidad indirecta debidas a la culpa del dependiente, es responsabilidad contractual,<sup>39</sup> razón por la cual la prescripción de la acción resarcitoria del art. 1123 es también diez años conforme al art. 4023.

Tal principio fue recogido en la vieja ley de contabilidad,<sup>40</sup> cuyo art. 142, segunda parte, establecía: “La acción del Estado tendiente a hacer efectiva la reparación civil de los daños e intereses ocasionados por actos u omisiones imputables a los agentes de la administración nacional, incluidos los de entidades descentralizadas, empresas del Estado y haciendas para estatales, prescribirá a los diez años de cometido el hecho que imponga tal responsabilidad.” En definitiva, es la misma solución que se impone por el vínculo contractual que une al agente con el Estado.

Ya recordamos en el § 2.5 que la ley 26.944 dispone en su art. 9º que la pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. Aplica el mismo plazo para la prescripción de la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño, contados desde la sentencia firme que estableció la indemnización. Modifica el actual plazo de prescripción existente para los particulares y en cambio la extiende hasta el final

que se trata de un vínculo contractual cuya prescripción es la decenal del Código Civil, recordando igualmente la jurisprudencia citada.

<sup>38</sup> Solución ésta errada, pues la responsabilidad indirecta se aplica cuando hay dos sujetos de derecho diferenciados y un hecho atribuible a uno solo de ellos, el dependiente. En el caso del funcionario éste actúa como órgano del Estado y por lo tanto, cuando actúa dentro del ejercicio de sus funciones, sus actos y hechos le son atribuibles directamente al Estado. La responsabilidad del Estado habrá de ser en tal caso, necesariamente, directa.

<sup>39</sup> MAZEAUD, H. y L., *Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, 1947, 4ª ed., p. 901.

<sup>40</sup> Decreto-ley 23.354/56, según el decreto-ley 3453/58.



del juicio contra el Estado para recién allí comenzar a contar la prescripción de la acción de repetición del Estado contra sus funcionarios. De todos modos, no prevé mecanismo alguno para asegurar que esa repetición se efectivice ni determina que la responsabilidad de funcionarios y agentes públicos sea solidaria o concurrente con la del Estado. Profundiza la práctica de que no se demande al Estado y al funcionario conjuntamente, ni menos solo al funcionario, sino que fortalece la tendencia a demandar solo al Estado y no al funcionario. Es una solución disvaliosa pues ayuda a consolidar la irresponsabilidad civil del funcionario.

### 5. *Quiénes son responsables*

Está sujeto a la responsabilidad del art. 1112 todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, lo que incluye a los magistrados judiciales<sup>41</sup> y a todos los funcionarios políticos, como presidente, ministro, secretario de Estado, etc. Esta responsabilidad es para el funcionario en cuanto actúa como órgano del Estado, “en el ejercicio de sus funciones,” no basta una mera relación de tiempo y lugar.<sup>42</sup> Hay dos criterios: *a)* Uno subjetivo, de acuerdo con el cual habría que analizar la voluntad o la intención del agente, a fin de averiguar si éste actuó con motivo de la función, o con la finalidad de cumplir la función y *b)* uno objetivo, según el cual hay que analizar la reconocibilidad externa del acto o hecho. Se sigue generalmente el criterio objetivo, pero si en alguna situación el acto o hecho no es externamente reconocible como propio de la función, pero se acredita que el agente actuó subjetivamente en carácter de tal, se ha resuelto que ha sido realizado en ejercicio de la función pública.<sup>43</sup>

### 6. *Problemas que presenta el art. 1112*

El primer problema de interpretación que presenta el art. 1112 es si él tiene razón de ser,<sup>44</sup> dada la existencia del art. 1109.<sup>45</sup> MACHADO parece sostener que

<sup>41</sup> Ver TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 2ª ed., p. 186; ANDRADA, ALEJANDRO DALMACIO, “Responsabilidad civil de los magistrados judiciales. Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana,” *LL*, 1998-D, 1157; MOSSET ITURRASPE, *op. loc. cit.*

<sup>42</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 283.

<sup>43</sup> CSJN, *Fallos*, 232: 582, *Zanini Pechieu de Ybarra*, 1955.

<sup>44</sup> La cuestión es similar en el Proyecto de 1998, en que el art. 1677 propone que 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 ni, en su caso, su desafuero.” Se ha dicho, con acierto, que “Es el actual artículo 1112, mejorado en cuanto explicita la innecesariedad del sumario administrativo y del levantamiento de las inmunidades.” MOSSET ITURRASPE, *op. loc. cit.*

<sup>45</sup> Art. 1109: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.”



la existencia del art. 1112 se justifica por el hecho de que en él se contempla a individuos no comprendidos en el art. 1109,<sup>46</sup> pero tal afirmación es errónea en virtud de que este último artículo, por su naturaleza genérica y omnicompreensiva, abarca absolutamente a todo ser humano que cometa un daño por su culpa. Si no existiera el art. 1112, la responsabilidad de los funcionarios públicos se regiría por el art. 1109. AUBRY ET RAU mismos, fuente directa del art. 1112, explicaban que la responsabilidad del funcionario está comprendida en la responsabilidad cuasidelictual y por ello el art. 1109 no excluye a los funcionarios y empleados públicos. ¿A qué puede deberse en consecuencia que VÉLEZ SANSFIELD haya tomado ese concepto meramente explicativo y si se quiere innecesario en nuestro país? ¿Por qué se mantiene en los proyectos actuales?

En Francia dicha explicación era conveniente, pues anteriormente, por el art. 75 de la Constitución del año VIII, los funcionarios eran expresamente declarados irresponsables; pero como ese antecedente no existía aquí, no había por qué pensar que pudieran existir dificultades en la aplicación de la norma del art. 1109.

¿Se trata simplemente de “afirmar categóricamente esa responsabilidad,”<sup>47</sup> o advirtió VÉLEZ SANSFIELD en ese concepto de AUBRY ET RAU,<sup>48</sup> un significado especial, y que por ello creyó necesario convertirlo en nuevo art. dotado de contenido y efectos propios? ¿No ha sido acaso el mismo pensamiento el que lleva a los proyectos actuales, al menos objetivamente?

Puesto que los funcionarios y empleados públicos ya están comprendidos en el art. 1109, como lo explica la fuente, no puede en consecuencia justificarse al art. 1112 como una supuesta traslación de lo que ya dispone el art. 1109 a los funcionarios, como una ampliación del número de los sujetos alcanzados por la responsabilidad cuasidelictual. Debe entonces haberse referido al contenido de la responsabilidad misma, al hecho ilícito que la origina.

¿Cuál es la diferencia entre el hecho ilícito contemplado en el art. 1109 y el contemplado en el 1112? Esa diferencia sólo puede consistir en que el hecho que origina la responsabilidad del servidor público es distinto a un cuasidelito. “Por

<sup>46</sup> MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1899, p. 404, nota al art. 1112, *in fine*.

<sup>47</sup> Lo dice VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 544.

<sup>48</sup> Que estos tomaron del derecho alemán, pues el art. 839 del Código Civil alemán es reproducción de ese derecho alemán anterior a 1900: MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 304 y como lo hacen notar acertadamente BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 1956, 5ª ed., p. 273 y DÍAZ DE GUIJARRO, *op. cit.*, p. 530, la similitud entre nuestro art. 1112 y el 839 alemán es notable. Existe entre nosotros de todos modos una controversia que resulta francamente inexplicable, pues hay autores que dicen que AUBRY ET RAU nada dice y el resto lo que se ha afirmado en el texto. El lector hará bien en consultar por sí mismo la fuente. Un recuento de opiniones en PERRINO, “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio,” *ED*, 185: 781, notas 32, 33 y 34.

no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales<sup>49</sup> ¿es más o menos que un cuasidelito?: a) ¿es un hecho igual o distinto? b) ¿es un daño mayor o menor? ¿Es un daño jurídico en el sentido común? c) ¿es un hecho producido con más o con menos culpa? Y además ¿hay en ese artículo relaciones con otras disposiciones, además de las ulteriores de la Convención Interamericana contra la Corrupción?

### 7. La omisión como causal de responsabilidad

El primer contenido especial del artículo, que difiere con el del art. 1109, se refiere al hecho que causa el perjuicio. Mientras que en el art. 1109 se habla de “todo el que ejecuta un hecho” que ocasiona un daño a otro, y con ello se remite a las disposiciones generales del título de los actos ilícitos, el art. 1112 se refiere en cambio a “los hechos y las omisiones,”<sup>50</sup> con lo que surge la primera diferencia entre la responsabilidad que sancionan uno y otro art. El art. 1109 prevé la realización de un cuasidelito, y una simple omisión no puede constituirlo sino cuando está expresamente prohibida por la ley (*lato sensu*.)<sup>51</sup> Para los funcionarios rige el principio opuesto de que tienen la obligación de actuar, aunque el reglamento o la ley no lo determine específicamente, si ello entra dentro del ejercicio regular de sus funciones, y del cumplimiento, como resultado, de las obligaciones a ellos impuestas. Es lo que también resuelve la ley 26.944, “actividad o inactividad de los funcionarios o agentes públicos.” Ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley ordena o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 lo soluciona afirmativamente; aunque las normas no dispongan la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad tanto en el Código Civil como en la ley 26.944.

Así la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una “obligación de cumplir el hecho omitido” (art. 1074), sino a una “regular ejecución de las obligaciones legales” o “el ejercicio irregular de sus cargos” (art. 1677, Proyecto de 1998), lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado, o sea, aunque el hecho omitido, que así configure irregular ejercicio de la función, no estuviera expresamente ordenado por una norma jurídica. Igual solución encontramos en la ley 26.944 que en su art. 9º menta “por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en dolo o culpa, las obligaciones legales que les están impuestas.”

<sup>49</sup> O, en el proyecto de 1998, por producir daños “mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos,” art. 1677.

<sup>50</sup> Respecto de la responsabilidad por omisión véase, con particular referencia a la jurisprudencia mendocina, CORREA, JOSÉ LUIS, “Responsabilidad por omisión en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mendocina,” *LL*, 2004-C, 156.

<sup>51</sup> Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, en BELLUSCIO, A. C. (dir.), ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Buenos Aires, Astrea, 1984, comentario al art. 1108, p. 317.

Así p. ej., si un reglamento o ley no prevén la obligación de un funcionario de recibir las denuncias que le sean presentadas en forma documentada y personal, y ese funcionario omite recibir una denuncia relativa a las funciones de que se trate, en esas condiciones, hay un irregular ejercicio de las obligaciones legales impuestas al funcionario, aunque la omisión no lo sea de un hecho expresamente ordenado.

El regular ejercicio de las obligaciones legales no resulta de la casuística de algún reglamento, sino de una responsabilidad de tipo profesional como la de un médico o un abogado. Por ello la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales. (Art. 1112.)

En un centenario caso<sup>52</sup> el tribunal de primera instancia, cuyo fallo fue confirmado por la Corte, analizó primero si el funcionario había violado con su conducta ley o reglamento alguno, concluyendo en que no (cons. 1º.) Pero a pesar de que ese elemento es suficiente, según el art. 1074, para desechar la responsabilidad cuasidelictual por omisión, consideró que era necesario analizar además si había habido con esa omisión “irregularidad en su conducta” (cons. 2º.) Recién una vez que estuvo aclarado que no había habido irregularidad en su conducta, y que la aprobación del superior había significado el cumplimiento adecuado de “la obligación que le imponía su empleo” (cons. 3º), se concluyó que no había responsabilidad. A estos argumentos agregó el Procurador General que no encontraba “nada de irregular” en la conducta del funcionario, y que la segunda omisión de que se reclamaba, consistente en no presentar dentro de cierto término el despacho (las ordenanzas no fijaban término, razón por la cual la omisión no lo era de un acto ordenado por la ley), no era irregular, pues “el tiempo empleado en la revisión [...] no es excesivo.”

Todo ello señala que el criterio para juzgar la omisión de un funcionario no es, desde los antecedentes más lejanos, el del art. 1074 —obligación legal de hacerlo—, sino el del art. 1112: cumplir regularmente la función. Es la solución explícita del art. 1677 del Proyecto de 1998 y del art. 9º de la ley 26.944. En ambos casos se trata de obligaciones legales, pero en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada.<sup>53</sup> La responsabilidad

<sup>52</sup> CSJN, *Fallos*, 20: 436, *Ebbinghaus*, año 1878.

<sup>53</sup> La CSJN *in re Mosca, Hugo Arnaldo c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios*, del 6-III-07, ha fijado las pautas de caracterización de la falta de servicio por omisión, estableciendo dos clases de omisiones: las que refieren a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho; y las que refieren a objetivos fijados por la ley de modo general e indeterminado; imponiendo en este último supuesto, para la determinación de la Responsabilidad estatal, un juicio estricto sustentado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. Ver t. 7, cap. XXXIII, “Una mirada crítica de la responsabilidad del estado por omisión

del agente público es como mínimo una responsabilidad profesional, como la del médico, del abogado, con estándares más altos de exigencia normativa. Por esta primera razón no es posible pretender que el presupuesto sancionado en el art. 1112 sea igual al del 1109. En el art. 1112 tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad, cosa que no sucede en el 1074, donde la omisión no basta sino cuando una disposición legal le impone la obligación de cumplir el hecho omitido. Tanto el positivo hacer como los negativos “no dar,” “no hacer” y “permitir”<sup>54</sup> están comprendidos en el 1112.

La ley 26.944 establece que la falta de servicio comprende la actuación y la omisión irregular de parte del Estado, aunque “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.” (Art. 3º, inc. d.) Evidentemente, tal disposición resulta contraria a lo dispuesto por el art 1112, en punto al deber del funcionario de cumplir regularmente la función asignada.

Incluso, tampoco siguió los lineamientos fijados por la Corte Suprema en el caso *Mosca* al señalar dos clases de omisiones generadoras de responsabilidad: a) Las omisiones a *mandatos expresos y determinados* en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta de servicio, y b) las omisiones referidas a aquellos casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo *general e indeterminado*, como propósitos a lograr en la mejor medida posible, sin establecer las acciones concretas a llevar a cabo.

En este último caso, valga aclararlo, la Corte sostuvo que la determinación de la responsabilidad del Estado por omisión debe ser motivo de un análisis más exigente en donde se debe merituar los bienes jurídicos en juego y las consecuencias de la decisión a tomar en el conjunto de la comunidad.<sup>55</sup>

en espectáculos deportivos. Un camino a recorrer después del caso *Mosca*” y VEGA, SUSANA ELENA y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso Mosca,” en *Responsabilidad del Estado, Jornada Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz, A.A.V.V.*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 301-20.

<sup>54</sup> Categoría ésta en boga en Alemania: BENDER, *op. cit.*, p. 160; GIESE, *op. cit.*, p. 122. La doctrina argentina también ha analizado, tanto a la responsabilidad del funcionario como del Estado por omisión, llegando a las mismas conclusiones. Ver en tal sentido COMADIRA, JULIO RODOLFO y CANDA, FABIÁN OMAR, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa,” *LL*, 1996-A, 600; GAMBIER, BELTRÁN, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia,” *LL*, 1990-E, 617; TAWIL, “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado,” *LL*, 1991-D, 362; BERÇAITZ DE BOGGIANO, ANA L., “La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión,” *ED*, 187: 860; CANDA, FABIÁN OMAR, “La responsabilidad de los funcionarios públicos,” en COMADIRA, JULIO PABLO (coord.), *Derecho Administrativo – Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ah-Hoc, 2009, pp. 1193-1218.

<sup>55</sup> BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “Una mirada crítica de la responsabilidad del Estado por omisión en espectáculos deportivos. Un camino a recorrer después del caso «Mosca»,” *LL, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, 2010, pp. 299-306, reproducido en el t. 7, cap. XXXIII.

## 8. *El daño como elemento de la responsabilidad*

### 8.1. *El problema de las relaciones entre particulares*

El art. 1109 prevé un daño resultante de un cuasidelito y en consecuencia, sólo es daño “algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria” (art. 1068.) Por lo tanto, los daños que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, no son indemnizables. Así, p. ej., una restricción a la libertad de prensa, una violación de la libertad de enseñar y aprender, o de la libertad de conciencia, o de transitar y salir del país, de peticionar a las autoridades, etc., son transgresiones al orden normativo y violaciones de la esfera jurídica de los habitantes que por lo general no se traducen en un perjuicio económico. Es decir, no son daños en el sentido del Código Civil, y no pueden ser materia de cuasidelitos. Son, sin embargo, violaciones de los derechos de los individuos; son daños no autorizados por el orden jurídico, en un planteo lógico. Estas infracciones antijurídicas no dan lugar a indemnización, cuando son cometidas por un particular contra otro, porque no habiendo perjuicio económico ni positivo dolo (delito, que da lugar a la reparación del “daño moral”) es desaconsejable sancionarlos, al no entrañar un serio perjuicio social.

### 8.2. *La concatenación o la alternativa de daño material y daño moral. Modos alternativos de reparación*

Ahora bien, lo que ocurre sin embargo es que todos esos daños no son generalmente cometidos por particulares, salvo principalmente el caso de las bases de datos,<sup>56</sup> sino por las autoridades públicas. Por ello la cuestión adquiere una importancia fundamental, ya que está en juego la libertad del individuo y el respeto de la persona humana, frente a los abusos y las negligencias de los servidores públicos. Allí entra en juego el Código Civil, que con este art. protege la libertad y el libre ejercicio de los derechos, al establecer un régimen diferente en materia de daños cometidos por agentes públicos.<sup>57</sup> La cuestión es igual en materia de responsabilidad del Estado, y veremos en este acápite algunos casos de responsabilidad compartida, o sólo del Estado. Son escasos los juicios por responsabilidad conjunta. Ello, claro está, sin perjuicio de todo el sistema preventivo y reparatorio de la violación de los derechos que explicamos en el presente volumen.

En efecto, el art. 1112 dice que “los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas” son el presupuesto de su disposición (“son comprendidas en las disposiciones de este Título.”) Ello significa que lo que determina la aplicación del art. es la reunión de los dos elementos allí

<sup>56</sup> *Supra*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6.5, “El caso de los bancos de datos y la privacidad.”

<sup>57</sup> Excluidos, en el Proyecto de 1998, los jueces: MOSSET ITURRASPE, *op. loc. cit.*

mencionados; a) el hecho o la omisión en el ejercicio de la función; b) que ese hecho u omisión consista en un irregular cumplimiento de las obligaciones legales. (O el “ejercicio irregular de sus cargos,” según el art.1677 del Proyecto de 1998.) Ya vimos que el art. 9º de la ley 26.944 utiliza similar fraseología: “actividad o inactividad de los funcionarios o agentes públicos, por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas.”

Desde el momento que toda irregular prestación constituirá ya un hecho, ya una omisión, podemos subsumir el primer requisito en el segundo, y concluir en que lo fundamental del art. es sólo, y precisamente, ese cumplimiento irregular. Al decir el Código Civil que “son comprendidos en las disposiciones de este Título” determina que son daños generadores de responsabilidad. Nada varía en la redacción del art. 9º de la ley 26.944 salvo que el art. 3º inc d) contradice esta tesitura del Código Civil, que sin embargo recoge, contradictoriamente, en el art. 9º.

Mientras que el art. 1109 dice que el que comete un daño es responsable de él, lo dice allí con referencia a la noción de daño dada en el 1068: perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Al decir que el irregular cumplimiento de las obligaciones de la función está comprendido en las disposiciones del Título —que son disposiciones que establecen responsabilidad por daños causados por culpa— determina que ello también es un daño, a pesar de que las reglas generales no lo contemplan en todos los casos en esa forma.

Las normas generales requieren daño económico y el irregular cumplimiento no siempre genera un daño económico. Allí está la razón de esta disposición especial. Puede haber:

a) al mismo tiempo daño material y moral, como en *Tarnopolsky*<sup>58</sup> y demás casos de terrorismo de Estado o violencia policial: *Birt*,<sup>59</sup> *Garrido y Baigorria*,<sup>60</sup> etc., los casos de los *Testigos de Jehová*, perseguidos de todos los tiempos (y, si llegaran a juicio de responsabilidad, los casos que incluyen personas físicas aunque el actor no sea aun titular de reparaciones, como *Asociación Benghalensis*,<sup>61</sup> *Viceconte*,<sup>62</sup> *Defensora de Menores n° 3*,<sup>63</sup> *Verbrugge*,<sup>64</sup> *Torello*);<sup>65</sup> o

<sup>58</sup> CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1996-C, 438. Ver también GORDILLO, AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 35, “*In memoriam*,” p. 100. CSJN, *Fallos*, 322: 1888, 1999.

<sup>59</sup> *LL*, 1995-D, 294. Ver también GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 2, “¿Una excepción a la ley 24.447,?” pp. 33-36.

<sup>60</sup> Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, serie C n° 26, sentencia del 2-II-96.

<sup>61</sup> CNFed. CA, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 216. CSJN, *Fallos*, 323: 1339.)

<sup>62</sup> CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305

<sup>63</sup> T.S.J. de la Provincia de Neuquén, *LL*, 14-VIII-2000, p. 7, TSJ, 2000-2-702

<sup>64</sup> CNFed. CA, Sala I, *ED*, 185: 995.

<sup>65</sup> CNFed. CA, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo.”

b) sólo daño material y no moral, como en *Amiano*,<sup>66</sup> *Assorati*,<sup>67</sup> *Militello*<sup>68</sup> y todos los casos de personas jurídicas, en lo que a ellas respecta, aunque pueden llegar a tenerlo sus miembros;

c) daño moral únicamente, como suele ser “en los derechos extrapatrimoniales de una persona, como son el honor [...], sus íntimos afectos [...] los sentimientos, las afecciones, la tranquilidad anímica, el honor del damnificado,” “o se ha perturbado su ritmo de vida,” “dolores o padecimientos íntimos,” “una verdadera lesión de orden psíquico,” como dice GALLI *in re Amiano*.<sup>69</sup>

El daño moral puede ser —o según aquellos exigentes *standards*— reducido pero no inexistente, y encontrar otras formas creativas de reparación. (*Ekmekdjian*,<sup>70</sup> *Gambier I*,<sup>71</sup> *Gambier II*,<sup>72</sup> *Ángel Castro*,<sup>73</sup> *Dalbón*,<sup>74</sup> *Labatón*,<sup>75</sup> *Bella*, *Enrique de Tita*,<sup>76</sup> *Verbrugghe*, *Verbitsky c. Belluscio*,<sup>77</sup> los casos de medio ambiente y salud —*Schroder*,<sup>78</sup> *Squaglia*,<sup>79</sup> *P., A. E.*<sup>80</sup> y tantos otros—, etc.)

d) otra categoría creada por la jurisprudencia es el daño moral colectivo, que se indemniza de la misma forma, como *Municipalidad de Tandil*.<sup>81</sup>

En consecuencia, si del art. 1112 se interpretara que no todo irregular cumplimiento de las obligaciones de la función generaría responsabilidad, sino sólo aquel que causare un daño económico, estaríamos entonces en las reglas generales sobre la materia. En tal hipótesis, los hechos y las omisiones que mencionamos al comienzo de este apartado (restricciones a la libertad de prensa, de tránsito, de reunión, etc.) no estarían comprendidos en las disposiciones del título no podrían originar responsabilidad de los funcionarios públicos. El art. 1112 dispone lo contrario de la regla general: Que están comprendidos en el título. Es decir que también los hechos y las omisiones que constituyen irregular ejecución de las

<sup>66</sup> *Amiano*, Sala IV, *LL*, 1999-F, 497; *DJ*, 2000-1, 644.

<sup>67</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Assorati*, causa 9.702/97, 18 de julio de 1997.

<sup>68</sup> CNCiv., Sala C, *Militello*, *LL*, 1999-E, 740.

<sup>69</sup> Sala IV, *DJ*, 2000-1, 644, p. 648, que recuerda *Mingari*, *LLBA*, 1998-1086 y *Rosa*, *DJ*, 990-2, 575, ambos de tribunales civiles.

<sup>70</sup> CSJN, *Fallos*, 315:1492, 1992.

<sup>71</sup> CNFed. CA, Sala II, *LL*, 1999-E, 623.

<sup>72</sup> CNFed. CA, Sala II, *LL*, 1999-E, 623.

<sup>73</sup> CNFed. CA, Sala I, *LL*, 2000-B, 305.

<sup>74</sup> *LL*, 1997-E, 570.

<sup>75</sup> CNFed. CA, Sala V, *LL*, 1998-F, 345.

<sup>76</sup> CCivil Com. y Laboral, Rafaela, 5-IX-97, *LL Litoral—Juris*, octubre de 1997 ps. 1014 y ss.

<sup>77</sup> Comisión IDH, Informe n° 22/94, caso 11.012..

<sup>78</sup> CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1994-E, 449.

<sup>79</sup> Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 7ª Nominación de Santa Fe, 23-X-96, *LL Litoral—Juris*, octubre de 1997, p. 1007 y ss.

<sup>80</sup> *LL*, 1997-F, 601.

<sup>81</sup> *LL*, 1997-E, 1640, con nota de ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE, “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario.”



obligaciones legales de la función son, sin distinción en cuanto al tipo material del daño causado, daño generador de responsabilidad.

### 8.3. *El daño económicamente apreciable*

A nuestro criterio la norma autoriza la responsabilidad aún por daños económicamente indeterminados.<sup>82</sup> El problema es por supuesto delicado, ya que el art. 1068 que define el daño es aplicable “a los actos ilícitos;” además, VÉLEZ SANSFIELD, cuando quiso derogar el 1068 para un caso particular, lo hizo expresamente con el art. 1078, el cual por otra parte es inaplicable al título de los cuasidelitos (ver art. 1108.)<sup>83</sup> Pero ello no alcanza a configurar, a nuestro criterio, más que una crítica metodológica, o a hacer aconsejable la subdivisión del art. 1112 en una o más disposiciones; pues, entendemos, él ya contiene una expresa excepción al principio general. El que tal excepción no resalte ante una mera lectura informal de la norma, no quita que ella de todos modos exista y aparezca con un análisis más detenido. Si el art. 1112 dice que lo que él prevé está comprendido en el título, ello no significa que eso es un hecho ilícito generador de responsabilidad según el título y por lo tanto del 1068, sino pura y simplemente, como lo expresa su texto, que el hecho en él previsto, y no el hecho ilícito del 1109 con su referencia conceptual al 1068, es el que origina responsabilidad.

Repetimos, el art. 1112 no se refiere al hecho previsto en el art. 1109, sino que dispone que el hecho que él mismo prevé —o sea, el hecho previsto en el art. 1112—<sup>84</sup> es causa eficiente y suficiente generadora de responsabilidad. Allí reside la derogación, en el caso especial, a la regla general. Supongamos que un nuevo artículo introducido después del 1112 dijera: “El insultar a una persona está comprendido en las disposiciones de este título,” ¿no significaría ello acaso que el insulto es un hecho ilícito generador de responsabilidad, y que debe indemnizarse el daño moral ocasionado, ya que daño económico no hay? ¿No sería eso una derogación del art. 1068? Supongamos que el nuevo art. dijera: “El violar la libertad de culto, de expresión de las ideas, etc., está comprendido en las disposiciones de este Título;” ¿no habría, nuevamente aquí, una derogación al principio del art. 1068 en cuanto se estaría creando responsabilidad para un hecho que no acarrea daño económico? Y bien, eso es exactamente lo que dice el art. 1112,

<sup>82</sup> Comp. *Amiano*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1999-F, 497; *DJ*, 2000-1, 644; CAPUTI, M. CLAUDIA, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso «Amiano»)” en *LL*, 2000-D, 274. Decía antaño la Cámara Civil de la Capital *LL*, 26: 379: “La calificación de jugador de garito hecha a una persona que, además de comprobar su honorabilidad, justifica la falsedad del hecho imputado, importa extralimitación de facultades en el empleo y una ofensa ilícita al ciudadano, que debe ser indemnizada, según criterio del Tribunal;” AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 458, nota 35.

<sup>83</sup> Ver notas 7.1 y 7.2.

<sup>84</sup> A saber: “irregular ejercicio de las obligaciones legales,” (“ejercicio irregular de sus cargos,” en el Proyecto de 1998) en lugar de “hecho que causa un daño (económico) a otro.”



en cuanto hace responsable al funcionario por el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que le están impuestas, entre las que figura, desde luego, el respeto a todos los derechos individuales contemplados en la Constitución, independientemente de que tengan o no contenido económico. De esta forma el derecho de reunión, de asociación, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, de transitar y salir del país, de profesar libremente su culto, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados, y todos los derechos individuales establecidos en la Constitución pero frecuentemente desmentidos en la realidad, originan en el Código Civil responsabilidad del agente público que los viola, aunque el perjuicio no sea susceptible de apreciación pecuniaria.<sup>85</sup> Una de las obligaciones legales impuestas al funcionario es respetar la Constitución, lo que incluye los derechos individuales allí establecidos y los derechos humanos. El funcionario que viola un derecho establecido en la Constitución y los tratados viola con ello la Constitución y los pactos. Cumple de esa manera en forma irregular sus obligaciones legales (ejerce irregularmente su cargo), debe por lo tanto ser responsable y así lo dispone el art. 1112 (1677 del Proyecto de 1998.) La indemnización será en tales casos ya por el daño moral cometido, ya por el perjuicio económico, cuando exista;<sup>86</sup> y puede también considerarse pertinente —*de lege ferenda*— los *exemplary damages*,<sup>87</sup> es decir, un aumento de la indemnización a título de castigo civil, de acuerdo a la importancia del bien jurídico protegido o a la negligencia o malicia demostrada en la producción del daño jurídico.

### 9. La culpa como elemento de la responsabilidad

#### 9.1. La necesidad de que haya culpa

En cuanto a la culpa, a falta de mención expresa en el art. 1112 deben aplicarse los principios generales, requiriéndose en consecuencia la existencia de dolo, culpa o negligencia en la realización del daño; es decir, que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario para el ejercicio de su función se haya debido al dolo, la culpa o la negligencia de su autor.<sup>88</sup> La obediencia debida juega en este aspecto un rol importante, porque la ejecución de una orden inválida cuya legalidad el funcionario no tenga derecho a examinar,<sup>89</sup> o de una

<sup>85</sup> Conf. GIESE, *op. cit.*, p. 125: “Están comprendidos allí no solamente los daños patrimoniales, sino también los menoscabos ideales.”

<sup>86</sup> Ver, para los múltiples supuestos posibles, el completísimo libro de IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, *De los daños a la persona*, Ediar, 1995.

<sup>87</sup> Para algunos sería una demanda improponible. Una revisión del estado actual de la cuestión en ÁLVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos,” *LL*, 2000-A, 1111.

<sup>88</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 275; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 546; DÍAZ DE GUJARRO, “La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error,” *JA*, 61: 528, etc.; como señala MOSSET ITURRASPE, “Visión privatista de la responsabilidad del Estado,” en STIGLITZ (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, *op. cit.*, pp. 17-33, esp. p. 26, la tesis subjetiva en materia de responsabilidad civil de los agentes públicos es mayoritaria.

<sup>89</sup> Ver BIELSA, *op. cit.*, p. 282.

orden negligente o culposa, pero válida en su origen, o de una ley inconstitucional —que el funcionario no esté en situación de desobedecer—,<sup>90</sup> no puede dar lugar a responsabilidad. Por otra parte, toda vez que el servidor público cumple regularmente sus obligaciones legales, existe prácticamente una eximente de culpa. En tales casos el hecho es atribuido a la función o servicio mismo, es decir al Estado y corresponde por lo tanto aplicar la responsabilidad directa de éste, si es pertinente, en forma exclusiva. Así el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye su responsabilidad, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad personal del agente público a menos que esa irregularidad sea culpable.

## 9.2. *El caso del error*

En cuanto al error, sólo puede ser causal de responsabilidad si con él el funcionario ha cumplido culposa e irregularmente sus obligaciones legales. El error no culpable o que no es ejecución irregular de las obligaciones legales no provoca la responsabilidad del art. 1112. Pero el error no culpable no es el “error excusable” del derecho civil, pues éste existe cuando puede darse en un hombre normal, mientras que el funcionario tiene obligaciones especiales que un hombre normal no tiene por qué cumplir. En el caso del agente estatal, todo depende del cumplimiento irregular de las obligaciones legales,<sup>91</sup> o el ejercicio irregular de su cargo. Inversamente, cuando el error es un irregular cumplimiento de las obligaciones legales, el funcionario es responsable si lo ha cometido por negligencia. Por lo que, en la práctica, el error se subsume en la culpa.<sup>92</sup>

## 10. *El irregular cumplimiento de las obligaciones legales*

De lo dicho hasta ahora surge que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas a los funcionarios públicos, es el elemento determinante de la aplicación de la responsabilidad civil a ellos —además de la culpa, se sobreentiende. En algunos casos, esto implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria, puesto que el irregular cumplimiento es elemento absolutamente determinante de esta responsabilidad en cuanto ejercicio de la función pública. “Es decir, que una

<sup>90</sup> Así CSJN, *Fallos*, 16: 461, *D. Tadeo Rojo*, 1875; en igual sentido MACHADO, *op. cit.*, p. 404, nota y DÍAZ DE GUILJARRO, *op. cit.* La ejecución de una ordenanza ilegal o inconstitucional, en cambio, sí genera responsabilidad para el funcionario: CSJN, *Fallos*, 49: 344, *Unzué*, 1892, en que se dijo que el presidente de una Municipalidad es personalmente responsable por los actos irregulares que cometa en el desempeño de sus funciones y no puede hacer valer lo dispuesto por ordenanzas municipales, cuando es contrario a las prescripciones de leyes vigentes; en igual sentido MACHADO, *op. loc. cit.*

<sup>91</sup> Conf. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, p. 309; comparar el resto del texto de MAYER y BIELSA, *op. cit.*, p. 283.

<sup>92</sup> Conf. DÍAZ DE GUILJARRO, *op. cit.* En contra AGUIAR, *op. loc. cit.*; comp. COLOMBO, *op. loc. cit.*

falta del funcionario en el ejercicio de sus funciones no basta para comprometer su responsabilidad —como lo sería por aplicación del art. 1109—. Es necesario que esa falta, que ese hecho, importe el cumplimiento irregular de sus obligaciones legales; y tal es la interpretación jurisprudencial.”<sup>93</sup> En el resto de los casos, habiendo irregular prestación existe, por eso sólo, responsabilidad. Por lo que la irregular prestación es nuevamente aquí, el elemento determinante.<sup>94</sup> Es de destacar que nuestra ley habla de “irregular cumplimiento,” diferenciándose así de la ley alemana, que exigía la “violación” de las obligaciones del cargo impuestas al funcionario. En base a tal característica de nuestra norma, se concluye que no es necesario que exista una concreta violación de alguna obligación legal impuesta al funcionario, sino que es suficiente para hacer nacer esta responsabilidad el mero cumplimiento defectuoso, irregular, etc., de dicha obligación legal.<sup>95</sup>

### 11. *Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado*

#### 11.1. *Qué son las “obligaciones legales”*

En lo que hace a la caracterización de “las obligaciones legales que les están impuestas,” no hay discusión alguna acerca de que ellas abarcan toda ley y reglamento que tenga disposiciones pertinentes y “las ordenanzas, las prescripciones administrativas y aun instrucciones del superior jerárquico conforme a la ley,”<sup>96</sup> “u orden del superior jerárquico”<sup>97</sup> y también las normas emergentes de contratos especiales que el servidor público pueda tener con el Estado.

Pero debemos puntualizar una vez más que dentro del “cumplimiento de las obligaciones legales” se encuentra asimismo y por sobre todo la Constitución y los derechos humanos tutelados en los tratados internacionales, por lo que también la violación de estos es una transgresión de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Ello es así porque el Código Civil, por su época, tomaba la clásica referencia a la ley como principal fuente normativa, pero es obvio que a comienzos del siglo XXI ese concepto es extensivo a todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional y sus valores y principios.

<sup>93</sup> BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 276, nota. Claro está, si el funcionario no actúa en ejercicio de la función pública, el eventual irregular cumplimiento de las obligaciones legales de la misma que pueda existir no es causa de irresponsabilidad; pero en tales casos nos salimos ya de la hipótesis de aplicación del art. 1112 y entramos en la común del art. 1109.

<sup>94</sup> Conf. BIELSA, *op. cit.*, p. 276, nota. La necesaria consecuencia, de que aun el daño no susceptible de apreciación pecuniaria origina responsabilidad, no es sin embargo señalada por ese autor. Conf. también AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos, op. cit.*, p. 458 y SÁENZ, *Responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado, op. cit.*, p. 15; la misma observación anterior; más la de que no exigen concretamente la culpa.

<sup>95</sup> Conf. AGUIAR, *op. cit.*, p. 457; SÁENZ, *op. cit.*, pp. 15-6.

<sup>96</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 276, nota.

<sup>97</sup> SÁENZ, *op. cit.*, p. 15.

Cabe destacar que es frecuente que los funcionarios entiendan equivocadamente que su primera obligación del cargo es cumplir las normas reglamentarias más inmediatas, más pequeñas, de menor autoridad pero de la autoridad más próxima a ellos, y no tengan muy presente lo que disponen las leyes a las cuales le deben más obediencia que a las órdenes y los reglamentos. Mucho menos entonces a lo que dice la Constitución. Jamás lo que disponen los tratados internacionales de derechos humanos, contra la corrupción, etc. A veces les pasa lo mismo hasta a los jueces en sus sentencias.

Mientras tanto la sociedad no hace nada para cambiar esas pervertidas pautas en que vale más una orden que un reglamento, éste que una ley, también un decreto más que una ley, una ley más que la Constitución y que los tratados internacionales. Esa es la administración paralela, tema llevado al paroxismo. Recordemos, al menos, que la responsabilidad de todos los agentes del Estado lo es a la pirámide jurídica, empezando por su cúspide actual, los tratados internacionales (de ellos, en primer lugar los de derechos humanos y el de la corrupción), siguiendo por el texto claro y prístino de la Constitución que muchos se empecinan en tergiversar o desconocer, siguiendo por las leyes y recién al final y en el último escalón llegando a la pequeña norma reglamentaria de la cual se quiere alimentar la administración, a veces exclusivamente.

### 11.2. *Algunas obligaciones en particular*

Si bien lo habitual es explicar o mentar primero las normas nacionales y luego las locales, nos parece que está tomando mayor vigor el tratamiento del tema a nivel de la Ciudad de Buenos Aires, al menos en algunos aspectos que hacen a la responsabilidad política y al clima sociojurídico de control.

Los ciudadanos y políticos de la CABA hacen un mejor control de sus autoridades locales que respecto de las autoridades nacionales o de la Provincia de Buenos Aires; sus instituciones jurídicas son también más desarrolladas. Así p. ej. cabe destacar la ley 104 que regula el derecho a acceder a la información de actos del Estado y que obliga al Jefe de Gobierno a arbitrar los medios idóneos para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión oficial, cuyo incumplimiento lo hace incurrir en responsabilidad.<sup>98</sup>

En cambio, a nivel nacional sobreabundan constantemente las normas, pero las prácticas sociales no parecen acompañar sus enaltecidos principios.<sup>99</sup> Entre

<sup>98</sup> Ver al respecto AMMIRATO, AURELIO L.; SCHEIBLER, GUILLERMO, M. y TRÍPOLI, PABLO, "Ley 104 de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires," *LL*, 2003-F, 294. Ver también CCyT, Sala II, *Campes c. Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires*, *LL*, 2006-A, 83, con comentario de AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "A favor del control social..." *LL*, 2006-A, 82.

<sup>99</sup> Ver también MARTÍNEZ GARBINO, CAROLINA, "Acceso a la información pública bajo el prisma judicial," *LL*, 2009-B, 417, y "Acceso a la información bajo el prisma de la Administración," *LL*, 2009-C, 953. El divorcio entre las normas y las conductas desplegadas por los funcionarios se puede

las obligaciones de los agentes públicos nacionales cabe recordar la CICC,<sup>100</sup> la ley de ética pública,<sup>101</sup> el régimen de los agentes públicos, ley 24.156, el dec. 229/00. Este último merece ser recordado en sus arts. 3 y ss.; salvo algunos incisos del art. 5º y art. 7º y 8º, es operativo y su incumplimiento generaría en consecuencia responsabilidad, si funcionaran los mecanismos necesarios para su implementación. La ley 26.944 no mejora esa parte de ineffectividad, al pretender excluir la aplicación de *astreintes* o multas conminatorias a los funcionarios que no cumplen las decisiones judiciales. Ello es inconstitucional porque lo que la constitución tutela es el *efectivo* acceso a la justicia. Una justicia que no pueda aplicar sanciones a los incumplidores sería con ello ineffectiva, ineficaz y por ende inconstitucional.

### 11.3. *Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado*

Lo fundamental que hay que advertir es que nuestro art. 1112 difiere del 839 del Código Civil alemán también en que no se requiere la violación de una obligación legal debida directamente al damnificado, sino de una obligación legal debida tanto al damnificado como al Estado. Es decir, la ley alemana es menos amplia en materia de responsabilidad, pues para que el particular pueda hacer

ver fielmente patentizado en la aplicación del decreto 1172/03, que reglamenta el acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional. Mientras el reglamento prevé una legitimación amplia a favor de los particulares a los efectos de requerir información pública a los funcionarios, estos han insistido en negar peticiones invocando la ausencia de interés personal de los solicitantes respecto de la información requerida. Tal temperamento fue invalidado por profusa jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal. Se pueden citar en casos de peticiones efectuadas por asociaciones: CNFed. CA, Sala II, *Asociación de Derechos Civiles, LL*, 2011-E, 92, con nota de VIVOLI, GRACIELA L.; por legisladores: CNFed. CA, Sala V, 18/X/07, *Morales Gerardo, LL*, 2008-E, 272, con nota de LAVALLE COBO, DOLORES, y por periodistas. (CNFed. CA, Sala IV, 31/X/13, *Fitz Patrick Mariel*.) Otro intento de incumplir las obligaciones que surgen del decreto 1172/03 y que fue desarticulado mediante un fallo de la Corte Suprema, consistió en invocar la supuesta naturaleza de información sensible respecto de los datos requeridos. En ese caso la asociación actora solicitó el listado de beneficiarios de planes sociales y de los intermediarios que los adjudican, y los datos de gasto, aplicación y ejecución de los programas “Plan Nacional de Seguridad Alimentaria”, “Plan Nacional Familias, Desarrollo local y Economía Social” durante los años 2006 y 2007, lo que requería identificar a todas las personas físicas y jurídicas beneficiarias de dichos subsidios. El tribunal entendió que el nombre, ocupación y domicilio constituyen datos personales, pero no sensibles, de tal forma que no se requiere su consentimiento a los efectos de incluirlos en los informes solicitados. Estas situaciones de arbitrariedad por parte de los funcionarios que están obligados a brindar información pública fue expresamente señalada por la Corte Suprema, puntualizando la urgencia del dictado de una ley con pautas uniformes para hacer efectivo el derecho de acceso a la información. (CSJN, *CIPPEC c/ EN – Mº Desarrollo Social – dto 1172/03*, 26-III-14.)

<sup>100</sup> MANFRONI, CARLOS A. y WERKSMAN, RICHARD, *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada. Medidas preventivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Estudios sobre derechos humanos*, Montevideo, Ingranusi, 1999, p. 120 y ss.: “Corrupción y derechos humanos. Aspectos de derecho administrativo (Convención Interamericana Contra la Corrupción)”; GORDILLO, AGUSTÍN, “Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

<sup>101</sup> CAPUTI, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

responsable a un funcionario público por la violación de una norma jurídica a él impuesta en razón de su función, sería necesario que tal norma hubiera sido creada en interés de ese administrado; o sea, para protegerlo específicamente a él, de forma tal que pueda afirmarse que la obligación legal del funcionario era debida directamente a ese particular. En este orden de ideas, si la norma hubiera sido creada, en cambio, en interés de la administración, el funcionario no sería responsable frente a ningún particular por dejar de cumplir o cumplir irregularmente esa norma. Nuestro código, por el contrario, no contiene esa limitación a la responsabilidad de los funcionarios, y corresponde entender en consecuencia que la violación o irregular cumplimiento de cualquier norma jurídica relativa al ejercicio de la función hace responsable al funcionario frente al particular que resulte afectado. Con todo, es de destacar que la jurisprudencia alemana se ha adelantado a borrar esta diferencia, y en la mayoría de las obligaciones legales, que en principio eran debidas por el funcionario sólo al Estado, ha reconocido un derecho subjetivo;<sup>102</sup> de todos modos, este art. que no aplicamos sigue siendo, irónicamente, un adelanto legislativo que ningún otro país posee. Si le sumamos la existencia de los derechos de incidencia colectiva previstos en la nueva Constitución, podemos concluir que los individuos tenemos un derecho subjetivo y también de incidencia colectiva a responsabilizar a los agentes públicos por los daños que cometen a la sociedad y a la propia administración.

El derecho a la vigencia del principio de la legalidad de la administración se halla normativamente vigente entre nosotros en el Código Civil, en la nueva Constitución de 1994, en el tratado contra la corrupción, en la ley de ética pública. El art. 1112, al establecer como causa generadora de responsabilidad, a los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (esto es, en cuanto órganos del Estado), por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales, no solamente lo hace en el sentido lato antes expuesto que incluye las obligaciones que emergen de los tratados internacionales y de la propia Constitución nacional y sus valores y principios, sino que también traslada tales obligaciones impuestas por el Estado al órgano, como obligaciones también respecto a los habitantes. Ello transforma esa relación jurídica entre el órgano y el particular.

El deber que existía sólo frente al Estado existe ahora también frente a los particulares. El regular cumplimiento de las obligaciones legales constituye un derecho subjetivo del administrado y también un derecho de incidencia colectiva. Es la solución que deviene del art. 43 de la Constitución, articulado a su vez con el art. 36 y demás normas que en dicha sección se refieren a estos nuevos derechos y garantías.

<sup>102</sup> BENDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 75; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 169 y ss.; las referencias son uniformes.

Dada la posibilidad de que las obligaciones legales sean debidas primariamente al Estado (reglamentos, circulares, etc.), o al administrado y la sociedad (derechos individuales y de incidencia colectiva previstos en la Constitución) y siendo que ambas originan responsabilidad en virtud del art. 1112, corresponde distinguir la forma en que el daño (infracción antijurídica) se produce en cada caso.

En el primer caso, es decir, aquél en que las obligaciones legales fueron puestas por el Estado en interés de los administrados, pero como deber exigible sólo por el Estado, el art. 1112 las hace también debidas al administrado.

Es la misma solución que hoy consagra también el art. 43 segundo párr. de la Constitución al referirse a los derechos de incidencia colectiva. En el caso del Estado la violación de cualquier disposición, norma o principio jurídico, genera responsabilidad —pues todas son debidas a él—, en el caso del particular la violación o el irregular cumplimiento de normas jurídicas por parte del funcionario sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el administrado se ve afectado por tal incumplimiento: Afectado en el sentido del art. 43 de la Constitución, lo que incluye a los individuos y las asociaciones, además del Defensor del Pueblo de la Nación.

No interesa pues en definitiva si en su origen la norma tuvo en cuenta beneficiar al particular, sino si el regular cumplimiento de la misma interesa o no al administrado y a los bienes colectivos que la Constitución tutela.

Debe haber una relación de causalidad entre la prestación irregular y la consecuencia dañosa,<sup>103</sup> y esa relación falta si la regular prestación de las obligaciones no hubiera servido para proteger o de alguna forma beneficiar o ser de interés para el particular.

En consecuencia, si una norma relativa al ejercicio de la función pública (sea la Constitución, una ley, reglamento, ordenanza, circular, orden interna, vinculación contractual o acto administrativo individual) establece una conducta concreta a la cual el funcionario está obligado a ajustarse, tendrá un derecho subjetivo a esa conducta del funcionario, el individuo a quien pueda considerarse alcanzado en forma exclusiva por ella.

## 12. *Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado*

### 12.1. *No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado*

Llegamos finalmente al análisis de cómo podría o debería coordinarse la responsabilidad de los funcionarios públicos con la del Estado, si se atendiera a la finalidad de preservación social de no tener funcionarios impunes que cometan

<sup>103</sup> BENDER, *op. cit.*, p. 161.



culposa o dolosamente daños desde el poder del Estado, sin ser nunca llamados a responder por los daños y perjuicios que ocasiona su accionar.

Debemos, sí, lograr que el damnificado sea indemnizado por el Estado, pues el servidor público frecuentemente resultará insolvente u ocultará sus bienes si es un gran delincuente de alto nivel político, pero el culpable autor del daño no debe quedar en la total impunidad.

Piénsese lo que se piense del art. 1113 y de su combinación con los arts que fuere. Aplíquense los principios que se apliquen para responsabilizar al Estado. No por ello se deroga el principio claro de la ley civil que consiste en la responsabilidad personal, propia, directa, de los funcionarios públicos. No porque se use el art. 1112 para responsabilizar indirectamente al Estado, dejará de tener su significación propia e indiscutible de responsabilidad de los funcionarios públicos; y hállese donde se halle el fundamento de la responsabilidad del Estado, seguirá habiendo responsabilidad de los agentes públicos por imperio del art. 1112. Aun superando la confusión de responsabilidad directa con indirecta, no era posible justificar el olvido del art. 1112, el cual, si establece como caso especial de responsabilidad cuasidelictual la del funcionario público, ciertamente que no la establece con la única intención de facilitarle la futura acción de *in rem verso* al Estado.<sup>104</sup>

Ahora bien, mientras no le hallemos solución al problema de efectivizar la responsabilidad del funcionario autor del daño seguiremos pagando entre todos los costos sociales de la eventual irresponsabilidad de quien desde la función pública compromete el patrimonio de la colectividad. Los pagaremos de múltiples modos aunque inequitativamente: déficit fiscal, endeudamiento externo, disminución o desaparición de servicios sociales, dilapidación de fondos públicos, etc.

Adviértase que en materia de *mala praxis* médica nadie tiene problemas en demandar conjuntamente a la obra social o empresa de medicina prepaga y al médico; resulta sumamente disvalioso que el funcionario público — y en su caso el juez que no lo frena — no tengan la misma carga procesal que el médico, siendo ambas responsabilidades de índole profesional.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Como bien señala ORTIZ, la corresponsabilidad es inevitable, de cualquier manera que se la funde: ORTIZ, EDUARDO, *Expropiación y responsabilidad pública*. San José, LIL, 1996, pp. 263-70. La actual jurisprudencia de la CSJN, que explicamos en el cap. XX, “La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios,” resuelve el primer problema, conceptual. El problema práctico queda pendiente.

<sup>105</sup> Hay autores que desde la dogmática jurídica civilista se oponen a toda forma de unir ambas responsabilidades, lo cual produce una consecuencia disvaliosa, injusta, perjudicial para la sociedad y proclive a la corrupción. Es por ello una cuestión de filosofía del derecho, más que de dogmática jurídica. Desde la dogmática jurídica nuestra posición ha sido de antaño ampliamente criticada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado,” en el libro colectivo de la UNSTA, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, 1982, pp. 77-80. Ya hemos citado antes, desde el derecho administrativo, la crítica de LINARES. En el caso *Amiano, LL*, 1999-F, 497 y *DJ*, 2000-1, 644, la Sala IV condena al funcionario y al Estado, sin aclarar en qué carácter los obliga a ambos. Sobre este tema ver *infra*, § 12.2, “Es una obligación conjunta *in solidum*” y sus



Si, como ya hemos visto, lo que prevé el art. 1112 no es sólo una posible responsabilidad del órgano frente al Estado por los daños que cometa directa o indirectamente, para asegurar la acción de *in rem verso* de éste; si se trata en consecuencia y por el contrario, de una responsabilidad del funcionario frente al administrado, bien claro ha de ser que tanto la responsabilidad del funcionario como la del Estado coexisten. RAFAEL BIELSA, que hace medio siglo ha criticado con razón a la jurisprudencia su olvido de la responsabilidad de los funcionarios establecida en el art. 1112, no propuso sin embargo esta solución sino la opuesta de negar la responsabilidad del Estado en aras de la responsabilidad del funcionario, lo que no parece resolver el problema. La ley 26.944 va más lejos: Procura la irresponsabilidad de ambos, al tratar de impedir las sanciones conminatorias contra cualquiera de ellos y no permitir la ejecución judicial de las sentencias condenatorias contra los fondos del Estado, lo que hubiera paliado la injusticia de su pretendida nueva reducción de la responsabilidad estatal.

Si se apartan los fundamentos por los que se pudiera decir que el art. 1113 es inaplicable al Estado para fundar una responsabilidad como la que la jurisprudencia ha creado, se advierte al punto que tan discutible es una posición extrema como la otra. Ni el art. 1112 es suficiente para derogar el 1113, ni el 1113 para derogar el 1112. Tenemos, en definitiva, un mismo hecho respecto del cual hay dos responsables: a) el Estado, por imperio de los arts. 1109 y 1113 según la interpretación jurisprudencial, b) el funcionario, en virtud del art. 1112. Es decir, hay una pluralidad de sujetos alcanzados por la obligación de indemnizar un mismo daño. Cabe interpretarlas de modo tal que una de las dos no devenga inexistente.

## 12.2. *Es una obligación conjunta in solidum*

Al estudiar la forma en que deben combinarse estas responsabilidades, debe considerarse en primer término si las mismas constituyen una obligación *in solidum* o solidaria.

La posibilidad de que estas responsabilidades constituyan una obligación *in solidum* no era antiguamente favorecida por la doctrina civil, conforme a la cual las obligaciones disyuntas no constituían sino un caso de mancomunación solidaria, pues al establecer que la deuda pesa sobre uno u otro acreedor, resulta que cada deudor tiene la obligación de pagar íntegramente la prestación, lo que es, precisamente, la característica esencial de la solidaridad.<sup>106</sup>

remisiones. Ver también CAPUTI, "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso «Amiano»)," *LL*, 2000-D, 274.

<sup>106</sup> SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1953, 6ª ed., actualizada por E. V. GALLI, § 154, n° 1022; COLMO, ALFREDO, *Tratado teórico-práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino. De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Menéndez, 1920, p. 33, § 462; en igual sentido SEGOVIA, *op. cit.*, t. I, p. 178, § 3; MACHADO, *op. cit.*, t. II, pp. 455-6, nota; Plenario Cám. Civil, *Barlaro de Crivelli v. Barlaro*, *JA*, 17: 218, año 1925; LAFAILLE, HÉCTOR, *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, vol. II, Buenos

En todo caso la jurisprudencia se ha venido inclinando por esta hipótesis, que nos parece preferible a la obligación simplemente mancomunada. Así se ha resuelto “que los tres codemandados deben ser condenados a responder en forma concurrente o «*in solidum*» y cada uno por el todo frente a la víctima, ponderando las distintas causas de las que emana su responsabilidad.”<sup>107</sup>

Resultan aplicables al caso, a nuestro entender, las reflexiones de MOSSET ITURRASPE,<sup>108</sup> que al sostener también la solidaridad imperfecta o *in solidum* u obligación indistinta, habla del paso “del anonimato a la responsabilidad colectiva” en las responsabilidades de los equipos médicos, jurídicos, etc.

No hay razón fáctica alguna para no aplicar la misma regla a los equipos administrativos, ejemplo paradigmático del anonimato y la irresponsabilidad colectiva a la hora de comprometer el erario público.

En ese enjuiciamiento jurídico y moral tienen también su parte los tribunales que no hacen lugar a las acciones encaminadas a prevenir un daño o un hecho de corrupción, no importa cuál sea la excusa en que se escuden: Rechazo *in limine* de la acción de amparo, acto de gobierno, falta de legitimación activa, discrecionalidad administrativa, falta de daño irreparable, etc.<sup>109</sup>

Aires, 1950, p. 223; REZZÓNICO, LUIS M., *Estudio de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1956, 7ª ed., p. 355. En contra, LINARES, *op. loc. cit.*, quien se inclina por la responsabilidad exclusiva del Estado, salvo casos de excepción.

<sup>107</sup>CNFed. Civ. y Com., Sala II, *M.F.G. c. Jäger, Emilio y otros, LL*, 1997-E, 643, año 1996, cons. II c). Esta solución ya tenía precedentes, que se han ido afirmando: CNCiv., Sala F, *De los Santos, LL*, 98: 11, del año 1959; CNCiv., Sala D, *Algañaraz, LL*, 83: 299, año 1956.

<sup>108</sup>MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 114 y ss.

<sup>109</sup>Como dice el refrán, no hay peor ciego que el que no quiere ver; allí el juez se transforma en parte del “equipo,” en las palabras de MOSSET ITURRASPE; ver también GOZAÍNI, OSVALDO A., *Costas procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1998, 2ª ed., p. 218 y ss.; DÍAZ DE GUIJARRO, “La imposición de las costas al Juez,” *JA*, 33:1251.