

CAPÍTULO XVII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

SUMARIO

1. Introducción	557
2. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario	558
2.1. Los particulares	558
2.2. Los demás funcionarios públicos	558
2.3. El Estado	560
3. Quiénes son responsables.....	561
4. Problemas que presenta el artículo 1.112	562
5. La omisión como causal de responsabilidad.....	563
6. El daño como elemento de la responsabilidad.....	565
6.1. El problema de las relaciones entre particulares	565
6.2. El problema en los actos de los funcionarios públicos	566
6.3. El daño económicamente apreciable.....	567
7. La culpa como elementos de la responsabilidad	568
7.1. La necesidad de que haya culpa	568
7.2. El caso de error	569
8. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales	570
9. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado.....	570
9.1. Qué son las “obligaciones legales”	570
9.2. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado	571
10. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado	573
10.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado ...	573

10.2. Es una obligación conjunta	574
10.3. Esta obligación conjunta no es solidaria	575
10.4. Es en principio simplemente mancomunada	576
10.5. Por excepción, en caso de insolvencia del funcionario, debe responder el Estado por el todo: Fundamento	576
10.6. Funcionamiento de esta responsabilidad conjunta.....	577
10.7. Conclusiones	578

Capítulo XVII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Introducción

La responsabilidad de los agentes del Estado está establecida en el derecho argentino por el artículo 1.112 del Código Civil. Está establecida, pero en ninguna colección de jurisprudencia se encuentran sino pocos casos de efectiva responsabilización de un servidor público.¹

A pesar de haberse podido hacer un sistema que contemplara tanto la responsabilidad del Estado como la del funcionario, de modo que el damnificado sea indemnizado, sí, pero que el culpable autor del daño no resulte irresponsable — como se hace en todos los países civilizados— en la Argentina no existe de hecho responsabilidad del agente estatal.

La doctrina ha contribuido a esa criticable situación —cuyos efectos en materia de corrupción administrativa y desaliento social están a la vista en los últimos decenios de vida nacional— por no haber insistido en la necesidad social y republicana, además de jurídica, de, ¡por lo menos!, sincronizar la responsabilidad del funcionario público con la responsabilidad del Estado.²

El artículo 1.112 del Código Civil dice: “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.”

Esta disposición, incluida en el título “de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos,” protege a todos los sujetos que puedan resultar dañados por la comisión del hecho que se sanciona; el contenido de la protección

¹ Como dice LINARES, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público,” *LL*, t. 153, 14-II-1974, 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.”

² En contra LINARES, *op. loc. cit.*, quien postula la *irresponsabilidad* del funcionario público, salvo casos de excepción.

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 artículo a realizar la conducta debida, son todos los agentes estatales.

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

2.1. Los particulares

El primer aspecto —a quiénes protege el artículo 1.112—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; mas nada indica, ni en la redacción del artículo 1.112, ni en la ubicación del mismo, que él tienda a proteger única y exclusivamente al Estado.

Por el contrario, la amplitud de los términos del artículo, 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 artículo 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 artículo 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 artículo 1.112 de forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes.

2.2. Los demás funcionarios públicos

La segunda posición sostiene que el artículo 1.112 no se aplica a las relaciones de los funcionarios o empleados entre sí, y ha sido expuesta por DIAZ DE GUIJARRO,³ quien se basa en que el Anteproyecto de Reformas de BIBILONI, el Proyecto de la Comisión Reformadora, la ley alemana y doctrina correspondiente, emplean

³“Inaplicabilidad del artículo 1112, C. C., a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos,” *JA*, 61: 531.

el vocablo “tercero,” de donde surgiría la tesis de que el artículo 1.112 no sea aplicable a los funcionarios y empleados entre sí.

Un problema radical que esta teoría no puede de ninguna manera superar es que el artículo 1.112 no emplea el vocablo “tercero,” lo que es 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 artículo 839 del Código Civil Alemán dice:⁴ “Si un agente público viola dolosa o 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,⁵ pero no a los funcionarios restantes, ya que ellos también son “terceros” para el caso.⁶

Por otra parte, la jurisprudencia alemana ha extendido no sólo el concepto de “tercero,”⁷ sino aun el de “obligación legal” debida a un “tercero” en forma amplísima,⁸ 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.⁹

⁴ GARCIA MAYNEZ 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 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 vorzüglich oder fahrlässig die ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.*”

⁵ Nunca, a todo evento, de la de *in rem verso*. Conf. GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, p. 125.

⁶ Conf. GIESE, *op. cit.*, p. 124, apartado c).

⁷ Ver BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bressgau, 1956, p. 160; GIESE, *op. loc. cit.*

⁸ FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Munich-Berlín, 1958, 7ª ed., p. 283; BENDER, *op. cit.*, p. 161.

⁹ Pero insistimos en 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 progresista jurisprudencia alemana ha extendido su disposición hacia un concepto casi tan amplio como el de nuestra ley —lo que motiva algunas críticas doctrinarias de técnica jurídica—; pero esa dificultad no existe en el artículo 1112 de nuestro Código Civil, y todo lo que hace falta es aplicarlo.

2.3. *El Estado*

La restricción que nadie ha establecido es frente al Estado; pero precisamente, es este aspecto el que pudiera ser proclive a discusiones. No cabe duda de que el funcionario es responsable frente al Estado, por el artículo 1.112, pero su funcionamiento no es muy claro. Si esta responsabilidad es cuasidelictual, 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 frente a la administración es contractual, como sus elementos intrínsecos parecen indicarlo, ¿cómo juegan en ella este artículo 1.112 y el 1.107?¹⁰ 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 sería 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. 4.037 del Código Civil); *b)* si se tratara de una responsabilidad contractual, la prescripción es de diez años. (Art. 4.023, Código Civil.)

En el caso de daño cometido al Estado, en forma traslaticia, cuando el ejercicio irregular daña a un particular a quien el Estado se ve obligado a indemnizar por aplicación de la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado, la acción del Estado contra el funcionario ¿es la de *in rem verso* del artículo 1.123, o es la directa del artículo 1.112? ¿Y si fuera la del 1.123, la acción prescribe a los dos años, o a los diez años?

A nuestro juicio, si se acepta la hipótesis de que el funcionario se halla ligado al Estado mediante una relación contractual,¹¹ el hecho de que uno de los elementos de ese contrato sea la regular prestación del servicio, hace que toda irregular prestación sea frente al Estado incumplimiento del contrato, y que la responsabilidad sea, por lo tanto, contractual; sólo que asumiría, en cuanto a su dimensión, las características fijadas en el artículo 1.112.

Este artículo, que en general sanciona una responsabilidad extracontractual, funcionaría en este caso como elemento legal del contrato. De la misma forma que ciertas disposiciones legales de orden público son un elemento de todo contrato, hayan sido o no pactadas, 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

¹⁰ 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.”

¹¹ Lo que surgiría del hecho de haber una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. (Art. 1137 del Código Civil.)

responsabilidad contractual, y por ello la prescripción aplicable es la del artículo 4.023: Diez años.

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 artículo 1.113 del Código Civil;¹² pues, como lo hace notar MAZEAUD, cuando la relación entre el principal y el 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*,¹³ razón por la cual la prescripción de la acción recursoria (en este caso, el art. 1.123) es también diez años. (Art. 4.023.)

Finalmente, tal principio ha sido recogido en la ley de contabilidad,¹⁴ cuyo artículo 142, segunda parte, expresa: “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 paraestatales, prescribirá a los diez años de cometido el hecho que imponga tal responsabilidad.”¹⁵

3. Quiénes son responsables

La doctrina nacional es uniforme en no admitir restricción alguna en lo que respecta a quiénes están sujetos a la responsabilidad del artículo 1.112; todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, está comprendido en la disposición mencionada.

Pero debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad se establece para el funcionario solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, es decir, “en el ejercicio de sus funciones;” para determinar cuándo ha actuado en el ejercicio de sus funciones no basta una mera relación de tiempo y lugar,¹⁶ y hay dos posibles criterios a seguir para establecerlo: a) Un criterio 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

¹² Solución esta errada, pues la responsabilidad *indirecta* se aplica cuando hay dos sujetos de derecho diferenciados, y un hecho atribuible a uno sólo 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.

¹³ MAZEAUD, H. y L., *Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, 1947, 4ª ed., p. 901.

¹⁴ Decreto-ley 23.354/66, con el agregado introducido por el Decreto-ley 3453/58.

¹⁵ La tercera parte del mismo artículo 142 de la ley de contabilidad expresa: “Para los funcionarios de que trata el artículo 85, inciso e), los plazos de dicha prescripción comenzarán a correr desde la fecha en que los mismos hayan cesado en sus cargos;” el inciso e) del artículo 85 se refiere a los miembros del Poder Legislativo y a los funcionarios comprendidos en el artículo 45 de la Constitución Nacional.

¹⁶ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 283.

b) un criterio objetivo, según el cual lo que hay que analizar es la reconocibilidad externa, la apariencia, los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho: Si de acuerdo con éstos el acto puede ya individualizarse como un acto propio de la función de que se trate, cabe entonces considerar que el agente ha ejercido la función. Dada su mayor certeza, el criterio objetivo es el que generalmente se sigue, sin perjuicio de que si en alguna situación dada el acto o hecho no es *externamente reconocible* como uno de la función y sin embargo se acredita que el agente actuó subjetivamente en el ejercicio de la función, se decida que en el caso ha sido ejercida la función pública.¹⁷

4. Problemas que presenta el artículo 1.112

El primer problema de interpretación que presenta el artículo 1.112 es si él tiene razón de ser, dada la existencia del artículo 1.109.¹⁸

MACHADO parece sostener que la existencia del artículo 1.112 se justifica por el hecho de que en él se contemplan a individuos no comprendidos en el artículo 1.109,¹⁹ 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 artículo 1.112, la responsabilidad de los funcionarios públicos se regiría por el artículo 1.109.

AUBRY et RAU mismos, fuente directa del artículo 1.112, exponían el concepto contenido en dicho artículo dentro de la explicación aportada al equivalente francés del 1.109, aclarando que se aplicaba a los funcionarios públicos: Para estos autores la responsabilidad del funcionario está comprendida en la responsabilidad cuasidelictual y por ello el artículo 1.109 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? En Francia dicha explicación era conveniente, pues anteriormente, por el artículo 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 artículo 1.109. ¿Se trata simplemente de “afirmar categóricamente esa responsabilidad,”²⁰

¹⁷ En este último sentido ver CSJN, *Fallos*, 232: 582, causa *Amelie Zanini Pechieu de Ibarra y otros v. Nación Argentina*, año 1955. Ampliar *supra*, t. I, cap. IX, n° 4-5, en que se aplica similar criterio para resolver la imputación del acto al Estado.

¹⁸ 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.”

¹⁹ MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1899, p. 404, nota al art. 1112, *in fine*.

²⁰ Lo dice VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1951, p. 544.

o advirtió VÉLEZ SANSFIELD en ese concepto de AUBRY et RAU,²¹ un significado especial, y que por ello creyó necesario convertirlo en nuevo artículo dotado de contenido y efectos propios?

Puesto que los funcionarios y empleados públicos ya están comprendidos en el artículo 1.109, como lo explica la fuente, no puede, en consecuencia, justificarse al artículo 1.112 como una supuesta traslación de lo que ya dispone el artículo 1.109 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 artículo 1.109 y el contemplado en el 1.112? Esa diferencia sólo puede consistir en que el hecho que origina la responsabilidad del servidor público es distinto a un cuasidelito. “Por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales:” ¿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? ¿Tiene otros efectos que fundar la responsabilidad del autor del hecho?

5. La omisión como causal de responsabilidad

El primer contenido especial del artículo, que difiere con el del artículo 1.109, se refiere al hecho mismo que causa el perjuicio. Mientras que en el artículo 1.109 se habla de “todo el que ejecute un hecho...” que ocasiona un daño a otro, y con ello se remite a las disposiciones generales del título de los actos ilícitos, el artículo 1.112 se refiere a “los hechos y las omisiones,” con lo que surge la primera diferencia entre la responsabilidad que sancionan uno y otro artículo. El artículo 1.109 prevé la realización de un cuasidelito, y una simple omisión no puede constituirlo sino cuando está expresamente prohibida por la ley (*lato sensu*), según el artículo 1.074, aplicable en virtud del 1.108;²² 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*

²¹ Que éstos seguramente tomaron del derecho alemán de aquella época, pues el art. 839 del Código Civil alemán es reproducido de ese derecho alemán anterior a 1900, por lo que esta disposición se refiere: MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 304, y como lo hacen notar acertadamente BIELSA, *Derecho administrativo*, t. III, 1956, 5ª ed., p. 273, y DIAZ DE GUIJARRO, JA, 61: 530, la similitud entre nuestro art. 1112 y el 839 alemán es notable.

²² Art. 1074: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.”

Art. 1.108. “Los arts. 1.070, 1.071, 1.073, 1.074, 1.075 y 1.076 son aplicables a los actos ilícitos, hechos sin intención de causar daño.”

de sus funciones, y del cumplimiento, como opus, de las obligaciones legales a ellos impuestas en razón de sus funciones.

En efecto, debe advertirse que el hecho de que el funcionario sea responsable por omisiones que no harían responsable a un particular, proviene, sí, de la especial situación en que se encuentra y de que el reglamento o la ley le manden a menudo más deberes que a un particular, pero sobre todo del artículo 1.112. Ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del artículo 1.112 lo soluciona afirmativamente; aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad.

Es decir, la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una “obligación legal de cumplir el hecho omitido” (art. 1.074), sino a una “regular ejecución de las obligaciones legales,” 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. Así, por ejemplo, si un reglamento o ley no prevé 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 resulta de muchos caracteres implícitos a la función pública, y no de la casuística de algún reglamento; la omisión origina responsabilidad no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1.074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1.112.)

En un caso²³ se discutía si un hecho (denuncia) precedido de una omisión (comprobación del hecho que se denuncia: Transgresión a las leyes de aduana), y además otra omisión (presentar despacho) realizados por un empleado de aduana, podría crear responsabilidad para éste.

El Tribunal de primera instancia, cuyo fallo fue confirmado por sus fundamentos por la Corte, analizó primero si el funcionario había violado con su conducta ley o reglamento alguno, concluyendo en que no (considerando 1°); y a pesar de que ese elemento es suficiente, según el artículo 1.074, para desechar la responsabilidad cuasidelictual por omisión, consideró que era necesario analizar además si había habido con esa omisión “irregularidad en su conducta” (considerando 2°); 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” (considerando 3°), se concluyó que no

²³ *H. Ebbinghaus y Cía. contra don Severo Pizarro, alcalde de Aduana, sobre daños y perjuicios*, resuelto por la Suprema Corte en el año 1878, *Fallos*, 20: 436.

había responsabilidad. A estos argumentos agregó el Procurador General que no encontraba “nada de irregular” en la conducta del funcionario respectivo, 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 lo que señala que el criterio para juzgar la omisión de un funcionario público no es de ninguna manera el del artículo 1.074 —obligación legal de hacerlo—, sino el del artículo 1.112, cumplir regularmente la obligación legal de la función.

La diferencia es sutil, por cuanto en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero debe advertirse que 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.

Por esta primera razón no es posible pretender que el presupuesto sancionado en el artículo 1.112 sea igual al del 1.109. En el artículo 1.112 tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad, cosa que no sucede en el 1.074, donde la omisión no basta si no está prohibida por la ley. Tanto el positivo hacer como los negativos “no dar,” “no hacer” y “permitir”²⁴ están comprendidos en el 1.112.

6. *El daño como elemento de la responsabilidad*

6.1. *El problema de las relaciones entre particulares*

El daño cometido mediante el hecho o la omisión constituye el segundo contenido especial que diferencia al artículo 1.112 del 1.109.

Sabido es que el artículo 1.109 prevé un daño resultante de un cuasidelito, y, en consecuencia, que sólo es daño “el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria” (art. 1.068), por aplicación de los principios generales referentes a la cuestión. Por lo tanto, los daños que no son susceptibles de apreciación pecuniaria no son indemnizables por no involucrar detrimento económico alguno. Así, por ejemplo, una restricción a la libertad de prensa, una negación injustificada e irrazonable de permiso para realizar reuniones públicas, una comunicación policial expresando que no se concede autorización para realizar alguna reunión en local cerrado y con concurrencia limitada,²⁵ una violación de la libertad de enseñar y aprender, o de la libertad de conciencia, o de transitar y salir del país, de petitionar a las autoridades, etc., son transgresiones al orden normativo y violaciones de la es-

²⁴ Categoría ésta en boga en Alemania: V. BENDER, *op. cit.*, p. 160; GIESE, *op. cit.*, p. 122.

²⁵ La policía no puede prohibir ni reglamentar esas reuniones, puesto que no son públicas. Pero algunas veces lo ha hecho: Allí no hay dolo, ni hay daño económico; pero la importancia del bien jurídico violado hace imperativo que exista responsabilidad por esos actos y hechos; el art. 1112 la contiene.

fera 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.

6.2. *El problema en los actos de los funcionarios públicos*

Ahora bien, lo que ocurre, sin embargo, es que todos esos daños jurídicos no son generalmente cometidos por particulares, 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 la previsión de VÉLEZ SANSFIELD, quien con este artículo protege la libertad y el libre ejercicio de los derechos constitucionales, al establecer, según veremos a continuación, un régimen diferente en materia de daños e infracciones antijurídicas sometidas por órganos estatales.

En efecto, el artículo 1.112 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”); lo que significa que lo que determina la aplicación del artículo es la reunión de los elementos allí 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. 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 artículo es sólo, y precisamente, ese cumplimiento irregular.

Al decir la ley entonces que “son comprendidos en las disposiciones de este Título” determina que son daños generadores de responsabilidad. Mientras que el artículo 1.109 dice que el que comete un daño es responsable del mismo, lo dice allí con referencia a la noción de daño dada en el 1.068: 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: Precisamente allí está la razón de esta disposición especial. En consecuencia, del artículo 1.112 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, y 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; pero el artículo 1.112 dice precisamente lo contrario de la regla general: Él dispone que sí están comprendidos en el título; que también los hechos y las omisiones que constituyen irregular ejecución de las obligaciones legales de la función son, sin distinción en cuanto al tipo material del daño causado, daño generador de responsabilidad, puesto que están comprendidos en las disposiciones de ese título.

6.3. *El daño económicamente apreciable*

El problema es por supuesto delicado, ya que el artículo 1.068, que define el daño, es aplicable “a los actos ilícitos;” además, VÉLEZ SANSFIELD, cuando quiso derogar el 1.068 para un caso particular, lo hizo expresamente con el artículo 1.078, el cual, por otra parte, es inaplicable al título de los cuasidelitos (ver art. 1.108.)

Por ello, no alcanza a configurar, a nuestro criterio, más que una crítica metodológica, o a hacer aconsejable la subdivisión del artículo 1.112 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 exista y aparezca con un análisis más detenido.

Si el artículo 1.112 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 1.068, sino pura y simplemente, como lo expresa su texto, que el hecho en él previsto, y no el hecho ilícito del 1.109 con su referencia conceptual al 1.068, es el que origina responsabilidad. Repetimos, el artículo 1.112 no se refiere al hecho previsto en el artículo 1.109, sino que dispone que el hecho que él mismo prevé —o sea, el hecho previsto en el artículo 1.112—²⁶ 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 1.112 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 artículo 1.068? Supongamos que el nuevo artículo 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 artículo 1.068 en cuanto se estaría creando responsabilidad para un hecho que no acarrea daño económico? Y bien, eso es exactamente lo que dice el artículo 1.112, en cuanto hace responsable al funcionario por el irregular cumplimiento de las obligaciones legales

²⁶A saber: “Irregular ejercicio de las obligaciones legales,” en lugar de “hecho que causa un daño (económico) a otro.”

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.²⁷

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 la correspondencia, 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.²⁸

Es indiscutible que una de las obligaciones legales impuestas al funcionario es respetar la Constitución, lo que implica respetar los derechos individuales de los administrados, allí establecidos. El funcionario que viola un derecho individual establecido en la Constitución, viola con ello la Constitución, y cumple de esa manera en forma irregular las obligaciones legales a él impuestas; debe, por lo tanto, ser responsable y así lo dispone el artículo 1.112.

La indemnización será en tales casos ya por el daño moral cometido, ya por el perjuicio económico, cuando exista; y pueden también considerarse pertinente la llamada indemnización nominal, o "*exemplary damages*," 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. Es esta materia librada a la apreciación judicial, con el único requisito general de la razonabilidad que debe tener toda sentencia. Es el mismo criterio que informa al artículo 32 bis *in fine*.

7. La culpa como elemento de la responsabilidad

7.1. La necesidad de que haya culpa

En cuanto a la culpa, a falta de mención expresa en el artículo 1.112 deben aplicarse los principios generales, requiriéndose, en consecuencia, como requisito indispensable, 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.²⁹

²⁷ Un viejo fallo de la Cámara Civil de la Capital (26: 379) decía: "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." (Citado por AGUIAR, HENOC D., *Hechos y actos jurídicos*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 458, nota 35.)

²⁸ Conf. GIESE, *op. cit.*, p. 125: "Están comprendidos allí no solamente los daños patrimoniales, sino también los menoscabos ideales."

²⁹ Conf. BIELSA, *op. cit.*, p. 275; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 546; DIAZ DE GUIJARRO, "La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error," *JA*, 61: 530, nota; es también al

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,³⁰ o de una orden negligente o culposa, pero válida en su origen, o de una ley inconstitucional —que el funcionario no esté en situación de desobedecer—,³¹ 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 la misma es pertinente, en forma, exclusiva.

De esta manera, el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye su responsabilidad, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad a menos que sea culpable. Si el irregular cumplimiento de sus funciones implica una transgresión al artículo 32 bis, entonces la responsabilidad existe aun sin mediar culpa, tal como lo dispone dicha norma.

7.2. *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 artículo 1.112. 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.³² 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.³³

parecer la opinión de COLOMBO, L., *Culpa Aquiliana*, Buenos Aires, 1946, p. 289. En contra SAENZ, CARLOS MARÍA, *Responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado*, Santa Fe, 1954, p. 16: “...probado el desempeño irregular de sus obligaciones y el daño que ello ha causado, surge la obligación de indemnizar, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario.”

³⁰ Ver BIELSA, *op. cit.*, p. 282.

³¹ Así Corte Suprema de Justicia, *Fallos*, 16: 461; en igual sentido MACHADO, *op. cit.*, p. 404, nota, y DIAZ DE GUIJARRO, *art. cit.*, en *JA*, 61: 530, en nota. La ejecución de una ordenanza ilegal o inconstitucional, en cambio, sí genera responsabilidad para el funcionario: *Fallos de la Corte Suprema de Justicia*, 49: 344, 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.* Véase también nuestro *Tratado*, t. 1, cap. V, n° 11.

³² Conf. MAYER, *op. cit.*, p. 309; comparar el resto del texto de MAYER, y BIELSA, *op. cit.*, p. 283.

³³ Conf. DIAZ DE GUIJARRO, “La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error,” *JA*, 61: 528 y ss. En contra, AGUIAR, *op. cit.*, p. 458; con reservas COLOMBO, *op. cit.*, p. 289.

8. *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 falta del funcionario en el ejercicio de sus funciones no basta para comprometer su responsabilidad —como lo sería por aplicación del artículo 1.109—. Es necesario que esa falta, que ese hecho, importe el cumplimiento irregular de sus obligaciones legales; y tal es la interpretación jurisprudencial.”³⁴

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.³⁵

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.³⁶

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

9.1. *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;”³⁷

³⁴ BIELSA, *op. cit.*, p. 276, nota. Claro está, si el funcionario no actúa en ejercicio de la función pública, el eventual regular 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.

³⁵ Conf. BIELSA, *op. cit.*, p. 276, nota. La necesaria consecuencia de que aún el daño no susceptible de apreciación pecuniaria origina responsabilidad, no es sin embargo señalada por este autor. Conf. también AGUIAR, *op. cit.*, p. 458, y SAENZ, *op. cit.*, p. 15. A estos autores, la misma observación anterior; más la de que no exigen concretamente la culpa del funcionario en todos los casos.

³⁶ Conf. AGUIAR, *op. cit.*, pp. 457-8; SAENZ, *op. cit.*, pp. 15-16.

³⁷ BIELSA, *op. cit.*, p. 276, nota.

“u orden del superior jerárquico;”³⁸ y también las normas emergentes de contratos especiales que el servidor público pueda tener con el Estado. Podemos también puntualizar, una vez más, que dentro del “cumplimiento de las obligaciones legales” se encuentra, asimismo y sobre todo, la Constitución, por lo que también la violación de ésta es una transgresión de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Esto es de suma importancia en un país de legislación deficiente e insuficiente para tutelar los derechos individuales: Así, aunque las leyes no hayan protegido algunos derechos, ellos, en cuanto están en la Constitución, constituyen igualmente obligación legal a cumplir regularmente por parte de los órganos estatales.

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

Lo fundamental que hay que advertir es que nuestro artículo 1.112 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 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;³⁹ de todos modos, este artículo que no aplicamos sigue siendo, irónicamente, un adelanto legislativo que ningún otro país posee.

El principio de la legalidad de la administración, o del derecho subjetivo a la legalidad, que en Alemania introduce la jurisprudencia prácticamente forzando su artículo 839, en un intento de acercarlo a lo establecido en nuestro 1.112, se halla teóricamente vigente entre nosotros.

³⁸ SAENZ, *op. cit.*, p. 15.

³⁹ BENDER, *op. cit.*, p. 75; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 169 y ss.; las referencias dadas por la doctrina alemana son uniformes en el sentido indicado.

El artículo 1.112, 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 impuestas por el Estado al órgano, transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano (regular ejercicio de las obligaciones legales), en una relación jurídica entre el órgano y el particular (por cuanto el deber que en principio existía sólo frente al Estado existe ahora también frente a los administrados); es decir, que el regular cumplimiento de las obligaciones legales puede constituir un auténtico derecho subjetivo del administrado (y no un interés legítimo) en cuanto él tenga la titularidad exclusiva de la prestación.

Dada la posibilidad de que las obligaciones legales sean debidas primariamente al Estado (reglamentos, circulares, etcétera), o al administrado (derechos individuales previstos en la Constitución), y siendo que ambas originan responsabilidad en virtud del artículo 1.112, corresponde distinguir la forma en que el daño (infracción antijurídica) se produce en cada caso.

En el primer caso, es decir, aquel en que las obligaciones legales fueron puestas por el Estado en interés —o derecho reflejo, en otra terminología—,⁴⁰ de los administrados, pero como deber exigible sólo por el Estado,⁴¹ el artículo 1.112 las hace también debidas al administrado, pero no en la misma forma. Mientras que en el caso del Estado la violación de cualquier disposición 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. No interesa, pues, si en su origen la norma tuvo en cuenta beneficiar al particular, sino el regular cumplimiento de la misma interesa o no al administrado. Dicho de otra forma, debe haber una relación de causalidad entre la prestación irregular y la consecuencia dañosa,⁴² 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

⁴⁰ Es la terminología que emplea gran parte de la doctrina alemana, y que hemos seguido en nuestro trabajo “Derecho subjetivo y derecho reflejo (o interés legítimo),” publicado en la *Rev. Jur. de Buenos Aires*, 1960-III, p. 117 y ss. En la presente obra utilizamos indistintamente ambas expresiones.

⁴¹ En cuanto a la interpretación técnica del reglamento o la ley misma que crea la obligación. El artículo 1112 transforma a ese “interés” o “derecho reflejo” en un auténtico derecho subjetivo.

⁴² BENDER, *op. cit.*, p. 161.

alcanzado en forma exclusiva por la misma;⁴³ y tendrán un derecho reflejo (interés legítimo, según la denominación usual entre nosotros) a la mencionada conducta todos aquellos individuos a quienes pueda considerarse alcanzados o afectados en forma concurrente por ella.⁴⁴

Cuando la norma establezca un mero límite relativo a la conducta del funcionario; o sea, cuando no predetermina concretamente qué es lo que debe hacer el administrador, sino que dé una orientación general respecto a su conducta (que no deba ser “abusiva,” “desviada,” “caprichosa,” “arbitraria,” etc.), él o los individuos a quienes pueda considerarse afectados por la conducta contemplada en la norma, tendrán un derecho reflejo (interés legítimo) a exigirla, en caso de concurrencia, o un derecho subjetivo, en caso de exclusividad.⁴⁵

10. *Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado*

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

Llegamos finalmente al análisis de cómo debe coordinarse la responsabilidad de los funcionarios públicos con la del Estado, a fin de lograr que el damnificado sea indemnizado, sí (por el Estado, pues el servidor público frecuentemente resultará insolvente), pero el culpable autor del daño no quede en la total impunidad.

Piénsese lo que se piense del artículo 1.113, y de su combinación con los artículos 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 por usarse el artículo 1.112 para responsabilizar indirectamente al Estado, dejará ese artículo 1.112 de seguir teniendo 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 funcionarios públicos por imperio del artículo 1.112.

Eso nos plantea una nueva crítica a la jurisprudencia de nuestros tribunales: Aun superando su error de confundir responsabilidad directa con indirecta, no es posible justificar su total olvido del artículo 1.112, 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.

Si, como ya hemos visto, lo que prevé el artículo 1.112 no es sólo una posible responsabilidad del órgano frente al Estado por los daños que cometa directa o

⁴³ Para la explicación de cómo funciona este requisito, ver *Tratado*, t. 2, los capítulos referidos a “Derecho subjetivo” (XV) e “Interés legítimo” (XVI).

⁴⁴ Lo dicho en la nota anterior.

⁴⁵ *Tratado*, t. 2, cap. XV, n° 14.4.

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 ha criticado con razón a la jurisprudencia su olvido de la responsabilidad de los funcionarios establecida en el artículo 1.112, no propone esta solución sino la extrema de negar la responsabilidad del Estado en aras de la responsabilidad del funcionario.

Si se apartan los fundamentos por los que se pudiera decir que el artículo 1.113 es inaplicable al Estado para fundar una responsabilidad como la que la jurisprudencia ha creado, se advierte al punto que tan errónea es una posición extrema como la otra; que ni el artículo 1.112 es suficiente para derogar el 1.113, ni el 1.113 para derogar el 1.112.

Tenemos, en definitiva, un mismo hecho respecto del cual hay dos responsables: *a)* el Estado, por imperio de los artículos 1.109 y 1.113 según la interpretación jurisprudencial, *b)* el funcionario, en virtud del artículo 1.112. Es decir, hay una pluralidad de sujetos constreñidos a la obligación de indemnizar un mismo daño.⁴⁶

10.2. *Es una obligación conjunta*

Al estudiar la forma en que deben combinarse estas responsabilidades, debe considerarse en primer término si las mismas constituyen una obligación disyunta o conjunta. La posibilidad de que estas responsabilidades constituyan una obligación disyunta o alternativa (es decir, que los sujetos obligados se hallen unidos en la proposición lógica por la conjunción “o:” “Es responsable el funcionario o el Estado, a elección del damnificado”) debe descartarse *in limine*. La doctrina, en efecto, es uniforme en considerar que las obligaciones disyuntas no constituyen 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.⁴⁷

⁴⁶ Nos referimos, desde luego, a la hipótesis en que ambas responsabilidades concurren; pues hay que distinguir varios casos:

1º) El caso en que el funcionario actúa en regular cumplimiento de sus obligaciones legales: Si ello causa un daño, sólo el Estado es responsable;

2º) el caso en que el funcionario actúa irregularmente, pero ya fuera del ejercicio objetivo de su función: En tal caso, ambos son responsables no actúa como órgano del Estado, y sólo el funcionario será responsable;

3º) el caso en que el funcionario actúa irregularmente, y todavía dentro del ejercicio objetivo de su función: En tal caso, ambos son responsables concurrentes; el primero, por haber actuado irregularmente, y el segundo, porque un órgano suyo cometió un daño ejerciendo la función a él encomendada.

⁴⁷ SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. II, Buenos Aires, 1953, 6ª ed. actualizada por E. V. GALLI, p. 154, n° 1022; COLMO, ALFREDO, *Tratado teórico-*

Por lo demás, la obligación de sujeto disyunto no se halla prevista en el Código Civil, el cual dispone que cuando hay más de un sujeto para una misma obligación, la misma será simplemente mancomunada o solidaria (Libro segundo, sección 1ª, parte 1ª, títulos XIII y XIV, artículos 690 al 717, “De las obligaciones con relación a las personas”); por lo que el caso que nos ocupa sólo puede ser resuelto, en principio, en el sentido de la mancomunación solidaria o en el de la simple, nada más.

10.3. *Esta obligación conjunta no es solidaria*

De esas dos posibilidades analizaremos en primer lugar la de la solidaridad.

Se discute si el artículo 700 del Código Civil argentino que no sucede en la materia que contemplamos: La mancomunación entre la responsabilidad del funcionario y la del Estado no es, pues, solidaria.

Realmente autoriza, como su texto parecería indicarlo, que el juez pueda declarar la solidaridad por sí, mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada; se hace notar, en efecto, que “las resoluciones y sentencias judiciales... no son sino la aplicación del derecho a los hechos alegados y probados por las partes, pero no lo crean (arg. arts. 15 y 16 Código Civil.)” “Como una consecuencia de estos principios, se desprende que cuando una resolución o sentencia contiene condenación solidaria contra varias personas, no es porque ella cree la solidaridad, sino porque ésta resulta, sea de la voluntad de las partes (contratos o testamentos), sea de la ley, que son las dos grandes fuentes de los derechos de los individuos. Las únicas fuentes reales de solidaridad pasiva son la voluntad y la ley; las resoluciones o sentencias judiciales no hacen sino declarar la solidaridad, cuando ella resulta de alguna de esas fuentes.”⁴⁸

Finalmente, se admite que la solidaridad es de carácter excepcional, por lo que debe interpretársela y admitírsela restrictivamente: “no pueden existir solidaridades tácitas, implícitas o por analogía,”⁴⁹ y, por lo tanto, sólo hay solidaridad cuando la ley expresamente la declara.⁵⁰

Corroboran estas conclusiones la aclaración que hace el codificador en su nota al artículo 1.121, donde insiste en que la solidaridad pasiva se justifica solamente en el caso de delitos, y que por esa razón cuando hay más de un deudor obligado a indemnizar un cuasidelito, no puede existir solidaridad por el hecho entre él y el Estado; que cuando comete un delito, tampoco puede haber solidaridad, porque

práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino. De las obligaciones en general, Buenos Aires, 1920, p. 33, n° 462.

⁴⁸ SALVAT, *op. cit.*, p. 74, n° 902; en igual sentido SEGOVIA, *op. cit.*, t. I, p. 178, n° 3; MACHADO, *op. cit.*, t. II, pp. 455 y 456, nota; COLMO, *op. cit.*, n° 512; “Plenario Cámara Civil,” *JA*, 17: 218.

⁴⁹ LAFALLE, HÉCTOR, *Derecho civil, Tratado de las Obligaciones*, vol. II, Buenos Aires, 1950, p. 223; REZZÓNICO, LUIS M., *Estudio de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1956, 7ª ed., p. 355.

⁵⁰ Art. 701, *in fine*, Código Civil; SALVAT, *op. cit.*, p. 70.

lo que se atribuye el Estado —al menos en la teoría más generalizada— es el daño, pero no el dolo.

Claro está que en el caso de la solidaridad entre el funcionario y el Estado, ella no tendría por finalidad castigar la intención punible, sino más bien facilitar el cobro de la deuda, pero a más de ser ese argumento insuficiente para declarar la solidaridad, y de que no hay solidaridad sin declaración expresa de la ley, debe advertirse que estableciendo la solidaridad, o la alternatividad, o la obligación principal del Estado y subsidiaria del funcionario, se establece siempre en la realidad la irresponsabilidad absoluta del que causó el daño; lo que es práctica y moralmente inaceptable, además de antijurídico.⁵¹

10.4. *Es en principio simplemente mancomunada*

Puesto que en el Código Civil las dos únicas formas de obligación conjunta son la mancomunación simple y la solidaria, debemos concluir que la responsabilidad del Estado y la del funcionario son *simplemente mancomunadas*.⁵²

Tratándose entonces de una obligación simplemente mancomunada, resultaría que la deuda tendría que dividirse en tantas partes iguales como deudores hay, a menos que existiese un título constitutivo de la obligación, que estableciera partes desiguales. (Art. 691.)

No hay que olvidar, además, que la igualdad de la participación en la obligación es, a pesar de todo, sólo una regla general, y no absoluta: Es una presunción legal que puede ser destruida mediante prueba en contrario;⁵³ esta prueba puede residir en: *a)* la causa de la obligación conjunta, *b)* las relaciones que existen entre los vinculados, *c)* las circunstancias particulares de cada caso.⁵⁴

10.5. *Por excepción, en caso de insolvencia del funcionario, debe responder el Estado por el todo: Fundamento*

Con estos elementos entramos a un aspecto sumamente delicado de la cuestión. En virtud del artículo 694, la insolvencia de uno de los deudores, en el caso de la mancomunación simple, es soportada por el acreedor y no por el codeudor. Esa solución, ¿es la misma en el caso de la responsabilidad del funcionario y del Estado?

La mancomunación simple de que trata el Código Civil presupone que la deuda se divide entre los deudores; que cada uno es deudor por sólo una parte del crédito.

⁵¹ En contra, LINARES, *op. loc. cit.*, quien se inclina por la responsabilidad exclusiva del Estado, salvo casos de excepción.

⁵² Lo sostuvimos en *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración pública*, tesis, Buenos Aires, 1959, p. 296 y ss., 394 y ss., inédita; conf. con nuestra solución FIORINI, BARTOLOMÉ, *Proyecto de Ley Orgánica de la administración pública nacional*, Buenos Aires, 1960, art. 67; DIEZ, *op. cit.*, t. VI, p. 134 y ss.; LINARES, *art. cit.*, n° X.

⁵³ COLMO, *op. cit.*, p. 330, n° 461.

⁵⁴ COLMO, *op. cit.*, pp. 330-1. Art. 689, inc. 2°, aplicable por analogía.

Dicho de otra forma, en la mancomunación simple de que habla el Código Civil el título del crédito es inicialmente sólo por mitades vigente contra cada deudor.

No es esa, en cambio, la hipótesis aquí contemplada. Ambos deudores son contemplados por el Código en forma total, como responsables cada uno por el todo: El que una cuestión derivada de los principios generales de concurrencia de obligaciones en el Código Civil nos lleve a la consecuencia de que frente a la pretensión del acreedor esa obligación conjunta deba, en principio, ser considerada simplemente mancomunada, no puede, sin embargo, destruir el diferente y peculiar origen del crédito, que nació con respecto a cada uno como un crédito por el todo: En consecuencia, y a diferencia del caso común de mancomunación simple, aquí la insolvencia de un deudor debe ser soportada por el otro deudor, dado que éste era inicialmente deudor por el todo y no sólo por su porción viril. No habrá estrictamente solidaridad, en cambio, por cuanto el Estado podrá luego repetir del funcionario lo que debió pagar a causa de su insolvencia.

10.6. *Funcionamiento de esta responsabilidad conjunta*

De esta forma, la mancomunación simple operaría no como solución de fondo, sino como paso o trámite intermedio, cuyo cumplimiento es necesario realizar en forma previa, antes de poder hacer responsable por el todo al Estado.

En consecuencia, cuando existe un daño cometido por un agente público en el ejercicio irregular de sus funciones, será necesario que el damnificado demande conjuntamente al funcionario y al Estado, en forma simplemente mancomunada, para hacerlos responsables a cada uno por su porción viril en el daño; y que declarada la responsabilidad, luego de excutidos los bienes del funcionario, haga responsable al Estado por el todo en caso de que aquél hubiera resultado insolvente por su porción viril de la deuda.⁵⁵

En el último caso, el Estado que paga la totalidad de la deuda tiene ya una sentencia que con autoridad de cosa juzgada declara cuál es la responsabilidad del funcionario: Él puede entonces administrativamente hacer cargo al agente por lo que debió pagar, sin necesidad de tener que hacer un juicio civil para deter-

⁵⁵ En los últimos años la jurisprudencia civil ha ido abriendo una brecha en los principios tradicionales de la solidaridad, afirmando en algunos casos lisa y llanamente la solidaridad por causalidad (así C. N. Civ., Sala F, LL, 98: 11 y sus referencias; en contra, sin embargo, ídem, Sala A, LL, 93: 372; 96: 376; 100: 55), y en otros —particularmente en el caso de principal y dependiente— si no la solidaridad, al menos la exigibilidad “in solidum” de la obligación contra cualquiera de los sujetos responsables. (Así C. N. Civ., Sala D, en LL, 83: 229, 194: 490 y sus referencias.) Mientras esta cuestión no se establezca en uno u otro sentido, cabrá abrigar dudas respecto a cómo ha de plantearse en lo referente al Estado y al funcionario. A nuestro juicio, no corresponde aplicar directamente la solidaridad ni la obligación “in solidum” sino —según lo explicamos en el texto— a) en primer lugar, la responsabilidad simplemente mancomunada, b) supletoriamente, en caso de insolvencia de una de las partes obligadas, la obligación “in solidum” por el todo —pero sin solidaridad. Ello satisface a nuestro criterio tanto la finalidad de que la víctima sea indemnizada, como el principio tan importante de que el funcionario no debe resultar, de hecho, irresponsable.

minar la procedencia y el monto de la indemnización, como es el sistema actual de acuerdo con el artículo 86, inciso a), de la Ley de Contabilidad.

Como dice LINARES: “Es obvio que la norma transcrita da por supuesto que el agente no era litis-consorte pasivo en la demanda contra el Estado en la que recayó condena contra éste, pues si lo hubiera sido no tendría el Estado necesidad de accionar contra el agente, como dispone la ley.”⁵⁶

10.7. Conclusiones

A su vez, si el daño es uno de los que generan la responsabilidad conjunta del funcionario y del Estado, y el damnificado demandó sólo al Estado, corresponde que el Estado pague nada más que su porción viril en el daño hasta tanto el actor no haya hecho responsable al funcionario y excutido sus bienes; de allí entonces que todo aquel que resulta perjudicado por la acción estatal deba tener especial cuidado en determinar si hay responsabilidad conjunta de los funcionarios públicos —directa o indirecta—, y en caso de que así sea, demandar conjuntamente al agente público y al Estado para asegurar el pago por el Estado del total de los daños en la hipótesis de que el agente resulte insolvente.

⁵⁶ LINARES, *art. cit.*, n° IX.