

## CAPÍTULO XV

### LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

#### SUMARIO

I. <i>Introducción</i> .....	XV-1 / 309
1. Significación de la responsabilidad del Estado y sus funcio- narios.....	XV-1 / 309
2. La responsabilidad civil en general.....	XV-2 / 310
3. La responsabilidad del Estado.....	XV-3 / 311
4. Tipos de responsabilidad del Estado .....	XV-3 / 311
II. <i>Responsabilidad por acto judicial</i> .....	XV-4 / 312
5. La regla de la irresponsabilidad por acto judicial .....	XV-4 / 312
III. <i>Responsabilidad por acto legislativo</i> .....	XV-5 / 313
6. La regla de la irresponsabilidad por actos legislativos .....	XV-5 / 313
7. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legisla- tivo .....	XV-6 / 314
8. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional ....	XV-8 / 316
IV. <i>Responsabilidad por hechos y actos administrativos</i> .....	XV-9 / 317
9. La responsabilidad por hechos y actos administrativos.....	XV-9 / 317
10. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado. a) Distinción por “funcionarios” o “empleados” .....	XV-10 / 318
11. Continuación. b) Distinción por “actos” y “hechos” .....	XV-11 / 319
12. Continuación. e) Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima .....	XV-12 / 320
13. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado.....	XV-14 / 322

14. Comparación entre nuestro concepto de responsabilidad directa y el jurisprudencial de responsabilidad indirecta... XV-14 / 322
15. Coordinación entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario ..... XV-16 / 324

## Capítulo XV

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS<sup>1</sup>

### I. Introducción

#### 1. Significación de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios

La problemática de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los administrados, constituye uno de los puntos esenciales del derecho administrativo. Cuando el Estado dicta un acto antijurídico, existirá la posibilidad de impugnarlo en sede administrativa (procedimiento administrativo) o judicial (derecho procesal administrativo); pero, además, será necesario indemnizar el perjuicio ocasionado, haciendo efectiva la responsabilidad pecuniaria del funcionario autor del daño y del Estado.

Consideramos que la responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse juntamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño —lo que puede hacerlo tanto uno como el otro, y generalmente lo hará el Estado— sino también de castigar al verdadero responsable del mismo, que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica

<sup>1</sup> Comparar BULLRICH, RODOLFO, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1920; ALTAMIRA, PEDRO, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Córdoba, 1947; AGUIAR, HENOCHE, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1936; COLOMBO, LEONARDO, *Culpa aquiliana*, Buenos Aires, 1946; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Turin, 1906; WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act*, Nueva York, 1957; CASSETTA, ELIO, *L'illecito degli enti pubblici*, Turin, 1953; ALESSI, RENATO, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milán, 1964; del mismo autor, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milán, 1955; del mismo autor, *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1956; BOGNETTI, GIOVANNI, *La responsabilità per tort del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Milán, 1963; CHAPUS, RENÉ, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1957; HAAS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955. Ver también nuestra tesis doctoral *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración Pública*, Buenos Aires, 1959, inédita, y nuestro trabajo *Estudios de derecho administrativo*, op. cit., cap. III.

otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales; entendemos por ello, en suma, que el problema de la responsabilidad del Estado nunca debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Al final de este capítulo, en consecuencia, trataremos de la coordinación de ambas responsabilidades.

## 2. *La responsabilidad civil en general*

El término “responsabilidad civil” puede entenderse, en un sentido antiguo y muy estrecho del derecho civil, como la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia. Tres son así los elementos del concepto clásico de responsabilidad:

- a) Daño material, pecuniariamente apreciable;
- b) ilegítimamente ocasionado (antijuridicidad), con
- c) dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió.

Ello se basa en la idea de que todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable,<sup>2</sup> poco menos que asimilable al “caso fortuito” o la “fuerza mayor;” se sostiene entonces en esa concepción que no todo daño económico es un daño jurídico, esto es, indemnizable. Pero ocurre que con el progreso técnico aumentan día a día las ocasiones de daño, muchas veces no culpable, anónimo casi,<sup>3</sup> y el ciudadano de hoy no está ya más dispuesto, en el decir de RINCK, a “vivir peligrosamente;”<sup>4</sup> uno de los postulados del Estado de Bienestar tiene que ser sin duda el lograr la indemnización de la mayor parte posible de los daños sufridos por una persona sin su culpa.<sup>5</sup>

Ha habido en el propio derecho privado una gran evolución en esta materia: “La jurisprudencia se ha mostrado... sensible a la exigencia de dar nueva dimensión a los problemas de la responsabilidad civil,” lo que se advierte en el esfuerzo y hasta “el abuso del recurso a las presunciones y a las construcciones en materia de culpa,” a la aceptación del resarcimiento del daño moral, a la valoración del daño a la persona, y hasta la tutela del derecho a la personalidad;<sup>6</sup> a la afirmación de que no sólo los hechos ilícitos originan responsabilidad, sino también los

<sup>2</sup> RODOTÀ, STEFANO, *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964, p. 20.

<sup>3</sup> RODOTÀ, *op. cit.*, p. 20 y sus referencias.

<sup>4</sup> RINCK, *Gefährdungshaftung*, Gottingen, 1959, p. 7.

<sup>5</sup> En sentido similar RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>6</sup> RODOTÀ, *op. cit.*, p. 31.

hechos lícitos que ocasionen un daño, no interviniendo la culpa de la víctima o de terceros, ni tampoco del causante del daño.<sup>7</sup>

De cualquier forma, el punto de partida para el análisis de la responsabilidad del Estado no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado. Los tres principios clásicos estructurados por el viejo derecho civil, estén o no vigentes en éste en el presente, no son de todos modos de estricta ni necesaria aplicación en lo que a la actuación del Estado se refiere.

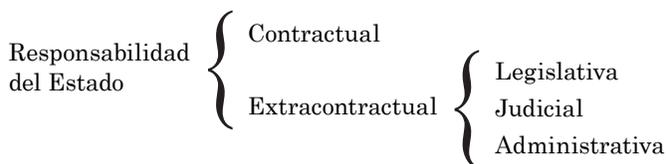
### 3. *La responsabilidad del Estado*

En efecto, al referirnos a la “responsabilidad” del Estado debemos considerar, en sentido amplio, que ella existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él. No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se esté considerando: en algunos casos se exigirá que la conducta dañosa sea culpable, y en otros no; por fin, en algunos casos deberá existir el daño apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral.

Queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado. Se la llama todavía, a veces, responsabilidad “civil” del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. (Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de “responsabilidad civil.”) A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.

### 4. *Tipos de responsabilidad del Estado*

En sus más grandes líneas la responsabilidad del Estado puede clasificarse así:



<sup>7</sup> BORDA, GUILLERMO, “Fundamento de la responsabilidad extracontractual,” *LL*, 94: 827 y ss., 830, 832.

El caso que aquí nos interesa es el de la responsabilidad extracontractual, es decir, aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente (de mutuo acuerdo) contraída —la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos— sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado.

Según se observa en el gráfico, esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto o hecho legislativo, judicial o administrativo. Sin embargo, conviene advertir que de acuerdo a la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del Poder Judicial o del Poder Legislativo comportará la responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede también existir responsabilidad *administrativa* por actos o hechos realizados por tales poderes. La responsabilidad así llamada “legislativa” se concreta pues en una responsabilidad por el daño causado *por una ley* del Congreso: Cualquier daño ocasionado por el Congreso o sus órganos a través de conductas que no comporten específicamente una “ley” en sentido formal, encuadrará así dentro del campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa.

Del mismo modo, la responsabilidad llamada judicial sólo existe como tal en la medida en que emerge de actos judiciales típicos; los daños que un órgano judicial realice en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa y no judicial.<sup>8</sup>

Es de mucha importancia advertir esta circunstancia, pues la responsabilidad estatal por actos legislativos y judiciales *stricto sensu* puede considerarse mínima o prácticamente inexistente, al menos en nuestro país.

## *II. Responsabilidad por acto judicial*

### *5. La regla de la irresponsabilidad por acto judicial*

En lo que respecta a la posible responsabilidad del Estado por actos judiciales, ella se da por ejemplo en el derecho comparado cuando una persona es condenada en primera instancia y absuelta en última instancia,<sup>9</sup> o procesada y detenida, siendo luego sobreseída definitivamente.<sup>10</sup> En estos casos puede tratarse tanto de una conducta judicial ilegítima (por ejemplo una sentencia nula por vicios de forma, por incompetencia, etc.), como legítima, culpable o no;<sup>11</sup> en la generalidad

<sup>8</sup> En sentido similar SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3-IV, Buenos Aires, 1951, p. 551 y ss.

<sup>9</sup> Ver, en Italia, SANTI ROMANO, “Responsabilità dello Stato e riparazione degli errori giudiziari,” en su libro SCRITTI MINORI, Milán, 1950, p. 156 y ss.; GIANTURCO, VITO, *Della responsabilità dello Stato verso le vittime di errori giudiziari*, Milán, 1956, p. 1 y ss.; existe allí una norma legal expresa que consagra la responsabilidad, el artículo 571 del código de procedimientos penales.

<sup>10</sup> GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 129.

<sup>11</sup> GIESE, *op. cit.*, p. 127, y en general la doctrina alemana, admiten la responsabilidad sin culpa y por un acto judicial legítimo, pero la denominan “indemnización de derecho público,” diferencián-

de los casos el daño y la responsabilidad consecuente emergen de una conducta *legítima y no culpable*, razón ésta por la cual algunos juristas clásicos se resisten a aceptar la responsabilidad estatal. En nuestro derecho la jurisprudencia no ha aceptado que exista un derecho a indemnización.<sup>12</sup>

### *III. Responsabilidad por acto legislativo*

#### *6. La regla de la irresponsabilidad por actos legislativos*

La jurisprudencia, partiendo del obvio principio de que el Estado no debe indemnización alguna por la privación de propiedad que realiza a través del cobro de *impuestos*, siempre que éstos sean válidos, ha llegado a conclusiones a nuestro juicio criticables. El error a que se ha llegado proviene inicialmente de dar una formulación demasiado amplia al citado principio de irresponsabilidad por el cobro de impuestos legítimos; se ha dicho así, para expresar ese pensamiento, que “el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los anteriores (en el caso no se ha discutido la validez de la forma en que se lo ha puesto en práctica) puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión.”<sup>13</sup>

De allí la jurisprudencia pasa luego a decir que en realidad la garantía de la propiedad “siempre se ha considerado alude al desapoderamiento directo, y no al consiguiente perjuicio resultante del ejercicio de legítimos poderes. Nunca se ha supuesto que tenga algún efecto sobre o para inhibir leyes que indirectamente produzcan daño o pérdida a los particulares,”<sup>14</sup> lo cual es ya llevar la afirmación demasiado lejos. También se expresa que el ejercicio de los “poderes de guerra” no puede dar lugar a responsabilidad del Estado, cuando se lo ejerce “con fundamento en disposiciones legales expresas;”<sup>15</sup> de allí a decir que tampoco será responsable el Estado por las leyes que organicen o regulen un, servicio público, aunque de

dola así de la responsabilidad en sentido más tradicional, que se referiría a los casos en que existe antijuridicidad y culpa. Lo importante, desde luego, no es la denominación, sino que efectivamente se indemnice. Ver también SAND ROMANO, *op. cit.*, p. 163.

<sup>12</sup> En ese sentido *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 57: 162. La práctica administrativa ha querido incluso hacer extensiva esa regla a los casos de personas detenidas y luego liberadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades especiales de investigación, lo que ya comporta un evidente exceso en la aplicación del principio: *Dictámenes*, *op. cit.*, 71: 369 y 371, es una muestra de ese error.

<sup>13</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 180: 107, *Gratry*, 1938.

<sup>14</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 182: 146 y 152, *Spurr*, 1938.

<sup>15</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 245: 146, 153, *Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano*, 1959.

ellas se desprendan daños a terceros, no hay sino un paso, que la jurisprudencia también ha dado.<sup>16</sup>

No existe pues, en principio y en el estado actual de la jurisprudencia, responsabilidad del Estado por leyes legítimas, aunque ocasionen daños; pero no creemos que pueda categóricamente decirse que “en nuestro derecho, el Estado no responde civilmente por los actos legislativos,”<sup>17</sup> por lo que se verá a continuación.

### 7. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo

La misma jurisprudencia, en efecto, ha señalado las posibles excepciones a la regla general:

a) *Perjuicio especial*. Ha dicho así la Corte Suprema en la causa *Gratry*,<sup>18</sup> que “no reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda en cuadrarse en el caso de responsabilidad,” con lo cual parece aceptar, para el caso de la responsabilidad legislativa, la doctrina alemana del “perjuicio especial.” Como dice en esta tesis Mayer, la actividad del Estado “no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera *desigual y desproporcionada*, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material... habrá lo que se llama el sacrificio especial... que debe indemnizarse.”<sup>19</sup>

b) *Enriquecimiento sin causa*. En el caso de la *Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano* se sostuvo que si bien la ley misma no generaba responsabilidad por el hecho de causar un daño, existía de todos modos responsabilidad del Estado si a consecuencia de ella se producía un enriquecimiento sin causa de la administración.<sup>20</sup> En este sentido se puede recordar la opinión de HAURIOU, quien afirmaba: “El principio de justicia sobre el cual debe fundarse aquí el derecho a indemnizaciones es aquel del enriquecimiento sin causa y dos condiciones serán exigidas para que el daño dé lugar a reparación: 1º) Será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un *enriquecimiento administrativo*...; 2º) será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea sin causa, y lo será cuando resulte del ejercicio por la administración de un derecho

<sup>16</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 256: 87 y 94, *CADE*, 1963; 258: 322, 333, *Suñé c/SEGBA*, 1964.

<sup>17</sup> *Dictámenes*, op. cit., 71: 369, 370 vta.

<sup>18</sup> *Fallos*, 180: 107, año 1938, en que la Corte se remite a la causa *Arrupé*, 176: 111.

<sup>19</sup> MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, 3954, p. 217. Dice a su vez BENDER que debe tratarse de un especial sacrificio diminutivo de la propiedad, impuesto a un individuo en favor de la generalidad: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed., p. 165.

<sup>20</sup> *Fallos*, 245: 146, 153, año 1959.

exorbitante al derecho común, por ejemplo el derecho de expropiación, el derecho de los trabajos públicos, *el derecho de legislación, etc.*”<sup>21</sup>

c) *Sustitución del derecho por una indemnización.* Por fin, también ha dicho la jurisprudencia que la ley puede válidamente reglamentar un derecho *sustituyéndolo por una indemnización*, lo cual en verdad quiere decir que la lesión del derecho efectuada por la ley quedará purgada, no con la declaración de inconstitucionalidad de la misma, sino con la reparación pecuniaria del agravio. Partiendo del principio de que los derechos no son absolutos sino relativos, la Corte Suprema ha sentado recientemente el criterio de que “la tutela de un derecho por la justicia no requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existentes,”<sup>22</sup> y que puede admitirse la constitucionalidad de la ley si deja a salvo la “reparación indirecta del agravio jurídico.”<sup>23</sup> Concretamente, se ha resuelto que si una ley sustituye la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público por una indemnización pecuniaria en caso de cesantía, ello se adecua al sistema constitucional, pues “...la garantía del art. 14 «nuevo» se satisface con el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía.”<sup>24</sup>

d) *Posible desarrollo de las excepciones.* Si bien en algunas hipótesis estos distintos argumentos pueden superponerse, interesa de todos modos recordarlos, pues de acuerdo a la propia jurisprudencia pueden dar lugar a la responsabilidad estatal por la actividad legislativa.

La doctrina recuerda por ejemplo el caso ocurrido en el Uruguay con la creación de ANCAP: El legislador prohibió una actividad hasta ese momento legítimamente ejercida por los particulares, y estableció un monopolio estatal sobre tal actividad; la jurisprudencia les reconoció derecho a indemnización, con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa.<sup>25</sup> Nuestra jurisprudencia, que ha admitido la responsabilidad del Estado si a resultas de la actividad legislativa se

<sup>21</sup> HAURIU, MAURICE, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1921, 10ª ed., p. 382. “Finalmente el principio obligatorio me parece ser éste: Enriquecimiento sin causa de un patrimonio administrativo a consecuencia de un daño especial causado a un tercero por el ejercicio de un derecho exorbitante.” (*Op. loc. cit.*)

<sup>22</sup> Corte Suprema, *LL*, 119: 140, 141, *Enrique*, 1965.

<sup>23</sup> Corte Suprema, *LL*, 117: 261, 263, *Borro*, 1964, que invoca el caso *Assereto*, *Fallos*, 249: 654, año 1961, aunque en éste lo que se debatía era si la garantía constitucional quedaba a resguardo con una ulterior reparación patrimonial antes que con la eliminación de la lesión a través del recurso de amparo; en este sentido también *Fallos*, 251: 457.

<sup>24</sup> Corte Suprema, caso *Enrique*, *LL*, 119: 140. Si bien la lesión es producida en forma inmediata por el acto de cesantía, ella surge mediatamente de la ley que autoriza esa cesantía sin derecho a reposición en el cargo; por ello, en definitiva, la lesión en sentido jurídico surge de la propia ley que deniega la reposición y la sustituye por la indemnización.

<sup>25</sup> Caso *Urreta*, publicado en *LL*, 28: 810, 817, año 1942. Conf. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., “La responsabilidad del Estado legislador,” *LL*, 36: 1038 y ss., 1092 y ss., aunque fundándose en el principio de la igualdad ante las cargas públicas; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, pp. 603-5; del mismo autor, “Responsabilidad del Estado por acto legislativo,” *JA*, 1949-I, p. 54, sección doctrina.

produce un enriquecimiento sin causa de aquél, probablemente también habría de reconocer la existencia de responsabilidad en dicho caso.

A su vez, el principio de la especialidad del daño ha sido invocado para fundamentar la responsabilidad del Estado por un acto reglamentario *válido*, con fundamentos que son en un todo aplicables al caso en que el daño es en iguales condiciones producido por una ley: Se ha dicho así en la causa *Reisz* que “si la administración, en ejercicio de facultades cuya legitimidad no se cuestiona en la causa, producía actos que necesariamente incidirían en el objeto del contrato,” “el perjuicio causado al accionante... reúne la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad a que esta corte se refirió en *Fallos*, 180, 107, razón por la cual... cabe reconocer el derecho del demandante a ser indemnizado.”<sup>26</sup>

#### 8. *Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional*

Finalmente, si bien no conocemos antecedentes jurisprudenciales en el sentido de que el perjuicio ocasionado por una ley inconstitucional deba ser indemnizado, nos parece fuera de toda duda que ello debe ser así. El antiguo principio de que “no puede haber derecho legal contra la autoridad que hace las leyes de que el derecho depende”<sup>27</sup> no resulta de aplicación cuando el legislador está a su vez bajo un orden jurídico que no puede modificar ni desobedecer: La Constitución; por ello, si dictara una ley inconstitucional y con ello ocasionara un daño, no hay duda que éste constituirá un daño jurídico necesariamente indemnizable.

Como ejemplo de esto puede tomarse el caso, ya ocurrido en el derecho público argentino, de que una provincia o la Nación misma pretenda impedir el tránsito de mercaderías de una provincia a otra, en contravención al principio constitucional contenido en el art. 11. La Corte Suprema ha tenido oportunidad de declarar inconstitucionales —esto es, antijurídicos— los decretos nacionales o provinciales que en algunas oportunidades establecieron tales prohibiciones, aclarando que “ni la Nación ni las provincias están autorizadas para crear aduanas interiores o institutos o regímenes administrativos que funcionen como tales.”<sup>28</sup> Ninguna razón habría para no llegar a igual conclusión cuando la transgresión constitucional y el consiguiente daño (pérdida o daño de la mercadería percedera cuyo traslado de una provincia a otra se impidiera) proviene no de un decreto del Poder Ejecutivo sino de una ley del Congreso, pues tanto la antijuridicidad como

<sup>26</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 248: 79, 83, *Reisz*, año 1960.

<sup>27</sup> HOLMES, citado por WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act*, Nueva York, 1957, p. 5.

<sup>28</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 177: 237, 270, *Cahiza*, 1937: Un decreto nacional prohibía el embarque de uva de una provincia a otra para su elaboración. Más recientemente, *Fallos*, 252: 39, *Acuña*, 1962.

el daño son idénticos en ambos casos. Tendríamos allí, pues, otro posible ejemplo de responsabilidad estatal por los daños causados por leyes inconstitucionales.<sup>29</sup>

#### IV. Responsabilidad por hechos y actos administrativos

##### 9. La responsabilidad por hechos y actos administrativos

Hasta aquí hemos considerado la responsabilidad del Estado por los daños cometidos, a través de actos judiciales y legislativos; toca ahora referirnos á la responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos, que es la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños.

En este tipo de responsabilidad se han planteado muchos problemas de distinta índole, derivados en su mayor parte del hecho de que se ha querido partir de la aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. El primer problema planteado es que en el Código Civil se exige en principio que el daño sea producido por una conducta *negligente* o *culposa*, para que pueda dar lugar a responsabilidad, y algunos autores y fallos han pensado en ocasiones que el Estado, como persona jurídica que es, no actúa con “culpa,” por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas.. Sin embargo, este argumento es fácilmente desechado si se recuerda que el Estado actúa a través de *órganos* que son desempeñados por personas *físicas*, cuya *voluntad*, manifestada dentro del ámbito de sus funciones, *se imputa al Estado considerándose como suya propia*;<sup>30</sup> o sea que, en definitiva, el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.

El segundo problema planteado es ya más difícil de solucionar claramente, pues ha sido objeto de muchos enfoques discrepantes: se trata de la distinción entre responsabilidad “directa” e “indirecta.” Responsabilidad “directa” es la que corresponde a una persona por un hecho propio (art. 1109 del Código Civil: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”); indirecta, la que corresponde a un

<sup>29</sup> No compartimos por ello la opinión de *Spota, op. cit.*, pp. 578 y 579, cuando expresa que no cabe responsabilidad por una ley inconstitucional, por entender dicho autor que en tal caso la reparación se efectúa a través de la no aplicación de la ley y la restitución de las cosas al estado en que se encontraban anteriormente, ya que precisamente si a resultas de la ejecución de la ley inconstitucional se produce un daño a la propiedad, por ejemplo, no hay restitución posible al estado anterior, y entonces la única solución viable es la reparación del daño. En este sentido se pronunció la Corte Suprema en casos en que el Estado tomó posesión de un bien, en una hipótesis sin mediar expropiación y en otra desistiendo posteriormente de la expropiación iniciada; en ambas situaciones se declaró la ilegalidad e inconstitucionalidad de la medida, y ello evidentemente no comporta diferencia alguna esencial con la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por lo que a la responsabilidad se refiere. Ver *Fallos*, 145: 89, *Delcasse*, 1925; 171: 142, *Miloch*, 1934; 177: 237, *Cahiza*, 1937; 216: 241, *Milberg*, 1950.

<sup>30</sup> Ver *supra*, cap. V.

patrón o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo. (Art. 1113: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.”) Los criterios existentes para determinar cuándo el Estado será responsable “directamente” y cuándo “indirectamente” son muy variados; a ellos nos referiremos a continuación.

10. *Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado.*  
 a) *Distinción por “funcionarios” o “empleados”*

Los autores que distinguen entre “funcionarios” y “empleados,” con el alcance de que los primeros, por representar la voluntad del Estado, son *órganos* suyos, y los segundos, por no realizar sino actividades materiales de ejecución, son sus *dependientes*, hallan fácil la distinción entre responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta. (Por el hecho de un dependiente.) En efecto, sostienen tales autores que existirá responsabilidad directa del Estado cuando actúa un órgano (“funcionario”) suyo o indirecta, cuando actúa un dependiente. (“Empleado.”)<sup>31</sup> Si bien la jurisprudencia nunca se ha definido claramente sobre el punto, pareciera ser que ésta es en el fondo la idea que a veces profesa; pero precisamente porque el punto no está claramente definido, es necesario analizar la corrección del criterio indicado.

Pues bien, hemos visto en el cap. VI que *no existe en la legislación argentina* una distinción entre funcionarios y empleados, esto es, entre personas que decidan en representación de la voluntad estatal, y personas que ejecuten esas decisiones en relación de dependencia; hemos visto también que todos los agentes del Estado, sea cual fuere su naturaleza, jerarquía o función, asumen el carácter de *órganos* del Estado. Aplicando la corrección que resulta de lo que antecede al criterio anteriormente enunciado, resultará que si todos los agentes del Estado son *órganos* suyos, como ocurre en el derecho argentino, entonces la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes *será siempre directa*, no pudiéndose nunca dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas pueda el Estado tener responsabilidad indirecta.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> ALESSI, RENATO, *La responsabilidad della pubblica amministrazioni*, Milán, 1955, p. 48

<sup>32</sup> Es de sumo interés en este sentido recordar la evolución de la jurisprudencia belga, pues ella en su primera etapa se asemejaba a la argentina, y ha pasado en una segunda etapa a un criterio muy cercano al que aquí proponemos, con lo que queda dicho que también la jurisprudencia argentina podría —es lo deseable— evolucionar en igual sentido. Dicha jurisprudencia belga admitió y admite la distinción entre “órgano” y “dependiente,” con el alcance de que la actuación del primero compromete la responsabilidad directa del Estado, y la del segundo la indirecta. Pero en una primera época se dio un carácter restringido al concepto de “órgano” y por ende de “responsabilidad directa;” actualmente, sin embargo, se entiende que es y actúa como órgano (comprometiendo, luego, la responsabilidad directa del Estado) todo “agente que se encuentra en una situación legal o reglamentaria —es decir, que es reclutado por nombramiento—,” y empleado sólo aquel que se encuentra ligado a la administración por un contrato temporal. El concepto belga actual de “funcionario” u

En otras palabras, el rechazo de la distinción entre funcionario y empleado excluye la posibilidad de fundar en ella la distinción entre responsabilidad directa e indirecta de la administración, pero permite, en cambio, afirmar que dicha responsabilidad será siempre directa, en razón de ser siempre órganos propios del Estado los que actúan en su nombre. Esta es la solución que consideramos correcta, pero estimamos necesario referirnos también a otros criterios existentes a fin de efectuar su evaluación.

### 11. Continuación. b) Distinción por “actos” y “hechos”

Otros autores han pretendido hallar la distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado según que se trate de *actos* o de *hechos* de la administración: Los primeros configurarían la hipótesis de responsabilidad *directa*, los segundos *indirecta*.<sup>33</sup> Esta distinción, además de carecer de un convincente fundamento lógico y jurídico, está claramente refutada por una serie de instituciones de derecho administrativo en que se ha admitido más allá de toda duda que ciertos *hechos* pueden ser *directamente* imputables a la administración, comprometiendo precisamente tal tipo de responsabilidad y no en modo alguno la indirecta.<sup>34</sup>

Ello ocurre en materia de: a) Afectación y desafectación de bienes del dominio público, que puede producirse por hechos administrativos, en el sentido de hechos provenientes de la propia administración;<sup>35</sup> b) daños causados por trabajos públicos, materia en la cual la Corte Suprema ha dicho que “cuando ésta (la obra pública) desmejora o desvaloriza en cualquier sentido o en cualquier medida los inmuebles linderos, puede decirse que hay por parte de la autoridad una ingerencia, y hasta cierto modo, una ocupación de esos inmuebles;”<sup>36</sup> es decir, se admite que es un hecho “de la autoridad,” un hecho de la propia administración; c) restricciones administrativas a la propiedad privada, en las que se reconoce que pueden constituirse a través de hechos administrativos,<sup>37</sup> es decir, actuaciones materiales directamente imputables a la administración como propias de ella; d) el empleo de la fuerza pública, o sea, de la coerción directa e inmediata a cargo de los

“órgano” es tan amplio como para abarcar prácticamente a todos los agentes de la administración, con lo que resulta que en la práctica la responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes será siempre directa. Ver BUTTGEBACH, ANDRÉ, MANUEL de *droit administratif*, Bruselas, 1959, p. 307, que expone el citado criterio de distinción de la jurisprudencia de su país.

<sup>33</sup> En este sentido CASSETTA, ELIO, *L'illecito degli enti pubblici*, Turín, 1953, pp. 119 y 120. No está de más recordar aquí nuevamente que un acto es una declaración de voluntad (decisión), conocimiento (certificación) o juicio (opinión), mientras que un hecho es una mera actuación o comportamiento material. Ver *supra*, cap. IX, y nuestro libro *El acto administrativo, op. cit.*, cap. II.

<sup>34</sup> O sea, que la comisión de hechos no constituye de por sí una hipótesis de responsabilidad indirecta.

<sup>35</sup> Sobre esto puede verse MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público, op. cit.*, pp. 158, 160, 171, 191, 196 y ss.

<sup>36</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 211: 46, ZAVALETA DE LABRUE, 1948; 185: 105, Piria, 1939.

<sup>37</sup> Ver BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. IV, pp. 338 y 339; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. VI, p. 80, y otros.

órganos policiales administrativos, configuran también hechos administrativos,<sup>38</sup> etc. Todo ello, en definitiva, se traduce en la existencia de una figura específica de derecho administrativo: El hecho administrativo, que procede naturalmente de los *órganos* administrativos, en forma *directa*: “Es el comportamiento material, operaciones que representan actividad física de los órganos de la administración por medio de los cuales el Estado... realiza actividad administrativa.”<sup>39</sup>

Por fin, si se advierte que un hecho administrativo puede ser seguido de un acto que lo ratifica, y que la distinción entre acto y hecho administrativo depende nada más que de la forma en que la voluntad administrativa se exterioriza,<sup>40</sup> si se tiene presente entonces que la actuación de un órgano administrativo necesariamente se traduce alternativamente en actos y hechos, en forma sumamente entrelazada y sin que pueda en modo alguno señalarse una predominancia de los unos sobre los otros, menos aún podrá decirse que sólo los actos son del órgano en cuanto tal y por lo tanto del Estado, pero no los hechos que concomitantemente realiza.

Concluimos entonces que en el derecho administrativo positivo, tanto los actos como los hechos realizados por un órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones, son imputables al Estado, y generan eventualmente su responsabilidad *directa*.

## 12. Continuación. e) Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima

Otra forma de intentar la distinción, tal vez la más vulgarizada, tiene su punto de apoyo en el art. 36 del Código Civil, de acuerdo al cual “se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efectos respecto de sus mandatarios;” en consecuencia, serán actos y hechos propios del Estado los que realicen sus agentes dentro de sus atribuciones; en lo que se excedan de ellas, sus actos o hechos no son imputables directamente al Estado y darían lugar a la aplicación de la responsabilidad indirecta si se dan las condiciones pertinentes. (Relación de dependencia, culpa, etc.)

De este criterio se ha ocupado la propia jurisprudencia, sosteniendo con acierto que “la irresponsabilidad de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, más allá de sus atribuciones, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes han obrado dentro de sus propias funciones,”<sup>41</sup> sentando de tal modo el principio de que un acto es imputable directamente al

<sup>38</sup> Ver BIELSA, *op. cit.*, t. IV, p. 40; FIORINI, BARTOLOMÉ, *Poder de policía, op. cit.*, 1957, p. 310 y ss.

<sup>39</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo, op. cit.*, 1956, p. 69. Ampliar en GASPARRI, PIETRO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padua, 1964, p. 9 y ss.; TESAURO, ALFONSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, “Diritto amministrativo,” Turín, 1961, p. 118 y ss.

<sup>40</sup> *Supra*, cap. IX, y nuestro libro *El acto administrativo, op. cit.*, cap. II.

<sup>41</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 163: 155, 162, *Ferrugia*, 1931; ver también 160: 381, *Gasull*, 1931, en igual sentido y *supra*, cap. V, n° 4 y 5.

Estado y lo hace responsable, en su caso, cuando es ejecutado por el órgano dentro de sus *funciones* o tareas, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus *atribuciones* o límites legales. Recordamos el efecto la distinción que hicieramos en el cap. V entre “ejercicio de la función” y “ejercicio de la competencia.” La segunda constituiría la actuación legítima, dentro del límite de las atribuciones del funcionario, mientras que la primera constituiría simplemente la actuación del funcionario dentro de las tareas a él encomendadas, sin interesar que su actuación sea legítima o ilegítima.

Por lo demás, el derecho administrativo ya ha hecho un frontal rechazo del art. 36 del Código Civil a través de todas sus instituciones y en particular de la del acto administrativo: *a)* Se ha dicho así que un acto administrativo, aunque viciado, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente;<sup>42</sup> obviamente, afirmar que el acto ilegítimo, dictado en extralimitación de las atribuciones del órgano que lo produjo, mantiene su condición de acto administrativo y no se transforma en un acto personal del agente que lo dicta, es repudiar lisa y llanamente aquella norma del Código Civil;<sup>43</sup> *b)* como consecuencia de lo anterior, cuando el derecho argentino establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales llamados “de lo contencioso administrativo”<sup>44</sup> en un juicio contra el Estado, está admitiendo también, inexorablemente, que el acto viciado es o puede ser del Estado, *propio* de él, y no un acto personal del funcionario; *c)* cuando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve,<sup>45</sup> también se reconoce sin duda que el acto es del Estado y no personal del funcionario, a pesar del vicio que tiene; *d)* en materia de “funcionarios de hecho” —aquellos que tienen un nombramiento irregular— se admite también que sus actos son administrativos, válidos o anulables según el caso, pero administrativos al fin.<sup>46</sup>

En suma: En el derecho público, es un error pensar que sólo los actos legítimos son propios del Estado y comprometen por lo tanto su responsabilidad directa, en criterio similar al art. 36 del Código Civil; por el contrario, según lo acabamos de ver, también los actos ilegítimos pueden ser propios del Estado y comprometer su

<sup>42</sup> Corte Suprema, caso *Los Lagos*, que analizamos en nuestro libro *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 87 y ss.

<sup>43</sup> Más aun: Nunca podría hablarse de “nulidad” de un acto administrativo si se aplicara dicha norma, porque todo vicio determinante de nulidad implicaría una extralimitación legal, y por lo tanto un acto personal del funcionario, no un acto del Estado. En tal criterio, sólo serían “actos administrativos” los actos válidos emanados de una autoridad pública, lo cual es un absurdo en el derecho público. Que en el derecho privado se sostenga todavía, por el contrario, que sólo es acto jurídico el acto válido, no así el inválido, es afirmación que corre por cuenta de algunos civilistas, y que no se ha fundamentado hasta ahora debidamente.

<sup>44</sup> Ver al respecto *supra*, cap. XIV, acerca de los caracteres y defectos de esta terminología.

<sup>45</sup> Ver *supra*, cap. IX, n° 20.

<sup>46</sup> Ver nuestro libro *El acto administrativo*, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

responsabilidad directa, cuando han sido realizados *dentro del ejercicio aparente de la función* encomendada al agente del Estado, sea dicha función regular o irregularmente ejercida, legítima o ilegítimamente manifestada.

### 13. *Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado*

Reafirmamos entonces nuestro concepto de que todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto órganos de él.<sup>47</sup> Por ello, no son “dependientes” en el sentido del art. 1113 del Código Civil: Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, actúan como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos. La responsabilidad del Estado es en consecuencia —en estos casos— siempre directa; pues no tiene el Estado “agentes,” esto es, personas humanas, que no sean *órganos suyos*.

Por lo demás y según también lo vimos, no altera esta conclusión el que la actividad del órgano se manifieste a través de actos o de *hechos*, legítima o ilegítimamente, pues todo demuestra que tanto puede haber hechos propios del Estado, como actos o hechos *ilegítimos* propios del Estado: En ambos casos comprometerán su responsabilidad directa.

De ello se desprende que la tesis sostenida en la jurisprudencia y en la totalidad de la doctrina,<sup>48</sup> de acuerdo a la cual el Estado puede ser responsable “indirectamente” —o sea, como empleador por el hecho de sus dependientes— por los actos o hechos de sus agentes, es insostenible desde el punto de vista conceptual; la responsabilidad existe, pero no es “indirecta” sino “directa.”

Tampoco puede afirmarse que cuando el agente actúa dentro de sus funciones es órgano y origina responsabilidad directa, pero que cuando se excede de ellas es *dependiente* y origina responsabilidad indirecta, puesto que uno de los requisitos fundamentales para que sea procedente la responsabilidad indirecta es que el dependiente haya actuado en el ejercicio de las tareas a él encomendadas por el superior. Luego, si el agente actúa en ejercicio de las tareas encomendadas, actúa como órgano; cuando se excede de ese ejercicio no actúa como órgano ni tampoco como dependiente, pues sólo se es dependiente, en el sentido de la responsabilidad indirecta, cuando se ejecutan tales tareas.

### 14. *Comparación entre nuestro concepto de responsabilidad directa y el jurisprudencial de responsabilidad indirecta*

De lo antedicho se desprende una interesante superposición entre ambos conceptos: La responsabilidad directa del Estado surge en nuestro concepto de que

<sup>47</sup> *Supra* cap. V y VI.

<sup>48</sup> Nos referimos, desde luego, a la doctrina que acepta la responsabilidad del Estado, no a la más anticuada que la niega radicalmente.

un órgano suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones; la responsabilidad indirecta del Estado en el concepto que criticamos surge de que un dependiente suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones.

1º) Ambos conceptos coinciden en la medida en que en ambos lo determinante de la responsabilidad es el *ejercicio aparente de la función*. (Entendida en sentido amplio: Acto o hecho, regular o irregular.)<sup>49</sup> En otras palabras, existiendo ejercicio aparente de la función, existe responsabilidad del Estado en ambos criterios.

2º) Coinciden también en que ambos casos se exige que la conducta de los agentes del Estado sea dañosa y, en principio, culposa. Ahora bien, como se ha producido una importante evolución en el siglo actual acerca de la exigencia de la “culpa” para que el daño ocasionado por una persona deba ser indemnizado por ésta, existen cada vez mayor número de casos en que la jurisprudencia ha admitido, con acierto, responsabilidad del Estado sin exigir una acabada demostración de la culpa: a) Daños causados por la ejecución de trabajos públicos,<sup>50</sup> b) daños causados en forma anónima por la administración pública, sin que el autor concreto del daño sea individualizado,<sup>51</sup> etc.

3º) Coinciden en admitir que el daño puede ser producido por una *omisión*, en lugar de un acto o hecho concreto.<sup>52</sup>

4º) En ambos casos debe exigirse que el daño sea cometido por el agente (órgano o dependiente) “en ejercicio” y no “con ocasión” de la función: Es decir, que no basta con que el daño sea cometido en el lugar y en horas de trabajo, sino que debe tener alguna relación, aunque sea aparente, con el objeto de las funciones encomendadas al agente.<sup>53</sup>

5º) Sin embargo, estos criterios difieren en la práctica en algo importante: Encauzado el criterio jurisprudencial en el sentido de que “responsabilidad indirecta” del Estado es la que le corresponde por los hechos y actos de sus propios agentes públicos, no encontró fundamento jurídico disponible para decidir que el Estado debiera ser responsable por los actos y hechos de sus entidades descentralizadas, y es así como ha resuelto que teniendo éstas personalidad jurídica propia, no puede demandarse al Estado central por los daños por ellas cometidos. Ahora bien, analizando la cuestión desde nuestro concepto, en el que hemos llamado

<sup>49</sup> Acerca de los criterios existentes para determinar si ha existido o no ejercicio de la función, ver *supra*, cap. V, nº 4 y 5.

<sup>50</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 185: 105, *Piria*, 1939; 211: 46, *ZAVALETA DE LABRUE*, 1948; 258: 345, *Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/Provincia de Buenos Aires*, 1964.

<sup>51</sup> Así se lo ha considerado en caso de incendios producidos por agentes estatales (169: 111, *Devoto*, 1933), certificados erróneos expedidos por el Registro de la Propiedad (182: 5, *Ferrocarril Oeste*, 1938; 192: 345, *Dupre*, 1942; 190: 465, *Saslavsky*, 1941; 205: 365, *Pérez Ortiz*, 1946; 210: 346, *Butavand y Cía.*, 1948, etc.), daños derivados de una intervención policial (205: 635, *Susan*, 1946), etc.

<sup>52</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 192: 367, *Spinacci*, 1942, y otros.

<sup>53</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 194: 170, *Rodríguez*, 1942, y otros.

responsabilidad directa a la que corresponde al Estado por los hechos de sus órganos, es fácil llegar a la conclusión de que los entes descentralizados del Estado, como *dependientes* que son del Estado central (pues han sido creados por él y pueden ser disueltos por él; son controlados también por él, a través del recurso jerárquico, nombramiento de autoridades, intervención, autorización o aprobación del presupuesto, etc.) comprometen su responsabilidad *indirecta*. La diferencia, pues, es que considerando responsabilidad indirecta a la que corresponde al Estado por los hechos de sus agentes, no existe un fundamento jurídico para nacerlo fácilmente responsable por los hechos de sus entidades descentralizadas; a la inversa, considerando a la primera, como corresponde, responsabilidad directa, surge lógica la aplicación de los principios de la responsabilidad indirecta a la segunda situación. Tal es pues nuestro criterio en la cuestión.<sup>54</sup>

### 15. *Coordinación entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario*<sup>55</sup>

El funcionario público es también responsable civilmente por los daños cometidos en el ejercicio de la función, pero en la práctica su responsabilidad no es efectivizada por cuanto los interesados demandan directa y exclusivamente al Estado, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños; el Estado, por su parte, no siempre reclama de sus agentes por los daños cometidos por éstos respecto de terceros y que lo obligan eventualmente a indemnizar.

Para solucionar tal estado de cosas no puede en modo alguno, proponerse la supresión de la responsabilidad del Estado, dejando como único responsable al funcionario, pues éste será generalmente insolvente; además, existirán casos en que el funcionario, por haber actuado regularmente, no será responsable, a pesar de lo cual puede haber resultado un daño del ejercicio de su función: En tal hipótesis es necesario que el Estado sea responsabilizado.

Lo que corresponde, a nuestro juicio, es declarar que la responsabilidad del funcionario y del Estado son conjuntas, correspondiendo en consecuencia demandar a ambos en forma mancomunada; si, dictada la sentencia que condena al funcionario y al Estado, ella no puede ser satisfecha sobre los bienes del primero por resultar los mismos insuficientes, entonces corresponderá que el Estado, en *forma subsidiaria, responda por el todo*.<sup>56</sup> La jurisprudencia, que en el pasado se pronunció en muchos casos sobre la responsabilidad estatal sin hacer mención alguna a la del funcionario autor del daño —que no había sido demandado— ha dicho más recientemente que corresponde condenar en forma conjunta al Esta-

<sup>54</sup> Así lo sostuvimos en nuestra tesis doctoral, Buenos Aires, 1958, en criterio que ha compartido MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, t. I, p. 421.

<sup>55</sup> Ampliar en nuestro artículo “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos y su coordinación con la responsabilidad del Estado,” en nuestro libro *Estudios de derecho administrativo, op. cit.*, p. 53 y ss.

<sup>56</sup> Ampliar en el trabajo citado en la nota anterior, p. 82 y ss.

do y al funcionario que cometió el hecho dañoso;<sup>57</sup> es la tesis correcta que es de desear pueda prosperar.

La importancia de que el funcionario sufra también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva, pues esto, constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades 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 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>58</sup>

### *Sinopsis*

1. No sólo es importante que el Estado sea responsable, sino que también el funcionario lo sea simultáneamente, para evitar de tal modo, siquiera en parte, la repetición de los daños.

2/3. La responsabilidad del Estado no funciona según los cánones clásicos de la responsabilidad civil (antijuricidad, daño, culpa), pues en algunos casos responde a pesar de que su acción sea legítima, y en otros a pesar de no existir culpa.

4. La responsabilidad del Estado puede surgir de actos legislativos, judiciales o administrativos: De acuerdo al concepto amplio de función administrativa estudiado, estos últimos también podrán ser producidos por el Poder judicial o Legislativo.

5. En nuestro país no existe responsabilidad del Estado por acto judicial.

6. No hay en principio responsabilidad por acto legislativo.

7/8. Ese principio sufre excepción cuando la ley produce un perjuicio especial, cuando origina un enriquecimiento sin causa para la administración, cuando sustituye un derecho garantido constitucionalmente por una indemnización, y cuando es inconstitucional.

<sup>57</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 255: 321, 325, *Nación Argentina o. Provincia de Córdoba y otro*, 1963.

<sup>58</sup> HAURIUO, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, 1929, p. 649. Ampliar en el trabajo citado en la nota anterior, p. 54 y ss.

9. La responsabilidad por hechos y actos administrativos presenta el problema de si ha de distinguírsela, y cómo, en directa e indirecta. (Arts. 1109 y 1113 del Código Civil.)

10. Algunos efectúan la distinción según que actúen “funcionarios” o “empleados,” lo que es errado pues en el derecho argentino todos los agentes del Estado tienen la misma calificación jurídica.

11. Otros hacen la distinción según que se trate de actos o de hechos, lo que es impropio por cuanto los hechos también son producidos directamente por el Estado.

12. El Código Civil daría base para hacer la distinción según que la actividad sea legítima (dentro de las atribuciones) o ilegítima; pero en el derecho administrativo también la actividad ilegítima puede ser imputable directamente al Estado.

13. La responsabilidad del Estado por los hechos y actos de sus agentes es siempre directa, pues todos éstos son órganos suyos y por lo tanto sus actos y hechos se imputan directamente al ente al cual pertenecen.

14. En la práctica, aunque la jurisprudencia hable de responsabilidad indirecta para referirse a los daños cometidos por los agentes del Estado, ello no implica ninguna diferencia en lo siguiente: Para que exista responsabilidad es necesario *a)* que el daño sea cometido en el ejercicio aparente de la función; *b)* debe haber en principio, pero no necesariamente, culpa; *c)* el daño debe haber sido cometido en ejercicio de la función, y no tan sólo en ocasión de la misma; *d)* puede tratarse de una omisión. Sin embargo, en el criterio jurisprudencial no se admite la responsabilidad del Estado por sus entes descentralizados, lo que constituye una hipótesis de responsabilidad indirecta; de corregirse el criterio anterior cambiaría probablemente éste.

15. Debe coordinarse la responsabilidad del funcionario y del Estado, demandando y condenando conjuntamente a ambos, pues de lo contrario el funcionario actúa en la impunidad.