

Responsabilidad del Estado por el obrar irregular de sus funcionarios

Noemí Lidia NICOLAU

1. En el estadio actual del derecho de daños en Argentina, es indudable que el Estado debe reparar todo daño que cause por su accionar, inclusive, en algunas circunstancias, por su accionar lícito.¹ Por tanto debe asumir también la reparación de los perjuicios ocasionados por sus funcionarios, aunque cabe aclarar, de entrada, que el primer obligado al resarcimiento debería ser el propio funcionario.

La experiencia muestra que, en general, los ciudadanos no reclaman al obligado principal y generalmente se acciona sólo contra el Estado, el que a su vez tampoco repite contra el funcionario. De manera tal que los daños por el irregular obrar de los funcionarios son pagados exclusivamente por el Estado, lo que supone una notoria injusticia en la práctica de nuestro país. Dice Gordillo:

Lamentablemente han sido muy pocos los casos en que el actor ha hecho efectiva esa responsabilidad en forma conjunta. Hemos considerado 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 hacer tanto uno como el otro y generalmente lo hará

¹ Esta afirmación que entre nosotros parece ya una verdad de perogrullo, sin embargo, en algunos autores provoca enfáticas reacciones. Puede verse Pantaleón, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)”, *Estudios de responsabilidad civil. Homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson-Ciudad Argentina, 2001, p. 205. Allí expresa: “Y éste es el momento de reiterar que una responsabilidad civil extracontractual de las administraciones públicas por todos los daños fortuitos que sean realización de riesgos propios de cualesquiera actividades que aquéllas realicen, se trate o no de actividades especialmente peligrosas, me parece un despropósito jurídico y social de primer orden”.

el Estado— sino también de castigar al verdadero responsable de aquél —que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió— a fin de contribuir a evitar su repetición. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa, en la práctica, otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales.²

Varias son las cuestiones que plantea la responsabilidad de los funcionarios por su obrar irregular. En este trabajo no abordaremos esa responsabilidad, sino la obligación del Estado por el accionar de sus funcionarios, y analizaremos, en particular, si el riesgo creado puede ser el factor de atribución para imputar al principal esa obligación.

2. La obligación de indemnizar el daño causado tiene, en nuestra opinión, una estructura unitaria en todo el ámbito del derecho, dado que los presupuestos para que ella nazca son los mismos en todos los casos: dañosidad, antijuridicidad, factor de atribución y relación de causalidad.

Así como ontológicamente no cabe diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual, tampoco corresponde considerar diferencias estructurales entre la responsabilidad de los particulares o la del Estado.³ Aunque la doctrina iuspublicista durante mucho tiempo sostuvo a ultranza lo contrario, en la actualidad va admitiendo que cualquiera de esos supuestos son similares en su estructura, aunque puede existir un régimen legal diferenciado.

Tal como afirmó Aída Kemelmajer de Carlucci hace ya muchos años:

El derecho “vivo”, el de nuestros tribunales, no adopta la misma actitud que los autores administrativistas: si bien admite la existencia de principios específicos, recurre en forma permanente al articulado del Código Civil... Esta posición da muestras acabadas de que destruir la estructura no es eliminar todos sus brotes. Es que el derecho no puede dividirse en compartimentos estancos y, mucho menos, en materia de responsabilidad.⁴

² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2006, t. II, cap. XX, p. 3.

³ Así lo sostuvimos en nuestro trabajo “La responsabilidad en el derecho público. Su conexión con una teoría general de la responsabilidad por daños”, en *Juris* 77-241.

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Responsabilidad del Estado (una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad)”, *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, Buenos Aires, La Ley, 1985, pp. 211 y ss.

Mosset Iturraspe ha dado muy buenas razones para demostrar que la denominada teoría de la indemnización, que sería uno de los sostenes de la responsabilidad en el derecho público, no permite mostrar diferencias estructurales con la teoría de la responsabilidad, que los cultores del derecho público circunscriben al derecho privado.⁵

3. Desde una perspectiva normológica general, la responsabilidad del Estado está regulada, en primer término, por el artículo 43 del Código Civil cuando establece que las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren. Al Estado, como persona jurídica de derecho público, se le atribuye el obrar de las personas físicas que lo dirigen o administran. Dicha norma debe ser concordada con el artículo 1113 del mismo Código, en tanto regula que “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia...”.

A su vez el artículo 1112 del Código Civil dispone 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 comprendidos en las disposiciones de este título”.

Precisamente, en este trabajo consideramos el acto dañoso que se imputa al Estado y que deriva del obrar irregular de un funcionario, tema que plantea en primer lugar la necesidad de averiguar si la categoría de funcionario es diferente a la de empleado o agente del Estado.

En la doctrina civilista, a propósito del artículo 1112 ya citado, hay acuerdo en considerar que funcionario público es toda persona que ejerce una función pública, ya sea de manera permanente o transitoria, gratuita o remunerada. En este concepto amplio se comprende tanto a los funcionarios como a los empleados o agentes del Estado.⁶

No hay acuerdo, en cambio, en la doctrina administrativista argentina. Algunos consideran que debe distinguirse si el funcionario es o no órgano del Estado. Para los que así piensan, los funcionarios son órganos y representan la voluntad del Estado, en tanto los empleados realizan activida-

⁵ Mosset Iturraspe, Jorge, “La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo”, *La responsabilidad. Libro homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 770.

⁶ Un relevamiento de las diversas opiniones puede verse en Sagarna, Fernando A., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres (dir.), Elena Highton (coord.), Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3-A, p. 445.

des de ejecución y operan como dependientes. Gordillo, por su parte, entiende que no existe distinción entre funcionarios y empleados, para él todos los agentes del Estado, sea cual fuere su jerarquía o función, asumen el carácter de órganos del Estado. De allí se deduce, dice el prestigioso administrativista, que la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes será siempre directa, no pudiéndose dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas el Estado tenga responsabilidad indirecta.⁷

La discusión parte de la concepción organicista o institucionalista que se sostenga. Se oponen a la postura organicista ya descrita, aquellos para los que el Estado nunca podrá ser imputado de responsabilidad directa, porque estiman que siempre actúa mediante la conducta de sus funcionarios, es decir, que no puede tener conductas propias.

Nuestra Corte Suprema de Justicia en 1997, modificando el criterio anterior sustentado en el caso “Vadell, Jorge F. c/Buenos Aires, Provincia de”, de 1984 (*Fallos*: 306:2030) reivindica que la responsabilidad del Estado por el obrar de sus funcionarios es siempre indirecta, dado que

...la responsabilidad extracontractual del ente público por los hechos ilícitos de sus funcionarios es siempre una responsabilidad indirecta, no pudiendo tener otro carácter. Y es que el hecho generador de todo daño —sea a través de un acto administrativo, sea directamente a través de un acto material o de una conducta omisiva— es en cualquier caso un comportamiento no ya del ente público, sino de los sujetos físicos que actúan en el ámbito de su organización. La realización de dicho supuesto puede ser originada solamente por el funcionario, es decir, por la persona física dotada con capacidad de obrar y, por consiguiente, idónea para poder adoptar un comportamiento dañoso.⁸

Admitido por nuestra parte que en el concepto de funcionario se comprenden también los empleados, advertimos que no corresponde diferenciar al funcionario de hecho y al de derecho, cualquiera de los dos compromete con su accionar irregular la responsabilidad del Estado.

⁷ Gordillo, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

⁸ CSJN, 17 de abril de 1997, “Salvatore de López, Amelia c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 320:568.

Como puede observarse, esta afirmación toma en cuenta el accionar *irregular*, dejando fuera la conducta regular del funcionario, lo que lleva a pensar si conducta *irregular* es sinónimo de ilegítima o ilícita. A nuestro entender, los tres vocablos se emplean en sentido similar. Se sostiene que para predicar de la conducta de un funcionario que es irregular, ilegítima o ilícita, éste debe tener regladas sus facultades, pues contrastando la conducta con las normas, podría determinarse la irregularidad.

Por nuestra parte estimamos que para imputar responsabilidad al Estado no procede distinguir, porque, en principio, cuando el funcionario con su actividad cause daños, siempre el Estado deberá responder.⁹ Dice Gordillo:

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 artículo 36 del Código Civil; por el contrario, según lo acabamos de ver, también los actos ilegítimos pueden ser propios del Estado y comprometer su 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.¹⁰

4. En el sistema actual de la responsabilidad civil son frecuentes los cuestionamientos a los avances habidos en las últimas décadas en materia de determinación del factor de atribución, pues en este presupuesto de la responsabilidad civil está el centro ideológico del denominado derecho de daños.

Como es sabido, la admisibilidad del factor objetivo de atribución fue el gran avance en materia de reparación de daños, porque significó liberar a la víctima de la prueba de la culpa del agente dañador, en algunos supuestos de hecho muy excepcionales en los primeros tiempos. No obstante, las corrientes subjetivistas impugnan todavía la expansión del factor objetivo porque, implícitamente, consideran que la obligación de indemnizar el daño sólo nace cuando el hombre que, en principio, es libre, emplea su libertad con negligencia o impericia y como consecuencia daña a otro.

⁹ Acerca de las distintas posiciones puede verse Sagarna, *op. cit.*, nota 6, p. 454.

¹⁰ Gordillo, *op. cit.*, nota 2, p. 26.

Son bien variados los fundamentos que se dan para sostener el factor objetivo de imputación. Compartimos con Pizarro que la teoría del *riesgo creado*, desarrollada en la formulación originaria del factor objetivo, es la que aporta el fundamento más sólido. Se sostuvo entonces, con razón, que quien crea un riesgo, una actividad potencialmente dañosa, si causa daño debe responder, aunque la actividad sea lícita, y sin importar que haya o no obtenido algún beneficio de ese hecho o acto dañoso.¹¹

En consecuencia, sostener que el Estado responde por el obrar irregular de los funcionarios, a título de riesgo creado, supone tomar una postura iusfilosófica. En ella subyace el pensamiento, según el cual, la sociedad para gobernarse a sí misma elige una forma de gobierno y nombra funcionarios para llevar adelante el plan de gobierno, razón por la que debe asumir el riesgo del obrar de ellos, más allá de cualquier exclusivo fin utilitario.¹²

Se ha dicho que: “Según las normas constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad, cuando un derecho patrimonial cede, por razón de un interés público, frente al Estado, o sufre daño por su actividad, ese daño debe ser indemnizado, tanto si la actividad que lo produce es ilícita o ilegítima, como si no lo es”.¹³ La imputabilidad objetiva del Estado por riesgo creado se funda también en que su accionar en pro del interés general, en ocasiones significa crear y asumir riesgos, por ejemplo, la chance de sacrificar intereses particulares. De modo que si el daño a esos intereses se concreta, el Estado debe indemnizarlo, en razón del principio general de no dañar, y de los principios constitucionales de respeto a los derechos de los ciudadanos.

El Estado responde por el riesgo creado a tenor del artículo 1113 del Código Civil, por su parte el funcionario responde, en principio, por su culpa o dolo, según lo dispuesto en el artículo 1112. Ambas responsabilidades pueden ser reclamadas de manera autónoma por los damnificados,

¹¹ Pizarro, Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, pp. 59 y ss. Sintetiza el autor las diversas teorías que tratan de explicar el factor objetivo de atribución de responsabilidad, a saber: la del riesgo creado, la noción de beneficio como asimilable al riesgo de empresa y la doctrina del acto anormal.

¹² Garrido, Roque y Andorno, Luis, *El artículo 1113 del Código Civil. Comentario*. Anotado, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 17.

¹³ CNFed.CAdm., Sala IV, 10 de septiembre de 1987, L. L. 1988-A-326 y D. J. 1988-1-617.

esto significa que la víctima del obrar dañoso puede acumular las acciones, pero no está obligada a demandar al funcionario, antes o conjuntamente, con el Estado.¹⁴

5. Por lo expuesto, el daño resarcible causado a una persona por el obrar irregular de un funcionario del Estado (incluyendo los agentes en general), en el ejercicio de sus funciones, ya sea en el área de la salud, de la seguridad, de la educación, tanto en el poder administrador como en el judicial o legislativo, determina la atribución de responsabilidad indirecta y objetiva del Estado. El fundamento del factor de atribución objetivo es el riesgo creado por la acción de gobierno, y la norma legal aplicable es el artículo 1113 del Código Civil, concordado con los artículos 43 y 1112 del mismo texto legal.

¹⁴ Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad de los funcionarios públicos”, en L. L. 1989-C-982.