

## RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. El fallo anotado .....	163
2. La responsabilidad del Estado se afirma en el Estado de justicia .....	166
3. Se amplía a los tres poderes .....	176
4. Y alcanza tanto a hechos ilícitos como a actos lícitos .....	179
5. Cumplidos a través de la actuación de quienes integran sus órganos, autoridades, funcionarios, empleados .....	179
6. En ejercicio o con ocasión de sus funciones .....	182
7. Imputables a factor objetivo: riesgo creado, o subjetivo: culpa o dolo .....	182
8. Siempre que guarden relación adecuada de causalidad .....	183
9. El caso resuelto por la Corte. Sus particularidades .....	183

## **RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**

**SUMARIO:** 1. El fallo anotado. 2. La responsabilidad del Estado se afirma en el Estado de justicia. 3. Se amplía a los tres poderes. 4. Y alcanza tanto a hechos ilícitos como a actos lícitos. 5. Cumplidos a través de la actuación de quienes integran sus órganos: autoridades, funcionarios, empleados. 6. En ejercicio o con ocasión de sus funciones. 7. Imputables a un factor objetivo: riesgo creado, o subjetivo: culpa o dolo. 8. Siempre que guarden relación adecuada de causalidad. 9. El caso resuelto por la Corte. Sus particularidades.

## 1. EL FALLO ANOTADO

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aconcagua Cía. de seguros y otra c. Provincia de Buenos Aires.

### *Opinión del Procurador General de la Nación*

Con los estatutos sociales acompañados a fojas 7 y 8 ha quedado acreditada la distinta vecindad de los actores respecto de la provincia de Buenos Aires.

En consecuencia, habida cuenta del carácter civil de la causa, V. E. es competente para conocer de ella en forma originaria, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional y 24, inciso 1º del decreto - ley 1285/58. Setiembre 17 de 1979. *Mario Justo López.*

Buenos Aires, agosto 13 de 1981.

### RESULTA:

I. A fojas 115/22 se presentan las actoras iniciando demanda por cobro de \$ 7.870.000 con más la desvalorización monetaria, intereses y las costas del juicio, en su carácter de aseguradoras del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. según póliza número 40.355.

Dicen que el día 9 de setiembre de 1977, personal de la institución asegurada retiró dinero en efectivo y

cheques de la Bolsa de Comercio de la ciudad de Mar del Plata, el que debía ser transportado en un camión blindado con custodia policial. Al trasladarse el dinero hasta el vehículo, los portadores fueron asaltados por un grupo armado cuya labor fue facilitada —según se comprobó— por el personal de custodia. Posteriormente, y descubierta la organización delictiva, se recuperó parte del botín y del resto, las empresas aseguradoras abonaron al asegurado \$ 7.870.000.

Sostiene la responsabilidad que, emergente de la actitud del cabo Espino, corresponde atribuir a la provincia demandada y destaca, tras otras consideraciones, que los codemandados Capalbo, Sánchez y Espino fueron condenados en primera instancia en la causa penal que se les siguió en la ciudad de Mar del Plata y que, al momento de la demanda, se encuentra en la respectiva Cámara de Apelaciones.

II. A fojas 138/41 se presenta la provincia de Buenos Aires. Formula una negativa general de los hechos invocados y descarta su responsabilidad, afirmando que el policía Espino nada tenía que ver con el hecho ya que aun en la hipótesis de que se acreditara su participación dolosa su actitud no fue la causa ni el factor determinante del asalto. Formula otras consideraciones.

III. A fojas 156 y fojas 168 obran las declaraciones de rebeldía de los codemandados Espino, Capalbo y Sánchez, respectivamente.

#### CONSIDERANDO :

1º) Que esta causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículos 100 y 101, Constitución Nacional).

2º) Que han quedado acreditados en autos, la existencia del contrato de seguros invocado, el pago de las sumas reclamadas por la aseguradora, la cuantía de lo sustraído y no recuperado y la contratación por el Banco de Galicia y Buenos Aires del servicio policial de vigilancia (ver liquidación de fs. 54/59, fs. 65/66, informe del perito obrante a fs. 208/12 y contestación de oficio de fs. 213).

3º) Que los antecedentes de la causa penal que en fotocopia corren por cuerda separada acreditan la responsabilidad penal de los demandados y, en lo que hace al ex cabo de la policía provincial, Angel J. Espino, su participación en el acto delictivo que provocó su condena a seis años de prisión (ver sentencia del 16 de octubre de 1980, dictada por la sala 1ª de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Penal de Mar del Plata).

4º) Que ello determina la responsabilidad civil de la provincia de Buenos Aires y los restantes codemandados, basándose la de aquélla en el daño causado por quienes se hallaban bajo su dependencia y cumplieron de manera irregular las obligaciones impuestas por la función que ejercían. Por lo demás, esa actitud ha sido juzgada penalmente y su culpabilidad no puede impugnarse en este juicio (artículo 1102, Código Civil). Se hace aplicable así la doctrina de esta Corte expuesta, entre otros casos, en Fallos: t. 252, p. 191; t. 273, p. 404; t. 300, p. 639 (Rep. La Ley, t. XXIII, p. 375, sum. 89; Rev. La Ley, t. 136, p. 840; t. 1978-D, p. 77).

5º) Que admitida esa responsabilidad corresponde fijar el monto indemnizatorio contemplando para ello el reajuste por depreciación monetaria. Una conocida jurisprudencia del tribunal ha precisado las pautas a tener en cuenta (Fallos: t. 297, p. 516 —Rep. La

Ley, t. XL, A-I, p. 748, sum. 463— t. 300, p. 639) y sobre esa base y habida cuenta de las fechas en que las aseguradoras pagaron a su cliente, cabe señalar como suma total la de \$ 105.000.000.

Por ello, se decide: Hacer lugar a la demanda y condenar a los demandados a pagar la suma de \$ 105.000.000 con más intereses al 6 % desde la fecha de los pagos hasta la notificación de esta sentencia y desde entonces, según las tasas habituales del Banco de la Nación Argentina. Con costas. En lo atinente a lo expresado por la provincia de Buenos Aires en orden a los gastos y honorarios originados en la prueba pericial contable, basta lo prescripto por el artículo 478 *in fine* del Código Procesal para desestimar tal pretensión, toda vez que la misma resultó necesaria para la solución del litigio habida cuenta de las negativas que en lo pertinente se manifestaron en el responde. *Adolfo R. Gabrielli. Abelardo F. Rossi. Pedro J. Frías. Elías P. Guastavino. César Black.*

## 2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SE AFIRMA EN EL ESTADO DE JUSTICIA

Es un hecho notorio que la responsabilidad de esa particular persona jurídica que es el Estado vuelve a interesar a los juristas y al hombre común; y que interesa cada vez con mayor fuerza hasta volverse en ocasiones obsesiva. Y que se afirma con fundamentos más sólidos y de mayor consenso.

Es éste un hecho auspicioso que conviene resaltar.

Sin detenernos por ahora a discurrir sobre pertenencias: si del Derecho Público o del Derecho Privado.

Tal vez contribuya al proceso señalado el denominado "intervencionismo estatal" o más bien el Estado

omnipresente; como sostiene el adagio popular “quien más hace más se equivoca” y de allí los daños y la pretensión de una reparación.

En palabras de Ortega, “el hombre masa ve en el Estado un poder anónimo y como él se siente asimismo anónimo, cree que el Estado es cosa suya... cualquier dificultad, conflicto o problema... tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado; que se encargue inmediatamente resolverlo con sus gigantescos e incontrastables medios” (1). Vallet de Goytisolo observa que “se empieza porque los hombres sólo quieren las ventajas de la libertad, pero no la libertad misma en toda su entidad, con sus riesgos y responsabilidades inherentes. Estos quieren transferirlos al Estado, sin ver que con ello le entregan su propia libertad” (2). Recordemos a Bernanos (3): “El Estado totalitario es menos una causa que un síntoma. No es él quien destruye la libertad, se organiza sobre sus ruinas...”

A esa decadencia del principio de subsidiariedad (4) se suman otras causas. Santos Briz menciona: “...el desplazamiento, al menos parcial, de la clásica responsabilidad por culpa o negligencia, y la vigencia de otros principios del Derecho, como el de la igualdad de todos ante la ley y la responsabilidad legal objetiva o por

(1) ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, ps. 105 y sigts., cap. XIII.

(2) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y derecho*, p. 226, Ed. Ensayistas de hoy, Taurus, Madrid, 1969.

(3) BERNANOS, *La libertad, ¿para qué?*, p. 136, versión castellana, Buenos Aires, 1947.

(4) Que no puede interpretarse, dicho principio de subsidiariedad, como un desentenderse del bien común, y, menos aún, como una delegación del poder legislativo en favor de la empresa nacional o extranjera. La despreocupación por el bien común y el escándalo del abuso creciente de la prepotencia económica, son inadmisibles en un Estado de derecho. Sobre el particular, CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, p. 25, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

fuerza mayor, sostenidas y aun reflejadas en ciertas disposiciones legislativas con más o menos pureza, han promovido un nuevo sistema de responsabilidad de la administración por actos ilícitos” (5).

Sea por las causas mencionadas exclusivamente o bien por ellas y por otras más, lo cierto es que en el actual estado de evolución jurídica es inadmisibles la irresponsabilidad del Estado.

Configurar una república, afirma Soto Kloss, significa un régimen de gobierno, jurídicamente institucionalizado, contrapuesto a monarquía absoluta, esto es, responden en el Derecho y dan cuenta de sus actos y conductas; en otros términos, donde no hay sujeto fuera del Derecho (6).

Quien dice Derecho dice responsabilidad...

“El solo afirmar que el Estado sea irresponsable, por cualquiera de sus actividades, implica *ipso facto* afirmar la desigualdad ante la ley, y la existencia de clases privilegiadas, lo cual significa infringir clarísimamente los principios básicos del régimen de Derecho que la propia Constitución ha establecido...” (7).

Y no está comprometido el Derecho, en su expresión meramente formal, sino la justicia como principio fundante (8). No olvidemos que todo daño significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto;

(5) BRIZ, Santos, *Derecho Civil*, p. 650, t. III, Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1975.

(6) SOTO KLOSS, E., *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador...*, ps. 149 y sigts. en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, enero-diciembre, 1977.

(7) SOTO KLOSS, E., *ob. cit.*, p. 156.

(8) CASARES-CABRAL-MONTEJANO-ROSSI, *Acerca de la justicia*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971. Y, últimamente, HERNANDEZ (h), H. H., *La justicia en la teoría egológica del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

esto es un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de los suyos, y, por tanto, una injusticia (°).

No queremos concluir este primer párrafo, destinado a destacar el fortalecimiento de la responsabilidad del Estado, sin un breve recuerdo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que inauguró entre nosotros la línea de pensamiento en la cual se inscribe el fallo que comentamos, y de la doctrina nacional que apoyó esa renovación trascendente.

En 1933 la Corte, integrada por Repetto, Guido Lavalle, Sagarna y Linares, en la causa: “Devoto y Cía. c. Gobierno Nacional”, declaró la responsabilidad del Estado por el desempeño negligente de sus empleados, aun cuando aquéllos no hayan procedido intencionalmente o la causa del hecho sea casual. Bielsa, en su comentario titulado *Responsabilidad del Estado como poder administrador*, señala:

- a) Que el fallo es innovador;
- b) Que la “jurisprudencia tradicional” ha sido “esencialmente legal”, sólo admitiendo la responsabilidad cuando una ley así lo dispone;
- c) Que frente a la falta de norma legal en tal sentido, “es necesario dictar leyes que establezcan la responsabilidad del Estado” (1°).

De ahí en más la Corte mantiene su orientación, con las precisiones y retoques que iremos señalando; empero, el paladín de la nueva tendencia fue un civilista eminente, el profesor Alberto G. Spota (11).

(°) VILLEY, Michel, *Esbozo histórico sobre la palabra responsable*, en *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, p. 69. Ed. Gherzi, Buenos Aires, 1980. Asimismo, de VILLEY, *El pensamiento jusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Ed. Gherzi, 1981.

(1°) EN J. A., t. LXIII, ps. 416 y siguientes, 1933.

(11) Lo dicho no significa ignorar el aporte de civilistas preocupados por el tema: Barcia López, Acuña Anzorena y Boffi Boggero, en-

Ya en 1938, en un comentario titulado: *La responsabilidad aquiliana de la Administración pública*, dedicado al fallo de la Corte en "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires" (12), ponía de resalto que era fundamental la consideración de la persona "Estado" como una unidad y, a la vez, no perder de vista su "fin final: la protección del derecho". Y en lo particular:

- 1) Que "en todos los supuestos en que el Estado obre como persona del Derecho Público, no como persona jurídica, el artículo 43 del Código Civil no puede invocarse".
- 2) Cuando el Estado hace funcionar servicios públicos, monopolizándolos, es responsable por los daños que ocasiona su funcionamiento; y,
- 3) Obre el Estado "como persona del Derecho Público o del Derecho Privado es responsable extracontractualmente por actos de sus agentes, en los límites de sus funciones, sea que ejerza un monopolio, un servicio o una industria" (13).

Al año siguiente, 1939, vuelve sobre el tema, ahora con motivo de los "daños causados por los bienes pú-

tre otros; ni el de administrativistas que compartieron la inquietud del maestro Bielsa, tales como Altamira, Altamira Gigena, Fiorini, Diez, Gordillo, Marienhoff, Ulla, Dromi, entre otros. Queremos señalar que la juricidad está en mora con el maestro Spota en la deuda de gratitud; por lo mucho que le debe el derecho argentino, como precursor de tantas y tantas ideas que de "teorías" llegaron, gracias a su enseñanza y constancia, a plasmarse en textos. Bástenos señalar dos: la lesión subjetiva-objetiva y el ejercicio regular de los derechos. Destacamos: de ACUÑA ANZORENA, *La responsabilidad extracontractual del Poder Público*, en Rev. La Ley, t. 24, p. 459 y en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ps. 165 y siguientes. Y ponemos de resalto de DROMI, *Responsabilidad del Estado*, en J. A. doctrina 1970, ps. 46 y siguientes.

(12) En Rev. La Ley, t. 12, ps. 122 y siguientes.

(13) Y concluía enfatizando sobre la inoperancia de la división entre actos de imperio y actos de gestión, en materia de responsabilidad del Estado.

blicos" (14) insistiendo en que "la aplicación de los principios del Derecho Civil" en materia de responsabilidad de la Administración pública tendrá un efecto moralizador innegable: el Estado sanciona el derecho y debe vivir dentro de él: *Tu patere legem quam ipse fecisti*. Sería inconcebible al respecto, agrega, ni una separación entre administrados y Administración, ni mucho menos que los actos perjudiciales e imputables a esta última, sean soportados únicamente por el que sufrió el daño y no por la colectividad toda".

En otro comentario, destinado a un fallo de la Corte Suprema que guarda alguna analogía con el que ahora nos ocupa (15), vuelve Spota a ocuparse del asunto. Pone bien en claro que la "responsabilidad aquiliana del Estado" puede originarse tanto en el hecho del agente culpable como en su culpa propia, una *faute de service*. Y concluye aplaudiendo sin reservas la "nueva orientación jurisprudencial que viene afianzándose con caracteres tan firmes, que hoy puede asegurarse, sin duda alguna, que la responsabilidad extracontractual del Estado por la mala organización del servicio público o por la culpa del agente administrativo en hecho del servicio público, constituye un *jus receptum*".

En 1942, la Corte resuelve la causa "Rodríguez c. Gobierno nacional" (Rev. La Ley, t. 28, p. 529) y

(14) En Rev. La Ley, t. 15, ps. 48 y siguientes.

(15) *In re*: "Echegaray c. Gobierno nacional", en J. A., t. 75, 1941, ps. 981 y sigts. Se trataba del hecho de un agente de policía, causante de heridas mortales a un particular en circunstancias de proceder a su captura. Dijo el tribunal que: "Si para cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados se ha valido de agentes o elementos de una peligrosidad manifiesta, las consecuencias de la mala elección, excusable o no, recaen sobre la entidad pública que la ha realizado". El caso fue también comentado por Bielsa, en Rev. La Ley, t. 24, p. 82, mereciendo para este publicista reprobación: "La responsabilidad no se presume y menos aún tratándose del Estado, poder público, porque el principio general es el de la irresponsabilidad del Estado..."

nuevamente es Spota el encargado de glosar la decisión del alto Tribunal <sup>(16)</sup>. Con motivo del acto ilícito que cometió el alumno - aprendiz de un taller - escuela de la Administración pública al herir de muerte con un cuchillo al maestro - capataz —hecho que a juicio del tribunal no compromete la responsabilidad del Estado— el eminente jurista capitalino se ocupa de la índole del ilícito que sí llega a comprometer esa responsabilidad. Apunta que “no sólo abarca el supuesto de que se haya ocasionado un daño en virtud de un cuasidelito, sino también cuando ese *damnum* derive de un delito civil y hasta de un delito del derecho criminal. La condición de aplicación de esa doctrina, insiste, es que desprendiéndose el daño de un hecho del empleado o funcionario de la Administración, ese hecho debe haberse producido en el ejercicio de las funciones encomendadas, aun cuando ese ejercicio sólo sea aparente para los terceros de buena fe”. Y termina con palabras proféticas. “Sin embargo, no será difícil concluir que ella ha de evolucionar, por la fuerza misma de las cosas, hasta comprender aquellos actos ejecutados por el dependiente, no obstante que sólo medie un nexo de necesaria ocasión entre esos hechos y el encargo o la incumbencia. Y esto a pesar de que la actitud del dependiente implique una desobediencia a las instrucciones dadas o a los reglamentos, y hasta un abuso de la incumbencia: el Estado en tales supuestos debe responder porque la función, o ha facilitado grandemente la comisión del acto dañoso o ha sido el motivo o la ocasión para cometerlo” <sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> SPOTA, A. G., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, en J. A., 1943, p. 433 y siguientes.

<sup>(17)</sup> Spota estaba entonces, en 1943, preanunciando la “recomendación” de las Sextas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe en 1977: “...11) Que la interpretación respecto de cuáles actos ilícitos se consideran realizados ‘con ocasión’ no debe perder de

En julio de 1943 la Corte Suprema resolvió la causa "Iwaczyczszyn c. Provincia de Buenos Aires", rechazando la pretensión reparadora del actor —se trataba del daño producido a un menor por un agente de policía, en ocasión de disponer su arma tratando de detener a un malhechor— (18). El tribunal, luego de señalar que "en todos los casos en que la Corte ha admitido la responsabilidad indirecta del Estado por los actos de sus representantes o agentes, con motivo del desempeño de sus cargos, lo ha hecho por aplicación e interpretación del Código Civil", y teniendo en cuenta "que la base única y necesaria de la responsabilidad civil es la culpabilidad del agente", concluye señalando que admitir la acción en este caso, importaría declarar la responsabilidad del Estado por todo daño causado haya o no culpa, imprudencia o negligencia, fuerza mayor o caso fortuito sin ley que la establezca. Declara enfáticamente que de proceder así "la Corte invadiría las funciones del legislador". Spota se alza contra un pronunciamiento semejante. A su juicio, aun cuando no pueda imputarse culpa a nadie, "ni al funcionario o agente administrativo, ni al Estado mismo por culpa propia, al no organizar debidamente el servicio público, si existe la relación o nexo de causalidad adecuada entre el hecho del servicio y el daño ocasionado "el perjuicio debe ser resarcido, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional de

vista los criterios de razonabilidad y equidad. 12) Que para decidir equitativa y razonablemente en el tema deben computarse las circunstancias del caso; circunstancias objetivas de tiempo, lugar y modo operativo y circunstancias subjetivas de personas. 13) Por actos cometidos 'con ocasión de las funciones' que responsabilizan a la persona jurídica, debe entenderse sólo a aquellos actos ajenos o extraños a la función, pero que únicamente han podido ser llevados a cabo por el representante o administrador en tal calidad y que por lo tanto no habrían podido realizarse, de ninguna manera, de no mediar dicha función".

(18) En J.A., 1943-III, ps. 603 y siguientes.

la inviolabilidad del patrimonio” y “la igualdad frente a las cargas públicas” (19). Con frase admonitoria advierte que “la jurisprudencia que rechaza toda ocasión resarcitoria porque, no obstante el daño causado por el ‘servicio público’ no se prueba culpa de ningún agente administrativo, ni mala organización del servicio mismo, está al nivel de aquella superada doctrina que creía ver, en éstos como en otros casos similares, un *ac of God*, o «un hecho del destino», «de Dios o de los enemigos del rey»”.

Los años posteriores lo muestran a Spota muy atento a la evolución que el tópico va concretando poco a poco. En su monumental *Tratado* le dedica páginas luminosas (20). Y producida la reforma de 1968, se apresura a señalar en qué medida ella ha desbrozado el camino para responsabilizar a la Administración pública. En 1971, comentado el fallo de la CNFed., sala I, civil y comercial, *in re*: “Sculco c. Gobierno nacional” (21), nos dice: “...la Corte, en las épocas anteriores a la reforma que en 1968 sufriera el Código de Vélez, persistía en hablar de ese obstáculo que ofreció el antiguo artículo 43 y entendía salvarlo con la endeble tesis de que tal precepto sólo consideraba a las personas jurídicas del derecho privado o al mismo Estado, pero obrando éste en ese último carácter”.

(19) Esta idea es la que modernamente ha sido consagrada, incluso por la Corte Suprema, y dado pie a los fallos en los que se hace responsable al Estado por actos lícitos. Remitimos a nuestro comentario: *Indemnización de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos lícitos*, en Rev. La Ley, t. 1979-C, p. 128, y en esta obra, t. I, ps. 293 y sigs., *in re*: “Cantón c. Gobierno Nacional”. Asimismo, nuestro comentario: *Daños derivados de actos lícitos de la Administración*, publicado en J. A., t. 1975-28, p. 350 y en estos *Estudios*, t. I, ps. 279 y sigs., comentario al fallo de la CNCivil, sala A, en autos: “Ferrari Codori c. Municipalidad de la Capital”.

(20) SPOTA, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, vol. 6.

(21) En Rev. La Ley, t. 148, ps. 111 y sigs., con comentario de SPOTA, titulado *Responsabilidad del Estado por el acto ilícito del agente administrativo ejecutado en ocasión de la incumbencia*.

En "Sculco c. Gobierno nacional" (22) el tema central es el de vincular la incumbencia, función o tarea encomendada al agente administrativo con el daño causado, si esas tareas "facilitaron" meramente su comisión; si fueron una "condición indiferente" o bien por el contrario, si cumplieron el rol de "ocasión" que llevó a la ocurrencia del daño; si la incumbencia "facilitó notablemente" la producción del perjuicio, siendo "condición necesaria" del mismo (23).

Fue cuestión bien analizada, asimismo, la relativa al rol cumplido por la cosa, en la especie el arma de la repartición; si el daño se causó "con" la cosa o, por el contrario, puede hablarse de daño "de" o "por" la cosa (24).

El comentario del eminente jurista concluía: "...la doctrina del tribunal —basta que el daño sea producido por el dependiente 'con ocasión' de las funciones en-

(22) Se trataba de unas lesiones culposas producidas por un agente policial franco de servicio, con el arma de la repartición que, según se admitió, está obligado a llevar permanentemente. Spota, en su comentario, deja bien en claro que: a) se trataba de la responsabilidad del Estado que obra como persona del Derecho Público (dejando de lado la inconvincente doctrina de la doble personalidad); b) comprensiva, dicha responsabilidad, tanto de los "actos de imperio", como de los "actos de gestión"; y, c) enfatizando en que, luego de la reforma, puede señalarse tanto una responsabilidad "indirecta" por el hecho ilícito del dependiente, como una "directa", de la persona colectiva, por el hecho ilícito de sus órganos de voluntad.

(23) Reiteramos la mención de las Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe, en las que informamos sobre el tema, defendiendo la tesis partidaria del mantenimiento de la expresión "ocasión", con el alcance e interpretación que se desprende de la "recomendación" aprobada por mayoría, frente a los corifeos de la tesis de la supresión, lisa o llana, del reemplazo por "motivo" o bien de su interpretación con alcance restrictivo.

(24) No dudamos que un arma es un instrumento dócil o manejable a voluntad, para quien sabe hacerlo, claro está, y, en consecuencia, que debe hablarse de daño "con" la cosa, y, por tanto, presumir la culpa del dueño o del guardián; que admite prueba en contrario, artículo 1113, 2º párr., 1ª parte.

comendadas y no sólo es necesaria la relación causal adecuada entre el hecho del dependiente y el daño, sino que a ella se debe sumar el requisito de que el primero sea posible en razón del ejercicio, regular o no, por parte del agente, de las funciones que le fueran encomendadas. O sea que, de no mediar el antecedente de la función, el daño, presumiblemente, no podría haber ocurrido— no sólo concuerda con el Código de Vélez, sino que hoy cuenta con el apoyo normativo expreso que se desprende del nuevo Código Civil (artículo 43). Sólo nos resta añadir que a igual solución se llegaba sobre la base de la responsabilidad extracontractual del agente administrativo como servidor de la posesión (dependiente, artículo 2490 y su arg.) de la cosa dañosa y del guardián y dueño de esa cosa, en la especie, el Estado...”

### 3. SE AMPLIA A LOS TRES PODERES

Empero, cabe señalar y poner en ello el acento, que la responsabilidad del Estado no se agota en su función administrativa, aunque sea ella la que brinde, por lo normal, un catálogo más enriquecido de hipótesis.

Se extiende a las funciones legislativas, del Estado hacedor de las leyes, y judicial, del Estado que brinda el servicio de la justicia institucionalizada <sup>(25)</sup>.

(25) Aquí aparece el tema de los “actos de gobierno” o actos políticos y de la eventual responsabilidad por los mismos. En primer lugar, debemos recordar las dos posiciones encontradas: a) la de quienes ubican a tales actos como categoría jurídica autónoma; y, b) la de quienes niegan dicha categoría. Los primeros suelen concluir en la irresponsabilidad por los actos políticos; los segundos, a la vez que desconocen existencia propia o autónoma, declaran el sometimiento de todos los actos del Poder Ejecutivo a la revisión judicial en virtud de los artículos 18 y 100 de la Constitución Nacional. Es, entre otros, la tesis de GORDILLO, A. A., *El acto administrativo*, ps. 236 y sigts., 2ª ed. Buenos Aires, 1969. Señalemos, al pasar, la corriente de pen-

Aun cuando estas responsabilidades, por las peculiaridades del quehacer —la legisferante por su contenido político y la jurisdiccional por la fuerza de la cosa juzgada— sean excepcionales, no escapan al principio general y, por sobre todo, a la impronta constitucional.

Si bien es posible distinguir entre leyes constitucionales y leyes inconstitucionales —siendo previo en estas últimas la declaración de tal carácter— ambas generan la obligación de resarcir los daños causados a los particulares, sea que con el perjuicio se rompa el principio de igualdad; sea que coloquen a la víctima en una situación de sacrificio excepcional o que produzcan para el Estado un enriquecimiento injustificado.

Pensamos que es injustificado a los fines señalados que la ley: a) fije la indemnización por los perjuicios que prevea; b) niegue la reparación; o bien, c) nada diga al respecto. Que en cualquiera de las hipótesis emerge la responsabilidad legislativa si se dan los presupuestos apuntados, y entre ellos, la relación de causalidad entre la norma y el menoscabo o detrimento <sup>(26)</sup>.

En cuanto a la función judicial la responsabilidad nace de las sentencias injustas o en expresión vulgarizada, de los “errores judiciales”. Y si bien la delicadeza de la cuestión ha llevado a un sector a requerir que una norma constitucional acoja dicho deber de indemnizar y a otros a exigir, al menos, un texto expreso en

samiento que distingue, a la vez, los actos de gobierno de los institucionales, sometiendo exclusivamente a los primeros al contralor judicial. Es la idea defendida por MARIENHOFF, t. II, ps. 757 y sigts., Buenos Aires, 1965.

<sup>(26)</sup> Sobre responsabilidad por actos legislativos puede consultarse a DIEZ, M. M., *Derecho Administrativo*, t. V, p. 138, Buenos Aires, 1963; FIORINI, B., *Manual*, t. II, p. 119, Buenos Aires, 1968; REIRIZ, M. G., *Responsabilidad del Estado*, ps. 50 y sigts., Buenos Aires, 1969.

las leyes locales, creemos que aun sin tales explicitaciones la responsabilidad judicial es innegable.

Otra es, empero, la cuestión atingente al camino previo para llegar a ella, al procedimiento que abre la instancia reparadora: la vía del recurso de revisión de causas penales y civiles; la exigencia, en ciertas hipótesis de la separación de quienes entendieron en la causa, etc. etc. No debemos perder de vista que están previstos los recursos ordinarios y extraordinarios dirigidos a corregir "errores" en la apreciación de los hechos y del derecho aplicable, de donde, la sentencia definitiva tiene, al menos en principio, una presunción de verdad y legalidad irrefutables *res iudicata pro veritate habetur*. Quedaría pendiente la cuestión relativa a los perjuicios ocasionados por sentencias inferiores, con base en medidas tales como embargos, inhibiciones, de no innovar, secuestros, etc., durante el tiempo de su vigencia o sea hasta la revisión en una instancia superior. Es innegable que, además de responsabilidad del peticionante sin derecho, puede sostenerse la responsabilidad judicial, cuando tales decisiones carezcan de fundamento y pongan en evidencia un grueso error judicial (27).

(27) Para Borda, partiendo de la idea expresada por Cooley, de que "la ley es lo que los jueces dicen que es", sólo puede plantearse el tema respecto "de la sentencia de un Juez inferior" y luego que el magistrado "haya cesado en sus funciones por un motivo legal", juicio político o renuncia; sobre este último aspecto recuerda la opinión coincidente de la Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos, y de Salvat; y la opinión contraria de Aguiar. Y aun en tales casos, sólo responden de "actos irregulares hechos con malicia" como manera de salvaguardar "la serenidad de las decisiones y la independencia de juicio de los magistrados", BORDA, *Tratado. Obligaciones*, t. II, p. 447, núms. 1650 y sigts. Para Bustamante Alsina, siguiendo a Bielsa, el juez responde aun cuando no haya malicia, si "la resolución judicial no se halla, razonablemente fundada y demuestra un irregular cumplimiento de las obligaciones legales". En cambio, este jurista afirma que el "damnificado por un error judicial no tiene recurso alguno contra el Estado", con base en lo que "la doctrina afirma categóricamente". Disentimos con esta rotunda afirmación.

#### 4. Y ALCANZA TANTO A HECHOS ILICITOS COMO A ACTOS LICITOS

Hemos visto ya que la responsabilidad por actos lícitos se afirma en los tiempos actuales, tanto en la doctrina del “Derecho Público” (28), como en la del Derecho Privado. Es muy importante el desarrollo que el tema ha logrado en Italia (29) pues de ese derecho ha sido tomado por la doctrina nacional. Según una primera tesis, “de la coexistencia de los derechos y de la necesidad de tutelarlos a ambos, deriva la consecuencia relativa a que toda vez que el ejercicio de uno provoca un detrimento del otro, al titular de éste debe acordársele una compensación equivalente al sacrificio soportado” (30). Según otras tesis prevaleciente en doctrina y jurisprudencia, “la indemnización es debida en todos los casos en que un sujeto ha debido, por la ley, soportar un ‘sacrificio’ en favor de otro” (31).

#### 5. CUMPLIDOS A TRAVES DE LA ACTUACION DE QUIENES INTEGRAN SUS ORGANOS, AUTORIDADES, FUNCIONARIOS, EMPLEADOS

Y así como se amplían las fronteras de los hechos, para comprender a los lícitos y a los ilícitos, se abre la posibilidad de accionar contra el Estado tanto de manera directa como indirecta; ello sobre la base de

(28) Vale decir en lo atinente a la responsabilidad del Estado o de la Administración pública, como también se la denomina.

(29) Pueden consultarse sin perjuicio de otras, las siguientes obras: ALESSI, *La responsabilità della p.a.*, 3ª ed., Milán 1955; del mismo autor: *La responsabilità della p.a. nella evoluzione legislativa più recente* (Rass. D.P., 1949); *Instituciones de Derecho Administrativo*, ps. 505 y sigts., núm. 336, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, TORREGROSSA, G., *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Ed. Giuffré, Milán, 1964.

(30) ALLORIO, *Una questione di competenza*, en *La vita e scienza del diritto in Italia e in Europa*, t. III, ps. 600 y sigts., Milán, 1957.

(31) SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, ps. 940 y siguientes.

distinguir entre el obrar de quienes integran el órgano, que comprometen a la persona jurídica, y el actuar de los dependientes o subordinados, que sólo la responsabilizan de manera refleja.

Empero, además del distingo señalado, corresponde hacer otro, que apunta a limitar la responsabilidad directa, su ámbito, a los daños por incumplimiento de obligaciones positivas y específicas de la Administración pública, o bien a los daños que se desprenden del ejercicio de un poder. Para decirlo con Alessi, “del ejercicio, naturalmente ilegítimo de un poder estatal que lesione la esfera jurídica tutelada de un ciudadano, un propio derecho subjetivo” (32).

En las Jornadas de Santa Fe, ya recordadas, se “recomendó” interpretar:

- “1) Que la teoría organicista ha sido receptada en el ordenamiento jurídico privado argentino, desplazando la teoría del mandato” (33).
- “2) Que la persona jurídica es sujeto de derecho con capacidad limitada por los alcances que se desprenden de su objeto-fin”.
- “3) Que los actos de gestión cumplidos por los integrantes del órgano de la persona jurídica obligan a ésta siempre que no fueren notoriamente extraños al objeto social” (34).

(32) ALESSI, *Instituciones*, t. II, p. 511.

(33) Señala Alessi que en el Derecho Público el fundamento que se da actualmente a la teoría orgánica es el de la “identificación del Estado persona con el aparato organizativo”, y a través de éste con el dogma de la soberanía del Estado; y por lo demás, “demasiado ligada a una inadmisibles materialización de la idea y del fenómeno de la responsabilidad jurídica”. Concluye afirmando que “el aparato estatal no es el Estado”.

(34) Esa gestión equivale, en el campo del Derecho Público, al ejercicio del “poder Estatal” del que nos habla Alessi.

- “4) Que la buena fe-creencia que permite a los terceros responsabilizar a la persona jurídica por los actos cometidos con abuso o exceso de la función encomendada, radica en la aparente conformidad del acto con el objeto social” (35).
- “5) Que la responsabilidad de la persona jurídica, por el acto de gestión cumplido dañosamente por el dependiente, en nada se aparta de las soluciones dadas para las personas físicas” (36).
- “6) Que mientras la responsabilidad por el acto de gestión de los integrantes del órgano es directa, la que emerge del actuar de los dependientes es indirecta o refleja”.
- “7) Que la persona jurídica es responsable indirectamente por los actos ilícitos cometidos por los integrantes del órgano en ejercicio o con ocasión de sus funciones” (37). Y,
- “8) Que la responsabilidad de la persona jurídica por los actos ilícitos se funda en un factor atributivo de naturaleza objetiva y es por tanto inexcusable” (38).

(35) Equivale a lo que el Profesor de Bolonia denomina “la apariencia formal de ejercicio del poder”, que no tiene que ver con la competencia efectiva del órgano, ni con la “efectiva finalidad, ni menos la legitimidad del acto”.

(36) De donde la conexidad entre el artículo 43 y el 1113 del Código Civil. En contra se manifiesta ZABALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*, p. 193, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1980.

(37) En este mismo sentido ALESSI, *ob. cit.*, t. II, p. 512.

(38) ALESSI, *ob. cit.*, p. 513.

## 6. EN EJERCICIO O CON OCASION DE SUS FUNCIONES

Reiteramos la comprensión amplia de la relación entre el autor del daño y la tarea o función encomendada.

Empero, la relación de causalidad adecuada del artículo 906 debe existir entre el hecho lícito o ilícito y el daño; en el sentido de que el perjuicio guarda ese nexo con el obrar del funcionario o del dependiente.

Otra es la relación de causalidad entre la función y el daño. Y si bien es verdad que media “la necesidad de la relación de causalidad entre la función y el daño como una lógica derivación de la noción de dependencia funcional, que no existe fuera, sino dentro de la función” (39), el ordenamiento jurídico no somete esta relación a la causalidad adecuada.

Y ello ocurre sin apartamiento del principio consagrado en el Código Civil, pues ese principio apunta a otra relación: entre el hecho y el daño.

De ahí que pueda admitirse que la “función que es ocasión no constituye la causa del daño, sino la circunstancia que favorece la operatividad de la verdadera causa”. Y no hay en ello contradicción alguna (40).

## 7. IMPUTABLES A FACTOR OBJETIVO: RIESGO CREADO, O SUBJETIVO: CULPA O DOLO

No debe perderse de vista que los centros de imputación son dos:

- 1) Por un lado la imputación o atribución del hecho al funcionario o subordinado y,
- 2) por el otro, la atribución a la Administración pública.

(39) ZABALA DE GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 192.

(40) Como lo afirma la Profesora de Córdoba, aun cuando para ella —según interpretamos—, hay contradicción (*ob. cit.*, p. 192).

Y que los factores que sirven de base para esa imputación pueden ser objetivos o subjetivos.

El hecho ilícito del dependiente puede ser doloso, culposo o riesgoso (a título del riesgo creado); como acontece cuando el daño es causado por cosas riesgosas de las que el subordinado es dueño o guardián.

Y si bien la atribución a la persona jurídica es básicamente objetiva, ello no quita que pueda existir culpa o dolo de su parte.

No estamos de acuerdo en que el “dolo sea frecuentemente índice de que el hecho no mantiene un vínculo causal suficiente con la función” (41).

#### 8. SIEMPRE QUE GUARDEN RELACION ADECUADA DE CAUSALIDAD

El daño, lo reiteramos, no puede ser ajeno o extraño, ni al obrar del funcionario o dependiente ni a la función encomendada.

De allí la doble relación de causalidad que hemos mentado en párrafos anteriores: una más rígida, la adecuada, del observador retrospectivo objetivo, del artículo 906; y otra más flexible, que abarca hasta la función-ocasión.

#### 9. EL CASO RESUELTO POR LA CORTE. SUS PARTICULARIDADES

Siguiendo el trabajo sobre “análisis de la jurisprudencia” efectuado por Caferra, bajo la dirección de Nicolo Lipari (42), debemos tener muy en cuenta que “el estudioso que quiera con provecho, realizando la

(41) ZABALA DE GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 191.

(42) LIPARI, Nicolo, *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Colec. Studia Albornotiana, Bolonia, 1980, obra de sumo interés, realizada por un “grupo de trabajo” bajo la dirección del Profesor de Roma.

función social de contribuir al progreso de la administración de la justicia, comentar y criticar una sentencia judicial, debe plantearse todos los problemas objeto de litigio afrontados y resueltos por el juez, recorriendo el *iter*, y no limitarse a entresacar del contexto del caso concreto una cuestión o una tesis jurídica y sobre tal base 'construir' una arquitectura de conceptos".

Y bien, ¿cuáles fueron esos problemas objeto de litigio? ¿Cuál el *iter* recorrido por la Corte?

Creemos que los párrafos precedentes han intentado dar una respuesta a ambas cuestiones. Nos resta precisar algunos detalles de la especie:

- 1º) Los autores del daño, a título de cómplices —“facilitaron el asalto”— revestían como personal policial.
- 2º) Eran, en tal carácter, dependientes de la demandada, la provincia de Buenos Aires.
- 3º) La contratación de dicho personal por un Banco fue la tarea que facilitó o posibilitó, como ocasión, la comisión del hecho dañoso.
- 4º) La función encomendada fue cumplida no sólo de manera irregular, sino dolosa o sea con intención de dañar.
- 5º) La actora está legitimada como aseguradora del banco damnificado.
- 6º) La autoría —complicidad—, así como la imputación y las relaciones de causalidad, se despren-

de de una decisión penal, que hace cosa juzgada en lo civil. No hay, por lo demás, elementos para apartarse de aquella decisión.

En síntesis, una sentencia que avanza con pie firme por un camino desbrozado, gracias a un proceso evolutivo lento y arduo que parece haber alcanzado su madurez plena.