

LA PARTICIPACION DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONDENA CONTRA EL ESTADO Y LA TEORIA DEL ORGANO

Por Pablo Bergonzi¹

Desde el fallo *Vadell*² la jurisprudencia es conteste en relacionar la responsabilidad del Estado (en lo que tiene que ver con la imputación) con la denominada "teoría del órgano". En virtud de ella, ante un supuesto de responsabilidad estatal se condena directamente al Estado (órgano institución) pues el funcionario (órgano individuo) que efectivamente causó el daño, es parte de aquél.

La teoría del órgano, cuya elaboración primigenia surge a fines del siglo XIX en Alemania con el trabajo del jurista Otto Von Gierke, puede comprenderse a través del concepto de quien fuera uno de sus introductores en nuestro país. Así, Villegas Basabilvaso menciona que *"los individuos que, singular o corporativamente, quedan investidos por la Constitución, mediante procedimientos que la misma determina, para actuar por la colectividad, y cuya voluntad es, por la habilitación estatutaria, la voluntad legal de la colectividad"*. De tal definición debemos colegir que el funcionario no representa al Estado, sino que el mismo *"esta ínsito en la persona jurídica y no forma con ella sino un solo ser jurídico"*.

Como resultado de lo anterior, la organización administrativa (en particular la teoría del órgano) resulta la base esencial de la atribución de responsabilidad al Estado. Luego habrá que identificar criterios que permitan determinar cuándo el obrar del órgano es imputable a la persona estatal, para lo cual el citado precedente de la Corte estableció el denominado *criterio objetivo público*. De acuerdo a él, para imputar el accionar del funcionario al Estado, debe atenderse a la *"apariencia externa del acto o hecho, a su reconocibilidad exterior como un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente"*.³

La principal derivación práctica de la teoría del órgano es el carácter directo de la responsabilidad del Estado, en la medida en que *"los funcionarios actuando en el ejercicio de su función son órganos del Estado y, por lo tanto, lo que ellos hacen, lo hace el Estado mismo"*.⁴ Este abordaje ha quedado reflejado en el art. 3° inc. b) de la Ley 26.944, que exige como presupuesto de la responsabilidad la *"imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal"*.

De ese modo, la teoría del órgano ha sido utilizada –primero por la jurisprudencia y ahora por la ley– con el claro fin de responsabilizar directamente al Estado por los actos o hechos de sus agentes. Como enseña García de Enterría, se ha echado mano a la organización administrativa *"como base esencial de la imputación"*.⁵ Se conectan en este punto dos pilares del derecho administrativo: la responsabilidad y la organización administrativa.

Ahora bien, la traslación del citado instituto al ámbito de la responsabilidad estatal, si bien habilita al juez a condenar al Estado en forma directa, no debiera implicar, en manera alguna, la consagración de la impunidad del funcionario, quien, sea por su actuar negligente o imprudente, es -en definitiva- el verdadero causante del daño. Y es aquí donde el sistema muestra severas falencias en su funcionamiento real.

En efecto, no puede desconocerse que la aplicación al Estado de la responsabilidad directa genera un hecho fácilmente contrastable en la realidad: los damnificados suelen omitir codemandar a los agentes causantes de los hechos lesivos cuando interponen una acción contra el Estado, en aras de evitar la complejización del litigio.

Ante esa omisión, resulta imposible a un juez condenar al funcionario público. La garantía del debido proceso aflora como un obstáculo insalvable para ello, en la medida en que implica, en los que nos toca, que cualquier persona, previo a ser declarada responsable, tiene derecho a ser oída, ofrecer o producir prueba y a un pronunciamiento fundado. En tal sentido, desde el derecho procesal se pontifica sobre la imposibilidad de condenar a quien no hubiere integrado la *litis* o contienda, pues si así fuera se estaría vedando al funcionario el ejercicio de su derecho de defensa.

Siguiendo este razonamiento, debiera concluirse que el juez puede establecer la responsabilidad del funcionario público sólo si éste ha integrado la litis. Es decir, si fue *parte* en el proceso.

¹ Docente de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue. Ex Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro. 2CSJN, *Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires*, 18/12/1984.

³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, partegeneral, Nota 2, XII-5.

⁴ Reiriz, Graciela, *Responsabilidad del Estado en el Derecho Administrativo Argentino Hoy*, pág. 226; ECA, 1996.

⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, pág. 392, Cívitas, 2006.

Tenemos entonces que, desde una óptica formal o adjetiva, es posible responsabilizar al agente público que con su actividad irregular generó el infortunio si, y solo si, aquel integró debidamente la relación procesal. Como esa participación no se produce, pues es más sencillo no demandar al funcionario e invocar la responsabilidad directa derivada de la teoría del órgano, el causante del daño queda, en la mayoría de los casos, impune.

De manera que la aplicación de la teoría del órgano conduce al siguiente escenario usual en la materia: frente a la existencia de un daño causado por el Estado, es facultativo para el particular dirigir la demanda contra éste y, también, contra el funcionario. Si lo hace -es decir, si demanda a ambos- el juez debe declarar la responsabilidad del funcionario a efectos de dejar abierta la posibilidad al Estado de iniciar una posterior acción de regreso. Si no lo hace, el Estado, abonada la condena, debiera dar inicio a un juicio administrativo de responsabilidad a los efectos de evaluar la participación del agente en el infortunio. Como dijimos, si bien desde lo literal, este escenario no pareciera consagrar la irresponsabilidad del agente, en lo fáctico no caben dudas de que sí lo hace, habida cuenta que, tanto la inclusión del funcionario en la litis como las acciones de repetición, son escasas.

Por ello, aun cuando es loable la aparición de la responsabilidad directa del Estado para mejorar la posición de la víctima, esa solución genera una señal negativa en el plano de la realidad, en la medida en que el sistema no promueve la declaración y efectivización de la responsabilidad personal del funcionario.

La respuesta que el sistema jurídico público debiera brindar a los efectos de garantizar el cumplimiento del sistema republicano de gobierno, en lo que respecta a la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, exige entonces perfeccionar el fundamento de la responsabilidad del Estado. Ella, sostiene Cassagne, *“funciona, en definitiva, como un factor de preservación de la armonía social, en la que la antigua idea romanista de restitución patrimonial precisa armonizar con las posibilidades económicas y financieras del sistema a fin de que la comunidad no tenga que afrontar cuantiosas indemnizaciones que superen, incluso, las previsiones presupuestarias”*.⁶ La efectivización de la responsabilidad de los funcionarios sin duda contribuiría a preservar la armonía social.

Por todo lo dicho, nuestro país ha tenido durante años el reto de regular adecuadamente esta cuestión, obligando explícitamente al Estado a repetir lo pagado a terceros por daños imputables al proceder irregular de un funcionario público.

En ese marco, el art. 9° de la Ley 26.944 puede considerarse como un importante avance frente a los desafíos en esta temática, al disponer que *“La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”*.

Sin embargo, para que la norma cumpla su cometido en el plano de realidad y no quede en una mera postulación formalista, ella debe ser interpretada con tres alcances puntuales: **a)** el Estado está obligado a citar al funcionario para habilitar la oponibilidad de la sentencia; **b)** el magistrado debe evaluar la responsabilidad del funcionario y; **c)** el inicio de la acción de repetición dentro de los tres años de la firmeza de la condena no es facultativa para el Estado, sino enteramente obligatoria. De ese modo, la posibilidad de activar la responsabilidad personal ya no depende de un cálculo procesal del damnificado. Una vez firme la condena, el Estado debe iniciar la acción de repetición, para lo cual es necesario que haya citado al funcionario y que el juez haya evaluado su responsabilidad.

Si estos tres puntos se estandarizan, habremos dado un paso fundamental en la modificación de prácticas perniciosas, cuyos costos son absorbidos por la comunidad en su conjunto.

⁶Cassagne, Juan Carlos, *“Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”*, La Ley.