

no goce de la cosa suya. Ciertamente es resolución acogida en la jurisprudencia (1) que á nada viene obligado el Estado, reduciéndose su obligación á pagar el precio de la expropiación según la resolución que la regula: á tal punto, que valiéndose del derecho de expropiar, no causa injuria si en el interés público no se considera necesario proceder así. El razonamiento parece jurídico, pero no lo es: se dirá más adelante, estudiando las causas eliminatorias de la responsabilidad, en qué difiere el ejercicio del derecho del abuso; ahora bien: en el caso especial descrito se tiene la forma del abuso, porque el particular tiene el *derecho* de deducir, por los preliminares del proceso expropiatorio, el justo convencimiento de que el Estado, al cumplirlos, ha *considerado* sabiamente, justamente, las necesidades que le sugerían recurrir á él.

El Estado, modificando sus apreciaciones acerca de la utilidad pública (cualesquiera que sean los motivos que á ello le induzcan, incluso el posible conflicto respecto á la determinación del precio), muestra no haber obrado *correctamente* antes; haber obrado negligentemente, cayendo en culpa. De aquí su responsabilidad conforme al derecho común; y si aun en la expropiación se quisiera percibir la forma del contrato bilateral, la responsabilidad surgiría siempre en razón de *c. in contrahendo*.

(1) V. Cas. Turín, 14 Julio 1902, *Giur. tor.*, 1902, 1.254.

CAPÍTULO VIII

DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PROVINCIAS Y DE LOS MUNICIPIOS POR HECHO ILÍCITO DE SUS REPRESENTANTES

Generalidades.

SUMARIO: 257. Teoría general: crítica.—258-259. Teoría propuesta.

257. La teoría de la doble personalidad en el Estado, ó de la doble manera por la cual se explicaría su función; teoría mejorada, sí, pero no puesta en reparo por la crítica, con observar que esta forma distinta no puede reflejarse, informándola por sí, en los actos, sino que es la naturaleza de los mismos la que lo manifiesta (1); esta teoría se adopta por costumbre para definir las cuestiones de responsabilidad de las Provincias ó de los Municipios por los hechos ilícitos cometidos por sus funcionarios. También aquí, en el caso de actos que se refieren á funciones que corresponden al poder de imperio, no se podría, pues, informar la responsabilidad ordenada por la ley por los delitos y cuasidelitos de los propios comisionados, faltando la relación de comisión en el sentido en que se quiera entenderlo; mientras que lo contrario se debería decidir respecto al ejercicio de funciones relativas al orden privado (2).

(1) Cons. HAΥΡΙΟΥ, en nota al Cons. de Estado fr., 3 Agosto 1900 (*J. de P.*, 1902, III, 41). V. MICHOUD, op. cit. y loc. cit.

(2) Cas. Turín, 30 Junio 1876 (*Giur.*, 1876, 657); y 2 Mayo 1878 (*Giur.*, 1878, 501); Cas. Roma, 9 Julio 1899 (*Legge*, 1899, II, 400); Cas. Florencia, 28 Diciembre 1898 (*id.*, 1899, I, 777); Cas. Roma, 31 Diciembre 1899 (*id.*, 1899, I, 438); 17 Mayo 1900 (*id.*, 1900, II, 212); Ap. Catania, 9 Abril 1902, en *Giur. catan.*, 1902, 130; Ap. Bolonia, 4 Julio 1904 (*Giur. it.*, 1904, 2, 558). Consúltese el cap. preced., texto

Las dificultades movidas contra tal doctrina en la aplicación propuesta y hecha á la cuestión de la responsabilidad del Estado, mantienen inalterable la propia virtud de la materia que se discute, y bastará referir al lector á lo que sobre tal punto se ha dicho. Como en los actos del Estado, así en los de la Provincia ó del Municipio no se puede advertir la existencia de dos personalidades distintas; estos dos cuerpos obran siempre en interés de los administrados á que pertenecen, y querer pensar, aun por vía de abstracción jurídica, en la posibilidad de un interés especial de la Provincia ó del Municipio independientemente de la ventaja, de la comodidad de los administrados, sería concebir un absurdo.

Permanece, pues, cierto que las dificultades donde en su aplicación la teoría se anonada y se destruye, del mismo modo que surgen al investigar y resolver las cuestiones acerca de la responsabilidad del Estado, así se dan respecto á la responsabilidad de los Municipios. Y en la jurisprudencia abundan los ejemplos: Tribunales de primera instancia que encuentran y afirman la existencia de la personalidad civil del Municipio en el caso especial en que deben decidir, y Jueces de superior grado que observan por el contrario la personalidad de naturaleza soberana, de imperio; así la distinción se presta aún aquí al equívoco, y da ocasión á los Municipios y á las Provincias para evitar una responsabilidad con frecuencia justa; con cual ventaja del derecho y de la moralidad, juzgarán otros (1).

y nota; y véase FORTI, mon. cit. V. GIRON, op. y loc. cit.; LAROMBIÈRE, op. y loc. cit.; GIORGI, op. cit., V, 381; HAURIU (en *J. du P.*, 1902, III, 41, en n. á Cons. de Estado, 3 Agosto 1900), afirma que la distinción es uno de los puntos más ciertos del derecho administrativo.

(1) Se definió el hecho de recibir y conservar animales en el matadero municipal, con el pago al Municipio de los derechos fijados á este objeto, como acto que se refiere al poder soberano de autoridad (Cas. Roma, 9 Julio 1897, *Legge*, 1897, II, 400); doctrina

258. La doctrina que se propone ahora es la misma que se ha sostenido ser la más correcta respecto al Estado, que á su vez se contiene en la general afirmada por la responsabilidad que incumbe al representado por los hechos ilícitos del representante; en cuanto los funcionarios adptos á la administración provincial ó comunal se deben considerar comisionados de la Provincia ó del Municipio, éstos responden de los daños que aquéllos cometan ilegítimamente en el ejercicio de sus cargos y en ocasión de las mismas; observando que en esta locución no se comprenden dos condiciones diferentes, sino una relación más ó menos inmediata, pero siempre cierta, entre el hecho y el ejercicio de la representación.

El Municipio puede ejercitar facultades que leyes de derecho público le consientan; puede realizar actos que entren en los términos del derecho privado, si bien, por la naturaleza y por el fin de su entidad, también aquí la razón pública pueda entrar con la privada á determinar la for-

contraria á la misma distinción generalmente admitida, y sin embargo abandonada (Cas. Roma, 29 Marzo 1900, *id.*, 1900, I, 616). Y mientras se reconoce que el regado de las calles es resolución de necesidad para la higiene pública, se le califica después en materia de responsabilidad como acto de gestión: Cas. pen., 3 diciembre 1898 (*id.*, 1899, I, 276); se dice que en la ejecución de obras de utilidad pública no puede existir responsabilidad del Estado, de la Provincia y del Municipio (Cas. Roma, 9 Marzo 1899, *id.*, 1899, I, 663), y después se templó la injusticia de la decisión refiriendo al art. 46 de la ley sobre expropiación (25 Junio 1885), la obligación de indemnizar el daño permanente (Cas. Roma, 8 Marzo 1902, *Legge*, 1902, I, 651). Cuya *indemnización* se ha dicho alguna vez (Cas. Florencia, 28 Noviembre 1898, *id.*, 1898, I, 340; y 13 Noviembre 1902, *Giur. it.*, 1903, I, 1, 194; Ap. Nápoles, 14 Abril 1902, *Riv. amm.*, 1902, 431) que se debe aun cuando el daño sea causado por haber el Alcalde ejercitado un acto de imperio; de modo que la doctrina aquí combatida ó no es, como debía ser, rigurosamente clara en sus aplicaciones, ó induce al mismo Magistrado á sustituir á la responsabilidad el concepto de garantía y de la indemnización. Y entonces, ¿qué queda de la distinción?

mación jurídica de la relación. ¿Qué decir entonces? La existencia de la *injuria* será, como se observó refiriéndose al Estado, investigada y decidida conforme á la posición jurídica del Municipio; no porque se ejercite una función constituida por la razón pública, se deberá argumentar la no responsabilidad del Municipio; la ley que tal facultad regula, declara los límites en que se contiene; así es que si se traspasan la acción es ilegítima, y se da, por tanto, la *injuria*, de donde emana el derecho á la reparación (1). Este es el concepto general: sea la función relativa al derecho público, ó bien se refiera con preferencia al privado, es siempre la ley quien al ordenarla designa, expresa ó implícitamente conforme á la entidad de la función, los términos en que se debe comprender y desenvolver; declara en fin hasta donde el acto se debe considerar cumplido *jure*.

Establecida la regla, bastará advertir cómo las condiciones descritas para que exista la responsabilidad por el hecho ilícito del representante, deben también concurrir á fin de establecer cuándo la Provincia y el Municipio vienen obligados por las injurias cometidas por sus funcionarios.

Sólo que, según puede observarse por el modo de formular la regla, y por las advertencias hechas en otro lugar (2), conviene fijarse en la existencia propiamente tal, verdadera, de la relación de comisión entre el Municipio ó la Provincia y sus funcionarios; porque existen de éstos que, si por ciertos actos son representantes de aquellas personas, otros, siempre en virtud del mismo cargo, representan al Estado. Tal es el Alcalde en la administración municipal, el cual, respecto de algunas funciones que tiene según la ley civil ó de procedimiento penal y demás leyes especiales, es también funcionario del Gobierno; ahora bien: mientras obre representando al Municipio, esta

(1) V. el cap. preced. Y v. Ap. Nápoles, 14 Abril 1902, cit. en la n. preced., y Cas. Florencia, cit. allí.

(2) V. el vol. I, *Culpa contractual*, cap. VI.

entidad responde de sus actos ilícitos; pero responderá de él el Estado si el hecho ilícito se comete cuando obra en su representación. Y no se objete que mal se entiende esta *comisión* entre el Estado y el Alcalde cuando el comisionado no es elegido por la parte interesada, sino por otros, como acontece en nuestro derecho, que atribuye el nombramiento del Alcalde al Concejo; la dificultad no rige. El Municipio, si nombra el representante, lo elige directamente, observando las cautelas que en materia tan delicada, relativa al interés público, ordena la ley; pero el Estado interviene con su poder, con la facultad que le está reservada de la suspensión y de la revocación. De tal modo la acción, que en el respectivo interés se atribuida á los dos cuerpos que en la misma persona tienen, conforme á los actos que deba cumplir, el representante propiamente tal, directo, determina con la mayor corrección la posición jurídica en materia de responsabilidad.

En otra forma, la dificultad se puede referir á la condición del comisario extraordinario ó de la Comisión extraordinaria nombrada en los casos previstos por la ley (1): aquí la representación no es menos verdadera, aún cuando sea necesaria, impuesta por el Gobierno; y si existe representación, ¿por qué el representado no deberá responder de los hechos ilícitos que el representante cometa cuando concurren todos los factores necesarios al caso?

Se ha observado que tal responsabilidad carece de fundamento cuando falta la representación, y que ésta viene á menos cuando no está constituida legítimamente. Ahora bien: la representación en los casos anteriores descritos ¿es tal vez ilegítima? ¿No la ordena quizá la ley? Contra la regla propuesta mal regiría, pues, la objeción hecha (2).

(1) Ley municipal y prov., *texto único*, art. 296.

(2) Por esto está bien decidido que deba el Municipio responder de las malas acciones del comisario extraordinario, que es su representante, y como tal había obrado: Ap. Génova, 16 Mayo 1902, *Temigenov.*, 1902, 308.

259. Se propone (1) que se debe distinguir, á fin de establecer la existencia de la comisión, según que la Corporación tenga el poder de elección, dirección y vigilancia sobre el funcionario, y que sin estos extremos la comisión falta.

El argumento valdría si, efectivamente, la responsabilidad establecida por la ley á cargo del comitente tuviese su fundamento en la elección ó en la vigilancia, ó bien en la elección ó vigilancia unidas; pero otra es la razón de la disposición, conforme se demostró ampliamente en su respectivo lugar (2). Las consideraciones encaminadas á afirmar de qué manera la responsabilidad es consecuencia innata de la representación, que el representado responde por los hechos ilícitos del representante en cuanto ha consentido que éste obre directamente por él, siendo su instrumento dentro de límites determinados, valen igualmente cuando la representación existe por ministerio de la ley, independientemente del consentimiento.

Es bueno advertir á tal respecto que las mismas decisiones acerca de la responsabilidad del Municipio ó de la Provincia según á menudo son resueltas por los Tribunales, y el principio que se ha seguido respecto á los extremos requeridos para que de la existencia de la comisión nazca la responsabilidad del comitente, salen ventajosos si se los justifica con la teoría propuesta. Porque la jurisprudencia está de acuerdo al decidir la necesidad de la libre elección y del poder de dirección y vigilancia para que exista la relación de comisión (3); entonces debe preguntarse de qué manera

(1) SOURDAT, ob. cit., II, 1.367.

(2) V. los núms. 163 y sigts.

(3) Se ha decidido, como se dirá estudiando la responsabilidad de los hospicios y otros asilos, que donde no existe poder de vigilancia, nada interesa la elección: Ap. Turín, 21 Diciembre 1897 (*Legge*, 1898, II, 125); si bien se ha dicho que el nombramiento de persona provista de diploma regular corta toda responsabilidad *in eligendo* é *in vigilando*: Cas. Turín, 7 Octubre 1897 (*id.*, 1897,

y con qué respeto á la lógica jurídica se enseña después la responsabilidad del Municipio y de la Provincia por hecho ilícito de personas en cuya elección no toman parte, y que, sin embargo, los representa (1). Si en el caso especial de representación *necesaria* parece que debe faltar todo fundamento á la responsabilidad en el representado por no tener la libertad de elección, ¿cómo se puede decidir de esta responsabilidad del Municipio ó de la Provincia? El nombramiento del comisario extraordinario en caso de disolución del Consejo municipal, ¿no está hecho por Real decreto, como sucede con el nombramiento de los cuatro miembros de la Comisión extraordinaria cuando se disuelve el Consejo provincial?

Parecería, pues, mejor argumento la construcción que aquí hemos propuesto y defendido; y decir, en su virtud, que, concurriendo las condiciones generales determinantes de la responsabilidad del representado (2), la responsabilidad del Municipio ó de la Provincia por los delitos y cuasidelitos de sus representantes está fuera de duda.

II, 694). Decisiones que derivan de la incorrecta posición de los principios. V. á continuación.

(1) V. el n. 258 en f.

(2) Que exista el acto injurioso del representante; sobre la sustitución que se hace del concepto de garantía, en casos en que la responsabilidad es verdadera, véase á continuación. Acerca de la necesidad de que la ofensa sea causada por el representante como tal, de modo que donde existe el exceso de funciones la responsabilidad le es personal, v. el § siguiente. Adviértase, como ya se ha observado, que el exceso debe ser valorado en la estimación objetiva del encargo en relación al acto ilícito; de otro modo, todo acto injurioso comprendería exceso, y, por tanto, disminuiría la responsabilidad del representado. Conf. HAURIU, loc. cit.; y véase como ejemplo de doctrina incierta: Ap. Palermo, 23 Febrero 1900 (*Legge*, 1900, II, 126); Cas. Turín, 3 Septiembre 1900 (*id.*, 1900, II, 799).

§ 1.

Aplicaciones.

SUMARIO: 260. Necesidad de distinguir claramente, conforme á la ley, los actos que el Alcalde haga en calidad de tal de los actos que no entran en ella. — 261. Si dada la autorización á un particular de realizar un acto del que se deriva daño, existe responsabilidad del Alcalde que lo hizo, y, por tanto, del Municipio. — 262-263. De los agentes del Municipio. — 264. De los ingenieros municipales. — 264 bis. De los maestros. — 264 trip. Conclusión.

260. La jurisprudencia tiene muchas decisiones en que funda la responsabilidad del Municipio por los hechos ilícitos del Alcalde ó de los empleados de la Administración (1), cometidos en el ejercicio de sus funciones; y bueno es advertir que en alguna parte de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera sobre la materia, mientras se pone como fundamento de la teoría la distinción entre funciones de orden soberano y de orden privado, en la aplicación que del concepto se hace alguna vez puede verse decidida la responsabilidad en casos en los que, conforme al concepto mismo, no cabría duda si se tratase de actos relativos á la función política.

Lo dicho (2) parece suficiente para demostrar cuánta sea la justicia de las decisiones con que se ha declarado la responsabilidad de los Municipios por hecho ilícito de los funcionarios que le representan, y de modo especial del primero entre ellos, el Alcalde (3). En ella se revela bien la

(1) V. las notas sigts.; y v. también la n. 2 del núm. 257.

(2) V. el § preced.

(3) V. Ap. Nápoles, 14 Abril 1902; Cas. Florencia, 13 Noviembre 1902, cit. en la n. 42 del núm. 257. Y teniendo presente la distinción que la jurisprudencia francesa hace entre *acto administrativo*, con respecto al que no tendría competencia de conocer la autoridad judicial, y la *culpa ocurrida en la ejecución de un acto administrativo*, sin que se pueda conocer de la legalidad del mismo,

cualidad con la que el funcionario obra al causar ilícitamente ofensa; pero especialmente con respecto al Alcalde, por su cualidad de representante del Gobierno, es necesario poner bien en claro cuándo obra en una ú otra de estas cualidades, ó bien cuándo la acción es toda suya personal, no atinente en ningún modo á la representación del Municipio ó á la del Estado. En este último caso pueden ocurrir dificultades no pequeñas; y la cuestión no es absolutamente de mero hecho, debiendo decidir si con su acto el Alcalde ha ejercitado una atribución que le está conferida por la ley (1).

Respecto á este punto, parece que se puede distinguir conforme al comportamiento del Alcalde (y más en general de todo funcionario público) para determinar cuándo su acto induce la simple responsabilidad personal; la culpa grave (2), se ha dicho, muestra que el acto no es nunca de administración, sino acto que la traspasa, y que, cortando la posibilidad jurídica de relación de comisión al cumplirle,

cons. Cas. fr., 19 Octubre 1899, *J. du P.*, 1899, 1, 341; Ap. Argel, 4 Agosto 1899 (*id.*, 1900, 2, 127); v. Cas. fr., 23 Junio 1897 (*id.*, 1898, 1, 230); Ap. Dijón, 19 Junio 1899 (*id.*, 1900, 2, 195); Ap. Riom, 21 Noviembre 1899 (*id.*, 1900, 2, 166); Ap. Montpellier, 28 Mayo 1900 (*id.*, 1901, 2, 173). Cons. MICHOU, en *J. du Pal.*, 1897, 2, 257 (n.).— Esta última sentencia declara la responsabilidad del Municipio por no haber tomado el Alcalde las medidas de policía y las precauciones necesarias con ocasión de los festejos públicos dados por el mismo Municipio; en cuyo caso su responsabilidad como representante del Municipio era evidente, precisamente porque los festejos los daba el Municipio.

(1) V. sobre esto Cas. fr., 23 Junio 1897 (*J. du P.*, 1898, 1, 230); 22 Julio 1901 (*id.*, 1902, 1, 393). Cons. MICHOU en DALL., *pér.*, 1897, 2, 550 (n.); COLIN, en *J. du P.*, 1902, 1, 393 (n.).

(2) Sobre esta decisión entre *hecho personal* y *hecho de servicio* inherente más que al funcionario á la defectuosa organización del servicio, é inducente, por tanto, según la jurisprudencia francesa recordada, á la competencia judicial, véase LAFERRIÈRE, *Tr. de la juridict. adm.* cit., I, 649; Trib. de Conflictos, 9 Diciembre 1899 (*J. du P.*, 1900, 3, 89), y HAURIOU, en n.