

**Título:** Algunos comentarios sobre la regulación de la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos en la ley 26.944

**Autor:** Perrino, Pablo E.

**Publicado en:** RDA 2015-97, 101

**Cita:** TR LALEY AR/DOC/5982/2014

**Sumario:** I. Importancia y fines de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y agentes públicos.— II. El derecho a una buena administración y la responsabilidad de los servidores públicos.— III. La responsabilidad de los agentes y funcionarios y su regulación en el nuevo código comercial y en la ley 26.944.— IV. Comparación del art. 9 de la ley 26.944 con el art. 1112 del Código Civil.— V. Examen del art. 9 de la ley 26.944.

### **I. Importancia y fines de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y agentes públicos**

Nos proponemos en este breve trabajo examinar el régimen de la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos, reglado en el artículo 9 (1) de la ley 26.944, Ley de Responsabilidad Estatal (2), y en el art. 1766 (3) del nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994.

Sin embargo, antes de iniciar ese análisis, consideramos imprescindible recordar que la responsabilidad estatal y la de los servidores públicos constituye uno de los pilares del Estado de derecho (4), el cual presupone no sólo la separación de los poderes estatales y su sometimiento al ordenamiento jurídico, sino también el reconocimiento y tutela de los derechos de las personas, lo cual conlleva la justa reparación de los daños derivados por efecto directo de la acción pública (5).

La importancia del tema (6) y su anclaje en el Estado de derecho (7) fue especialmente destacado por Hauriou al señalar (8): "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".

La responsabilidad de los servidores públicos constituye también un valioso instrumento para la lucha contra la corrupción (9), en virtud del impacto de la condena en los bienes del sujeto cuya conducta antijurídica provocó el evento dañoso. De tal modo, al igual que la responsabilidad estatal, además de operar como un instrumento de garantía patrimonial para la víctima, cumple funciones preventivas, de control y docencia (10).

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada el 31 de octubre de 2003 en el marco de la 58ª Asamblea General de las Naciones Unidas (11), aprobada en nuestro país por la ley 26.097 (12), se menciona expresamente a la responsabilidad del funcionario público como uno de los instrumentos que deben adoptar los países signatarios de dicho tratado para el combate de dicho flagelo, pues, como es sabido, ésta crece y se expande cuando reina la impunidad. Así, en el artículo 35 de la mencionada convención se establece que "Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización".

Es interesante destacar que, durante la negociación de la Convención, en el debate de este artículo, hubo consenso generalizado en cuanto a que entre los posibles damnificados se encontraba el Estado. Es más, muchas delegaciones plantearon que era claro que el Estado es quien con mayor frecuencia ocupa el lugar de la víctima (13).

No obstante la relevancia destacada de este instituto, la realidad pone de resalto que, por razones que en la generalidad de los casos trascienden lo jurídico, la responsabilidad patrimonial de los agentes y funcionarios estatales es inexistente o virtual, y ha desaparecido detrás de la del Estado. El examen de los repertorios jurisprudenciales pone de resalto que son excepcionalísimos los supuestos en que la víctima demanda a los agentes estatales causantes de daños, como así también los supuestos en los cuales el Estado, después de haber sido condenado judicialmente, promueve una acción de regreso contra los servidores públicos que con su actuación ilegítima comprometieron su responsabilidad.

### **II. El derecho a una buena administración y la responsabilidad de los servidores públicos**

La responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos también es un derivado del denominado derecho a una buena administración (14), receptado en el derecho iberoamericano en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (15), aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) (16).

Según lo explica Rodríguez-Arana Muñoz, quien redactó, a pedido de la Secretaría General del CLAD, el borrador del texto finalmente aprobado de la mencionada Carta: "La buena Administración Pública puede ser concebida como obligación de los poderes públicos, como derecho humano y, también, cómo no, como principio general del derecho público y de la ciencia de la Administración Pública". Extremo que explica también claramente el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP): "La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al derecho administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado social y democrático de derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los

poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana"<sup>(17)</sup>.

Con un contenido más extenso y rico que el enunciado en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales <sup>(18)</sup>, en el punto 25, párrafo 1, de la Carta Iberoamericana se dispone: "Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana". En el párrafo siguiente se precisa: "En concreto, el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país".

A continuación, en los puntos 26 a 46 de la Carta, se concretan los derechos que integran el derecho fundamental a la buena Administración Pública, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país. En lo que aquí interesa, en el párrafo 2 del punto 46 de la Carta se establece: "Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la Administración y/o ante los jueces o tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones".

De tal modo, la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos es una expresión o consecuencia del derecho fundamental a una buena administración.

### **III. La responsabilidad de los agentes y funcionarios y su regulación en el nuevo código comercial y en la ley 26.944**

La responsabilidad estatal y la de los funcionarios y empleados públicos estaba contemplada en el anteproyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial, elaborado por la comisión de juristas creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 191/2011 del 23/2/2011, integrada por Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en los arts. 1764 a 1766 ubicados dentro del Libro tercero, "Derechos personales", título V, "Otras fuentes de las obligaciones", sección 9, titulada "Supuestos especiales de responsabilidad"<sup>(19)</sup>.

El anteproyecto sufrió importantes modificaciones, en particular en esta materia, al ser revisado por el Poder Ejecutivo, ya que, contrariamente a la solución adoptada originalmente, se eliminó la regulación de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y agentes públicos.

Tal como surge del texto de los artículos que proyectara el Poder Ejecutivo en reemplazo de los originales y del mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Congreso del proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos <sup>(20)</sup>, las modificaciones efectuadas en el anteproyecto de Código Civil y Comercial se enrolan en la línea de la doctrina mayoritaria de los autores de derecho público <sup>(21)</sup>, que postula que la responsabilidad del Estado es un instituto de derecho público cuya regulación no corresponde a la legislación civil.

En ese entendimiento, en el proyecto de Código Civil y Comercial, modificado por el Poder Ejecutivo y posteriormente aprobado por la ley 26.994 <sup>(22)</sup>, se dispuso que "la responsabilidad del Estado" (arts. 1765) y la "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" (arts. 1766) se rigen "por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda" (arts. 1765 y 1766) y que "Las disposiciones del capítulo 1 de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" (art. 1764) <sup>(23)</sup>.

Pues bien, concorde con la exclusión de la responsabilidad estatal y de los agentes y los funcionarios públicos del, entonces, Proyecto de Código Civil y Comercial, el 29 de noviembre de 2013 el Poder Ejecutivo Nacional presentó en el Congreso de la Nación el Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado y de los Agentes y Funcionarios Públicos que, con algunas modificaciones, fue aprobado por la ley 26.944 <sup>(24)</sup>.

Como se desprende del texto de la citada normativa, del mensaje del Poder Ejecutivo de elevación del Proyecto de ley al Congreso y del art. 1764 del nuevo Código Civil, la ley 26.944 fue dictada por el Congreso Nacional en su condición de legislador federal <sup>(25)</sup> y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, razón por la cual no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar (art. 126 de la CN) <sup>(26)</sup>. Dicha afirmación se sustenta en las siguientes razones.

En el citado Mensaje del Poder Ejecutivo de elevación del proyecto de la ley expresamente se señala que, en atención al carácter local del derecho administrativo, se invita a las provincias y a la Ciudad autónoma de Buenos Aires a que adhieran a sus términos, lo que así se establece en el art. 11 de la ley 26.944.

La mencionada invitación implica reconocer que la regulación de la responsabilidad estatal está atrapada dentro del cúmulo de las facultades normativas propias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 121, 122 y 129 de la CN) <sup>(27)</sup>.

Si la ley 26.944 se hubiera dictado por el Congreso con arreglo a las competencias normativas conferidas por el art. 75, inc. 12, de la CN, no sería jurídicamente posible ni necesaria la adhesión de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a su articulado <sup>(28)</sup>.

El art. 11 de la ley 26.944 está en sintonía con lo dispuesto en los arts. 1765 y 1766 del nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994 <sup>(29)</sup>, en los cuales se determina que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios se rige "por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

En consecuencia, las disposiciones del art. 9 del citado cuerpo legal atinentes a la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos sólo alcanzan a los servidores públicos dependientes del Estado nacional, no así a los de los gobiernos locales <sup>(30)</sup>.

#### IV. Comparación del art. 9 de la ley 26.944 con el art. 1112 del Código Civil

El art. 9 de la ley 26.944 tiene su fuente directa en el art. 1112 del Código Civil, redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield, cuyo texto reproduce con algunas modificaciones (31). Al igual que el citado precepto de la legislación civil, en el art. 9 se establece la responsabilidad de los servidores públicos derivada del "ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular (...) las obligaciones legales que les están impuestas".

Sin embargo, entre ambas disposiciones median las siguientes diferencias de redacción:

1) En el art. 9 se incluye entre sus destinatarios, además de los funcionarios públicos, a los agentes públicos; 2) se reemplaza los vocablos "hechos" y "omisiones" por "actividad" e "inactividad"; 3) se precisa expresamente que el factor de atribución de la responsabilidad de los agentes y funcionarios público es la culpa y dolo; 4) se contempla la acción de regreso del Estado contra el funcionario o agente causante del daño, y 5) se prevé el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria y se lo fija en tres años, al igual que para la responsabilidad del Estado.

En rigor, ninguna de las diferencias mencionadas trasunta un modificación sustancial del régimen jurídico vigente con anterioridad al dictado de la ley 26.944. Ello es así, en tanto el concepto de funcionario público empleado por el art. 1112 del Código Civil siempre fue interpretado en forma amplia, comprendiendo en él toda persona que ejerce una función o empleo estatal, sin importar su jerarquía, sea éste remunerado o gratuito, permanente o accidental (32). A su vez, los vocablos "actividad" e "inactividad", usados en el art. 9, tienen el mismo significado que las palabras "hechos" y "omisiones" empleadas en el art. 1112 del Código Civil. Por su parte, la exigencia del dolo o la culpa, a pesar de no ser exigida en el art. 1112 del Código Civil, también ha sido considerada por la doctrina mayoritaria como un elemento necesario para que se comprometa la responsabilidad del funcionario (33).

Finalmente, la acción de regreso del Estado respecto del servidor público generador del daño, no mencionada en el art. 1112 del Código Civil, en el orden federal está consagrada en el art. 130 de la ley 24.156, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, en el cual se dispone: "Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial". De modo tal que no se trata de una novedad. Lo único nuevo es la regulación del plazo de prescripción, que se lo establece en tres años a contar desde la sentencia firme de condena al Estado.

#### V. Examen del art. 9 de la ley 26.944

##### 1. Sujeto pasivo de la responsabilidad

Como lo hemos destacado en el acápite anterior, la norma utiliza los vocablos funcionarios y agentes públicos si mayores precisiones, por lo que cabe entender que están alcanzados por aquella todos los sujetos que trabajan o prestan funciones para el Estado, en forma remunerada o gratuita, de modo permanente o accidental, de iure o de facto, que hayan accedido al cargo por elección popular o nombramiento de autoridad competente, sin importar su jerarquía (34).

Por tanto, están incluidos no sólo funcionarios o empleados del Poder Ejecutivo, sino también de los Poderes Legislativo y Judicial. Sin embargo, cabe tener presente que con respecto de los legisladores y los jueces median óbices jurídicos que tornan inoperante su responsabilidad patrimonial.

Con relación a los primeros, el art. 69 de la Constitución Nacional confiere a los miembros del Congreso una amplia inmunidad por sus opiniones relacionadas con su tarea legislativa o político institucional de legislador (35), que los protege también de los reclamos indemnizatorios. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien, después de destacar que "las previsiones del art. 68 de la Constitución Nacional, destinadas a garantizar la independencia funcional de las Cámaras legislativas, tienen una elevada significación, al extremo de que resulta lícito afirmar que integran el sistema republicano (doctrina de Fallos 169:76, considerando 4)", ha expresado: "la disposición contenida en el citado art. 68 supone la irresponsabilidad penal y civil de los legisladores nacionales con referencia a los actos que ese precepto contempla, con excepción del supuesto previsto en el art. 29 de la Ley Fundamental (Fallos 234:250)"(36).

A su vez, con relación a los jueces, de la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República surge claramente que constituye un requisito indispensable para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos patrimoniales (37) por causas que se le sigan por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél o el cese en sus funciones por cualquier otra causa (38).

##### 2. Ejercicio de la función.

La responsabilidad prevista en el art. 9 se establece para el funcionario o agente público solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, ya que se trata de aquella que se produce, como dice la norma, "en el ejercicio de sus funciones".

Para determinar cuándo ello acontece no basta una mera relación de tiempo y lugar, sino que la actuación lesiva se haya producido dentro del marco legítimo o aparente de las funciones (39). Lo que hay que analizar es la apariencia, los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho (40). Se requiere, pues, que la actividad en cuestión presente un mínimo de reconocibilidad exterior de su orientación hacia un fin estatal (41).

Consecuentemente, los perjuicios resultantes de la actuación del funcionario o agente desvinculado del ejercicio de la función pública y sin relación con ésta (42), ni con ocasión de ella, podrán comprometer su responsabilidad a título personal con arreglo a las disposiciones de la legislación civil (43).

##### 3. Factor de atribución.

Al igual que ocurre en diversos ordenamientos jurídicos comparados, el factor de atribución para que emerja la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos es subjetivo. El art. 9 requiere que medie culpa o dolo.

Como lo ha sostenido un calificado sector de la doctrina con relación al art. 1112 del Código Civil, la actuación irregular del funcionario o agente público apareja la presunción iuris tantum de culpabilidad (44). La culpa surge in re ipsa (45). Por tanto, para

eximirse de responsabilidad, el funcionario o agente público deberá destruir dicha presunción demostrando que la conducta adoptada no fue culposa.

#### 4. Antijuridicidad.

La antijuridicidad de la conducta del funcionario o agente público es un elemento clave para que se comprometa su responsabilidad. Por eso, al igual que el art. 1112 del Código Civil, el art. 9 exige el cumplimiento irregular de las obligaciones legales, lo cual podrá tener lugar por conductas activas o positivas, como así también por su inacción u omisión.

El ejercicio irregular de la función es sinónimo de actuación contraria a derecho, lo cual se produce, claro está, por la transgresión de una norma jurídica positiva, como también de principios generales del derecho, entre los cuales cobra una singular importancia el de razonabilidad.

En consecuencia, no hay responsabilidad por los daños que deriven de la actuación legítima de las funciones. En tales casos, de verificarse los requisitos previstos en el art. 4 de la ley 26.944, sólo podrá condenarse al Estado.

La expresión "obligaciones legales" debe ser entendida, al igual que lo hace la doctrina en forma uniforme respecto del art. 1112 del Código Civil, en forma laxa, como aquellas que son impuestas en forma expresa o implícita en normas constitucionales, en tratados internacionales, leyes formales, reglamentos, instrucciones y órdenes del superior jerárquico, como así también las normas emergentes de contratos especiales que el servidor público pueda tener con el Estado (46). En una palabra, son las que dimanen de normas y principios del ordenamiento jurídico nacional e internacional (47), o, como dice Marienhoff: "las contenidas en cualquier norma material o formal atinente a la función, cargo o empleo"(48).

#### 5. Nexa de causalidad.

Aunque no se lo mencione en el art. 9, para que el funcionario o agente público respondan deberá mediar un nexo de causalidad entre su conducta irregular y el daño, el cual debe valorarse conforme al criterio de la causalidad adecuada consagrado en el art. 906 del Código Civil actualmente vigente (49) y también en el art. 3 de la ley 26.944 para la responsabilidad por falta de servicio, de aplicación analógica al caso.

#### 6. Legitimados activos.

De la redacción del art. 9 se desprende que están legitimados para demandar al funcionario o agente público la víctima (entre los que pueden encontrarse otros funcionarios o agentes públicos) y el propio Estado.

A su vez, la víctima podrá demandar en forma conjunta al Estado invocando la responsabilidad por falta de servicio (art. 3 de la ley 26.944) y al funcionario o agente público causante del daño o hacerlo en forma autónoma.

También el Estado, en caso de haber sido condenado en un proceso judicial en el cual el funcionario o agente no fue demandado, tiene a su disposición una acción de repetición que podrá promover una vez que quede firme la sentencia de condena al Estado.

La ley no precisa si es obligatorio en estos casos promover la acción de repetición y tampoco si la responsabilidad del funcionario o agente es solidaria con la del Estado, como alguna vez lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia (50), o concurrente (51), como se lo preveía en el art. 1765 del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial elaborado por la comisión de juristas creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 191/2011.

Nuestro régimen jurídico difiere de aquellos modelos, como el español, en el cual el servidor público no responde directamente frente a las víctimas, quienes sólo pueden demandar por los daños padecidos al Estado (art. 145, inc. 1, de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (modificada por la ley 4/1999, de 13 de enero). La responsabilidad del servidor público está prevista únicamente frente al Estado en dos supuestos: a) en caso que este último haya sido condenado en un proceso de daños y perjuicios y haya abonado la pertinente indemnización (art. 145, inc. 2, de la ley citada); y b) cuando un funcionario público cause daños en bienes o derechos de la Administración (art. 145, inc. 3, de la ley citada). En ambos casos, para que proceda la responsabilidad del agente se exige que haya obrado con dolo, culpa o negligencia grave. Como explica González Pérez: "el procedimiento para determinar la responsabilidad de las autoridades y personal es un procedimiento administrativo seguido ante la propia Administración de que dependan, que decidirá acerca de la responsabilidad y, en su caso, cuantificará la indemnización procedente, mediante acto administrativo ejecutivo que podrá ser objeto de impugnación en la vía contencioso administrativa (art. 145.4, LRJAP)"(52).

También presenta relevantes diferencias con el derecho francés (53), pues, si bien en éste la víctima puede optar por demandar al Estado y al agente público por haber incurrido en una falta personal (54), en virtud de la forma en que se ha interpretado el principio de divisiones de poderes no puede acumular en la misma jurisdicción los dos reclamos indemnizatorios (55). En consecuencia, cuando la víctima demanda al funcionario por existir una falta personal, "la acción de indemnización deberá entablarse ante la jurisdicción civil ordinaria, pues se trata de un litigio ordinario de derecho civil entre dos particulares. Por el contrario, cuando está identificada una falta de servicio, se atribuye a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la Administración"(56).

En el derecho francés, tanto el funcionario como el Estado, en caso de haber sido condenados jurisdiccionalmente, cuentan con la posibilidad de entablar acciones de regreso. La que inicie el funcionario deberá tramitar en la órbita de la justicia contencioso administrativa. En cambio, la que promueva la Administración tramitará en sede administrativa y dará lugar a una orden de pago unilateral y de carácter ejecutorio por la cual le exigirá el reembolso de las sumas pagadas o que debe pagar para indemnizar a la víctima (57).

#### 7. Prescripción.

En el art. 9, párrafo 2, se legisla el plazo de prescripción, el que se fija en tres años, y se lo alinea con el establecido en el art. 2561, párrafo 2, del nuevo Código Civil y Comercial para la responsabilidad civil.

Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el párrafo 3 de la norma antes citada, no se dispone la imprescriptibilidad de la acción en el supuesto especial de daños derivados de delitos de lesa humanidad.

Cabe aclarar que, con buen criterio, se establece que en el caso en que el Estado promueva la acción de repetición contra el funcionario o agente el plazo de prescripción de tres años recién comienza a computarse desde que quedó firme la sentencia de condena contra el Estado.

#### 8. Aplicación del Código Civil.

Para todas las cuestiones no legisladas en el art. 9, tales como el alcance del resarcimiento, legitimados para reclamar el daño moral, causalidad, etc., serán de aplicación inexorablemente las disposiciones del Código Civil.

No es un impedimento para ello lo dispuesto en el art. 1 de la ley 26.944, puesto que allí se dispone la inaplicación directa o subsidiaria del Código Civil sólo respecto de la responsabilidad del Estado y con relación a la de los funcionarios o agentes estatales. Lo mismo ocurre respecto del art. 1764 del nuevo Código Civil y Comercial, en el cual se determina que "Las disposiciones del capítulo 1 de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria". De todos modos, lo establecido en las normas de cita respecto de la responsabilidad estatal no puede significar que no sea posible acudir a la legislación civil para cubrir las lagunas existentes en la materia, ya sea a fin de aplicar principios generales del derecho (v.gr., el principio de la buena fe receptado en el art. 1198 del Código Civil) u otras soluciones allí consagradas mediante la técnica de la interpretación analógica, lo cual es algo diverso a la subsidiariedad (58).

La aplicación analógica de la legislación civil es admitida en el mensaje del Poder Ejecutivo de elevación del proyecto de ley de responsabilidad del Estado a la Cámara de Diputados (59). Allí se expresa: "La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (Fallos 321:174)".

La aplicación por vía de la técnica de la analogía de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo —tarea que conlleva la adaptación (60) de las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas del derecho público (61)— ha sido postulada por la tradicional iusadministrativa (62). Así, Marienhoff (63) y Cassagne (64) sostienen que la analogía tiene un gran campo de aplicación en el derecho administrativo debido a su autonomía y a su condición de derecho nuevo y, por tanto, con carencia de normas escritas.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado en diversas ocasiones la aplicación analógica de las normas del Código Civil para integrar lagunas del derecho administrativo. Así lo hizo en materia de nulidades del acto administrativo (65), contratos administrativos (66) y con relación a la responsabilidad del Estado (67). Ello no obstante, y exhibiendo un criterio dispar, en muchos otros casos lo ha hecho por vía de subsidiariedad (68) y no por analogía (69).

(1) "Art. 9. "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 años."La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización".

(2) El dictado de la ley 26.944 constituye un hito sumamente relevante en nuestra historia jurídica, ya que constituye la primera regulación legislativa de derecho público en la que se aborda de manera general y orgánica la responsabilidad estatal y la de los agentes públicos. Sin embargo, dicha circunstancia no es suficiente para sostener que ello produce un avance o mejora en nuestro derecho, pues muchas de las soluciones que allí se establecen acotan —inadmisiblemente— el alcance del deber de responder estatal y acarrear un retroceso respecto de criterios sentados en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", LL 2014-C-1078, y "Lineamientos principales de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos" —parte I y parte II—, DPI Cuántico, Diario Administrativo, nro. 25, del 8/7/2014, y nro. 26, del 15/7/2014).

(3) "Art. 1766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público. 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 se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

(4) HUTCHINSON, Tomás, "Responsabilidad administrativa del funcionario público", en ETCHEVESTI, Carlos A. (dir.), Responsabilidad de los funcionarios públicos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, ps. 179/181.

(5) SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., Principios de derecho administrativo, 2ª ed., t. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 99, y REBOLLO, Luis M., La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico, Ed. Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, Santander, 1993, p. 20.

(6) La responsabilidad de los funcionarios públicos está expresamente consagrada en las Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 56) y en las siguientes constituciones provinciales: Buenos Aires (arts. 57 y 194), Catamarca (arts. 47 y 219), Chaco (art. 76), Chubut (art. 69), Córdoba (art. 14), Corrientes (arts. 16 y 27), Entre Ríos (art. 44), Formosa (arts. 22 y 25), Jujuy (art. 10), La Rioja (art. 49), Misiones (art. 80), Neuquén (arts. 71 y 288), Río Negro (art. 54), Salta (art. 5), San Juan (arts. 9 y 43), San Luis (arts. 9 y 25), Santa Cruz (art. 17), Santa Fe (art. 18), Santiago del Estero (art. 11), Tierra del Fuego (arts. 8 y 188) y Tucumán (art. 4).

(7) Acertadamente se ha escrito: "Así pues, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos es un principio cardinal de la república democrática, del Estado constitucional, que se ha expandido en virtud de los compromisos regionales e internacionales asumidos por el país, del Estado convencional de derecho. No se trata sólo de consagrar derechos para la persona humana, pues de la Constitución y de los tratados de derechos humanos también emanan deberes, sino de exigir que el bien común no se convierta en mal común, que la reparación sea la última instancia porque el reconocimiento normativo de la responsabilidad

por el obrar o el omitir, disuada, en especial, de la actividad ilegítima del Estado en todas sus formas, o de la enmascarada como legítima, aunque no lo sea, por irrazonable". (GELLI, María An., "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", LL 2014-E-659, cita online: AR/DOC/2725/2014).

(8) HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence, administrative de 1892 a 1929*, t. I, Ed. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 (nouveau tirage, 1931) p. 649.

(9) Bien dice Gordillo, en forma enfática, que "es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso". (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, Ed. FDA, Buenos Aires, 2014, cap. XIX-1).

(10) Conf. REBOLLO, Luis M., "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado", en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 21; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 466, y GALLI BASUALDO, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", EDA 2008-653.

(11) Conferencia de Mérida (México), que tuvo lugar del 9 al 11 de diciembre de 2003. Abierta a la firma hasta el 9 de diciembre de 2005.

(12) BO del 9/6/2006.

(13) Ver documento elaborado por la Oficina Anticorrupción titulado: "Nuevos paradigmas para la prevención y el combate de la corrupción en el escenario global", redactado por Nicolás R. S. RAIGORODSKY con la colaboración de Laura GELER, 2ª ed. actualizada, Serie Estrategias para la Transparencia, Buenos Aires, 2007, p. 71, [www.anticorruccion.gov.ar/documentos/Libro%20CNUCC%202ed.pdf](http://www.anticorruccion.gov.ar/documentos/Libro%20CNUCC%202ed.pdf).

(14) A juicio de Tornos Mas: "el principio de buena administración responde a las concepciones más recientes del derecho administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de actuación y, por otro lado, por la voluntad de situar al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa". (TORNOS MÁS, Joaquín, "El derecho a una buena administración", dictamen elaborado a petición de la Sindicatura de Greuges del Sector de Servicios Generales del Ayuntamiento de Barcelona, 2007, [www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio\\_es.pdf](http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf)).

(15) De acuerdo a lo establecido en el art. 1 de dicho instrumento: "La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana". La carta no es una normativa jurídica de cumplimiento obligatorio, pues, tal como se lo expresa en el último párrafo del preámbulo, "la presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las normas relacionadas a la Administración Pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos".

(16) Señala Pérez Hualde que "Como resultado de numerosas conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración y sucesivas Cumbres —también iberoamericanas— de Jefes de Estado y de Gobierno, bregando por una mejora en la calidad de la gestión y de la Administración en nuestros países, en la última de éstas, celebrada en Caracas en octubre de 2013, se ha aprobado la "Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública"; en esa oportunidad se invoca expresamente el mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministros celebrada en Panamá en junio del mismo año. Esta "Carta de derechos y deberes" es consecuencia y fruto de otras anteriores, también impulsadas por el CLAD, como las de "Función Pública", de "Gobierno Electrónico", de "Calidad en la Gestión Pública", de "Participación Ciudadana en la Gestión Pública" y del "Código Iberoamericano de Buen Gobierno", y se orientan a la persecución de la mejora constante y permanente de las condiciones de vida de las personas en procura de que puedan ejercer en mejores condiciones todos sus derechos humanos". (PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Participación y derecho a 'una buena administración', ponencia presentada en la VII Jornada de Derecho Administrativo Iberoamericano, "La reforma de las Administraciones Públicas", organizadas por el Grupo de Investigación Derecho Público Global de la Universidade da Coruña, entre el 31 de marzo y el 4 de abril de 2014, [www.jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/document7.pdf](http://www.jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/document7.pdf)).

(17) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano y la reforma administrativa. Consideraciones generales", [www.jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/la-carta-iberoamericana-de-os-derechos-y-la-reforma-administrativa-1.pdf](http://www.jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/la-carta-iberoamericana-de-os-derechos-y-la-reforma-administrativa-1.pdf)

(18) En los últimos tiempos se ha desarrollado en el derecho europeo un nuevo derecho fundamental de las personas y a la vez principio rector de la actuación de las Administraciones Públicas, denominado "a una buena administración", el cual tiene un expreso reconocimiento en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, aprobada el 7 de diciembre de 2000 por el Consejo Europeo celebrado en Niza. Explica Rodríguez-Arana Muñoz que "Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la recomendación R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena administración, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41 que, como es sabido, aunque no se integró directamente en los tratados, se ha incorporado en bloque al proyecto de tratado internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en su artículo II-101, proyecto que esperamos, con los cambios que sean necesarios, algún día vea la luz". (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho

fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP, nro. 408, ps. 11 y ss.). Se trata de un derecho de contenido plural y complejo que, como surge del citado art. 41 de la Carta Europea, se integra con el derecho a un trato imparcial, equitativo y guiado por el principio de celeridad; el derecho de audiencia antes de la imposición de una medida individual desfavorable; el derecho de acceso al expediente y a una resolución motivada; el derecho a indemnización en caso de lesión producida por la Administración, y el derecho al pluralismo lingüístico en el trato con las instituciones europeas.

(19) En el art. 1764 se contempló la denominada responsabilidad por falta de servicio, en el artículo siguiente la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos por las acciones y omisiones que impliquen el ejercicio irregular de sus funciones en forma concurrente con la del Estado, y en el art. 1766 la responsabilidad por actividad estatal legítima.

(20) Mensaje 1780 del 12/11/2013, [www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2704](http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2704).

(21) Quienes participan del enfoque iuspublicista de la responsabilidad estatal postulan que no es correcto someter al Estado al régimen jurídico de la responsabilidad de los sujetos privados, normado en la legislación civil, pues la responsabilidad de los sujetos estatales constituye una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son, por su naturaleza y fines, totalmente opuestos o en parte diferentes a los que imperan en el derecho privado. Y ello es así porque "mientras en el derecho civil la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el derecho público (constitucional y administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima, armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad". (CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad de la Administración", en Estudios de derecho administrativo XII, Ed. Dike, Mendoza, 2005, p. 54, y Curso..., cit., t. I, ps. 451 y ss.; BIELSA, Rafael, "La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia". LL 55-999, Derecho constitucional - Doctrinas esenciales, t. II, p. 61; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 6ª ed., t. IV, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 761 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado", en Estudios de derecho administrativo XII, p. 25, y "Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley", LL del 11/3/2014; COMADIRA, Julio R., Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, 2ª ed., Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 357 y ss.; URRUTIGOITY, Javier, "Responsabilidad del Estado por actividad judicial", en Estudios de derecho administrativos XII, p. 186; NALLAR, Daniel M., "Análisis sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario público en las provincias argentinas", en AA.VV., Responsabilidad..., cit., ps. 441 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, "Breve análisis acerca de la responsabilidad administrativa ambiental", en AA.VV., Responsabilidad..., cit., ps. 237 y ss.; FIORINI, Bartolomé A., Derecho administrativo, 2ª ed., t. II., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, ps. 717/718; PÉREZ HUALDE, Alejandro y BUSTELO, Ernesto N., "Barreto': La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales", LL 2006-E-264; GALLI BASUALDO, Martín, Responsabilidad del Estado por su actividad judicial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 33 y ss., y BARRESE, María J., "Responsabilidad del Estado ¿Materia incluida o excluida de la acción procesal administrativa? Especial referencia la Provincia de Neuquén", en Estudios de Derecho Administrativo XI. La responsabilidad del Estado, Ed. Dike, Mendoza, 2004, ps. 57 y ss., y PERRINO, Pablo E., "Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 791 y ss.). Otro enfoque, más antiguo y defendido, fundamentalmente, por especialistas en derecho privado y por algún sector minoritario de administrativistas postula que la responsabilidad patrimonial del Estado se sujeta a las normas del Código Civil que rigen la reparación de los daños ocasionados por las personas jurídicas, por lo que, además, rechazan que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tengan competencia para legislar en la materia. (Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, t. X, Rubinzal Culzoni, Santa Fe: 2004 y "Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado", obra colectiva Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. STIGLITZ, Gabriel. Director, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 17/33; ALTERINI, Jorge H. y LLOVERAS, Néstor L., "Responsabilidad civil por inexactitudes registrales", ED 62-548; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos A., "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial", en MOSSET ITURRASPE, Jorge; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos A., Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial, Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1986, p. 101; PARELLADA, Carlos A., "La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos", LL 2013-E-840; PIZARRO, Ramón D., "La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de derecho público provincial", LLC 2011 (diciembre), p. 1159, y "La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012", LL 2013-E-855, y CUADROS, Oscar Á., Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencia, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008).

(22) BO del 8/10/2014.

(23) Al respecto ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado", LL 2012-E-1202; BARRA, Rodolfo C., "La responsabilidad del estado en el Proyecto de nuevo Código Civil", El Dial, Edición Especial Reforma y Unificación de los Códigos, Civil y Comercial de la Nación, suplemento del 9/9/2012, y PIZARRO, Ramón D., "La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012", LL 2013-E-855.

(24) BO del 8/8/2014.

(25) Usualmente se define al derecho federal por vía negativa o por exclusión, pues aquél se conforma por las normas dictadas por autoridades nacionales, con excepción de las de derecho común o de fondo (v.gr., los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y la legislación laboral), que dicta el Congreso con arreglo a lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la CN y de las del derecho nacional local, que sanciona el Congreso en virtud de la facultad conferida por el art. 75, inc. 30, de la CN de "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital". (BIDEGAIN, Carlos M., Cuadernos del curso de derecho constitucional, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 54). Guastavino, después de efectuar una explicación residual como lo hace la generalidad de la doctrina, afirma: "derecho federal es el sancionado por el legislador nacional tendiente a la consecución, de modo inmediato, de todos los fines que se atribuyen al Congreso y al gobierno federal por el preámbulo y los preceptos de la

Constitución. Surge, particularmente, del ejercicio de facultades conferidas al Congreso en el art. 67, con excepción de los incs. 11, 14 y 17; y del art. 4 referido al modo en que ha de proveer el gobierno federal a los gastos de la Nación". (GUASTAVINO, Recurso extraordinario de inconstitucionalidad, t. I, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992, p. 407).

(26) Para Guastavino, la responsabilidad del funcionario hacia el Estado fuera o al margen de la relación de empleo público, hacia otros servidores públicos y hacia particulares constituye una materia que integra los contenidos del derecho común, cuya regulación corresponde al Congreso nacional. (GUASTAVINO, Elías P., "Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública", ED 166-404; en igual sentido, ver: MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., t. III-B, Buenos Aires, 1998, p. 389; IBARLUCÍA, Emilio A., "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?", LL 2014-D-739, cita online: AR/DOC/2129/2014).

(27) Al respecto, cabe recordar que, como afirma la Corte Suprema de la Nación, en el esquema federal adoptado por la Constitución (art. 1 de la CN), las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (art. 121 de la CN) y tienen la plenitud normativa correspondiente a su calidad de Estado autónomo, que incluye la atribución de darse sus propias instituciones y de regirse por ellas (art. 122 de la CN). (Fallos 311:100 y 2004; 314:312 y 1459; 317:1195 y 1671, 322: 2817, entre muchos otros). La carencia de precisión de nuestra Carta Magna de las materias que ingresan en la órbita de legislación local tiene una conocida razón histórica que la justifica, pues, como lo explica Zavalía: "Cuando la Constitución de 1853 se dictó, la Nación como entidad política no existía; las provincias concurren como entidades aisladas, con su personería indiscutible, dispuestas a delegar una parte de su poder soberano para hacer posible la existencia de la Nación, para formar el acervo de atribuciones de que estaría investido el Estado general o poder central. Al formalizarse esta delegación, se cuidó de enumerar de una manera expresa y limitativa las facultades de que las provincias se despojaban, circunscribiendo así, de un modo que pudo creerse intergiversable el poder de la Nación, cuya extensión venía así a estar prevista, mientras la extensión de las atribuciones de cada provincia debía quedar necesariamente ilimitada, sujeta a las contingencias del futuro, a las necesidades que la evolución general determinara". (ZAVALÍA, Clodomiro, Derecho federal, 3ª ed. Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, ps. 117/118).

(28) Obviamente, frente a la invitación que formula el citado art. 11, las opciones de sus destinatarios son tres: 1) aceptar y adherir sin más; 2) dictar una ley estableciendo su propio régimen de responsabilidad o 3) guardar silencio, lo cual equivale a continuar con un régimen pretoriano de responsabilidad estatal.

(29) BO del 8/10/2014.

(30) Concorde con lo dicho, considera Sagarna que "Al resto de los funcionarios y empleados públicos, de las provincias —y sus municipios— y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se les aplica las normas de responsabilidad civil del Código Civil actual hasta el 31 de diciembre de 2015 (conf. arts. 43, 1074, 1112, 1113, etc.) y a partir del 1 de enero de 2016 se mecanizarán las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, salvo que antes la jurisdicción respectiva del funcionario o empleado públicos adhiera a la ley nacional mencionada o dicte su propia norma de responsabilidad estatal, la que resultará aplicable". (SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", LL Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), p. 143, cita online: AR/DOC/3870/2014).

(31) Lo mismo hace el art. 1766 del nuevo Código Civil y Comercial.

(32) GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., t. 2, cap. XIX-14; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., cit., t. 3-B, p. 388; SAGARNA, Fernando, comentario al art. 1112 en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. III, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 445 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 4ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 432; PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad del Estado y del funcionario público, t. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 350, entre otros.

(33) GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., t. 2, cap. XIX-23; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 4ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 434; SAGARNA, Fernando, comentario al art. 1112 cit., ps. 448 y ss.; Pizarro señala que si bien ordinariamente el factor de atribución es subjetivo (culpa), nada obsta a que en ciertos casos pueda ser objetivo, con basamento en el riesgo creado en materia extracontractual, cuando el daño sea causado con una cosa riesgosa de la que es dueño o guardián. (PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad..., cit., t. 2, p. 366).

(34) Por no ser funcionarios o agentes públicos no se les aplica el art. 9 de la ley 26.944 a los notarios públicos (Fallos 306:2030) y a los síndicos concursales (Fallos 326: 4445).

(35) Ver GELLI, María A., Constitución de la nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª ed., t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 119 y ss.; GALLI BASUALDO, Martín, La responsabilidad política de los funcionarios públicos, jueces, fiscales y legisladores, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona/San Pablo, 2014, ps. 213 y ss.

(36) Fallos 327:138.

(37) A los procesos penales, en cambio, se les aplica la ley 25320, que establece el Régimen de Inmunidades para Legisladores, Funcionarios y Magistrados.

(38) Fallos 113:317; 116:409; 300:75; 317:365; 320:1227 y causa "Marincovich, José A. v. Vargas, Abraham L. s/ responsabilidad civil contra magistrados", sent. del 1/8/2013, LL 2013-E-94, cita online: AR/JUR/36582/2013; GALLI BASUALDO, Martín, La responsabilidad..., cit., ps. 109 y ss. Ver GOSSIS, Norberto D., "Responsabilidad civil de los jueces. Un debate postergado en la República Argentina", en SANTIAGO (H.), Alfonso (dir.), La responsabilidad judicial y sus dimensiones, t. 2, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2006, ps. 67 y ss.

(39) Conf. GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., t. I, cap. XII, ps. 3/5, y SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., Principios..., cit., t. I, p. 357.

(40) GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., t. 2, cap. XIX-14. Afirma este autor que "si en alguna situación el acto o hecho no es externamente reconocible como propio de la función, pero se acredita que el agente actuó subjetivamente como en carácter de tal, se ha resuelto que ha sido realizado en ejercicio de la función pública" (cap. XIX-14).

(41) ALESSI, Renato, Instituciones de derecho administrativo, t. I, trad. de la 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, p. 90.



(42) Explica Galli Basualdo que para delimitar la configuración de una falta personal del funcionario público desprovista de conexión con el servicio es preciso acudir a los siguientes lazos o nexos funcionales: "a) el elemento circunstancial: se trata de revisar si el funcionario estaba o no en servicio y si la falta se produjo durante el servicio. Comprende el lazo espacial y el temporal. b) El elemento instrumental: se refiere a si el funcionario usó medios —materiales o no— del servicio o medios personales. c) El elemento teleológico: se vincula con examinar si el funcionario actuó según las necesidades del servicio o con fines personales". (GALLI BASUALDO, Martín, "La falta...", cit.).

(43) Conf. TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, t. IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 195; GALLI BASUALDO, Martín, "La falta...", cit.

(44) BIELSA, Rafael, Derecho administrativo, 6ª ed., t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, ps. 334/336; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., cit., t. 3-B, ps. 387/388; CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", LL 1989-C-982, y TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado..., cit., t. IV, p. 198.

(45) SAGARNA, Fernando A., comentario al art. 1112, cit., ps. 458/459, y LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 694/695.

(46) VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín, Derecho administrativo, t. III, Ed. TEA, Buenos Aires, 1951, p. 545; PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad..., cit., t. 2, ps. 366/367; ETCHEVESTI, Carlos A., "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", en ETCHEVESTI, Carlos A. (dir.), Responsabilidad..., cit., p. 58.

(47) GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., t. 2, cap. XIX-25.

(48) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., cit., t. III-B, p. 391.

(49) El criterio de la causalidad adecuada también ha sido receptado en el art. 1726 del nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994.

(50) Fallos 322:1888.

(51) Explica Trigo Represas que la matriz diferencial entre las obligaciones concurrentes y las obligaciones solidarias "está dado por la circunstancia de que en las concurrentes cada débito proviene de una fuente obligacional distinta; de manera que aquéllas resultan ser independientes entre sí, pese a mediar entre las mismas la conexión resultante de estar referidas a un mismo objeto debido a idéntico acreedor". (TRIGO REPRESAS, Félix A., "Obligaciones concurrentes, indistintas o conexas en el derecho vigente y en el Proyecto de Código", LL 2013-C-782, cita online: AR/DOC/1532/2013).

(52) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 4ª ed., Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 673.

(53) Del cual hemos tomado la concepción de la falta de servicio —erigida por el legislador como el único factor de atribución de la responsabilidad del Estado nacional por su actuación ilegítima (art. 3 de la ley 26.944). La falta de servicio es una noción de contornos imprecisos y susceptible de múltiples apreciaciones, que ella se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública. CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)", LL 2009-F-1026; GALLI BASUALDO, Martín, "La falta...", cit., y PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", en AA.VV., Responsabilidad..., cit., ps. 59 y ss.) o, como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por "una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular" (Fallos 321:1124; 330:653), que puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traduzcan en la emisión de actos de alcance individual o general, o en operaciones materiales de los agentes estatales, como también por la omisión o inactividad administrativa, ya sea ésta de índole material como formal. Conf. CANDA, Fabián, O., "La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 149/156, y PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", LL 2011-E-715, cita online: AR/DOC/1812/2011. La culpa o dolo del empleado o funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad por falta de servicio, lo cual es lógico, porque, como ha señalado Paillet: "tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica de su autor". (PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Jesús María Carrillo Ballesteros traductor, Ed. Universidad del Externado, Bogotá, 2001, p. 169). Por eso la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa "un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva" (Fallos 330:653).

(54) MODERNE, Frank, "La responsabilidad personal de los agentes públicos y la acción de repetición en el derecho francés", EDA, 2004-465. La falta personal es, según la doctrina francesa, aquella que es separable del servicio o del ejercicio de la función; separación que puede ser material, por el hecho de tratarse de conductas desarrolladas fuera del ejercicio de la función o psicológica, cuando la conducta es desarrollada motivada por móviles personales, cuando se ha obrado con la intención de dañar, casos en los cuales el funcionario se ha apartado de la finalidad de su función o cuando. (PAILLET, Michel, La responsabilidad..., ps. 107 y ss., y BRAIBANT, Guy y STIRN, Bernard, Le droit administratif français, 4ª ed., Ed. Presses de Sciences PO et Dalloz, París, 1997, p. 276.

(55) MODERNE, Frank, "La responsabilidad...", cit. Las famosas sentencias dictadas por el Tribunal de Conflictos en los casos "Blanco" (del 8/2/1873) y Pelletier (del 30/7/1873) constituyen el punto de partida de la distinción que se encuentra en la base del derecho francés en materia de responsabilidad de la Administración entre falta personal y falta de servicio. Esta distinción sirve a su vez para delimitar el ámbito competencial de las jurisdicciones contencioso administrativo y judicial u ordinario. (SEMPÉ, Françoise, "La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia", en BARNÉS, Javier (coord.), Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado, Ed. Tecnos y la Junta de Andalucía, Madrid, 1995, ps. 969 y ss.).

(56) MODERNE, Frank, "La responsabilidad...", cit. A juicio de este autor: "La gran originalidad del sistema francés de responsabilidad es que las dos formas de responsabilidad, la del funcionario por sus faltas personales y la de la administración por las faltas de servicio) no se excluyen sino más bien se acumulan en ciertas circunstancias". "La acumulación de responsabilidades

del funcionario y de la administración es posible prácticamente en todos los casos, con la única excepción de las culpas personales cometidas fuera del servicio y sin ninguna conexión con éste".

(57) MODERNE, Frank, "La responsabilidad...", cit.

(58) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", LL 2014-C-885.

(59) Mensaje 1780 del 12/11/2013.

(60) Sostiene Gordillo que "la afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a éste". (GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., t. I, cap. VIII, p. 3; conf. REIRIZ, María G., "Responsabilidad del Estado", en AA.VV., El derecho administrativo hoy, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 220 y ss.).

(61) REIRIZ, María G., "Responsabilidad del Estado", cit., p. 224, y CASSAGNE, Juan Carlos, Curso..., cit., t. I, p. 95.

(62) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 5ª ed. actualizada, t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 287/292; DIEZ, Manuel M., Tratado de derecho administrativo, t. I, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1974, p. 402; REIRIZ, María G., "Responsabilidad del Estado", cit., p. 224; COMADIRA, Julio R.: ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P. (coord., col. y actualizador), Curso de derecho administrativo, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 1570/1571.

(63) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., cit., t. I, ps. 287 y ss.

(64) CASSAGNE, Juan Carlos, Curso..., cit., t. I, ps. 95 y 175.

(65) Fallos 190:142; 205:200; 241:385 (ver en especial disidencia de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte); 293:133 y 301:292.

(66) Fallos 300:679; 301:292; 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312:696 y causa "S.A Organización Coordinadora Argentina", ED 177-749, con nota de COMADIRA, Julio R., "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento".

(67) Fallos 300:143; 304:721; 306:1409; 308:451 y 318:1959.

(68) Fallos 107:134; 306:2030; 307:1942; 320:266; 329:759, y 330:2748, entre otros; conf. SÁENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino", en AA.VV., Responsabilidad del Estado, Ed. Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 67 y ss.).

(69) La diferencia entre supletoriedad o subsidiariedad normativa y analogía —no siempre debidamente comprendida— radica en que la primera de las técnicas mencionadas opera para integrar "de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general común respecto de aquéllas de carácter especial o susceptibles de ser suplidas". De tal modo, "el fenómeno de la supletoriedad se da sólo entre una norma general/supletoria y otra especial/suplible". En cambio, en la analogía "se descubre una norma específica en cualquier otra ley general o especial del ordenamiento, con los cuales no hay conexión alguna de suplencia; y, por vía interpretativa, de razonabilidad, se aplica al caso no previsto". (VERGARA BLANCO, Alejandro, El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como "derecho común", Ed. Abeledo-Perrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, ps. 36/37). En la analogía se atribuye "a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial". (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1958, p. 369).



## Información Relacionada

### Voces:

[RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ FUNCIONARIO PUBLICO ~ RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PUBLICO ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION](#)