

**XV JORNADAS DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2019
Corrientes - Argentina

XV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de

Derecho y Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2019
Corrientes -Argentina / Fernando Acevedo ... [et al.] ;
compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed.-
Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
CD-ROM, EPUB

ISBN 978-987-619-345-0

1. Análisis Jurídico. I. Acevedo, Fernando. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN Nº 978-987-619-345-0

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Octubre de 2019

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA EL FUNCIONARIO PÚBLICO

Daverio, Ana E.

aedaverio@gmail.com

Resumen

La ley 26.944 importa un cambio de paradigma en materia de responsabilidad estatal e innova al prever el ejercicio de la acción de repetición contra el funcionario que haya causado un daño por medio de una conducta antijurídica durante el desempeño de sus funciones. El objetivo de la expresa regulación de la responsabilidad institucional del Estado y personal del funcionario, articulándolas adecuadamente, es evitar la producción del daño y asegurar su resarcimiento, el problema es, que ello no se traduce en la práctica.

Palabras claves: Buena administración, control jurisdiccional, responsabilidad patrimonial.

Introducción

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios se remonta al origen mismo del Derecho Administrativo con el arret Blanco (1873) y en nuestro país pasó por varias etapas, recurriendo inicialmente la CSJN a un método de imputación indirecto y subjetivo, fundado en los artículos 1109 y 1138 (Fallos 169:111), luego a un criterio objetivo e indirecto (179:363; 182:5), para pasar, con el precedente Vadell (Fallos 306:2030), a un tipo de imputación directa y objetiva, considerando como factor de atribución la falta de servicio, doctrina que se mantiene y recepta la ley 26.944, cuyo art. 9 prevé el ejercicio de la acción de repetición contra el funcionario o agente público que haya causado un daño por medio de una conducta antijurídica durante el desempeño de sus funciones. Las leyes provinciales, tanto las que, lisa y llanamente, adhieren (como las de Santa Cruz) como las que regulan en forma expresa la responsabilidad estatal (Mendoza), contienen igual previsión.

Estamos convencidos que la importancia de esta acción radica en su efectividad como herramienta de consolidación de la buena administración.

La buena administración es un derecho de los ciudadanos a exigir determinados estándares en el funcionamiento de la administración, pero también un principio de actuación administrativa que obliga al Estado a actuar con eficacia, economía, eficiencia, proporcionalidad y transparencia. Y esta acción constituye (o debería constituir) un valioso instrumento para su consolidación, partiendo de la necesaria vinculación entre la responsabilidad de los funcionarios y el respeto de aquellos principios que deben guiar su actuación.

Según la tríada de preceptos sobre los cuales se estructura cualquier sociedad jurídicamente organizada, deberíamos vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo que le corresponde. En ese mundo ideal, la irresponsabilidad no existiría, pero vivimos en Argentina y basta repasar la jurisprudencia para comprobar que la acción de regreso en la práctica no existe, por lo que el pago de las indemnizaciones repercute sobre la ciudadanía en general y el responsable queda impune.

En muchos casos el Estado solicitó la citación del funcionario invocando la existencia de una comunidad jurídica de intereses que posibilitaría una eventual pretensión regresiva en caso de ser condenado (CS, “Canale de Manes, Celia M. c. Provincia de Corrientes”, LL Online, AR/JUR/156/1976; C. C.y C. de Jujuy, Sala I, “Aguirre, Silvia Lucía por sí y en representación de su hija menor c. Estado Provincial s/ daños y perjuicios”, LL Online, AR/JUR/4979/2015), el problema es, que el número de acciones regresivas es significativamente menor al de causas por daños y perjuicios promovidas contra el Estado.

Cabe preguntarnos entonces, si ello obedece a la deficiente regulación para poder efectuar una propuesta de *lege ferenda* destinada a cubrir el vacío legal, o a otras causas y, en su caso, cuáles, a efectos de poder examinar posibles soluciones.

Materiales y métodos

Abordamos este análisis cualitativo a través de la jurisprudencia, doctrina y normativa vigente, aportando nuestra opinión personal.

Resultados y Discusión

Del art. 9 se desprende, que la acción debe ser ejercida por el Estado, entendido en sentido lato, contra los funcionarios públicos referenciando a todos los sujetos que, de modo permanente o transitorio,

remunerado o gratuito presten funciones para el Estado y hayan causado el daño cuya indemnización se estableció por sentencia firme. También surge del primer párrafo de esa norma que reproduce el art. 1.112 del Código Civil derogado, la exclusión de las acciones u omisiones que no son realizadas en el desempeño o ejercicio del cargo y, por supuesto, los daños que deriven del ejercicio de sus funciones de manera legítima.

Legitimado activo es el Estado que pagó la indemnización al damnificado y pretende la repetición, mientras que el funcionario cuya falta personal generó el daño indemnizado es legitimado pasivo; el objeto es la pretensión patrimonial consistente en la repetición de lo pagado y la causa es la responsabilidad por culpa o dolo del funcionario que generó el daño resarcido.

Condición *sine qua non* para que la administración pueda ejercer esta acción, a pesar del silencio del art. 9, es haber pagado porque no puede repetirse lo que no se pagó. Consecuentemente, la falta de pago previo determina su improponibilidad objetiva.

Para la atribución de responsabilidades cabe distinguir entre faltas de servicio y personales, aclarando que la personal no excluye la responsabilidad estatal pudiendo comprometerla cuando concurra o se superponga con ella y aun cuando cometida fuera del servicio no estuviera totalmente desligada del mismo, único caso en que la administración es irresponsable, recayendo sólo sobre el funcionario. Aquí sólo nos interesa el supuesto de coexistencia de falta de servicio y de falta personal, es decir, cuando el funcionario actuó ilegítimamente (con culpa o dolo) dentro del ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas mismas (falta personal y falta de servicio) pues, allí procede la acción de regreso.

De la competencia y el trámite nada dicen la LRE y leyes provinciales, solo la de Entre Ríos prevé la sustanciación de un procedimiento administrativo tendiente a determinar la eventual responsabilidad del funcionario u agente, que suspenderá el plazo de prescripción y en el que la autoridad administrativa deberá garantizar el derecho de defensa del funcionario.

La competencia debe ser contencioso administrativa, por los legitimados y porque el derecho patrimonial comprometido está directamente relacionado con el interés general al perseguir la restitución de fondos públicos utilizados para pagar la indemnización condenada judicialmente o convenida por las partes mediando culpa o dolo de dicho funcionario.

El trámite debe ser el de la acción ordinaria o las vías sumaria del orden nacional y de plena jurisdicción de nuestra ley local porque pueden discutirse cuestiones de hecho y prueba. Si la demanda es conjunta, la sentencia hará cosa juzgada respecto de ambos y el Estado que pagó podrá repetir por vía incidental en la misma causa. Mientras que, si solo se demandó y condenó al Estado, este podrá promover la acción una vez firme la sentencia (art.9). Tal requisito, empero, resulta insuficiente para habilitar la vía judicial, porque tratándose de una acción de repetición no basta con sentencia firme, requiriéndose el pago de la suma condenada. En esa acción el funcionario podrá discutir su responsabilidad y participación en el resultado dañoso, en cambio, si fue citado a juicio e intervino en calidad de tercero (art. 96, CPCyCN), resultará alcanzado por los efectos de la sentencia y podría también, ejercerse la repetición por vía incidental, a menos que el Estado haya pedido su citación al solo y único efecto de poder ejercer la posterior acción de regreso.

La LRE y las leyes de Mendoza y Entre Ríos, sólo fijan el plazo de prescripción para su ejercicio y señalan el *dies a quo* para el cómputo, por lo que, la repetición, se ha entendido, en general, como facultativa. Sin embargo, atendiendo al principio de legalidad se interpreta que debe ejercerla dentro de ese plazo, de lo contrario, jamás tendrá el pretendido efecto moralizador ni cumplirá la señalada función de garantía. Proponemos la obligación de su ejercicio, colocando en cabeza del funcionario que ejerza la representación del Estado en juicio, la citación del funcionario a efectos de la eventual acción de repetición, bajo apercibimiento de sanción pecuniaria.

Respecto al cómputo del plazo, establecen su inicio con la sentencia firme, excepto la de Entre Ríos que señala el efectivo pago por el Estado de la indemnización condenada o convenida. Esta previsión es plausible y protege los intereses estatales, a contrario sensu, de la solución prevista en la LRE, porque computar el plazo de prescripción a partir de la sentencia firme favorece la impunidad. No podemos soslayar que el cumplimiento de condenas consistentes en dar sumas de dinero impone llevar adelante un procedimiento específico previsto, por ejemplo, en la ley 5689 de Corrientes, pudiendo transcurrir íntegramente el plazo de tres años previsto al efecto antes que la administración se halle en condiciones de ejercer la acción.

Conclusión

Entendemos que la solución no pasa, exclusivamente, por modificar la regulación, que el problema no se limita a lo normativo. El problema es la falta de compromiso con el interés general porque el Estado, con leyes de emergencia y todo, es el gran pagador y nadie parece advertir que la falta de ejercicio de la acción de regreso no solo importa la impunidad del funcionario responsable del acto ilícito generador de la responsabilidad, sino que es peor aún, porque distribuye la obligación patrimonial sobre el conjunto de la sociedad habida cuenta que la indemnización se paga con fondos que salen del presupuesto estatal al que contribuimos todos con nuestros impuestos.

Por ello creemos necesaria la previsión de esta acción que definimos como aquella ejercida por el Estado contra un funcionario o ex funcionario por los daños generados por la falta personal coexistente con la falta de servicio, pretendiendo el reintegro de lo pagado en cumplimiento de sentencia judicial, acuerdo conciliatorio o cualquier otro modo de resolución alternativa de conflictos, que podrían, eventualmente, darse en casos de reclamos por responsabilidad extracontractual del Estado y funcionarios, excediendo la contribución debida en la obligación solventada. Y su regulación debe incluir la posibilidad de que el administrado afectado por la acción u omisión lesiva, se dirija directamente al funcionario en forma conjunta con el Estado o autónoma; exigir que la administración haya indemnizado a las víctimas, siendo insuficiente el reconocimiento de la responsabilidad por sentencia firme; su ejercicio debe ser obligatorio cuando se verifique que el funcionario actuó ilegítimamente (con culpa o dolo) dentro del ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas mismas e iniciado de oficio dentro del plazo de tres años, en el caso de responsabilidad por daños ocasionados a terceros, computado desde el pago de la indemnización por parte de la administración.

El desafío es regular adecuadamente la acción de regreso en tanto garantía de responsabilidad frente a las víctimas y a la sociedad en su conjunto y dar nuevos pasos en pos de consolidar la buena administración.

Referencias bibliográficas

- Cicero, Nidia K., 2015, *Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado*, publicado en RDA 2015-97, 09/02/2015, 35.
- Doménech Pascual, Gabriel, 2008, *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, Barcelona, publicado en InDret Revista para el análisis del Derecho.
- García Sanz, Agustín, *Responsabilidad del Estado y Corrupción*, publicado en https://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo31.pdf, consultado 14/8/2019.
- Gordillo, Agustín, *La Responsabilidad del Estado en la práctica*, publicado en https://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf, consultado 14/8/2019.
- Hutchinson, Tomás, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, publicado en RDA2001-13-634-89.
- Nieto, A., 2008, *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel.
- Perrino, Pablo, *Algunos comentarios sobre la regulación de la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos en la ley 26.944*, publicado en RDA 2015-97, 09/02/2015, 101.
- Pierry Arrau, Pedro, 1995, *Repetición del Estado contra el funcionario*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI.

Filiación institucional:

Integrante de PI

Proyecto de investigación: 18G005 "La revisión jurisdiccional de la actividad administrativa", aprobado por Resolución N° 098 C.D./2019