

Informe nacional de Argentina

Analía Antik

*Directora de la Maestría en Derecho Público, Facultad de Derecho,
Universidad Nacional de Rosario.*

*Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo
(AADA)*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 3.1. Mecanismos estatuidos para la acción de regreso. 3.2. Competencia de los tribunales. 3.3. Prescripción de la acción. 3.4. Discrecionalidad del planteo. 3.5. Imposibilidad de compensar montos objeto del regreso con salarios. 3.6. Hechos que originan la responsabilidad. 3.7. Constatación de la voluntad del agente. Culpa o dolo. Carga de la prueba. Presunción de inocencia. 3.8. Limitación de la responsabilidad del agente público. 3.9. Diferencias con el empleo privado. **4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición.** 4.1. Sujetos pasivos. 4.2. Legitimados activos. **5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.**

1. Introducción

La acción de regreso o repetición del funcionario trata de una acción de carácter patrimonial que se ejerce en contra de un funcionario o ex funcionario público que, como consecuencia de su conducta dolosa o culposa, haya generado un pago indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena judicial u otro método de resolución de conflictos.

En Argentina la regulación se encuentra dispersa e impactada por las modificaciones habidas con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)¹, que establece que todo lo concerniente a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios debe ser resuelto en el ámbito del derecho administrativo².

Ahora bien, con anterioridad a la vigencia del CCCN, se sanciona la Ley 24944³ de Responsabilidad del Estado (LRE), que prevé 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 funciones⁴.

La norma establece el plazo de prescripción para la acción de repetición que intente el Estado contra sus agentes, pero no establece el procedimiento para llevarlo a cabo y hay que leerla en armonía con otra norma que regula la responsabilidad de los agentes públicos, la Ley 24156 (LAF)⁵, en materia del plazo de prescripción de la acción.

Juegan en el tema, por contar la nación con un sistema extendido y desordenado de contrataciones de personal, la Ley 24185⁶ y la Ley 25164⁷ y su Decreto Reglamentario 1421/2002⁸. También la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, N.º 25188, dictada por imperio del artículo 36 de la Constitución de la Nación Argentina (CN).

1. Ley 26994, B.O. 08/10/2014, con vigencia desde el 1 de agosto de 2015.

2. Artículo 1766 CCCN: "*Responsabilidad del funcionario y el empleado público*. Los hechos y 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".

3. B.O. 08/08/2014.

4. "ARTICULO 9º — 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".

5. Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control de la Administración Pública Nacional, B.O. 29/10/1992.

6. Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo, B.O. 21/12/1992.

7. Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, B.O. 08/10/1999.

8. B.O. 09/08/2002.

Se trata de normativas solo aplicables en el ámbito nacional. Por el régimen federal de gobierno que ostenta Argentina, cada provincia puede dictar su propia ley en materia de responsabilidad estatal y de sus funcionarios.

Este plexo se encuentra impactado también por la recientemente sancionada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, N.º 27742⁹.

Mientras se escribe este documento, en Argentina nos encontramos en pleno proceso de “desregulación”, con lo cual algunas cuestiones que aquí se traten pueden llegar a ser alcanzadas por modificaciones que el Poder Ejecutivo efectúa, en algunos casos con intervención del Congreso, y en otros a través de su potestad reglamentaria.

Amén de ello, en nuestro país no contamos con muchos precedentes judiciales referidos a la acción de regreso, por lo que el pago de las indemnizaciones repercute sobre la ciudadanía en general, quedando el funcionario responsable, en principio, excluido de la responsabilidad.

Se intentó regular sobre la “extinción de dominio”¹⁰, para lograr el oportuno desapoderamiento de bienes derivados de la corrupción funcional, hasta el momento sin éxito alguno.

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

El artículo 36 de la CN prevé que un funcionario atenta contra el sistema democrático cuando incurre en un grave delito contra el Estado que conlleva enriquecimiento, ordenando al Congreso sancionar una ley de ética pública.

Esa ley —la N.º 25188— fue sancionada en el año 1999.

Es de advertir que, a pesar de que la CN considera que atentan contra la democracia tanto los actos de fuerza contra el sistema como los actos de corrupción, como apuntábamos más arriba, las acciones de regreso, incluso la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos o la extinción de dominio para recuperar fondos indebidamente sustraídos al Estado, no poseen, hasta el momento, la contundencia necesaria.

9. B.O. 08/07/2024.

10. Véase el proyecto ingresado en la Cámara de Diputados de la Nación del año 2022, disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/1329-D-2022.pdf>.

En el plano legal, a nivel federal, contamos con la LRE N.º 26944, la Ley de Ética Pública N.º 25188, la Ley de Administración Financiera (LAF) N.º 24156¹¹ y la Ley del Empleo Público Nacional N.º 25164, sumadas a las numerosas convenciones colectivas de trabajo existentes.

De todo este plexo normativo, la norma específica en materia de acción de regreso aparece en el artículo 9.º de la Ley 26944, que en su último párrafo expresa: “La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

A su vez, la LAF, en su artículo 130, prescribe: “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”.

Luego, en materia de procedimiento, habrá de atenderse al artículo 131 de la LAF y a los decretos reglamentarios que establecen los mecanismos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, y las vías administrativas y judiciales que corresponden.

Por su parte, la Ley 25188 produjo modificaciones en el Código Penal argentino (CP), y, al referirse a la reparación de los perjuicios, establece que la sentencia condenatoria podrá ordenar: “La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba”¹². No hace referencia a la acción de regreso, pero sí lo hace respecto a la responsabilidad patrimonial directa del funcionario.

Lo que ocurre en materia de actos de corrupción llevados a cabo por funcionarios es que la víctima —amén de la acción penal incoada contra el funcionario, que es personal— podría reclamar daños patrimoniales al Estado, y, con ello, generar la posibilidad de iniciar esta acción de regreso contra el agente condenado.

11. Deberán tomarse en consideración, asimismo, los decretos 1154/1997 y 1344/2007, que establecen los recaudos para llevar a cabo la acción de regreso.

12. CP, artículo 29, inc. 2.º.

En resumen, conforme a la Ley 26944 y a la jurisprudencia sostenida de la Corte Federal argentina a partir del caso “Vadell”¹³, la responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Conforme a las regulaciones examinadas precedentemente, la responsabilidad del agente es subjetiva, requiriendo la comprobación de dolo o culpa para que sea responsabilizado. La doctrina también refuerza la importancia de la responsabilidad personal para garantizar que los agentes públicos actúen con probidad y diligencia en la administración de sus deberes.

Con lo dicho, la CN establece el marco para las regulaciones que admiten la persecución de la responsabilidad personal de los agentes del Estado por los daños causados a terceros o al propio Estado, quedando comprometido su propio patrimonio.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

3.1. Mecanismos estatuidos para la acción de regreso

Como se adelantó en el acápite precedente, varias son las normas que intervienen en el tema. Un tema no menor es que la responsabilidad patrimonial del agente se encuentra relacionada con el deber de acreditar que el mismo se encuentra inmerso en responsabilidad disciplinaria, para ser pasible de la acción de regreso¹⁴. Que se encuentren relacionadas no implica que no difiera el modo de hacer efectivas ambas responsabilidades¹⁵.

Véase que el artículo 130 de la LAF se refiere a “dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones”. El problema aquí es que los plazos y procedimientos para demostrar la responsabilidad disciplinaria son disímiles a los que se imponen en materia de acción de regreso.

13. CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, fallos: 306:2030, 18 de diciembre de 1984.

14. Decreto 1154/1997: “Art. 2º- Cuando para determinar la responsabilidad se exija una investigación previa, esta se sustanciará como información sumaria o sumario, [...]”.

15. Jurisprudencia del Tesoro de la Nación (PTN), dictámenes 320:347: “Es posible que el mismo hecho sea enfocado desde el doble punto de vista de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria, pero no obstante ello, difiere el modo de hacerlas efectivas” (v. Dictámenes 134/99; 231:029; 231:041; 231:150; 231:170 y 241:494). En efecto, la acción judicial por responsabilidad patrimonial se puede dirigir a agentes que se encuentran excluidos del Régimen Disciplinario previsto en el capítulo VI del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública aprobado por la Ley N.º 22140 (art. 2, incs. a y g) y, por tanto, no son pasibles de estar sometidos a un sumario disciplinario (v. dictámenes 169:377; 192:82 y 98, 199:16; 211 —2.ª parte—, p. 453; 221:102), salvo en el supuesto de excepción indicado por este organismo (v. dictámenes 169:377; 172:359; 221:102; 231: 29; 231:41; 231:150; 241:494).

Esta situación se agravó cuando, en materia de prescripción, la LRE, en su artículo 9, acortó a tres (3) años la prescripción de la acción de repetición del Estado contra los funcionarios, cuando el Decreto 1344/2007 —reglamentario del artículo 131 de la LAF— la fijaba en diez (10).

En nuestro país, por imperio del Decreto 1154/1997, reglamentario del artículo 130 de la LAF, se establece un procedimiento administrativo para investigar y determinar el monto objeto del reintegro¹⁶, y, en caso de que el agente no lo cancele en sede administrativa, libera la vía judicial¹⁷.

Ahora bien, el monto objeto del reintegro debe consolidarse como un “perjuicio patrimonial registrado”, que es aquel declarado en el acto conclusivo del sumario administrativo (art. 122, inc. e), del Reglamento de Investigaciones Administrativas —RIA—¹⁸) y respecto al cual se ha efectuado la correspondiente registración contable, según la normativa vigente. Se recuerda también que como paso previo al dictado del citado acto conclusivo se requiere el dictamen del servicio jurídico permanente, siendo ese el momento en el cual el servicio competente determina la responsabilidad patrimonial, y siendo el dictamen previo el requisito necesario, si no imprescindible, para que la asesoría legal cumpla con su cometido específico y la adecuada elucidación de la cuestión planteada¹⁹.

En otro orden, el Estado podría citar como tercero al funcionario involucrado en un juicio seguido contra aquel. Esta figura se ha utilizado en

16. “Art. 6º- Los servicios jurídicos respectivos deberán, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, informar a las UNIDADES DE AUDITORIA INTERNA, y estas, en idéntico plazo, a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION, acerca de las actuaciones en que hayan intervenido con motivo de hechos, actos, omisiones o procedimientos que hubieran causado perjuicio económico al Estado Nacional, en los casos y por el importe que determinará el mencionado organismo, precisándose clara y detalladamente la composición del monto del el daño, el tratamiento dado a cada caso y el número de expediente asignado”. Deberán tenerse en cuenta, además, las pautas establecidas en el artículo 4.º de la Resolución SIGEN 400/2022: “La opinión sobre la valoración del perjuicio fiscal que emita la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, será sin perjuicio de la declaración prevista en el inciso e) del artículo 122 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por el Decreto N° 456/2022”. Esta norma establece que el acto conclusivo de las actuaciones sumariales deberá contener: “e) la existencia de perjuicio fiscal; en su caso, la autoridad que resulte competente autorizará al servicio jurídico respectivo la iniciación de las acciones judiciales correspondientes, cuyo ejercicio recién se llevará a cabo cuando se haya intentado previamente su cobro en sede administrativa con resultado infructuoso y en la medida en que no resulte antieconómico, en los términos del Decreto N° 1154 del 5 de noviembre de 1997, del Decreto N° 1344 del 4 de octubre de 2007 y sus normas complementarias o de aquellos que los sustituyan o reemplacen”.

17. Artículo 130, Decreto 1344/2007: “[...] fracasada la gestión de cobro en sede administrativa procederá la acción judicial”. En contra, Ivanega, que entiende que a partir de la sanción de la Ley 24156 la acción de regreso procede por vía judicial; confr. Ivanega (2010: 116).

18. Decreto 456/2022, B.O. 04/08/2022.

19. Confr. Diana (2015: 428), SAIJ: DACFI60126, citando a PTN, dictámenes 233:150.

muy pocos casos²⁰, y permite que, cuando el Estado sea condenado patrimonialmente, e internamente pueda acreditar el dolo, culpa o negligencia del agente público, este no pueda alegar al Estado deficiente o negligente defensa. Es un procedimiento complejo para el Estado, porque muchas veces los tribunales rechazan la participación de un tercero en el pleito, para no obligar a la otra parte a litigar contra quien no ha sido seleccionado por esta para ser demandado.

En este contexto no podemos soslayar que, para que prospere una acción de reintegro, el Estado debe encontrarse condenado por sentencia judicial²¹.

En síntesis, en Argentina hay que probar el dolo, culpa o negligencia del agente a fin de disparar la acción de regreso, amén de cuantificar la demanda a iniciarse. Para ello, hay que transitar la vía administrativa, vía sumaria información o sumario. Es importante que el agente sea intimado al pago antes del inicio de la acción judicial.

Si bien alguna doctrina²² aduce la importancia de que el Estado hubiere sido condenado y hubiere abonado la sentencia condenatoria para la procedencia de la acción de repetición, la PTN considera que “cuando de una lectura aislada del artículo 9.º de la LRE, pareciera que este limita la responsabilidad patrimonial al supuesto de condena al Estado, esta norma debe interpretarse armónicamente junto al artículo 130 de la LAF, toda vez que la inconsecuencia no se presume en el legislador (v. fallos 322:2189, 323:585)”²³.

3.2. Competencia de los tribunales

En el ámbito federal, la justicia competente son los tribunales de lo contencioso-administrativo con sede en la Capital Federal y en las provincias los juzgados federales radicados en cada jurisdicción.

En este punto de la competencia del tribunal, cabe aclarar que nos estamos refiriendo exclusivamente al ámbito nacional. Argentina es un régimen federal de gobierno, con lo cual detenta veinticuatro (24) regímenes provinciales diferentes.

20. CSJN, “Canale de Manes, Celia María c/ Provincia de Corrientes”, fallos: 296:263, 28 de octubre de 1976; “Izaurrealde, Roque Rafael c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, fallos: 322:2002, 31 de agosto de 1999.

21. Véase Ley N.º 26944, artículo 9. La acción de repetición del Estado contra sus funcionarios se deriva de sentencias en las cuales se hubiese condenado a aquel al pago de una indemnización.

22. *Confr.* Giusti y Colombo (2023: 256).

23. PTN, dictámenes 320:347.

A modo de ejemplo, si tomamos la provincia de Santa Fe, la demanda judicial de regreso debe interponerla el Estado ante los jueces civiles ordinarios, en cuanto que lo contencioso-administrativo solo está reservado para los casos que se indican en la ley.

3.3. Prescripción de la acción

En este punto atenderemos a dos situaciones: i) la acción tendente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos, y ii) la acción de repetición de lo pagado por el Estado con sentencia condenatoria firme.

En el primer caso, antes de la sanción del CCCN en 2015 y de conformidad con el artículo 131 del Decreto 1344/2007 —reglamentario de la LAF—, el plazo de prescripción a que alude el artículo 131 de la ley²⁴ debía entenderse de diez (10) años, conforme a lo establecido por el artículo 4023 del Código Civil velezano.

En el nuevo código, ahora resulta aplicable el artículo 2560, que reduce el plazo a cinco (5) años.

Para el segundo caso, el texto específico es el que surge del artículo 9.º de la LRE, que establece lo siguiente: “La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

Es decir, una lectura armónica de las normas vigentes nos dice que el plazo de prescripción comienza a correr desde la “comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior”, para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario público, y a partir de la sentencia judicial condenatoria firme, para llevar adelante el juicio de repetición o regreso.

Además, la LRE establece lo siguiente: “La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años”, en el caso de que la acción la lleve adelante el particular damnificado. Si bien el texto omite el momento desde el cual se cuenta el plazo para la prescripción, re-

24. Se refiere al artículo 131 de la LAF, que dispone: “La acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y demás entes premencionados en los artículos 117 y 120 de esta ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas”.

sulta razonable que sea desde la comisión del hecho generador del daño o de producido este si es posterior²⁵.

3.4. Discrecionalidad del planteo

En Argentina, la demanda de regreso se promoverá tras fracasada la gestión de cobro al funcionario en sede administrativa, “salvo que la máxima autoridad con competencia para decidir lo estime inconveniente por resultar antieconómico, previo dictamen fundado del respectivo servicio jurídico y teniendo en cuenta las pautas que al respecto establezca la Sindicatura General de la Nación. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y acciones penales que correspondan”²⁶.

Puede advertirse que, si bien la LAF nada dice sobre el procedimiento administrativo a agotar previo a la interposición de la demanda de regreso, que solo se encuentra regulado en el decreto reglamentario del artículo 130, el trámite es avalado por la PTN²⁷. Se colige de lo expuesto que el planteo es discrecional.

3.5. Imposibilidad de compensar montos objeto del regreso con salarios

La retribución o remuneración es uno de los derechos esenciales que definen el contrato de función o empleo público²⁸.

Atendiendo a ello, no pueden compensarse los cargos que serán reclamados en la acción de regreso reteniendo la retribución del agente.

25. Tiene dicho la CSJN: “El plazo de la prescripción corre desde que existe la responsabilidad y ha nacido la acción consiguiente para hacerla valer; lo que acontece cuando ocurre el hecho ilícito que origina la responsabilidad, aunque excepcionalmente puede determinarse un punto de partida diferente, ya bien porque el daño aparece después, o porque no puede ser adecuadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada”; “Larrabeiti Yañez Anatole Alejandro c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento”, fallos: 330:4592, 30/10/2007.

26. *Confr.* artículo 4 del Decreto 1154/1997, reglamentario del artículo 130 de la LAF.

27. PTN, dictámenes 320:347: “El perjuicio fiscal que habría ocasionado el señor Larregina –y que a priori surge de las estimaciones realizadas por la SIGEN en la tramitación de los sumarios que lo tienen como parte–, ameritaría que la máxima autoridad de YCRT, previa intervención de su servicio jurídico y el del Ministerio de Economía, llevase a cabo el procedimiento administrativo previsto en el mencionado Decreto N.º 1154/97 y eventualmente promoviese una acción judicial, de fracasar las gestiones de cobro en sede administrativa, a fin de resarcir al erario público por los menoscabos que se le hubiesen irrogado”.

28. *Confr.* artículo 16, inc. b), de la Ley 25164. El precepto es aplicable también a otros regímenes de contratación, como puede ser la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), muy utilizada en el ámbito nacional.

Las medidas cautelares en torno a la retribución pueden surgir en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario o judicial, pero no son factibles en el procedimiento previo establecido en el Decreto 1154/1997.

3.6. Hechos que originan la responsabilidad

Como afirma Ivanega²⁹, el sustento constitucional de la responsabilidad del funcionario se encuentra en la forma de gobierno republicana del artículo 1.º de la CN.

La responsabilidad patrimonial es la que se origina cuando el accionar del agente público produce daños a terceros ajenos a la Administración —responsabilidad patrimonial civil— o a la propia Administración³⁰.

La LAF no hace casuística, pero en su artículo 130 se refiere a lo siguiente: “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”.

Se trata de una responsabilidad contractual, subjetiva, que debe ser determinada en sede judicial, aunque implica un procedimiento previo de determinación del monto y la intimación al agente para que cancele el cargo previamente a la acción judicial.

El hecho, entonces, es un daño “económico” causado contra la Administración o a terceros, cometido “en el ejercicio de sus funciones” y con “dolo, culpa o negligencia”, que tienen que ser probados por la Administración pública.

Por su parte, el artículo 9.º de la LRE establece que el funcionario público es responsable por su acción u omisión “en el ejercicio de sus funciones”, cuando incurra “en culpa o dolo” por “no cumplir sino de una manera irregular” “las obligaciones legales que les están impuestas”.

3.7. Constatación de la voluntad del agente. Culpa o dolo. Carga de la prueba. Presunción de inocencia

Para imponer una sanción, la Administración debe constatar el comportamiento antijurídico del agente público.

29. *Confr.* Ivanega (2010).

30. *Ídem.*

Dicho en otros términos, la conducta configurativa de la infracción debe haber sido cometida voluntariamente, exigiéndose una relación psicológica consciente de causalidad entre la actuación imputada y la infracción de las disposiciones administrativas³¹.

Por lo tanto, la conducta culpable no se presume —en principio—, porque nuestra CN preserva el principio de inocencia en su artículo 18, que si bien es aplicable en principio en el proceso penal, se hace extensivo a los fines de probar el dolo, la culpa o la negligencia del funcionario. El axioma encuentra amparo también en los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 26 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos de jerarquía constitucional en Argentina, vía el artículo 75, inc. 22, de la CN.

Es decir, quien alega culpa o dolo del agente tiene la carga de probar no solo la existencia del elemento subjetivo, sino también el daño y a cuánto asciende la suma resarcible.

La presunción de inocencia es una garantía procesal aplicable —con distintos matices— a todos los tipos de procesos, y supone que es la parte demandante o acusadora la que tiene la carga de probar la responsabilidad del acusado o demandado (ya sea la existencia del hecho ilícito o dañoso, la autoría del hecho, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, o el dolo o culpa del acusado). Asimismo, resulta aplicable a todo tipo de procedimientos —incluyendo los administrativos— en los que esté en discusión la determinación de los derechos y obligaciones de las personas³².

Ahora bien, este modelo cede y da lugar a la presunción de culpa o negligencia, en el caso de que el funcionario hubiese incurrido en una conducta objetivamente irregular —esto es, se hubiese apartado de la conducta debida—. En ese caso “debe operarse una inversión de la carga de la prueba, presumiéndose que ha existido culpa o negligencia. En consecuencia, ya no será la víctima quien deberá probar la culpa del funcionario, sino que le competirá a este último acreditar que ha actuado con la debida diligencia y cuidado, a fin de liberarse de responsabilidad”³³.

31. *Confr.* Marengo (2018).

32. *Ídem*, citando a Thea (2012: 147).

33. *Confr.* Giusti y Colombo (2023: 257).

3.8. Limitación de la responsabilidad del agente público

Como ya hemos referido, en Argentina se registran escasas demandas directas contra funcionarios públicos, porque vía jurisprudencial, con la resolución en la causa “Vadell”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estatuyó la responsabilidad objetiva y directa del Estado, criterio consolidado con la sanción de la LRE (artículo 1.º, 2.º párrafo).

Además, es harto complicado configurar la hipótesis de la responsabilidad civil del agente público que permita abrir la puerta a la acción de repetición por perjuicios económicos causados al Estado, básicamente por los diversos procedimientos y diversos entes involucrados (SIGEN, AGN, Oficina Anticorrupción [OA], Fiscalía de Administraciones Administrativas [FIA], entre otros) en la comprobación del perjuicio fiscal, sumado a que SIGEN no puede actuar de oficio, sino a través de las denuncias o los procedimientos que inician las autoridades máximas de los órganos o entes estatales.

3.9. Diferencias con el empleo privado

El empleo público en Argentina encuentra protección constitucional en el artículo 14 bis, que consagra la estabilidad del empleado público. Respecto del empleo privado, asegura la protección contra el despido arbitrario, lo que implica lisa y llanamente que el trabajador puede ser despedido sin causa, pero con el pago de una indemnización.

En los hechos hay discriminación en nuestro país —no con relación a la naturaleza del empleo público o privado, que poseen diferentes grados de protección— respecto a los trabajadores que se desempeñan en la esfera pública, pero que son contratados bajo el régimen de la LCT, que debería operar solo en el ámbito del derecho laboral y no del empleo público.

Así, tenemos trabajadores estatales que gozan de estabilidad propia, lo que implica que no pueden ser despedidos por la Administración, salvo que incurriesen en conductas establecidas en la ley que los hagan pasibles de recibir sanciones extintivas de la relación de empleo público (cesantía o exoneración), previo sumario que así lo compruebe.

Por otro lado, cumpliendo funciones idénticas, nos encontramos con trabajadores regidos por la LCT que pueden ser despedidos, aun sin justa causa.

E, incluso, la manifestación más discriminatoria son aquellos trabajadores que son contratados a través de la figura de la locación de servicios.

La discriminación se hace ostensible, atendiendo a que la acción de regreso se aplica de igual manera a cualquier persona que mantenga una relación de cualquier naturaleza con el Estado y que con la acción u omisión de su actividad cause daños económicos a terceros o al propio Estado.

A fin de aclarar esta afirmación, se dirá que, conforme al artículo 130 del Decreto 1344/2007: “Cuando existiere dolo o culpa grave, el reintegro no obstará el correspondiente sumario administrativo”. Ahora bien, solo son pasibles de intervenir en un procedimiento sumarial los agentes públicos incluidos en la Ley 25164, y no los que son contratados a través de otras modalidades.

Sin perjuicio de ello, todos son susceptibles de ser perseguidos mediante acción de reintegro o repetición, con lo que aquellos excluidos del sumario previo cuentan con menores posibilidades de defensa, al menos en sede administrativa.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

4.1. Sujetos pasivos

Conforme a lo preceptuado en el artículo 130 LAF N.º 24156, son: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación” (AGN).

El artículo 117 de la norma de mención determina que las “jurisdicciones o entidades sujetas” al control de la AGN son la Administración central, los organismos descentralizados, las empresas y sociedades del Estado, los entes reguladores de servicios públicos, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (hoy excluida por haber dictado su propia Constitución en 1995) y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

Se encuentran incluidas las máximas autoridades de las jurisdicciones o entidades dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, conforme el artículo 2.º del Decreto 1154/1997.

El 120, por su parte, añade a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado Nacional, o a las que este se hubiese asociado, incluso a aquellas a las que se les hubiesen otorgado aportes o subsidios para su instalación o

funcionamiento, y, en general, a todo ente que perciba, gaste o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

El artículo 3.º del Anexo del Decreto 41/1999, reglamentario de la Ley de Ética Pública N.º 25188, dispone que “se entiende por ‘funcionario público’ cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. A tales efectos, los términos ‘funcionarios’, ‘servidor’, ‘agente’, ‘oficial’ o ‘empleado’ se consideran sinónimos”.

En consonancia con lo expresado, la PTN ha dicho que, “según el artículo 9.º de la Ley N.º 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, los sujetos pasivos de esta responsabilidad son los ‘funcionarios y agentes públicos’ sin distinción. Por lo tanto, en consonancia con el artículo 130 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N.º 24.156, cabe incluir a todos los sujetos que prestan funciones en 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, cualquiera sea su jerarquía”³⁴.

Asimismo, entendemos que se encuentran incluidas todas las personas que se desempeñan en el ámbito del Congreso Nacional —incluidos diputados y senadores—, del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público³⁵.

4.2. Legitimados activos

En Argentina no existe el juicio de responsabilidad, que antes de 1993 se encontraba en manos del Tribunal de Cuentas de la Nación³⁶. En ese sistema el organismo “tenía competencia para condenar en sede administrativa al funcionario sindicado como responsable, emitiendo una sentencia administrativa que constituía un título de deuda ejecutable a través de un proceso de ejecución fiscal o apremio”³⁷.

Ahora, quien lleva adelante el pleito es el Estado Nacional a través de un juicio ordinario ante los jueces de lo contencioso-administrativo, agotando previamente la vía administrativa³⁸, que tiene por fin no determinar la res-

34. PTN, dictámenes 320:347.

35. *Confr.* Giusti y Colombo (2023: 261).

36. Decreto-ley 23354/1956, derogado con la sanción de la Ley 24156.

37. Giusti y Colombo (2023: 260).

38. Conforme a lo establecido en el Decreto 1154/1997 y artículo 130 del Decreto 1344/2007.

ponsabilidad patrimonial del funcionario, sino identificar y evaluar el daño sufrido por el erario público (perjuicio fiscal).

Ello es importante porque la determinación del perjuicio en sede administrativa, previa al inicio de las acciones judiciales, no es impugnabile en esa sede, debiendo efectuar el funcionario las objeciones que crea menester en sede judicial³⁹; por lo tanto, ni siquiera es necesario darle participación en esta etapa.

Un tema que la regulación actual mantiene huérfano es el caso en que deba iniciarse la acción de regreso al Presidente de la Nación, al Vicepresidente, a los legisladores nacionales o a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, porque los procedimientos analizados precedentemente no lo contemplan.

Al ser funcionarios sometidos al juicio político para lograr su destitución, podría pasar que una vez destituidos, o cuando su función hubiera culminado por otras causas —renuncia, jubilación, etcétera—, se instruyera a la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), previa determinación administrativa del perjuicio fiscal por parte de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN)⁴⁰, órgano que debe ser informado por la autoridad máxima de los órganos o entes correspondientes. Esa autoridad “deberá merituar las razones de oportunidad, mérito o conveniencia acerca de iniciar la demanda judicial respectiva, debiendo para ello valorar la determinación de la existencia de un perjuicio concreto, la imputación de responsabilidad del agente involucrado, los medios de prueba disponibles de acreditar en juicio, y si el inicio del trámite judicial puede resultar antieconómico o perjudicial”⁴¹.

En el caso de los funcionarios superiores antes referidos, la determinación del perjuicio podría ser efectuada por la Auditoría General de la Nación (AGN), como órgano de control externo con jerarquía constitucional.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

La LAF, en su artículo 130, prescribe: “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,

39. *Confr.* Giusti y Colombo (2023: 261), citando a PTN, dictámenes 255:8 y 273:433, entre otros.

40. *Confr.* Decreto 1154/1997.

41. Artículo 130, Decreto 1344/2007.

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”.

La responsabilidad del agente es subjetiva, requiriendo la comprobación de dolo o culpa para que sea responsabilizado.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

El CCCN argentino, en el capítulo referido a “Pago de deudas y legados”, establece en su artículo 2356: *“Presentación de acreedores*. Los acreedores hereditarios que no son titulares de garantías reales deben presentarse a la sucesión y denunciar sus créditos a fin de ser pagados. Los créditos cuyos montos no se encuentran definitivamente fijados se denuncian a título provisorio sobre la base de una estimación”.

Por su parte, el artículo 2359, que se refiere a los acreedores de la sucesión, asevera que los acreedores del causante pueden oponerse a la entrega de bienes a los herederos hasta el pago de sus créditos. Y el artículo 2360 permite que, ante la insolvencia de la masa hereditaria, los acreedores puedan peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa conforme a las disposiciones de la ley comercial.

En este marco, el Estado puede iniciar la acción de regreso contra los sucesores o contra la masa hereditaria, en el caso de que los herederos hubieran recibido la herencia con beneficio de inventario.

Si aún no se posee la sentencia condenatoria, el Estado puede denunciar la deuda a título provisorio a fin de interrumpir el plazo de prescripción de la acción.

El acto administrativo de determinación del perjuicio se emite solo a esos fines, y dictándose en ausencia del funcionario culpable no será suficiente para consolidar un reclamo contra la masa hereditaria.

Ahora bien, se advierte que esa solución podría vulnerar el derecho de defensa de los herederos del funcionario fallecido, cuando el inicio del juicio de regreso o la sentencia condenatoria tienen lugar tras el fallecimiento de aquel.

No se encontraron antecedentes judiciales en Argentina, pero nos llevó a esta reflexión un fallo del Consejo de Estado colombiano, que rechazó una demanda de repetición contra los herederos de un funcionario público

fallecido, con base en que para este caso concreto no se encontraba acreditado el elemento subjetivo exigido para declarar la prosperidad de las pretensiones formuladas en el escrito de demanda, por razón de que el dolo atribuido al comportamiento del agente público no puede sustentarse en las referencias probatorias realizadas en los fallos condenatorios de primera y segunda instancias proferidos en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Estas decisiones no constituyen por sí mismas un fundamento probatorio suficiente para valorar o calificar como dolosa la conducta del exfuncionario contra cuyo patrimonio se pretende repetir, por el hecho de que dichas pruebas no fueron trasladadas ni ratificadas en el presente proceso y frente a ellas la parte demandada [los herederos] no tuvo la oportunidad de pronunciarse ni de ejercer el derecho de contradicción⁴².

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

La condena al empleado en la acción de regreso no se produce por fuera de otros procedimientos seguidos contra él. Este proceso es la consecuencia de otros tipos de responsabilidades que se investigan de naturaleza disciplinaria e incluso penal o política.

Entonces habrá de observarse, en cada caso, qué otras sanciones recibe el agente contra el cual se persigue la acción de repetición.

La inhabilitación para ejercer cargos públicos puede derivar de un procedimiento disciplinario que culmina con una sanción de cesantía o exoneración o uno de naturaleza penal, cuando esa sanción se dispone como accesoria por el juez respectivo.

Lo mismo ocurre con un funcionario que es destituido a través del juicio político.

La CN argentina establece, en su artículo 16: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

La norma deriva del principio constitucional que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento. Esa idoneidad se refiere a la aptitud que tiene una persona para desempeñarse en un empleo⁴³.

42. *Confr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Contraloría Departamental de Norte de Santander vs. Alfredo Enrique Flórez Ramírez s/ Repetición. Grado Jurisdiccional de Consulta – Inexistencia de Dolo, 01/03/2023.

43. *Confr.* Armanague (1999: 118).

Ahora bien, esa idoneidad o aptitud cae cuando el funcionario incurre en conductas que prescriben —una vez comprobadas— la extinción del vínculo con el Estado, ya se trate de normas relativas a la función pública, a la ética, a los contratos o al manejo de los dineros públicos.

El problema es que el sistema es complejo y muy difuso. Sin perjuicio de ello, la PTN, en febrero de 2017, dispuso la creación de un Registro de Procesos Penales relativos a Delitos contra la Administración Pública, como parte del Sistema Único Informático para la Gestión Judicial⁴⁴, con el fin de extremar los esfuerzos tendentes a la recuperación de activos y la reparación de los daños sufridos por el Estado como consecuencia de actividades ilícitas.

El artículo 2.º de la norma dispone lo siguiente: “Cuando el Estado Nacional interviniera como denunciante o querellante en un proceso penal en el que se investigue la comisión de delitos previstos en el Libro Segundo, Títulos VI y XI del Código Penal de la Nación contra la Administración Pública Nacional centralizada o descentralizada, los responsables de los servicios jurídicos incluidos en el artículo 6º de la Ley N° 25.344 deberán volcar en dicho Registro los siguientes datos: (i) las partes intervinientes en el proceso penal; (ii) si el Estado se ha constituido como actor civil o querellante; (iii) el tipo de delito investigado; (iv) la existencia de medidas cautelares; (v) de ser posible, el monto estimado del perjuicio fiscal; (vi) en su caso, la existencia de procesos conexos o sumarios administrativos vinculados a los mismos hechos y (vii) cualquier otro dato que estime de interés”.

Este registro puede ser clave para lograr que, amén de la recuperación del perjuicio fiscal por parte del Estado, se pueda extinguir con justa causa la relación que une al funcionario o contratista con el Estado.

Uno de los principios básicos de la organización administrativa es la competencia, entendida como el conjunto de funciones y atribuciones que un órgano o ente puede ejercer legítimamente. Así, el concepto de competencia brinda la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo con el ordenamiento jurídico; es, en definitiva, la aptitud legal de obrar de los órganos administrativos, por lo que, como bien se ha dicho, integra el concepto mismo de órgano.

Uno de los caracteres que distinguen a la competencia es que es obligatoria, por el deber de efectuar la actividad dentro de las atribuciones con-

44. *Confr.* Giusti y Colombo (2023: 267). Se trata de la Resolución 2017-3-APN-PTN.

feridas, sosteniéndose que constituye una obligación del órgano, dado que es un concepto de la esfera institucional, en la cual los derechos subjetivos son desconocidos.

Es decir, el funcionario podría ser perseguido por su inactividad, lo que puede operar como argumento de su responsabilidad disciplinaria, e incluso patrimonial o penal —incumplimiento de los deberes de funcionario público—.

Con lo cual, no resolver por el temor a ser luego demandado en la acción de regreso puede estar equiparado a las responsabilidades que puede asumir por su inactividad.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

En Argentina los casos de acción de regreso son muy escasos.

El trámite instaurado, como hemos explicitado en los epígrafes precedentes, no arroja los resultados esperados.

Como afirma Gordillo, 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 dañoso⁴⁵.

Lo cierto es que, hasta ahora, el Estado es el gran pagador, y nadie parece advertir que la falta de ejercicio de la acción de regreso no solo importa a 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 de que la indemnización se paga con fondos que salen del presupuesto estatal al que contribuimos todos con nuestros impuestos⁴⁶.

Ante el fracaso sistemático de lograr que el funcionario responda a través de las regulaciones vigentes en Argentina⁴⁷, incluso a partir de la cláusula constitucional emanada del artículo 36 —que incluye una responsabilidad penal constitucional extendida también a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público o de la sociedad de usuarios y consumidores y por supuesto pagamos todos, en impuestos di-

45. Gordillo (2006: XIX-1).

46. *Confr.* Daverio (2019).

47. Leyes 26944, 24156 y sus decretos reglamentarios, 25188, entre otras.

rectos y sobre todo indirectos, como la inflación—, creemos que ahora es la Convención Interamericana contra la Corrupción la que añade algunos elementos de jurisdicción extranjera que pueden servir en la lucha que debiera ser constante contra la corrupción o la desidia, al reconocerse allí que la corrupción tiene como primera cara visible la dilapidación de fondos públicos, la generación de responsabilidades estatales que serán sociales y el enriquecimiento injustificado, entre otras lacras más⁴⁸. Si como dice Linares la responsabilidad del funcionario no es un proyecto-programa de la sociedad argentina, al menos ayudará en algo que lo sea de la comunidad internacional o de algún país extranjero⁴⁹.

9. Conclusiones

En el derecho argentino no está garantizada hoy la efectividad de la acción de regreso contra el funcionario, al menos de manera autónoma.

Puede ser perseguida como accesoria del juicio penal contra el agente público o tras la imputación de una conducta que depare la responsabilidad disciplinaria donde se acredite un perjuicio fiscal contra el Estado.

Tampoco ha prosperado el juicio político contra funcionarios de jerarquía superior, en cuanto en el Congreso no se logran las mayorías necesarias para ello.

En ese marco, las condenas patrimoniales a los funcionarios, más que a través de la acción de regreso, se dan con ocasión de la consolidación de un cargo por perjuicio económico en el marco de un procedimiento disciplinario o a la vez que son condenados en la justicia penal, que ordena la traba de medidas cautelares o ejecuciones contra bienes personales de los funcionarios involucrados.

Hubo intentos de mejorar el sistema en materia de reparación del perjuicio fiscal, y, a ciencia cierta, lo conseguido no supera el dígito de lo reclamado.

Por ello, en el año 2016, la PTN concluyó que la omisión de trabar medidas cautelares y de ejecutar las trabadas, la virtual paralización del expediente una vez dictada la sentencia y la omisión de priorizar la atención a los

48. *Confr.* Gordillo (1997).

49. *Ídem.*

juicios de montos mayores, atentaban contra las acciones de regreso en los casos en que fue detectado perjuicio fiscal⁵⁰.

Como consecuencia de ese informe, el órgano de asesoramiento del Estado Nacional dispuso instruir a los delegados del Cuerpo de Abogados del Estado para que “otorguen tratamiento adecuado, oportuno, eficaz y eficiente a todos los procesos de cobro o recupero de fondos públicos; en particular, en aquellos supuestos en que la pretensión estatal reviste un monto relevante”.

Sin perjuicio de ello, la acción de regreso —entre otras relativas a la recuperación de fondos públicos— dista de ser exitosa.

Lo que existe, más bien, es impunidad patrimonial por los daños que la conducta irregular de los funcionarios pueda producir al Estado⁵¹.

En síntesis, la eficacia de la acción de regreso en Argentina es casi nula, y el sistema se caracteriza por la fragilidad en todos sus ámbitos.

10. Bibliografía

- Armanague, J. F. (1999). *Constitución de la Nación Argentina*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Daverio, A. E. (2019). La acción de repetición contra el funcionario público. En A. E. de Bianchetti (comp.), *XV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE*. Corrientes: Moglia Ediciones. Disponible en https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/29793/RIUNNE_FDCSP_AC_Daverio_AE.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Diana, N. (2015). La determinación del perjuicio fiscal en el ámbito de la acción de recupero contra los funcionarios públicos. En S. M. Ávila (coord.), *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (1.ª ed. adaptada, pp. 419-433). Buenos Aires: Infojus. Disponible en <https://www.saij.gob.ar/nicolas-diana-determinacion-perjuicio-fiscal-ambito-accion-recupero-contrafuncionarios-publicos-dacfl60126-2015-11/123456789-0abc-defg6210-61fcanirtcod>.
- Giusti, J. L. y Colombo, L. (2023). *El control sobre la administración pública*. Buenos Aires: Eudeba.

50. PTN, Resolución 30/2016.

51. *Confr.* Giusti y Colombo (2023: 268).

- Gordillo, A. (1997). Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción. *La Ley*, 1997 E.
- (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Ivanega, M. M. (2010). De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos. *Rap*, 381, 113-120. Disponible en <https://www.saij.gob.ar/miriam-ivanega-nuevo-sobre-responsabilidad-patrimonial-funcionarios-publicos-dacfl40674-2010-06/123456789-0abc-defg4760-4lfcanirtcod>.
- Marengo, F. (2018). La culpabilidad en materia administrativa sancionadora. *Pensamiento Penal*, 5-6-2018. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46606-culpabilidad-materia-administrativa-sancionadora>.
- Thea, F. G. (2012). Artículo 8. Garantías Judiciales. En E. M. Alonso Regueira (dir.). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (pp. 127-166). Buenos Aires: La Ley.