

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2006

Tutor: Dr. Raúl René Maiztegui.

Alumno: Guillermo Osvaldo Barroso.

Tema: “El funcionario público en nuestro país”

Fecha de presentación: 17 de noviembre de 2006.-

Agradecimientos

Quiero agradecer especialmente al Dr. Raúl Maiztegui por su especial atención y buena predisposición cada vez que fue consultado para la elaboración de éste trabajo. A su vez, quisiera destacar el apoyo brindado por los Dres. Carlos Galassi y Eduardo Galardi, quienes con sus aportes de material bibliográfico, enriquecieron el contenido del mismo. Por último a mi novia Carolina, mi familia y amistades y a todas aquellas personas que han colaborado en la consecución de esta meta.

Tema

El Funcionario Público en nuestro país.

Objetivos

a) Objetivos Generales.

- a.1. Estudiar y analizar la responsabilidad administrativa del agente público.
- a.2. Proponer cambios respecto al funcionamiento de la Administración Pública, destacando el rol del funcionario público.

b) Objetivos Específicos.

- b.1. Recolectar los aportes doctrinarios concernientes al tema.
- b.2. Comprender el fenómeno de la “laboralización” de la relación de empleo público.

Hipótesis

El funcionario, como ejecutor de las políticas públicas y protagonista activo de las modificaciones estructurales en el ámbito público.

Resumen

La presente exposición pretende introducir al lector en el contexto jurídico en que se encuentra el funcionario público en su relación de empleo y sus circunstancias dentro de la Administración.

El primer capítulo nos introduce en la responsabilidad administrativa del funcionario público y su naturaleza jurídica.

El segundo capítulo se refiere al tratamiento que la Constitución Nacional da respecto del tema en cuestión.

El tercer capítulo hace mención a la responsabilidad específica del agente estatal, sus presupuestos y demás criterios en particular.

En el cuarto capítulo se ocupa del fundamento de la responsabilidad administrativa patrimonial, sus eximentes y su asimilación a la responsabilidad civil.

El quinto capítulo trata el tema de la responsabilidad específica de ciertos funcionarios públicos: los cuentadantes.

El sexto capítulo intenta analizar la responsabilidad disciplinaria y su correlato con las cláusulas constitucionales. La potestad sancionadora de la Administración.

El séptimo capítulo pretende describir la responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales.

Finalmente, el octavo capítulo se refiere al fenómeno de la laboralización del empleo público y al intento de profesionalizar la Administración Pública.

Introducción

La figura del *funcionario público* en el ámbito administrativo intenta en el presente Trabajo Final ser analizada en varios aspectos, desde su responsabilidad administrativa y la “laboralización” de su relación de empleo público hasta en el intento de profesionalizar la Administración Pública, donde el agente posee un rol esencial.

En nuestro ordenamiento jurídico prevalece el criterio de la vigencia del principio de responsabilidad del funcionario y del Estado por los daños causados por la actividad administrativa ilegítima. A partir de ello no es frecuente que se analice el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos, como tampoco es común encontrar en las colecciones jurisprudenciales casos referidos al tema.

Cabe reconocer que la fundamentación de la responsabilidad estatal y de los funcionarios ha sido objeto de reiteradas controversias, entre ellas la relativa al problema de la comunicabilidad simple o subsidiaria de normas civiles a la materia administrativa.

Dicha responsabilidad, que en una primera aproximación diremos que puede ser patrimonial o no, originada en daños o faltas-hechos, actos u omisiones-derivados del ejercicio de una relación de sujeción especial respecto del Estado- empleo público o asimilable-. Comprende, entonces, no sólo lo que ha dado en llamarse la *responsabilidad-reparación*, sino también la *responsabilidad-sanción*.

En segundo lugar, desde hace años se registra en el ámbito internacional un movimiento que se ha denominado “laboralización” o “privatización” del empleo público, que se halla enderezado a equiparar su régimen con los que disciplinan la relación de trabajo en el ámbito del derecho privado. Esta tendencia ha tenido correlato en nuestro ordenamiento jurídico, como se observa en algunas de las modificaciones introducidas en las últimas décadas de la legislación, provincial y municipal relacionadas con la materia, influyendo asimismo –aunque con menos intensidad- en la doctrina administrativa y la jurisprudencia en general.

Este proceso de laboralización del empleo público en nuestro país se ha presentado casi en paralelo con la privatización de numerosos servicios públicos, la

disminución del número de dependientes estatales permanentes y el concordante aumento de personal transitorio y contratado, la “mala prensa” de viejos y nuevos conceptos de “burocracia” y “funcionario público”, los adelantos científicos-tecnológicos el dinamismo de los cambios estructurales, entre otros.

También en nuestro medio, el proceso pretendió y aun pretende, un acercamiento de la legislación administrativa, aplicable en materia de empleo público, a la que rige para los trabajadores del ámbito privado, de un modo que se expresa en múltiples facetas, como por ejemplo, la incorporación de un contexto de negociación colectiva mediante la aplicación de normas sobre negociación colectiva de trabajo, propias del derecho privado.

Por último, los funcionarios públicos han sido objeto de continuas críticas por parte de la sociedad. Considerados un sector privilegiado por gozar del derecho de estabilidad laboral y de una respetable retribución, la falta de profesionalidad y de eficiencia constituyeron calificativos que derivaron en su desvalorización.

Es por ello que, en todos los procesos o planes de modernización que se pretenden aplicar en el ámbito de la Administración Pública, el empleado público tiene un particular protagonismo al incluirse objetivos tendientes a corregir su ineficiencia mediante la jerarquización de la función pública, el mejoramiento de los sistemas de selección de personal, la actualización de la carrera administrativa, entre otros.

CAPITULO I

Responsabilidad administrativa del funcionario público.

Nociones básicas.

SUMARIO: 1.- Responsabilidad administrativa del funcionario público. 1.1.- Problemas terminológicos. 1.2.- Diferentes tipos de responsabilidad. 1.4.- Naturaleza jurídica de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial. 1.5.- La naturaleza contractual de la relación de empleo público.

1. Responsabilidad administrativa del funcionario público

En nuestro ordenamiento jurídico prevalece el criterio de la vigencia del principio de responsabilidad del funcionario y del Estado por los daños causados por la actividad administrativa ilegítima.

Cabe reconocer que la fundamentación de la responsabilidad estatal y de los funcionarios ha sido objeto de reiteradas controversias, entre ellas la relativa al problema de la comunicabilidad simple o subsidiaria de normas civiles a la materia administrativa.

La responsabilidad administrativa puede ser patrimonial o no, originada en daños o faltas-hechos, actos u omisiones-derivados del ejercicio de una relación de sujeción especial respecto del Estado –empleo público o asimilable-. Comprende, entonces, no sólo lo que ha dado en llamarse *la responsabilidad – reparación*, sino también la *responsabilidad – sanción*.

1.1 Problemas terminológicos

Conviene dejar aclarado, aun cuando no exista ya casi discusión entre los administrativistas, que comprendemos en el concepto de *funcionario* a sus equivalentes: empleado y agente, dado que no interesa la diferenciación que para algunos temas pueda hacerseⁱ, por ello debemos decir que quedan incluidas en el concepto y son sujetos de la cuestión que abordamos, todas las personas que realicen o contribuyan a que se realicen funciones administrativas, por cualquiera de los tres órganos esenciales del Estado, señalando que el concepto no sólo comprende al funcionario *de iure* sino también al *de facto*, pues no se relaciona con la índole de la designación o forma de ingreso a la Administración, sino ante todo con el cumplimiento de las funciones específicas administrativas o con la contribución a que tales funciones sean realizadas.

1.2 Diferentes tipos de responsabilidad

Desde el punto de vista jurídico, los distintos tipos de responsabilidad en que suele incurrir un funcionario suelen ser:

a) **Administrativa**. En el caso de los funcionarios es una responsabilidad propia o específica de la *relación de empleo público* que los une al Estado.

Por ello no basta con decir que son los daños ocasionados al Estado, pues puede ser que ellos nada tengan que ver con esa específica relación.

Así, por ejemplo, el sujeto puede ocasionar daños al Estado que no deriven de su relación de empleo público, en esos casos la responsabilidad en que pueda incurrir el personal que actúa con desvinculación total y absoluta de la relación de empleo público y de la organización administrativa se regirá por las normas civiles. Nos encontramos en este supuesto estrictamente ante lo que se denomina responsabilidad civil: el funcionario (particular en este caso) es civilmente responsable ante el Estado.

La responsabilidad administrativa sería, entonces, la responsabilidad derivada de la sujeción especial en que se encuentra el agente público respecto al Estado por desempeñar un empleo público.

Así, la responsabilidad administrativa es la que surge de actos, hechos u omisiones de los agentes administrativos, cuando violen las normas que rigen la función, lesionando los intereses del Estado.

Asimismo, la responsabilidad administrativa entonces puede clasificarse en:

a1) Administrativa patrimonial. Derivada de la lesión patrimonial que le produce al Estado la conducta del agente en ejercicio de su función. Así, por ejemplo, el personal médico sanitario maneja cada día un instrumental y una serie de aparatos muy sofisticados y a la vez muy costosos; siempre que esos bienes se vean afectados por una actuación negligente del personal, la Administración podrá exigir en forma directa la reparación del daño causado.

a2) Administrativa contable. Derivada de la gestión de los recursos públicos.

a3) Patrimonial del funcionario derivada de la condena directa del Estado. Este responder se origina en la responsabilidad que el Estado afrontó como consecuencia de la actuación del funcionario. Da lugar a la acción de regreso.

b) Disciplinaria. También es una responsabilidad regida por el Derecho administrativo, aparece cuando el funcionario comete una falta de servicio que le es imputable, transgrediendo reglas propias de la función pública. Su presupuesto es la violación de la norma o el deber y su consecuencia es la aplicación del régimen disciplinario pertinente.

c) Penal. Abarca un área más limitada; emerge toda vez que el comportamiento del agente que sea antijurídico y culpable, que haya tenido lugar en el ejercicio de la función pública y que encuentre tipificación en el Código Penal o en las leyes especiales. El accionar tiene que ser típicamente culpable para constituir delito. En lo que hace al derecho penal, “la responsabilidad es el título por el cual se carga en la cuenta de un sujeto el delito y sus consecuencias”ⁱⁱⁱ, pero no siempre esa responsabilidad se ha sustentado en la culpabilidad.

d) **Civil**ⁱⁱⁱ. Responsabilidad a la que también suele llamarse por la doctrina *responsabilidad patrimonial*. Comprende todo perjuicio en el patrimonio de un tercero, administrados, otros agentes o el Estado. Esta responsabilidad emana de la ley, a diferencia de la administrativa, que se basa en una relación de empleo público.

La responsabilidad puede clasificarse según que:

1. Los daños sean causados a terceros por el accionar ilegítimo de un funcionario en ocasión del ejercicio de su función.
2. Los daños sean causados por el agente respecto del Estado, pero que no resulten originados en una relación de empleo público,
3. Los daños sean causados a otros servidores públicos. Algunos entienden que una cuestión de esta naturaleza es civil. Otro sector de la doctrina no le considera así, por ejemplo, si un superior mediante un acto administrativo descalifica laboralmente a un inferior y luego el acto es revocado por otro superior, la reparación que el agente descalificado puede pedir al autor del acto descalificador se basa en la relación de empleo público.

1.3 Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad de los funcionarios

La responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones se encuentra regida por normas y principios de derecho público. El fundamento por el cual las provincias pueden regular la responsabilidad en el ámbito que nos ocupa reside en la disposición constitucional que establece que todo lo atinente a aquel derecho forma parte del poder no delegado por las provincias a la Nación (art. 104, C.N. de 1853/60, hoy art. 121).

La responsabilidad derivada del ejercicio de la función pública (responsabilidad administrativa) forma parte de la disciplina del Derecho Administrativo, que tiene carácter local; ello conlleva la coexistencia entre regímenes provinciales de responsabilidad estatal y de sus funcionarios, y el régimen nacional.

Según el artículo 122 de la Constitución, las provincias se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. En ese orden, numerosas disposiciones contenidas en las constituciones provinciales regulan la responsabilidad del Estado y son numerosas las reglas en las cuales se determina la responsabilidad del gobierno local o de los municipios, por ejemplo, por los daños que generen comportamientos de sus funcionarios (así, se encuentran normas en los respectivos estatutos que regulan la relación del empleo de las fuerzas de seguridad. En casi todas las provincias se prevén los casos en que integrantes de fuerzas de seguridad padezcan algún tipo de daño, muerte o lesiones físicas en prestación de servicio y se tarifa además una responsabilidad, fijada sobre la base de un número de sueldos).

Estas regulaciones locales significan la asunción, por parte de las provincias, del ejercicio de sus facultades legisferantes en materia de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

1.4 Naturaleza jurídica de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial del funcionario publico

Tal como lo han distinguido hace tiempo, la doctrina, la legislación, los órganos de interpretación y la jurisprudencia, las obligaciones de la relación de empleo publico están reguladas siempre por un doble régimen en todas las jurisdicciones, dando lugar a dos especies distintas de responsabilidad, a veces por un mismo hecho: la responsabilidad disciplinaria derivada de la afectación del orden administrativo del organismo por incumplimiento de normas de desempeño laboral de los regímenes y estatutos de la función pública cuya comprobación da lugar a sanciones disciplinarias.

En segundo lugar, las responsabilidades patrimoniales derivadas del daño económico que produce el incumplimiento de las normas de cuidado de bienes y valores bajo custodia del organismo, reguladas por las leyes de administración patrimonial o contabilidad pública que también posee cada jurisdicción-como las obligaciones arts. 106 y 130 ley 24.156 de Administración Financiera-cuya comprobación da lugar a la iniciación de acciones de resarcimiento.

Para comprender mejor el porqué de las soluciones legislativas y jurisprudenciales que caracterizan al sistema de estas responsabilidades-cuya

investigación es el objeto específico del sumario administrativo interno-sería útil comenzar por analizar qué clase de responsabilidades son éstas. Decir que son “responsabilidades de Derecho Administrativo” sólo es ponerles un nombre que indica la fuente normativa que las regula en parte, pero no dilucida la respuesta: ¿son asimilables al régimen las que surgen de las infracciones contravencionales o faltas policiales, o más bien se equiparan a las que emergen de cualquier relación de trabajo?

De la respuesta que se da a este planteo fundamental, dependerá todo el razonamiento y el procedimiento que se utilizará para determinar las responsabilidades de un agente público en un hecho concreto. De esto dependen los criterios para establecer cuándo un agente puede ser considerado responsable, cuál es el alcance de su responsabilidad, cuál es el criterio de valoración aplicable para su conducta en el hecho y, consecuentemente, cuál es el régimen y el objeto de la prueba para imputarle válidamente una responsabilidad y aplicarle una sanción.

Para ello, el primer paso lógico debería ser comenzar por considerar cuál es la naturaleza de la relación del empleo público, del incumplimiento de cuyas obligaciones surgen estas responsabilidades.

1.5 La naturaleza contractual de la relación de empleo público

La caracterización de la naturaleza del empleo público sufrió transformaciones fundamentales en la medida en que se fueron modificando las concepciones sobre la relación entre el estado y las personas. Antiguamente se consideraba a los habitantes comunes y a los agentes públicos igualmente sometidos a la potestad del Estado, pero contemporáneamente prevalece la idea de que, en una sociedad democrática donde se supone la soberanía de toda la población: cada cual es libre y sólo se puede penalizar por incurrir en una serie mínima de conductas penalizadas reputadas antisociales que, en homenaje a la vigencia de la libertad individual deben ser taxativamente enumeradas e interpretadas con criterio restrictivo. Sin embargo, esta situación no es similar a la que ocurre con las relaciones jurídicas que se establecen dentro del marco de una organización-privada o pública-; las personas que las integran han asumido una serie de obligaciones de hacer, que son concretas, y que son la condición de su permanencia en ellas.

Con este y con otros fundamentos, los máximos referentes de la doctrina^{iv} han considerado a la relación de empleo público como una relación contractual, en la cual el estado otorga remuneración y beneficios sociales a quienes asumen las obligaciones de la función pública. Entre las pocas voces disidentes –según Pose la única de relevancia en el país– está el Dr. Díez que sostiene que se trata de una relación de tipo estatutario, por no existir igualdad entre las partes ni seguridad sobre la continuidad de las condiciones, posición que según Pose se inspirarían en doctrinas y legislación de Francia, Italia y España.

Sin embargo, se trata de una posición aislada, que no halla sustento en nuestro Derecho positivo. El propio Derecho Laboral común parte, precisamente, de la base de que entre empleador y empleado no hay igualdad y no por ello sus cultores dejan de asumir con naturalidad que exista el contrato de trabajo, a su vez la relación de empleo público tiene condiciones protegidas por garantías constitucionales y legales de estabilidad y continuidad a menudo criticadas, precisamente por ser más rigurosas que las que protegen el contrato de trabajo del Derecho Laboral común.

En nuestro país–al menos en el orden nacional–, aunque el Marco de Regulación del Empleo Público aprobado por la ley 25.164 da a la relación de empleo público y a las responsabilidades que emergen de ella un tratamiento típicamente contractual. En efecto, el empleo público nace mediante la emisión de un acto administrativo unilateral por parte de la Administración, pero sólo se perfecciona cuando el sujeto toma la posesión material del cargo, manifestando así la voluntad de desempeñarse como agente público.

La tesis contractual ha sido respaldada por la doctrina oficial de la Procuración del Tesoro de la Nación–que es obligatoria para los servicios jurídicos del estado nacional–, fue sostenida por el Tribunal de Cuentas de la Nación y, lo que es aún más determinante, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Cámara Contenciosoadministrativa Federal.

Por lo tanto, si la relación de empleo público es contractual, las responsabilidades que emergen del incumplimiento de sus obligaciones son también contractuales. En este sentido se inclinan las soluciones específicas de la legislación y la jurisprudencia.

CAPITULO II

Las Constituciones y la responsabilidad de los funcionarios.

SUMARIO: 2.1. Fuerza normativa y superior de la Constitución. 2.2. La Constitución Nacional y la responsabilidad.

2.1- Fuerza normativa y superior de la Constitución

La Constitución de un sistema, tanto sea nacional como provincial, constituye un plexo normativo que garantiza a los individuos frente al Estado, por una parte, y por la otra, institucionaliza el poder.

Esta afirmación tiene como consecuencia, en la teoría constitucional, dos vertientes conceptuales decisivas:

a) La primera postula que los miembros del sistema, en ejercicio de su poder constituyente, reconocen en un conjunto de principios, declaraciones, derechos y prerrogativas como garantías infranqueables. Esta autonomía significa poner vallas, cotos al ejercicio del poder.

b) La segunda de ellas sostiene que en el sistema instituido no hay ejercicio de poder fuera del que establece la carta fundacional. Si existe ejercicio fuera de él, es clara y meridianamente ilegítimo. Por ello, cada uno de los órganos e instituciones que

ejercen el poder está previsto en la Constitución, con sus atribuciones, facultades y potestades.

No está de más recordar el carácter vinculatorio y la fuerza superior que poseen las normas constitucionales, que obligan a los tribunales y a todos los sujetos públicos-así como los privados, tanto en sus relaciones verticales como las horizontales-, y tal ligazón posee la particularidad de ser una *vinculación más fuerte*. Además, los preceptos constitucionales tienen una *más fuerte pretensión de validez*, frente a las otras normas jurídicas, inferiores. Tales postulados reflejan la supremacía y la aplicabilidad directa de la Constitución, es decir su carácter normativo inmediato y preferencial.^v

La Constitución es una norma-superior- que tiene aplicación directa y preferente, derogando a toda otra que la contradiga, y el resto (las inferiores) deben interpretarse de conformidad a ella, lo que lleva como consecuencia que las normas constitucionales no pueden ser violadas ni alteradas por las infraconstitucionales, pues ello implicaría derogar aquellas. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en antijurídico todo lo que la viole, ello significa que es suprema luego del orden internacional.

Esta supremacía y el carácter normativo de la Constitución son características reconocidas, desde hace tiempo, en nuestro país, y no podía ser de otra manera, dado el texto constitucional vigente desde 1853/60. Todo este *racconto* sobre la Constitución, su supremacía y su fuerza normativa no es baladí, pues es el caso que el sistema de responsabilidad administrativa tiene su consagración en preceptos constitucionales, los cuales producen importantes efectos abrogatorios. Para el afinamiento de tal sistema de responsabilidad administrativa bastará dejar que el *bloque de constitucionalidad* despliegue todos sus efectos dominantes.

Los jueces deben utilizar directamente y con preferencia tales normas constitucionales, las cuales además deben ser interpretadas en forma integrativa y evolutiva, creando y *descubriendo* las reglas que resulten de una mejor aplicación en los casos concretos, lo que no es, como podría creerse, una tarea subjetiva y libre del juez, sino más bien objetivizada por una serie de parámetros y principios.

El juez no tiene poder discrecional, sino que debe descubrir la norma creativamente para llegar a la mejor solución. El orden jurídico se lo impone.

2.2 La Constitución Nacional y la responsabilidad

El fundamento del responder reposa sobre dos pilares: la vigencia del Estado de derecho y las normas o principios constitucionales que lo informan.

El prisma constitucional es exigente y determinante en este sentido. Así, por interpretación *a contrario sensu* de los artículos 36 y 29 de la C.N de 1994, se consagra el derecho de los argentinos y extranjeros a reclamar y obtener la indemnización por las lesiones patrimoniales producidas por el Estado nacional y sus entes públicos en el ejercicio de sus funciones. El tenor literal de la primera disposición mencionada es el siguiente: *“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29...”*, la segunda expresa: *“...Actos de esta naturaleza llevan consigo la nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad...”*. De dichas disposiciones surge, como corolario, que en ningún caso podrían pretender los argentinos ni los extranjeros que la Nación, los estados provinciales o los municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que hayan sido causados por autoridades ilegítimas en el ejercicio de su función pública. Por una interpretación *a contrario sensu*, surge que sí podrían hacerlo en el caso de que tales conductas fueran realizadas por autoridades ilegítimas.

CAPITULO III

Responsabilidad Administrativa de los agentes públicos.

SUMARIO: 3.1.- Fundamento. 3.2.- Principio de legalidad y responsabilidad del agente. 3.3.- Presupuesto de la responsabilidad funcional.

En principio, poco interesa que abordemos aquí la naturaleza de la relación de empleo público-si es contractual o estatutaria-^{vi}, pues es sabido que cuando hablamos de responsabilidad administrativa contractual no se relaciona a que el daño venga ocasionado por la realización de un hecho encuadrable solamente en la existencia de un contrato, sino de cualquier clase de relación jurídica. Es decir, el daño deriva del estricto ámbito de lo pactado o establecido y como desarrollo del contenido negocial.

El daño entra en la esfera de la responsabilidad contractual si el deber preexistente es específico y determinado en relación con el sujeto obligado y al objeto de la obligación, cualquiera que sea la fuente. En el ámbito de las relaciones como las que tratamos, existe una fuerza vinculatoria que exige la necesidad jurídica de cumplir las respectivas obligaciones, siendo una regla a las que las partes deben someterse, sin importar si proviene de un contrato o de una relación estatutaria.

Si media un vínculo negocial entre el dañador y el dañado, estamos ante una responsabilidad contractual, pues al margen de la prestación principal existe una

obligación tácita de seguridad-resultado, consistente en cumplir una prestación inocua; ello sin perjuicio de la opción aquiliana que autoriza la aplicación analógica del Art. 1107 del Código Civil. Si, en cambio, nos encontramos ante *el deber genérico de no dañar, el ámbito es el extracontractual*.

La especialidad del régimen jurídico de la responsabilidad contractual de los funcionarios públicos se deriva de la preexistencia de una relación administrativa, que informa al instituto resarcitorio de sus principios y de su naturaleza, dándole una configuración peculiar para preservar los intereses que juegan en su seno.

La estructura de la responsabilidad contractual de la Administración contiene, de un lado, un principio general de responsabilidad por daños injustos y, de otra, varios criterios normativos de imputación que justifican la atribución del daño sufrido injustamente por el Estado al otro sujeto de la relación. El principio general que tiende a la garantía de la integridad patrimonial es el fundamento del sistema, tanto en la órbita contractual como en la extracontractual.

3.1 Fundamento

En la base de la teoría está el deber incumplido; por ello, para poder hablar de responsabilidad es indispensable saber cuál es el deber, el cometido o la obligación de los agentes públicos, eventuales sujetos de la responsabilidad que tratamos.

Esta responsabilidad se deriva del hecho de la inobservancia de las disposiciones legales o reglamentarias o del incumplimiento de los deberes que competen a cada servidor por sus funciones específicas. Por ello, en el caso, se debe partir del principio de legalidad de la Administración, que comprende a los que desempeñan en ella.

3.2 Principio de legalidad y responsabilidad del agente

El principio de legalidad constituye un dogma tradicional del sistema administrativo que nos rige, siendo la manifestación esencial del Estado de derecho. En este principio se basa la exigencia de que la Administración realice su actividad de

conformidad con el ordenamiento jurídico (Art. 19, 28,31, 99, C.N.). La sujeción de la Administración al *bloque de legalidad* puede tener interpretaciones diversas: así, por algunos y en determinado momento, se ha entendido que constituía el límite del obrar administrativo. Sin embargo, modernamente se acepta que constituye *el presupuesto mismo de la actividad*.^{vii}

La legalidad es posterior a la juridicidad y nace de ésta como su consecuencia necesaria.^{viii} La juridicidad no es idéntica a la legalidad y ésta solo puede existir como consecuencia de aquélla.

La sujeción de la Administración a la ley constituye uno de los principios capitales del Estado de derecho. El nacimiento de este postulado se debe al pensamiento revolucionario de 1789, que, al modificar la concepción del Antiguo Régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración Pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del Derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforma en un haz de derechos subjetivos públicos.

El principio circunscripto en sus comienzos a la ley formal –emanada del Parlamento-, actualmente se ha extendido a todo el ordenamiento jurídico formal o *bloque de legalidad* -leyes, reglamentos, principios generales, entre otros-. Coincidentemente con ello, se ha abandonado también el concepto de que la ley era un límite del obrar administrativo, para concluir que constituye el presupuesto mismo de esa actividad; se logra así el moderno principio de la vinculación de la Administración a la ley, defendido por gran parte de la doctrina actual, que sostiene que la validez de cualquier accionar administrativo es postulable en la medida en que pueda referírsela a un precepto jurídico o en que, partiendo de un principio jurídico, se derive de él -como cobertura legal- la actuación administrativa.

Así surge, en oposición a lo que es propio en general de los sujetos privados, que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento la autorice expresamente. Frente al principio “debe entenderse permitido todo lo que no está prohibido”, que domina, en general, la vida civil, es propio del ordenamiento público que “está prohibido lo que no esta permitido”.

Lo característico de la norma administrativa es que confiere poderes, que habilita a la Administración para un obrar determinado, y dichos poderes han debido

ser atribuidos de un modo positivo por el ordenamiento. Así, la exigencia primaria del principio de legalidad reposa en la necesidad de una previa atribución de potestades por el ordenamiento, para que la Administración pueda actuar.

El principio de legalidad es la esencia del Estado de derecho. Significa, negativamente, que ninguna actividad debe contrariar a una norma jurídica vigente.

Siendo que el Estado obra por sus órganos, que actúan mediante el desempeño de sus funcionarios, cuando alguno de ellos viola el bloque de legalidad, incurre en responsabilidad por su conducta ilegítima.

3.3 Presupuesto de la responsabilidad funcional

3.3.1 -Autoría

El agente debe haber sido el causante del daño a través de su acción u omisión. Debe mediar una atribución del comportamiento reprochable de aquél.

3.3.2 -Antijuridicidad

El incumplimiento de los deberes es un presupuesto de la responsabilidad administrativa. Por ello, la antijuridicidad del obrar del agente es una condición necesaria en el supuesto que analizamos. En el ámbito de relaciones como las que tratamos, existe una fuerza vinculatoria que exige la necesidad jurídica de cumplir las respectivas obligaciones, siendo una regla a la que las partes deben someterse como la ley misma-Art.1197, Código Civil-.

El reproche en el incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones del agente, debe tener como base en un comportamiento subjetivo: *culposo, doloso o malicioso*.

Pero además, en el caso de la relación de empleo público, cada estatuto es una fuente de creación especial de deberes de conducta, exigibles en cada caso de acuerdo con la finalidad perseguida por las partes de relación.

3.3.3 -El daño o lesión

✓ Preliminar

El elemento principal de la responsabilidad es el daño, cuya existencia concreta es necesaria para la producción de la reacción del ordenamiento jurídico, que tutela mediante la obligación del resarcimiento, el interés jurídico que el daño vulnera. Por ello es exigible la prueba del daño como condición sine qua non en todos los supuestos de responsabilidad, sea que provenga del incumplimiento de una obligación o de otros hechos o actos jurídicos distintos, tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, así se adopte un sistema subjetivo u objetivo.

En el sistema de la responsabilidad contractual de la Administración, para la producción del efecto jurídico de la obligación de resarcimiento no es suficiente el incumplimiento de una obligación, sino que además es necesario que esa conducta ocasione un daño al interés jurídico del contratista, fenómeno que altera el equilibrio de las prestaciones recíprocas en el contrato administrativo, por lo cual el acreedor, para la satisfacción de su interés jurídico, debe justificar la realidad y la efectividad de las lesiones sufridas. Tanto la jurisprudencia civil como administrativa, han consagrado entre los requisitos de la responsabilidad, la producción de un daño en una esfera jurídica.

Nada sería más peligroso para una recta aplicación del instituto resarcitorio que una determinación ambigua o imprecisa de los contornos jurídicos del concepto de lesión, lo que iría en detrimento del patrimonio y de las garantías del agente.

La delimitación técnica del concepto de lesión, como idea unitaria del sistema, es aplicable a los daños derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales y a los emanados de obligaciones extracontractuales, por lo cual los aspectos relativos a los caracteres jurídicos del daño, a su extensión y a su reparación son susceptibles de un tratamiento homogéneo.

En primer lugar se plantea el problema de qué ha de entenderse en definitiva por *daño*, así como con qué extensión se ha de indemnizar un daño por quien sea

responsable del hecho causante del mismo; finalmente, de qué modo y forma debe efectuarse la compensación del daño.

Las soluciones deducidas de las normas legales son aplicables en principio a todas las obligaciones de indemnizaciones de daños, prescindiendo del fundamento jurídico en que apoyen (actos ilícitos, violaciones de crédito, violaciones de deberes especiales, entre otros).

El daño, además de ser el elemento esencial, es la verdadera razón de ser de la responsabilidad, lo que permite su existencia. El daño define a la responsabilidad respecto de los tres grandes tipos de responsabilidad que existen en nuestro ordenamiento, tanto en la responsabilidad civil como en la administrativa como en la penal.

El daño como condición de la responsabilidad

El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado o responsabilidad administrativa está dividido en dos *regímenes* distintos pero complementarios: el de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular y el de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal o, como comúnmente suelen denominarse, el de *responsabilidad por actividad legítima* y el de *responsabilidad por actividad ilegítima* del Estado. Tales regímenes tienen *requisitos particulares* a los fines de implicar económicamente a la Administración –así, el sacrificio particular (daño anormal y especial), en el primero, y la falta o funcionamiento anormal (violación de una obligación administrativa), en el segundo- y también *requisitos comunes*, que, por lo demás, son necesarios en todo régimen de responsabilidad patrimonial (privada o pública).

Los requisitos comunes a los cuales nos referimos son, por supuesto, la relación de causalidad y el daño.

La cuestión es bien conocida: *Sans préjudice, pas de responsabilité*, esto es, sin daño no hay responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ni tampoco de sus agentes. Y es que no podría ser de otra forma, ya que, como bien se ha dicho, “su exigencia (la exigencia del daño) está ligada a lo que esta responsabilidad es: *una responsabilidad reparadora, y no sancionadora*... el daño es la medida de la

reparación a otorgar". El daño es, pues, una condición *indispensable* de la responsabilidad.

Sin daño alguno nada hay que reparar, por lo que el daño es una condición o elemento esencial de todo régimen de responsabilidad patrimonial, daño que, como regla, el demandante-en este caso, el Estado-debe probar tanto en su existencia como en su consistencia. Es que, en un proceso de responsabilidad, la víctima es por definición toda persona que ha sufrido un daño: sin perjuicio, no hay responsabilidad, porque es este perjuicio el que constituye para la víctima la acreencia de la cual es responsable el deudor; de allí que el daño o perjuicio sea una condición necesaria de la responsabilidad. En definitiva, en todo caso de responsabilidad administrativa reparadora de lo que se trata es de obtener una reparación, lo cual supone necesariamente que exista un daño que reparar. El daño es el elemento que da interés al acreedor para ejercer la acción de responsabilidad.

✓ *La existencia y la reparabilidad del daño*

Para que sea reparable, el daño debe tener cierta consistencia; no es suficiente alegar su existencia para obtener su indemnización, sino que es necesario que el mismo tenga ciertas características. Debe ser *cierto* y, además, *personal*.

Estas son las dos grandes condiciones de existencia y de reparabilidad del daño. En lo que se refiere al carácter *directo del daño*, ésta es una condición que no es propia del mismo, sino de la responsabilidad, y que tiene que ver con la *relación de causalidad*.

En síntesis, las características comunes del daño son: por un lado, debe ser cierto y personal (características de existencia); por otro lado, debe ser resarcible (característica de responsabilidad y antijuricidad).

✓ *El carácter personal del daño*

La cuestión del carácter personal del daño en materia de responsabilidad administrativa de los funcionarios se identifica con el principio según el cual el daño, para ser reparable, debe ser *personal*, lo que no está desprovisto de cierta

ambigüedad, ya que este calificativo se refiere a varias reglas distintas que no conciernen verdaderamente a la naturaleza misma del daño sufrido por la víctima.

Ciertamente, la condición del carácter personal del daño está en contacto con una serie de situaciones diversas. En primer lugar, decir que el daño reparable es personal significa que el demandante debe, para ejercer la acción, haber sufrido el daño; en segundo lugar, quiere decir que la reparación del daño sólo es posible en la medida en que éste ha sido sufrido por una persona, física o moralmente. Asimismo, el carácter personal del daño puede tener por objeto situar las relaciones entre el daño sufrido en la persona del demandante y la infracción o la falta, o sea que puede ser una manera de expresar la exigencia de un nexo de causalidad. En fin, sirve, en ciertos casos, para *delimitar el campo de las personas que van a tener derecho a ser resarcidas y para determinar al agente que ha cometido el daño*. En el caso de la *responsabilidad por funcionamiento anormal, en el que existe, por lo menos, una culpa subjetiva anónima*, ello es importante.

✓ *Daño directo*

Es un requisito reconocido el que los daños deben ser directos, pero ello no nos pone en contacto con un carácter propio de los daños sino con el problema de la relación de causalidad, sobre la cual la jurisprudencia parece mostrar a veces tendencias restrictivas, aunque modernamente cada vez es más abierta. Por ello, en principio, “la indemnización que es consecuencia de un acto administrativo ilegal ha de circunscribirse a las consecuencias inmediatas y necesarias, que aparezca con evidencia que son el resultado del acto impugnado”.^{ix}

✓ *El carácter cierto del daño*

Los daños tienen que tener que ser *ciertos, personales* y-en lo que le toca a la relación de causalidad-*directos*. Puede sostenerse que en materia administrativa todo aquel que haya sufrido un daño cierto debe ser indemnizado. Esa certeza es una condición necesaria mas no suficiente en materia de responsabilidad del funcionario frente al Estado.

Conforme a los principios generales de la responsabilidad administrativa, la regla es que sólo proceda la reparación de daños ciertos. En el régimen de responsabilidad administrativa de los funcionarios, el carácter cierto del daño es una condición esencial. No podría ser de otra manera, pues lo contrario sería fomentar el enriquecimiento sin causa del Estado. Ahora bien, el problema está en determinar cuándo un daño es cierto y cuándo no lo es, pues el carácter cierto del daño es una cuestión complicada.

De nada sirve lo que puede entenderse por certeza de un daño, dado el carácter relativo de la noción, ya que en cada caso depende del plano probatorio de las especies. Sin embargo, se pueden dar algunas pautas generales.

En ese sentido, es válido afirmar que, sin duda, el daño cierto puede ser tanto actual como futuro. Tal como se ha dicho, las jurisdicciones han establecido el principio de que el daño cierto es el daño actual o futuro, excluyendo el daño eventual, doctrina pacífica entre los administrativistas. Esto podría ocurrir en cierto tipo de daños de los funcionarios, mas no en aquel derivado de la responsabilidad que se ha endilgado al Estado por la conducta de sus agentes. El daño se reduce, en el caso, a lo abonado-y a sus accesorios-por el Estado a la víctima de tal conducta.

El daño, pues, debe ser cierto, es decir, real, efectivo, tanto que, de no mediar, la víctima se habría hallado en mejor situación.

3.3.4-Relación de causalidad

Criterios normativos de imputación

Se requiere también una relación de causalidad adecuada. El daño es el resultado de un comportamiento antijurídico e imputable.

Los criterios normativos de imputación son las razones concretas que justifican la imposición a determinado sujeto de la obligación de reparar el daño ocasionado injustamente en el patrimonio de otro. Para imponer a un sujeto la obligación de pagar un daño es necesario realizar un juicio de imputabilidad, que consiste en atribuir el daño a su autor, lo que requiere la concurrencia de dos elementos: la *relación de causalidad* y los *criterios normativos de imputación*. En primer lugar, es necesario que obre una relación de causalidad material entre lesión y la actividad del sujeto

responsable, para poder atribuirle a éste las consecuencias del evento lesivo por ser su autor. En segundo lugar, se requiere la concurrencia de un criterio normativo de imputación, que es la circunstancia que justifica atribuir la lesión de su autor, o sea trasladar el daño del patrimonio del sujeto lesionado a su autor o al sujeto imputado. En ningún caso se trata de calificar un acto humano sino de encontrar *un título jurídico o una razón de justicia o equidad* que, además de la mera causalidad material, legitime la atribución del deber de reparar el daño a un sujeto determinado. Para la imputación del daño no sólo es necesaria la *imputatio facti* –causalidad material- sino además la *imputatio juris* –criterio normativo de imputación.

La cuestión de los principios o criterios de imputación es estrictamente jurídica y no física, puesto que el daño ha podido ser materialmente causado por un sujeto diferente del que conforme al criterio normativo es declarado responsable, o no ser resultado del obrar humano sino del riesgo inherente a determinados objetos o explotaciones económicas industriales. El ordenamiento jurídico consagra los criterios en virtud de los cuales un sujeto puede ser declarado responsable. El tema ha sido expuesto por Leguina Villa, cuyos argumentos transcribimos: “Tales criterios jurídicos dependen precisamente de las modalidades concretas bajo las cuales se manifiesta el hecho dañoso, siendo su función la de dar operatividad práctica a la cláusula general de responsabilidad, mediante la delimitación y concreción de la potencial incertidumbre de esta última. Si la cuestión relativa a la cláusula general hace relación al problema del fundamento único de la responsabilidad civil de todo sujeto jurídico (físico o moral, privado o público), el problema suscitado por la multiplicidad de criterios de imputación corresponde, en cambio a lo que en sede doctrinal se suele llamar el problema de la naturaleza (diversa) de la responsabilidad de los diferentes sujetos jurídicos. Diversidad de naturaleza, que es una consecuencia, precisamente, de la diversidad de criterios que el ordenamiento ha juzgado adaptar para atribuir cada tipo de hecho dañoso a cada sujeto responsable”.^x

Los criterios normativos de la responsabilidad extracontractual de la administración han sido suficientemente tratados por la doctrina científica.

La fórmula “funcionamiento de los servicios públicos” comprende una rica variedad de supuestos. No sólo alude a los daños eventuales o residuales que tienen lugar como consecuencia de una serie de actividades legítimas de la Administración, sino también de las lesiones ocasionadas por una actividad ilegítima de los entes públicos. Dice García de Enterría sobre los criterios de imputación: “En este último elemento de la imputación se integran ahora, como simple modalidades de la misma,

la culpa y el riesgo; pero existen también otras formas igualmente netas de imputación: la comisión material y perfectamente ilícita, aunque con buena fe subjetiva; el beneficio patrimonial resultante por los hechos de la lesión misma, aunque no quepa imputar la comisión material del propio hecho dañoso (todos los casos de acciones de enriquecimiento). El concepto formal de imputación del perjuicio injusto se presenta así capaz de abarcar todas las modalidades de responsabilidad”.^{xi}

Cabe precisar que los criterios normativos de la responsabilidad contractual de la Administración Pública son el principio de la reciprocidad de las prestaciones y el de buena fe, los cuales también informan el régimen jurídico de la responsabilidad contractual en el Derecho común, pero que en el Derecho público adquieren una especial importancia en atención a la posición institucional de los entes públicos en los contratos administrativos y a las especiales características de estos negocios jurídicos.

Los principios de la reciprocidad de prestaciones y de la buena fe son los criterios normativos de imputación y comprenden todas las modalidades de responsabilidad de los funcionarios, tanto la administrativa como la disciplinaria, derivada de la relación de empleo público. En los daños causados por los agentes públicos, ambos criterios normativos-la reciprocidad de prestaciones y la buena fe-concurren.

Para que exista responsabilidad del funcionario es precisa la presencia de factores de atribución subjetivos de responsabilidad del agente: su dolo, culpa o negligencia (arts.1073, 1109 y concs., Código Civil).

CAPITULO IV

La responsabilidad administrativa patrimonial.

SUMARIO: 4.1.- Fundamentos. 4.2.- Los supuestos de la responsabilidad administrativa. 4.3.- Eximentes de responsabilidad. 4.4.- Características. 4.5.- Sujetos. 4.6.- Asimilación civil de la responsabilidad patrimonial. 4.7.- Responsabilidad patrimonial derivada de la condena subrogada por el Estado

4.1-Fundamento

Es una responsabilidad propia o específica de *la relación de empleo público*. Subsiste más allá de la relación de sujeción especial que caracteriza al empleo público, aunque deriva de ella.

Desde una perspectiva general, el sistema de responsabilidad administrativa funcional tiene su fundamento en la idea de *lesión* (de lesión antijurídica), entendida como aquella que el Estado no tiene el deber jurídico de soportar sin indemnización en ausencia de causas de justificación, fundado en el principio de la integridad patrimonial. Ello significa que cuando un daño no es antijurídico no debe repararse por el agente, pues éste sólo debe responder cuando hay una conducta ilegítima. Por ejemplo, el daño producido para obtener una ventaja personal, o aun la negligencia o

torpeza sin ánimo de beneficio personal o dolo, es factor de imputabilidad bajo el concepto de culpa, pues la imprudencia es un elemento que determina la responsabilidad del funcionario público.

Este tipo de responsabilidad deriva del hecho de la inobservancia de las disposiciones legales o del incumplimiento de los deberes que competen a cada servidor por razón de sus específicas funciones, el que debe ir acompañado de la lesión económica.

Consiste en la necesidad jurídica de realizar una prestación económica a favor, en este caso, de un ente público, como indemnización de los perjuicios ocasionados por un agente público a causa de una acción o de una omisión.

El Estado es titular de un patrimonio que la ley ha puesto en sus manos para el cumplimiento de sus funciones y servicios públicos y es lógico que quien haya causado una lesión quede vinculado por la necesidad jurídica de reparar este daño.

Siendo la acción la actividad positiva del agente y habiendo entre éste y la acción un nexo de causalidad, no hay discusión sobre la relación de responsabilidad que recae sobre el agente, cuando su acción ha inferido perjuicio al patrimonio público; sucede lo mismo cuando el perjuicio ha sido motivado por la omisión del cumplimiento de la ley o de los deberes que incumben a cada servidor.

4.2-Presupuestos de la responsabilidad administrativa

Para que quede comprometida la responsabilidad administrativa del agente público se requiere:

1. Incumplimiento del funcionario.
2. Imputabilidad de dicho incumplimiento en razón de la negligencia, dolo o culpa.
3. Daño sufrido por el Estado.
4. Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

4.3-Eximentes de responsabilidad

El error es una eximente de la responsabilidad, pero creemos necesario aclarar que para ello la falta personal en el acto perjudicial debe ser impersonal, reveladora de un administrador más o menos expuesto al error, y no derivada de sus posibilidades, pasiones e imprudencias.^{xii}

Según un pensamiento benigno para el funcionario, se debería admitir que el error, aun grueso, le exime de responsabilidad, por el deber en que se encuentra de cumplir todas las obligaciones inherentes a su cargo, la variedad y cantidad de tareas encomendadas, la imposibilidad de abstenerse-como hombre común-de los quehaceres que pueden inducirlo a error, por el hecho de que no sólo ejerce un derecho sino que también cumple un deber propio del oficio. También se ha afirmado que, estando acreditadas las condiciones de honradez, probidad, dedicación, entre otras del funcionario público, sería excesivo responsabilizarlo cuando por la índole especial del asunto han existido motivos para equivocarse el camino que a la postre eligió.

Marienhoff, en cambio, parte de la idea de que la actuación del funcionario apareja la presunción de culpabilidad y de que para eximirse de responsabilidad el agente debe demostrar que no hubo culpa suya a pesar del cumplimiento irregular del cometido. Nos parece que no puede aceptarse tan excesivo rigor pues, aun obrando con inteligencia y honradez y a pesar de una dosis razonable de prudencia, puede el funcionario ser víctima de una equivocación inculpable. Debe aplicarse un criterio justo que contemple en cada hipótesis todas las circunstancias para determinar si hubo o no error excusable o inexcusable del funcionario.

Por otra parte, menester es recordar que determinar el cumplimiento irregular de las obligaciones legales por parte del funcionario implica el conocimiento de cuáles son las fuentes concretas de las mismas, con la consecuente cuestión que aparece: la prelación jerárquica de normas, por cuya virtud debe resolverse si el acatamiento de órdenes ilegales o de leyes inconstitucionales acarrea o no responsabilidad al agente.

4.4- Características

La responsabilidad administrativa patrimonial tiene afinidades con la responsabilidad administrativa contable y con la disciplinaria, pero guarda diferencias.

Sus principales características son las siguientes:

1. Tutela el patrimonio estatal.
2. Deriva de una relación jurídica de Derecho público, que vincula al Estado con una persona física.
3. Ese vínculo abarca derechos y deberes; por el incumplimiento de éstos puede generarse un daño patrimonial al Estado.
4. No queda limitada su existencia a la relación de empleo público-si bien nace con ella-pues subsiste aún después de cesado el vínculo y aun cuando el funcionario fallezca, pues en este caso puede hacerse efectiva sobre el patrimonio sucesorio.
5. Se regula por el Derecho local.

Se diferencia de la responsabilidad disciplinaria porque en ésta no se encuentra afectado el patrimonio estatal. Así, si dos empleados se pelean en la oficina-al margen de la cuestión penal que podría suscitarse-, el hecho no pasa de una cuestión disciplinaria. Si como consecuencia de esa reyerta se daña una computadora de la oficina, además de la responsabilidad disciplinaria, al producirse un daño patrimonial, debe dilucidarse la responsabilidad administrativa patrimonial de los agentes intervinientes en la reyerta.

4.5-Sujetos

Alcanza a todos los agentes públicos que ocasionen un perjuicio patrimonial al Estado con motivo de su relación laboral. Además de la responsabilidad directa por los hechos o actos propios, cabe la responsabilidad indirecta cuando el superior jerárquico responde por la conducta de los subordinados.

Resulta importante determinar con certeza al sujeto pasivo de la responsabilidad. La identificación del sujeto es una tarea compleja; esto se hace evidente si reparamos en que normalmente intervienen en una gestión administrativa muchos servidores, cuyos deberes, circunstancias y jerarquías no son idénticas, en organismos y entidades en los que no siempre están definidos, ni siquiera elementalmente, las obligaciones que debe cumplir cada uno de ellos.

4.6-Asimilación civil de la responsabilidad patrimonial

En cuanto al segundo aspecto de las responsabilidades del empleo público, es decir, el patrimonial, todo indica que parece asimilarse en la práctica con el régimen de la responsabilidad civil contractual. Esta afirmación, que a primera vista puede parecer sorprendente, sólo es discutida en la doctrina por cuestiones de matiz. Ha sido sostenida directamente por autores como Bielsa, Marienhoff, Diez,^{xiii} mientras que Marcer siguiendo a Cassagne, llega a igual conclusión pero por un camino indirecto, ya que en principio niega la naturaleza propiamente civil de las responsabilidades patrimoniales –por considerar que las provincias, que dictan los ordenamientos locales que regulan estas responsabilidades, carecen de competencia para dictar normas de Derecho Civil sustancial-, pero afirma que de todos modos se le aplican por analogía las mismas normas de la responsabilidad civil contractual.

En este punto predomina la postura de los maestros clásicos, ya que la existencia de regulaciones locales en materia de responsabilidad patrimonial, establece un sistema de procedimiento –de competencia típicamente local- y/o una estipulación contractual o estatutaria que establece *a priori* el modo de tasar y ejecutar los daños producidos en el marco de la relación de empleo público, por no pretender sustituir el régimen civil sustancial por ningún otro.

La legislación, los órganos de interpretación y la jurisprudencia en el orden nacional asumieron explícitamente la asimilación de las responsabilidades patrimoniales del empleado público por los bienes a su cargo con la responsabilidad civil contractual. Así lo define el Art. 131 de la ley 24.156, que mantiene en esto el criterio de la derogada Ley Nacional de Contabilidad, así lo sostenía el Tribunal de Cuentas de la Nación, lo sostiene la doctrina oficial obligatoria de la Procuración del Tesoro de la Nación y la jurisprudencia actual de la Cámara Contenciosoadministrativa Federal.

A título de mayor ampliación, es interesante agregar que estos criterios también fueron asumidos por la constitución de la provincia de Buenos Aires. Entre las atribuciones del Poder Legislativo provincial incluye la de “dictar leyes para establecer los medios de hacer efectiva”-es decir, establecer un régimen de procedimiento- las “responsabilidades civiles de los empleados públicos”.

Así, en el marco de la doctrina, legislación y jurisprudencia actuales que consideran a la relación de empleo público como un contrato, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos son consideradas de naturaleza contractual.

En términos más específicos, la responsabilidad disciplinaria se asimila a la naturaleza de su similar régimen laboral común con la sola diferencia de que se la regula a través de un régimen especial para proteger la estabilidad del agente público contra los vaivenes políticos, en tanto que la responsabilidad patrimonial ha sido expresamente asimilada al régimen de la responsabilidad civil contractual.

Comprender esta naturaleza de tipo contractual de la relación de empleo público y su régimen disciplinario, y la naturaleza civil de las responsabilidades patrimoniales que derivan de ellas es útil para comprender las particularidades de su régimen jurídico positivo, cuyas soluciones concretas son consecuentes con estos conceptos y no se concilian con las interpretaciones penalistas de algunos autores. La defensa del interés público que fundamenta al Derecho Administrativo no modifica el origen contractual y la inserción laboral de estas responsabilidades, sino que se manifiesta en un régimen de garantías especiales que rodean a su investigación a través de un procedimiento particularmente formalista y a través de un régimen particularmente riguroso de la protección del patrimonio de los organismos públicos, que sí es diferente en su extensión de su análogo del Derecho laboral común.

De su naturaleza u origen contractual-laboral surge por ejemplo la definición de la irregularidad disciplinaria, entendida como incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que corresponden al agente –al modo laboral- que no depende de una tipificación de faltas –al modo contravencional penalista-.

De la naturaleza civil-contractual de la responsabilidad patrimonial surge el sistema de presunción de culpa contra el empleado, con que se valoran los hechos en las leyes de contabilidad pública y el alcance de esta responsabilidad más allá de la duración de relación de empleo.

Esta diferenciación sustancial de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial con la responsabilidad penal –con la que se ha pretendido asimilarla- es la que posibilita su eventual investigación y sanción independiente con relación a un mismo hecho, sin violar el principio *non bis in ídem*.

Ello es así porque cada una se refiere a aspectos distintos y complementarios del régimen de las responsabilidades de la función pública, pudiendo configurarse –en forma simultánea o independiente-, sanciones disciplinarias –sobre la carrera administrativa del agente, por su incumplimiento laboral-, sanciones patrimoniales – con obligación de resarcimiento, por el daño económico al organismo-, ambas de origen contractual y, en su caso, sanciones penales –por la comisión de un delito-.

4.7-Responsabilidad patrimonial del funcionario derivada de la condena subrogada por el estado. La repetición.

Cuando el Estado indemniza directamente a las víctimas puede-y debe-exigir al agente la responsabilidad en que hubiere incurrido por dolo, culpa o negligencia, previa instrucción del procedimiento que se establezca (en el orden nacional, decreto 1154/97).

Si el fin con el que cumple la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos es el de servir de instrumento fundamental para el buen funcionamiento del servicio, no se entendería que el Estado no ejerciera la acción de regreso contra los funcionarios. Pues, si buscando la mayor cobertura del ciudadano resulta aplicable un sistema de responsabilidad directa del Estado, ello debe llevar a que en aquellos casos en que el daño se produjo a consecuencia de un obrar negligente de su personal no siga siendo la Administración la que haga definitivamente frente al resarcimiento.

Para que la Administración pueda ejercer la acción de regreso frente al agente, debe previamente haber resarcido al particular, por una conducta negligente, culposa o dolosa de aquél. No cabe que financie el resarcimiento que está obligada a pagar con el recupero que a su vez exija anticipadamente al agente.

Cuando el funcionario llega a juicio y su actuación es calificada como responsable en los términos del Art. 1112 del Código Civil, la repetición cabe como ejecución de sentencia, pero si el funcionario no intervino en el juicio civil deberá instruirse el correspondiente procedimiento, en este caso un sumario de responsabilidad patrimonial.

CAPITULO V

La responsabilidad administrativa contable-

SUMARIO: 5.1. Concepto. 5.2. Sujetos. 5.3. Requisitos. 5.4.- ¿es un tipo de responsabilidad objetiva?. 5.5.- Características y diferencias con otros tipos de responsabilidades. 5.6.- Los Tribunales de Cuentas como jurisdicciones especiales. 5.7.- Procedimiento.

5.1-Concepto

Es una responsabilidad específica de ciertos funcionarios públicos: *los cuentadantes*, quienes no solo son agentes públicos sino también administrados, es decir, terceros ajenos a la Administración a los cuales el Estado les ha confiado la custodia y/o la inversión de los fondos públicos. Los hechos constitutivos de la responsabilidad contable han de desprenderse de las cuentas que se han de rendir, por razón de gestionar los caudales públicos.

Procura el buen desempeño del funcionario en las rendiciones de las cuentas y resarcir al erario público, en determinados casos, de los daños y perjuicios que se le hayan podido infligir derivados de una conducta antijurídica. Esta última sería, en puridad, la verdadera *responsabilidad administrativa patrimonial contable*. En realidad, esta clase de responsabilidad involucra ambos tipos (la responsabilidad sanción y la pecuniaria). En el primer caso se castiga una cuenta mal presentada o insuficientemente documentada, o un pago no autorizado. Ello da origen a la *responsabilidad administrativa contable*, sin necesidad de daño efectivo. En esos casos se trata de castigar una conducta contraria a la legislación vigente-estamos en un supuesto de la responsabilidad disciplinaria, que en este caso realiza un órgano de control contable generalmente-.

Cuando se trata sólo-o conjuntamente con la sanción disciplinaria-de indemnizar a la persona pública perjudicada por los resultados de una conducta infractora, estamos ante la *responsabilidad administrativa contable*. De allí que la indemnización no pueda traspasar los límites del estricto alcance del perjuicio y de los intereses generados, pues de lo contrario tendría un carácter punitivo incompatible con el concepto de responsabilidad administrativa contable, además de significar un enriquecimiento injusto para el Estado.

La responsabilidad administrativa contable vendría a ser una obligación de dar, que nace del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas o de la discrepancia entre la descripción documental y la realidad que se pretende describir.^{xiv}

5.2-Sujetos

Alcanza a todos los que tienen a su cargo el manejo de valores (dinero, bienes, entre otros) pertenecientes al Estado, o sea a los gestores de los caudales públicos.

La principal característica de todos ellos es el manejo de la fiducia pública, sea a través de actos o de comportamientos materiales; sea a través del control o libramiento de pagos; la recaudación de valores, entre otros.^{xv}

La delimitación de los funcionarios que incurren en este tipo de responsabilidad es a objeto de diferenciar a este tipo de responsabilidad administrativa de la anterior y de la disciplinaria, en su caso.

5.3-Requisitos

Los requisitos para que se origine este tipo de responsabilidad son los siguientes:

1. La existencia de una infracción a las normas reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad.
2. Menoscabo efectivo de los caudales públicos.
3. Una relación causal entre la infracción y el menoscabo.
4. Las pretensiones de la responsabilidad contable se han de desprender de las cuentas que han de rendir las personas que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

5.4-¿Es un tipo de responsabilidad objetiva?

Es un tipo de responsabilidad objetiva. Con mayor razón en aquellas legislaciones en las que lo que se enjuicia son las cuentas y no a los contables (para ser más exactos, las que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos).

Al no enjuiciar conductas, no se tiene en cuenta la culpabilidad de aquel a quien se atribuía responsabilidad en la comisión del resultado lesivo.

Modernamente algunas legislaciones no enjuician las cuentas, sino que el objeto de los juicios son los sujetos que las rinden, lo que no necesariamente transforma a la responsabilidad en subjetiva, pues, para que esto ocurra, se debe elaborar en forma fundamental la elaboración para la atribución de responsabilidades a un sujeto concreto, ya que una cosa es que se juzguen personas y otra que, para juzgarlas, se precise un elemento de culpabilidad en la comisión de los hechos.

Es que en nuestro ordenamiento no se exige la culpa o negligencia del autor respecto del acto que origina la responsabilidad. En realidad, se parte generalmente de una presunción de culpa.

5.5- Características y diferencias con los otros tipos de responsabilidad

La responsabilidad administrativa contable tiene afinidades con la responsabilidad administrativa patrimonial y con la disciplinaria, aunque no se confunde con ellas.

Presenta grandes semejanzas con la primera; no obstante, consideramos que guarda diferencias que justifican un tratamiento separado, siendo sus principales características las siguientes:

1. Tutela el patrimonio estatal, pero emerge de una rendición de cuentas, lo que no ocurre con la responsabilidad administrativa patrimonial. La responsabilidad disciplinaria no cumple dicha función tutelar.
2. Deriva de una relación jurídica de Derecho público, que vincula al Estado con una persona física o jurídica, lo que no ocurre con las restantes que comparamos, que sólo alcanzan a personas físicas.
3. Ese vínculo comprende deberes de cuidado, administración o disposición de bienes o valores pertenecientes al Estado o por los que éste debe responder y, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad administrativa patrimonial y con la disciplinaria, existe en general una presunción en contra del cuentadante en caso de faltantes.
4. La determinación de la responsabilidad contable se realiza generalmente mediante un procedimiento distinto del utilizado con relación a la responsabilidad disciplinaria y a la administrativa patrimonial.
5. Como la responsabilidad administrativa patrimonial, no queda limitada a la existencia de la relación de empleo público-si bien nace con ella-, pues subsiste aun después de cesado el vínculo y aun cuando el funcionario

fallezca, pues en este caso puede hacerse efectiva sobre el patrimonio sucesorio; ello no ocurre con la disciplinaria.

6. Si sólo termina en una sanción disciplinaria, podemos decir que, como la responsabilidad disciplinaria, prescinde del daño real, bastando para su determinación cualquier irregularidad en la forma de llevar o presentar las cuentas. Si se considera la responsabilidad patrimonial contable, debe haber daño, al igual que en la responsabilidad patrimonial; no ocurre así en la disciplinaria.
7. Se regula por el Derecho local.

5.6-Los Tribunales de Cuentas como Jurisdicciones especiales

Las facultades de control externo atribuidas a los Tribunales de Cuentas constituyen una jurisdicción especial.

La teoría tradicional constitucionalista ha sido siempre reacia a aceptar el ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos que no integren el Poder Judicial, basándose para ello en la prohibición que contiene el artículo 95º de la Constitución Nacional del ejercicio de funciones judiciales por parte del Presidente, interdicción que extiende al Congreso conforme a lo preceptuado por el artículo 18º, el cual se halla impedido de dictar leyes que importen sentencias.

Pero olvida que la misma Carta Magna otorga al Presidente facultades de índole jurisdiccional, tales como indultar y conmutar penas (artículo 99, inc. 5) y al Congreso también, ya que el mismo promueve y lleva a cabo el juicio político a los funcionarios que enumera su artículo 45 y conforme a las modalidades que establecen sus artículos 51 y 52.

Por otra parte, cada uno de los poderes si bien tiene asignado funciones particulares, lleva a cabo también funciones que resultarían típicas de los otros poderes, ya sea por la disposición expresa de la Constitución o por normas implícitas de la misma.

Además la realidad jurídica ha demostrado que los principios rectores, cuales son razones de seguridad y garantía de los justiciables, traducidas en el debido proceso y defensa en juicio, no sufren menoscabo alguno al ser resueltos los conflictos

por órganos jurisdiccionales no integrantes del Poder Judicial, a los cuales, para asegurar su imparcialidad, debe dotárseles de independencia funcional y garantizar la inamovilidad de sus integrantes.

5.7-Procedimiento

La responsabilidad administrativa contable se sustancia normalmente a través del *juicio de cuentas*. Es importante señalar que en el orden nacional, a partir de la sanción de la ley 24.156, se suprimieron los llamados juicios de cuentas y de responsabilidad que tramitaban ante el Tribunal de Cuentas de la Nación. En el orden provincial, en general, siguen vigentes. Cabe aclarar que, en principio, la presentación de la cuenta no constituye al cuentadante en juicio, sino que el mismo comienza a partir del momento en que el órgano de control formula impugnaciones. El juicio de cuentas viene procedido de una rendición de cuentas que el agente está obligado a presentar. A partir de ese momento, comienza una especie de auditoria de las cuentas públicas, desde la perspectiva de las ciencias contables y jurídicas, a los efectos de hacer un análisis objetivo, sistemático y profesional de las operaciones financieras o administrativas. El examen de las cuentas es abstracto; se examinan los comprobantes en sus distintos aspectos, a los efectos de verificar la documentación que respalda los gastos y las inversiones, elaborando un informe final que debe contener comentarios, conclusiones y recomendaciones. La consecuencia será la aprobación total o parcial o su completo rechazo.

Finalizada dicha etapa, si hay impugnaciones por parte del organismo de control, comienza el juicio mediante el emplazamiento al funcionario para que asuma su defensa. Finaliza mediante una decisión administrativa absolutoria o condenatoria; es decir aprobando o rechazando total o parcialmente la cuenta. Si estamos ante el segundo caso, se promueve la ejecución judicial, que tramita por vía ejecutiva, siendo suficiente título la copia legalizada del Tribunal de Cuentas.

Si no hay daño, no habrá lugar a la responsabilidad pecuniaria, pero ello no obsta a que se le aplique al funcionario una sanción(responsabilidad-sanción) por la irregularidad en presentar las cuentas.

CAPITULO VI

La responsabilidad disciplinaria.

SUMARIO: 6.1. Constitución e institutos vinculados al régimen disciplinario. 6.2. La potestad sancionadora. 6.3. Tipos de sanciones administrativas. 6.4. Principios, derechos y garantías adjetivas. 6.5. Asimilación laboral de la responsabilidad disciplinaria.

6.1 Constitución e institutos vinculados al régimen disciplinario

Fuera del fundamento constitucional implícito del poder disciplinario, otras cláusulas constitucionales se relacionan con la responsabilidad administrativa disciplinaria.

6.1.1 La idoneidad

En primer lugar, debe recordarse que la cláusula de la igualdad propugna, en aras de su concreta vigencia en el ámbito laboral, que la idoneidad es la condición exigible para el acceso a todo empleo (art. 16, CN). Este requisito esencial y único rige, con mayor razón, cuando el empleador es el propio Estado Nacional.

Podemos interrogarnos: el requisito de idoneidad en el empleo público ¿sólo será exigible en oportunidad del ingreso del aspirante o será una condición cuyo mantenimiento en el tiempo resultará de esencia para la adecuada prestación y desarrollo de la relación de empleo?

La pregunta es ciertamente retórica, pues va de suyo que la idoneidad constituye un recaudo que no sólo es de esperar que se mantenga sino que, aún más, debería fortalecerse a medida que la conjunción tiempo, capacitación y esfuerzo coadyuven a la formación del agente estatal.

Así queda en evidencia en el plano infraconstitucional, pues la Ley Marco de Regulación del Empleo Público 25.164 establece en su art. 4º como requisito para el ingreso a la Administración la calidad de argentino y condiciones de conducta e idoneidad para el cargo, que deberán acreditarse mediante los regímenes de selección que se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso.

La acreditación de la idoneidad resulta plenamente exigible a lo largo de todo el tiempo de desempeño del agente, si se atiende a que el primero de los deberes que le atañe es el de prestar el servicio personalmente, encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia y rendimiento. Su vulneración da lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, en tanto implica el incumplimiento de un deber expresamente establecido por la Ley Marco.

6.1.2 La estabilidad

La estabilidad en el empleo, declarada en el art. 14 bis de la Carta Fundamental, constituye la más importante de las garantías con las que cuenta el agente estatal. En el coordinado sistema de prerrogativas y garantías que el Derecho Administrativo todo implica, la estabilidad viene a asegurar al empleado –como correlato de una serie de prerrogativas que, en el marco de un contrato administrativo como lo es el de empleo público, el Estado tiene- que no habrá de ser removido sino por acreditadas causales de incorrecto desempeño (sanciones disciplinarias) o por reestructuraciones orgánicas que impliquen la desaparición del cargo y la función hasta entonces cumplida (régimen de disponibilidad, legalmente establecido).

Es necesario sentar posición en cuanto a que esta nota esencial de la relación de empleo público viene dada por la Constitución. Por tanto, resultaría contrario a su

texto y espíritu todo intento –v. gr. Por vía de adopción de institutos tales como la “laborización” del empleo público- por eludirla, aun en aras de una pretendida mayor eficacia y flexibilidad en el funcionamiento de la Administración.^{xvi} No hay eficacia posible en la ilegalidad. Y mucho menos en la inconstitucionalidad.

6.1.3 La ética pública

No puede pasar desapercibida para el derecho disciplinario, la inclusión en la Constitución reformada en 1994 de un Capítulo de Nuevos Derechos y Garantías, en el cual se incluye, dentro de la cláusula de defensa de la Democracia, un mandato al legislador para la sanción de una ley sobre ética pública en el ejercicio de la función (art. 36).

La previsión resulta importante, desde el ángulo del derecho disciplinario, por más de una razón. En primer lugar, viene a dar cuenta de la preocupación por un Estado en el cual sus agentes actúen conforme a determinadas pautas éticas, cuya concreta determinación se manda a plasmar en un texto normativo.

En segundo término, debe ponerse de relieve que si bien el constituyente determina que tal dictado es una atribución del Congreso, no inserta la disposición dentro de los incisos del art. 75 –en el que se enuncian las facultades del Poder Legislativo- sino en un Capítulo de Nuevos Derechos y Garantías. Se trata, pues, de un derecho de los habitantes antes que una atribución del Congreso. La cuestión no es menor, si se atiende a que el legislador demoró bastante la sanción de esta ley, que recién fue emitida hacia fines del año 1999 (ley 25.188).

La calificación de la ética pública como un nuevo derecho y su consideración como aspecto central de la defensa de la democracia revela que la materia ocupa un sitio de privilegio dentro del esquema de la Carta Fundamental. Ya no se trata, pues, sólo de cuestiones que atañen al funcionamiento interno de la Administración (y de los demás poderes) sino de un verdadero derecho de los particulares al que, además, se le ha dado rango de pilote de la democracia.

Con respecto a este tema, la Procuración del Tesoro ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la posibilidad de que el PEN dictare su propio Código de Ética Pública, sin perjuicio de que el Congreso debía sancionar sobre la materia. Se trató de un asesoramiento solicitado con anterioridad a que el legislador cumpliera con el

mandato del constituyente establecido en el art. 36. La Procuración consideró que no existía óbice para que el Presidente, por vía de la reglamentación de leyes que regulan el empleo público, impusiere normas de conducta a los empleados y funcionarios incluidos en ellas. En este aspecto, se trataba de un reglamento ejecutivo.

Sin embargo, el Código en cuestión extendía su alcance a los denominados “funcionarios políticos” que están excluidos –por carecer de estabilidad y permanencia- de las leyes de empleo público. Respecto de éstos, la procuración sostuvo que la regulación era jurídicamente viable, pero en calidad de “reglamento autónomo” emitido conforme con el art. 99inc.1º de la Constitución Nacional.

Esta cuestión merece ser profundizada, pues el fundamento que la Procuración utiliza para justificar la comprensión de los funcionarios políticos dentro del Código de Ética Pública luego dictado por el PEN (decreto 41/99) cuenta con una interesante fuerza expansiva. Se dijo al respecto que es el Presidente –en general- quien nombra, remueve, crea los cargos, determina las funciones y aprueba la organización atinente a dichos funcionarios políticos y que éstos quedan vinculados con su superior en una relación de jerarquía. Ese poder jerárquico –sostuvo la Procuración- constituye fundamento bastante para someter a los ministros, secretarios y subsecretarios del PEN a las disposiciones del Código, recordándose asimismo que si bien como regla los funcionarios políticos no pueden ser sumariados por no estar comprendidos en las leyes de empleo público, excepcionalmente el Presidente puede ordenar la pesquisa para la averiguación de hechos irregulares que les fueran atribuidos, cuando así lo entendiera pertinente.

Hasta allí, la clásica argumentación relativa a la viabilidad de investigar a este tipo de funcionarios, cuando el PEN lo ordene. Pero luego, la Procuración avanza un poco más y, refiriéndose a la posibilidad de sancionarlos, sostiene que el principio de *nulla poena sine lege* y la garantía constitucional del art. 18 exige que toda sanción esté predeterminada en la ley. Respecto de los agentes con estabilidad, las sanciones surgen de la ley de empleo.

Nada obsta para que el Presidente, en ejercicio de sus atribuciones de autoorganización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, dicte un reglamento autónomo en el que se fijaren conductas y sanciones susceptibles de ser aplicadas a los funcionarios políticos. Todo ello, con sustento en el principio de jerarquía al que dicha calidad de funcionarios está vinculado. He aquí la posible fuerza expansiva de la

opinión, pues con arreglo a ella, bastaría un reglamento autónomo para someter a los funcionarios políticos a un régimen disciplinario de características similares al de los empleados.

6.1.4 El principio de juridicidad

La relación que se suscita entre el agente estatal y el Estado reconoce un doble orden vincular: por un lado, el agente constituye un órgano de la Administración. Ello queda evidenciado cuando actúa por ella, siendo ella. Como gráficamente lo explica Fiorini, la voluntad del agente “se incrusta” en el órgano y se considera como parte de la voluntad del mismo órgano.^{xvii}

Al lado de esa relación orgánica convive, sin embargo, otra relación. Se trata de la relación de servicio. En efecto, además de actuar como órgano de la administración, el agente estatal tiene, respecto del Estado empleador, un haz de derechos, deberes que cumplir y prohibiciones que no vulnerar que le atañen a él personalmente. Cuando su conducta comisiva u omisiva, resulta contraria a tales deberes o prohibiciones, se sucede una irregularidad administrativa que dará lugar, como respuesta estatal, al ejercicio del poder disciplinario.

Poder que, en tanto tal, habrá de enmarcarse necesariamente en la juridicidad y ejercitarse conforme ésta lo determine. Desde este punto de vista, debe recordarse que, en nuestro diseño constitucional, toda restricción de derechos debe contar con base legal formal. Así se desprende de los arts. 14 y 28 de la CN, pues los derechos se gozan conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio y a éstas les está vedado “alterarlos” (es decir, cercenar su sustancia constitucional) con afán reglamentarista.

6.2 La potestad sancionadora

La Administración posee la potestad sancionadora, que consiste en un conjunto de técnicas que regulan y disciplinan las actividades que infringen determinados mandatos o prohibiciones, y que, por lo tanto, tienen aplicación durante o con posterioridad a la actividad objeto de la sanción. Son, sin duda, instrumentos represivos, al aparecer una responsabilidad correspondiente a la norma infringida. El

poder disciplinario es aquel que corresponde al Estado para castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes están obligados a la Administración por un vínculo en el que concurre una supremacía especial que se ejerce sobre dichos obligados, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal.

Estamos ante el régimen disciplinario, que es el sistema mediante el cual el Estado reglamenta la conducta de los funcionarios servidores públicos y sanciona los actos incompatibles con la dignidad que implica el ejercicio de las funciones públicas. Este régimen, al ser un medio jurídico para sancionar las faltas cometidas en el servicio y, como todo procedimiento punitivo, está sometido a formalidades que garanticen el debido proceso inculgado.

En síntesis, este procedimiento tiene por finalidad averiguar la realidad y la extensión de la extralimitación cometida, ponderar las circunstancias que en ella concurren y aplicar las sanciones pertinentes. Se trata, por tanto, de un procedimiento de índole reparadora y sancionadora. Hay que distinguir los procedimientos correctivos-los que se incoan contra los particulares-de los disciplinarios-que se incoan contra los propios funcionarios públicos cuando violan sus deberes-.

6.2.1 Ubicación de dicha potestad

La potestad sancionadora de la Administración ha adquirido un gran desarrollo, que algunos han considerado difícilmente justificable y que ha convertido al de las infracciones en un tema polémico. Es bastante dudosa que a la potestad sancionadora deba relacionársela con el Derecho penal-como si fuera verdaderamente un aspecto particular de este Derecho-. Si fuera cierta esto último, la Administración detentaría un poder ajeno y el Derecho administrativo legitimaría a dicho poder como algo connatural y esencial para el funcionamiento de la Administración. Para pensar así debería partirse de la base de que la organización y el funcionamiento del sistema judicial penal son ajenos al desarrollo del poder punitivo de la Administración; se reflexiona, por último, que ese desarrollo es la consecuencia de un autoritarismo administrativo extraño a los estados liberales, contrario el Estado de derecho y, por ende, inconstitucional. Pero ni todo es verdad ni todo es mentira. Algunos creen que el poder de policía de la Administración comporta de por sí un poder sancionador o represivo, sin otro problema que el de sus límites con el poder penal de los tribunales.

En la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos, respetuosos del monopolio judicial en materia penal, consecuencia del dogma de la separación de poderes, se encomendó también a los tribunales la represión de *ilícitos menores*. La inadecuación de tal sistema se puso pronto de manifiesto.

En España, la situación ha sido bien distinta. Como ha señalado Parada el tránsito hacia el Estado intervencionista dio lugar a un desmesurado desarrollo del poder sancionador de la Administración y no a una hipertrofia del Derecho penal. Por ello, a diferencia de lo ocurrido en Italia y en Alemania, en aquel país no se dio la segregación de un Derecho penal administrativo del cuerpo del Derecho penal, sino la incorporación al Derecho sancionador administrativo de ciertos principios y garantías que el ordenamiento penal había desarrollado previamente. Debido a la influencia que el Derecho administrativo español ha ejercido entre nosotros, es importante de tener en cuenta tal circunstancia.^{xviii}

Con los nuevos roles del Estado ha quedado desarticulada la justicia penal y quebrado el monopolio de la justicia para aplicar sanciones. Así al lado del Derecho penal o criminal, aparece el Derecho administrativo penal, el cual tiende a evitar el acudir a la sanción penal-que lleva consigo un juicio de disvalor social-, que es más grave que la sanción administrativa y que permite, en algunos casos, una cierta flexibilidad.

No todo lo que entra en esa amplia concepción del poder sancionador de la Administración puede ser objeto de cuestionamiento, pues no todas las infracciones y sanciones administrativas son discutidas y contestadas.

De allí que numerosos autores defiendan una concepción *administrativista* del fenómeno de las sanciones administrativas, que se diferencian en sus justificaciones y en su estructura de las sanciones de carácter penal.

Esta doctrina parte de la distinción de las potestades sancionatorias según su origen: aquellas que derivan de su facultad de *autoprotección* de aquellas de *protección del orden general*.

Actualmente se ubican dentro de la primera categoría:

1. Las sanciones disciplinarias.
2. Las sanciones de policía dominial.

3. Las sanciones resarcitorias de actos administrativos favorables.
4. Las sanciones tributarias.

Aparentemente esta doctrina hace derivar el esquema del Derecho Administrativo sancionador del hecho histórico de las potestades sancionadoras en materia tributaria que, desde hace mucho, posee el Estado.

6.2.2 Concepto de la potestad sancionadora

La potestad sancionadora de la Administración es una facultad de fiscalizar ciertos comportamientos y de imponer medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que proscriben aquellos.

En ese orden, la sanción administrativa puede definirse como un mal inflingido por la Administración a un particular como consecuencia de una conducta ilegal.

Esta es una concepción estricta de las sanciones administrativas, pero se han dado nociones de una mayor amplitud. Así, Tesauro las define como todos los medios de que dispone la autoridad administrativa de funciones administrativas, para asegurar la consecución de los fines que debe desarrollar en el ejercicio de su actividad. Entre los administrativistas, la noción de sanción administrativa como medidas coercitivas o reparadoras, es reconocida en la actualidad.^{xix}

6.2.3 Fundamento de la potestad sancionadora

La potestad sancionadora sirve de autoprotección a la Administración, constituyendo una potestad de supremacía especial, ya que el régimen disciplinario se fundamenta y tiene su razón de ser en la disciplina, partiendo de la base de que toda administración-y, por ende, la Administración Pública-exige una previa y eficaz organización, que descansa sobre dos grandes principios, en primer lugar el de *subordinación de jerarquía*, que se define como la escala de niveles y grados de mando, en segundo lugar, el de *coordinación*, del cual surge la noción de *competencia*.

Como la imposición de sanciones disciplinarias administrativas no importa el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, no se le aplican en forma estricta los principios generales del código Penal; ello por las

diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existente entre las sanciones disciplinarias y las penas del Derecho penal.

6.3 Tipos de sanciones administrativas

Las sanciones administrativas tienen diversas tipologías: algunas tienen naturaleza eliminadora (actos de anulación), otras reparadoras, otras aflictivas. Sobre todo la noción de sanción administrativa como medida represiva, distinta de las medidas coercitivas o reparadoras, es reconocida por la mayoría de la doctrina administrativa.^{xx}

La doctrina distingue en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora entre las *sanciones administrativas de autoprotección*, que son aquellas por las que la Administración tutela su organización y orden internos (incluyendo el sistema de sus actos jurídicos). Y entre las *sanciones administrativas de protección del orden general*, que son aquellas otras por las que se tutela el orden social general, en un sentido amplio: el interés público.

6.4 Principios, derechos y garantías adjetivas

6.4.1-Principio de legalidad

El principio que enunciamos con carácter general para el procedimiento disciplinario se traduce en que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que al tiempo de producirse no constituyan faltas o infracciones administrativas, según la legislación vigente en aquel momento.

Ello es la expresión general de la vigencia del principio de legalidad en materia sancionatoria, del que se deriva que una sanción de privación de libertad, que afecte la propiedad, etc, sólo procede en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión prevista por dichas normas, que tienen por objeto las infracciones administrativas.

Por otra parte, los agentes públicos estarán sometidos a los formalismos y procedimientos que legalmente se encuentren estipulados en el momento de cometer

la falta disciplinaria; es la llamada legalidad de las faltas y de las sanciones, ya que no hay faltas ni sanciones sin ley que las estipule.

6.4.2-Debido proceso

Todo agente público debe estar sometido a un procedimiento conforme a las leyes sustantivas y a las normas adjetivas preexistentes a la falta disciplinaria que se le atribuya, ante funcionario competente previamente establecido, observando la plenitud de las formas del trámite regulado.

La figura del debido proceso es aplicable a todo procedimiento administrativo y, por ello, también deben respetarse las garantías mínimas que de aquel derivan. La potestad punitiva del Estado en materia administrativa y disciplinaria no puede desconocer los principios de defensa, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia, certeza y contradicción.

La existencia de un procedimiento sumario no quebranta los principios constitucionales del debido proceso; el buen orden administrativo exige la existencia de procedimientos disciplinarios rápidos y eficaces. Por cierto, tales procedimientos deben garantizar la defensa y la presunción de inocencia.

El debido proceso en el campo disciplinario se caracteriza por los siguientes requisitos: *sumariamente competente; preexistencia de normas sustantivas y adjetivas; respeto por los trámites y formas propias del procedimiento.*

6.4.3-Principio de presunción de inocencia

El funcionario a quien se le atribuye una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante decisión ejecutoriada. De allí que la carga de la prueba esté a cargo del Estado; la misma debe ser practicada y valorada en el procedimiento disciplinario establecido para el caso.

Consecuencia de es que *toda duda razonable*, cuando no haya modo de eliminarla, *se resolverá a favor del funcionario-in dubio pro reo*.

6.4.4-Principio "ne bis in idem"

Este principio es una manifestación del principio de legalidad. O sea: nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

Sin embargo, como bien dice Nieto García, ésta es una fórmula harto simplista, que esconde diversas cuestiones, como por ejemplo:

- a) Existe incompatibilidad entre sanciones penales y administrativas respecto de unos mismos hechos.
- b) Quedan al margen de tal principio las sanciones de autoprotección que son compatibles con las penales y administrativas de orden público.
- c) Si bien, en principio, está prohibida la duplicidad entre sanciones penales y administrativas, ello no significa que deba consagrarse la preferencia de la aplicación de la sanción penal sobre la administrativa.
- d) En los supuestos de dualidad de sanciones administrativas, habrá que determinar la norma aplicable, por virtud de criterios distintos (especialidad, subsidiaridad, alternatividad, entre otros).
- e) No impide la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distintas jurisdicciones (Nación, provincias, etc.), legitimando la doble sanción en tales casos.

No se viola el principio *ne bis in idem* cuando un agente es sancionado y procesado en razón de una misma conducta desde la perspectiva disciplinaria y desde la penal, porque tales sanciones no sólo son emanaciones de dos funciones punitivas distintas-una administrativa y otra judicial-sino porque también buscan la protección de bienes diferentes: de un lado, la buena marcha de la Administración y, de otro, la protección de un bien jurídico que por su trascendencia ha sido considerado como merecedor de protección penal.

En el caso de la responsabilidad administrativa patrimonial (contable o no), que tiene una clara función reparadora, comporta que deba descartarse, ya de entrada, cualquier problemática referida a la infracción del principio *ne bis in idem* en su vertiente de interdicción de la aplicación de doble sanción.

Lo que sí debe tenerse en cuenta es que, si el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, con el correspondiente enjuiciamiento y calificación de unos mismos hechos, no es posible aceptar divergencias en la existencia de los hechos: éstos no pueden existir y no existir al mismo tiempo; no pueden darse por

probados en su caso y considerarse inexistentes o no probados en otro. Distinto es el caso de la calificación de unos mismos hechos interpretados en forma distinta por diferentes órganos del Estado.

Unos hechos pueden no ser constitutivos de delitos pero sí de infracción administrativa.

6.4.5-Las notorias diferencias entre uno y otro ámbito del derecho.

Las desemejanzas entre el derecho penal y el administrativo sancionador son tantos materiales (la Administración no podrá imponer pena privativa de libertad) como formales (como la diferencia de competencia o de procedimiento).

Así, mientras el derecho sancionador comenzó a estudiar y desarrollarse como disciplina autónoma en las últimas décadas, tuvo desde su nacimiento la imperiosa necesidad de acudir en subsidio a las hondas y profusas sistematizaciones doctrinarias y jurisprudenciales que acerca de los citados principios constitucionales realizó desde antaño el derecho penal.

Como disciplina autónoma resulta necesario que el derecho administrativo sancionador adquiera independencia y perfil propio.

Su molde pues, no debe ser idéntico al del derecho penal e inevitablemente su consolidación definitiva se irá gastando a través de los años con una jurisprudencia que lo valla forjando lentamente.

La razón fundamental de la distinción entre una y otra rama del derecho se encuentra en que en el derecho penal sanciona el juez, y en el sancionador el órgano administrativo.

Así, por una parte, el juez integra un poder del Estado, está investido de independencia e imparcialidad y es su fundamento primordial el juzgamiento de los casos sometidos a su jurisdicción y por la otra, el órgano administrativo sanciona infracciones, se halla sujeto a instrucciones directas o indirectas del poder político y se encuentra unguido, además de la potestad punitiva, por la reglamentaria y fiscalizadora.

En una primera aproximación, las diferencias más notorias son:

- a) Existencia de dos clases diferentes de normas, las penales y las administrativas; en las primeras se describen y castigan delitos y en las segundas, infracciones administrativas.
- b) En el derecho penal se encomienda el castigo de los delitos a los jueces, mientras que en el derecho sancionador la imposición de sanciones corresponde a órganos administrativos cuyas decisiones están sujetas a un control judicial suficiente, análisis posterior que en ningún caso es realizado por un juez penal.
- c) Existen procedimientos distintos: el procedimiento penal (judicial) y el sumarial(administrativo).
- d) En cuanto a las sanciones, los jueces tienen el monopolio absoluto de las penas privativas de la libertad.
- e) Las normas penales se nuclean en torno al Código Penal, mientras que las infracciones administrativas están dispersas en todo el ordenamiento jurídico.
- f) El derecho sancionador es derecho administrativo; sin embargo, un sector doctrinario –hoy minoritario- entiende que el ejercicio de la facultad sancionadora no participa de las características de la potestad administrativa, se halla apartada del régimen de derecho administrativo al no tener como meta el interés público y que, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, su ejercicio debería reservarse a los jueces, subordinada a las normas y principios del derecho penal.

6.4.6-El principio de proporcionalidad y de interdicción del exceso de punición

La sanción de aplicación deberá ser graduada por la autoridad administrativa considerando la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente.

Estamos, pues, ante una expresión de la garantía de proporcionalidad de la sanción, toda vez que deberá existir una relación razonable entre la entidad de la conducta imputada y la pena a aplicar. Asimismo, y como componente de esa razonabilidad, deberán valorarse los antecedentes del agente. La falta de antecedentes negativos habrá de incidirle favorablemente a la hora de determinar la entidad de la sanción. La presencia de aquellos, en cambio, obligará a evaluar tal entidad considerando su condición de reincidente.

De allí la importancia –muchas veces minusvalorada, en la práctica- de contar con un legajo personal del sumariado tanto en oportunidad de proponer una sanción por parte de la instrucción, como de resolverla por parte de la autoridad administrativa.

En ciertas ocasiones, por otro lado, se cuenta con el legajo, pero en éste impera la desactualización cuando no -directamente- la carencia de datos elementales. Esta es una medida de imprescindible y urgente adopción, cuya extrema sencillez y evidente necesidad no hace falta puntualizar. Se trata, en suma, de asegurar que el legajo refleje fielmente las condiciones personales y antecedentes de uno y cada agente administrativo. La práctica demuestra que, más de una vez, se convierte en tarea ímproba la averiguación respecto de si el agente bajo sumario fue, en tiempo pretérito, pasible de alguna sanción que obligue a evaluar bajo otro prisma la entidad de la pena a proponer o a aplicar.

6.4.7- El debido proceso adjetivo: su regulación en aquellos casos en que no es necesario sumario

Determinadas faltas no exigen ser investigadas bajo el régimen del sumario administrativo, pues se admite la aplicación directa de la sanción disciplinaria prescindiendo de aquel.

6.4.8-Otros principios

Amén de los ya citados, enunciaremos los siguientes principios:

a) *El de cosa juzgada*. Nadie puede ser investigado más de una vez por la misma acción u omisión constitutiva de falte disciplinaria. Ello no obsta a que coexistan distintas responsabilidades determinadas en diversos procedimientos.

b) *El de tipicidad*, entendida como la identidad entre los presupuestos fácticos de la conducta realizada y la descrita en la norma. Ello implica la prohibición de aplicar la analogía.

c) *El de la irretroactividad*, con ultractividad limitada de la ley administrativa sancionadora.

d) *El principio de la culpabilidad*, en materia disciplinaria queda proscripta toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas son sancionables a título de dolo o culpa. Queda excluida la responsabilidad objetiva.

e) *El de razonabilidad*, principio que es fundamental y que se ha abierto paso a través de la jurisprudencia y la doctrina. Se relaciona con los conceptos de prudencia, de no arbitrariedad, de lo justificado.

f) *El principio de celeridad*. El procedimiento disciplinario debe ser impulsado oficiosamente, suprimiéndose todos los trámites innecesarios; debe dársele la mayor dinámica posible para realizar una gestión eficaz. Los términos son obligatorios.

g) *El de favorabilidad*. La ley favorable o permisiva se aplica, en principio, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pudiendo aquella ser retroactiva. La interpretación u la aplicación de la normativa, aunque sea posterior, deben dirigirse hacia la disposición que mayores garantías o prerrogativas dé al funcionario.

6.5 Asimilación laboral de la responsabilidad disciplinaria

En primer lugar, salta a la vista que, tratándose de una relación de empleo público las responsabilidades disciplinarias de la relación de empleo público deberían tener similitudes con las de toda relación de empleo. Este es el criterio seguido por la Constitución Nacional, que encuadra las garantías del empleado público junto con las de los demás trabajadores en el artículo 14 segunda parte y no con las penales de los artículos 18 y 19. Es también la posición asumida por los autores y por el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación que apoyan la interpretación contractual actualmente predominante, aun cuando se considere que se trata de una relación de trabajo muy especial, sujeta por distintas razones a un régimen particular debido a la relación de las tareas desempeñadas tienen con el interés público. La naturaleza laboral de la relación de empleo público ha sido asumida en estos términos en el orden nacional por la Cámara Contenciosoadministrativo Federal que, cuando se ha negado a aplicar la ley de contrato de trabajo a una relación de empleo publico, no ha negado la naturaleza laboral de dicha relación.

La defensa del interés público, que fundamenta al Derecho Administrativo no coincide con la naturaleza laboral de las responsabilidades disciplinarias, sino que se manifiesta en un régimen de garantías especiales que rodea actualmente a un sistema de determinación, a través de un procedimiento disciplinario formalista que clásicamente la doctrina nacional fundamenta en la necesidad de preservar la estabilidad del agente público contra los vaivenes de la política y no en la naturaleza no laboral de dicha relación.^{xxi}

El hecho de que al finalizar un sumario administrativo interno el organismo al que pertenece el agente puede imponerle sanciones ha llevado a algunos autores a dar a la responsabilidad disciplinaria una asimilación penalista que no es recogida en nuestro Derecho positivo. Marienhoff dice que las sanciones disciplinarias tienen sustancia penal y que su aplicación se funda en el *imperium* o poder público que tiene el estado y Baró sostiene que el régimen disciplinario es de naturaleza represiva y que consecuentemente, le corresponde la aplicación de principios penales, puntos de vista que están muy extendidos en la práctica sumarial de la administración pública, pero que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia no comparte por razones conceptuales básicas.

Conceptualmente, la visión contractualista -incluso la estatutaria- de la responsabilidad disciplinaria del empleo público no excluye la posibilidad de sanciones, sino que le da un sentido diferente, propio de su propio régimen; la existencia de sanciones no es específica del Derecho Penal, sino característica esencial de todo el Derecho; las sanciones contractuales se diferencian de las penas impuestas por un poder público, en que no persiguen directamente la defensa del interés público sino la defensa del interés de una de las partes en el desenvolvimiento de una jurídica bilateral, específica y preexistente.

Como es este caso se da la coincidencia de que el sujeto que ejerce el poder público-es decir, el estado-es el mismo que el que aplica las sanciones disciplinarias, existe el riesgo de confundir dos funciones que son sustancialmente diferente. En nuestro marco constitucional democrático contemporáneo, la facultad sancionatoria de un organismo público sobre sus propios agentes no se funda en su naturaleza estatal, sino en su condición de empleador. De allí que la facultad disciplinaria sólo alcanza a los agentes públicos durante la duración de su designación.

Si el fundamento de la facultad disciplinaria proviniese del poder público del estado, no debería haber nada similar en el campo privado, y sin embargo, el Derecho Laboral común prevé un análogo régimen disciplinario, más expeditivo que el estatal, regulado-procedimiento incluido-en el Art. 67 Ley de Contrato de Trabajo.

En la doctrina, autores adheridos e incluso no adheridos a la interpretación contractual de la relación de empleo público coinciden en que la facultad sancionatoria de estado sobre sus agentes se fundamenta en la preservación del trabajo del organismo a que pertenecen.

La jurisprudencia en el orden nacional ha sostenido largamente que las sanciones que se aplican en el régimen disciplinario del empleo público se diferencian sustancialmente-y no solo por la competencia-de las penas impuestas en el ejercicio de un poder público. La Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que las sanciones que se dictan en ejercicio de la facultad disciplinaria en la relación de empleo público “no comportan la aplicación de “penas” y la Cámara Contenciosa administrativa Federal se refirió explícitamente a dichas sanciones como “sanciones de autoprotección” aplicadas en ejercicio de una atribución jerárquica.

CAPITULO VII

Responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales.

SUMARIO: 7.1. Las leyes orgánicas municipales de las distintas provincias y los órganos de control de la responsabilidad administrativa de los funcionarios.

El maestro Marienhoff se preguntaba: ¿qué justifica la responsabilidad administrativa? ¿Cuál es la razón de ser? A lo cual respondía: “Mediante tal responsabilidad tiéndase a mantener el debido funcionamiento de los servicios administrativos, e incluso mejorarlos, lo cual se trata de lograr mediante la aplicación de sanciones autorizadas por el orden jurídico. De lo dicho dedúcese que las referidas sanciones tienen carácter represivo y no preventivo”.^{xxii}

Existe una clara diferencia entre acto sancionatorio y el reparatorio, en tanto, como lo ha sostenido la doctrina^{xxiii}: “Un hecho imputado puede ser pasible de sanción administrativa, si coincide con el supuesto de hecho contenido en una norma que la determine consecuentemente, irrogar un daño a la Administración, esta en virtud de su potestad sancionatoria, podrá aplicar sanciones y tendrá asimismo, derecho a

reclamar la reparación de los daños causados; desde un cierto punto de vista y atendiendo al quantum, ésta sanción se nos presenta como un plus respecto del daño, en los casos en que tiene un contenido pecuniario”.

Finalmente, cabe hacer mención al hecho que debido a su posición legal, ni el intendente ni los concejales pueden ser sometidos a sanciones administrativas por el imperio de órganos internos comunales, debido a la inexistencia de un superior con poder para sancionar su accionar.

7.1 Las leyes orgánicas municipales de las distintas provincias y los órganos de control de la responsabilidad administrativa de los funcionarios

Los principios de la responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales, que es aquella que nace cuando la irregularidad surge de un incumplimiento de los deberes propios inherentes a su calidad de agentes públicos, haciéndose efectiva a través de la potestad disciplinaria, se encuentran regulada con mayor o menor claridad en las distintas leyes orgánicas de las municipalidades.

Un pequeño repaso de algunas de dichas disposiciones nos permitirá observar que, dependiendo del lugar del país en que nos situemos, será diferente el órgano encargado de juzgar tal tipo de responsabilidad (más aún si consideramos la posición del intendente el cual, al igual que los concejales, carece, como hemos dicho, de un superior jerárquico que pueda hacer efectiva la potestad disciplinaria), y cuál es el órgano encargado de dictar las normas que regularán este tipo de responsabilidad para los restantes funcionarios municipales, la cual tendrá relación directa con el mayor o menor grado de autonomía que revistan los municipios de cada provincia.

7.1.1 PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Los principios de la responsabilidad dentro de los municipios de la Provincia de Buenos Aires están regulados los artículos 242 a 246 de la Ley Orgánica por de las Municipalidades bonaerenses.

La referida normativa define expresamente: “La responsabilidad administrativa de los funcionarios será determinada y graduada en su alcance por los órganos creados con tal finalidad y por el Tribunal de Cuentas, este último en todo lo

concerniente a la actividad económico-financiera de los municipios y a la preservación de sus patrimonios” (art. 242).

Dicha responsabilidad se encuentra delimitada en la norma, remitiendo su juzgamiento a los órganos municipales establecidos al efecto, habitualmente una oficina dependiente de la Dirección a cargo de los asuntos de índole legal, y al Tribunal de Cuentas, cuando, como fija la ley, la irregularidad afecte la actividad económica-financiera de los municipios y la preservación de sus patrimonios.

Tanto el accionar del intendente como de los concejales, en lo que a su responsabilidad administrativa se refiere, se encuentra reservada a la potestad sancionatoria del Tribunal de Cuentas provincial; pero dicha potestad se limita al juicio sobre la actividad económica-financiera y la preservación del patrimonio comunal.

7.1.2 PROVINCIA DE FORMOSA. Según las previsiones de su ley 1028, dentro de las atribuciones del Concejo Deliberante se encuentra la facultad de aplicar sanciones disciplinarias a los concejales, mientras que su artículo 148 expresa: “La responsabilidad administrativa-patrimonial, alcanza, personal y solidariamente: a los obligados de rendir cuentas por las que dejaren de rendir, o por las que no fueren aprobadas. A los funcionarios o agentes comunales que actos o hechos, o adopten decisiones contrarias a las normas establecidas por las leyes, reglamentos, ordenanzas, decretos o disposiciones administrativas que afecten a la hacienda pública comunal. A los funcionarios o agentes comunales que, por su culpa o negligencia, ocasionaren daños y perjuicios al patrimonio comunal. A los agentes recaudadores, por las sumas que, por su culpa o negligencia, dejaren de percibir. A los agentes recaudadores o pagadores o receptores que no depositen los fondos respectivos en las formas y plazos dispuestos en la presente ley”. Finalmente, el artículo 150 ordena que la responsabilidad administrativa de los funcionarios será determinada y graduada en su alcance por las autoridades comunales y el Tribunal de Cuentas de la provincia, en uso de sus respectivas facultades.

7.1.3 PROVINCIA DE MISIONES. La ley 257, en su artículo 126 dispone: “La responsabilidad administrativa de los funcionarios será determinada y graduada en su alcance por los órganos creados con tal finalidad y por el Tribunal de Cuentas; este último en todo lo concerniente a la actividad económico financiera de los municipios y a la preservación de sus patrimonios”.

Dicho Tribunal podrá imponer las siguientes penas a los funcionarios y empleados que en sus fallos fueran declarados responsables, según los casos: 1) cargos pecuniarios; 2) llamados de atención, amonestaciones, y 3) inhabilitaciones para el desempeño de funciones municipales. El cargo pecuniario podrá ascender hasta un importe igual de los valores sometidos a juicio y la inhabilitación no se extenderá a otras funciones ni se prolongará por más tiempo que el señalado en el fallo. Esta última no podrá aplicarla el Tribunal al intendente ni a los concejales.

La misma ley contiene una presunción *iuris tantum* en cuanto que todo acto de inversión de fondos efectuados al margen de las normas constitucionales, legales y de ordenanzas, lleva implícita la presunción del perjuicio. La prueba en contrario corresponde personal y directamente al funcionario. Si este no la aportara, el Tribunal de Cuentas podrá requerirla por sus propios medios y dictar sentencias sobre la base de lo actuado.

7.1.4 PROVINCIA DE CORDOBA. La ley municipal de la provincia de Córdoba, vigente para aquellos municipios que carecen de una ley propia, establece la creación de un Tribunal de Cuentas municipal que, con las facultades habituales para este tipo de tribunal, se encuentra formado, conforme al artículo 78 de la ley, por tres miembros elegidos en forma directa por el cuerpo electoral en época de renovación de autoridades municipales, con cuatro años de mandato, posibilidad de reelección, correspondiendo dos miembros por la mayoría y uno por la minoría.

Los miembros, acorde la ley, podrán ser removidos por el Consejo Deliberante, con el voto de las dos terceras partes.

Con relación a las facultades del cuerpo es de destacar lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 84, encontrándose dentro de las atribuciones: "Visar, previo a su cumplimiento, todos los actos administrativos del Departamento Ejecutivo, que comprometan gastos. Cuando se considere que aquellos contraríen o violen disposiciones legales, deberá observarlos dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de ellos. Vencido dicho plazo, se tendrán por vencidos. En caso de observaciones, el Departamento Ejecutivo, podrá insistir, en acuerdo de Secretarios, en su cumplimiento. Si el Tribunal de Cuentas mantiene su observación, deberá visarlas con reserva en el plazo previsto en el párrafo anterior y pondrá al Consejo Deliberante en conocimiento del asunto. Ningún acto administrativo que

comprometa un gasto será válido sin que se haya seguido el procedimiento previsto en el inciso”.

NOTA:

Vivimos en un país organizado bajo un sistema federal de gobierno compuesto por veintitrés provincias, sin olvidar que bajo esas jurisdicciones autónomas palpitan más de mil municipios, que llegan en forma directa y cotidiana a la vida de sus habitantes de muchas y diferentes maneras.

Del municipio dependen la prestación de los servicios públicos, la seguridad y salubridad de la población, la recaudación de los impuestos, la enseñanza, el esparcimiento. Pero además es el lugar donde muchos de los primeros dirigentes provinciales y nacionales dan sus pasos iniciales y aprenden las primeras letras de la vida política. De manera tal que si no cuidamos al municipio y omitimos el capítulo de la responsabilidad de sus funcionarios, habremos causado un daño irreparable que luego se transmitirá a sus mayores en el orden institucional, las provincias y la Nación. Así, la responsabilidad del funcionario y el municipio son dos capítulos esenciales de la vida del derecho público.

CAPITULO VIII

La profesionalización de la Administración Pública

SUMARIO: 8.1. Sumaria referencia a algunos modelos de función pública en el derecho comparado. 8.2. La situación en la Argentina. 8.3. Una primera quiebra de la estabilidad: las leyes de prescindibilidad. 8.4. Otra fisura de la estabilidad constitucional: la laboralización .8.5. El mérito y la capacidad. 8.6. La motivación laboral.

En la presentación de un estudio del Ministerio de Administración Pública de España referido a los modelos de función pública comparada, se pone de relieve la importancia de esa clase de investigaciones, habida cuenta la necesidad en que se hallan las Administraciones nacionales de enfocar y resolver problemas similares.

Esa afirmación respecto de las funciones públicas europeas es igualmente aplicable aquí, entre nosotros, donde las crisis sociales y económicas, generadas por situaciones de injusticia social no resueltas, requieren de un Estado eficaz y eficiente, especialmente en el desarrollo de su actividad administrativa habida cuenta de que ésta es, en el marco de sus funciones, la que atiende con inmediatez a las exigencias del bien común como causa final de aquél.

Y no dudoso que la cuestión relativa a la profesionalización de la Administración Pública constituye un tema esencial.

Abordar el tema de la profesionalización de la Administración Pública requeriría en primer lugar, determinar si el concepto nominado con esa terminología encierra siempre una realidad valiosa, porque desde una perspectiva estrictamente sociológica la profesionalización no es, en sí misma, intrínsecamente considerada, ni buena ni mala.

Así, las visiones, en general, de las profesiones y del profesionalismo se pueden resumir sintéticamente en las cuatro categorías siguientes:

- a) El modelo *estructural funcional* que explica la existencia de las profesiones en la estructura social como exigencia derivada de la división del trabajo y la pericia, necesarias para organizar los servicios por las personas.
- b) el modelo *interpretativo* que condiciona la significación del *status* profesional a circunstancias temporales, espaciales, personales y teleológicas.
- c) El modelo *crítico* que ve en la profesionalización una idea al servicio del asentimiento y consolidación del fenómeno opresivo que, según esta visión, involucra toda estructura social.
- d) El modelo *posestructuralismo* o *posmoderno* que encuentra en la profesionalización la manifestación problemática de un modelo de sociedad caracterizado por la circulación del poder.

La mayoría de la doctrina adhiere a la posición de quienes sostienen que la esencia del ser profesional radica en el verbo *profesar*, el cual, aplicado a la Administración Pública, significa el ejercicio comprometido, voluntario y continuo de la función pública.

8.1 Sumaria referencia a algunos modelos de función pública en el derecho comparado

España

Se ha señalado que ya en el año 1964, se autorizó expresamente la incorporación de empleados a la Administración Pública en el marco de la legislación laboral y se rompió, así, la exclusividad del sistema de función pública que implicaba que todo el personal al servicio de la Administración se vinculaba a ella por una relación estatutaria de derecho administrativo.. en esta normativa se debería radicar el origen de la actual división del empleo público en personal funcionario y personal laboral.

La falta de adecuadas precisiones normativas acerca de cuándo un cargo podía cubrirse por uno u otro tipo de personal, generó numerosos inconvenientes y disfunciones, las que se agravaron con la sanción de la ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública de la cual parecía derivarse la laboralización total del personal, incluyendo en ella a los estratos superiores de la función.

Esta norma, sin embargo, fue enjuiciada constitucionalmente por una Sentencia del Tribunal de 1987. en este pronunciamiento se precisó que el sistema de función pública por el cual optó genéricamente el legislador constitucional de 1978 es el derecho público y no el régimen laboral y como consecuencia de él se dictó la ley 23/1988 en la cual se determinó el alcance posible de la contratación laboral con un criterio estrecho y restrictivo.

La laboralización, se ha dicho, no se puede, de todos modos, considerar arrumbada y aparece por nuevos medios, como son, por ejemplo, los que resultan de la actuación de los entes privatizados, en los cuales el personal se somete al derecho privado. Esa dualidad no enerva, no obstante, las exigencias insalvables que, para toda la función pública, derivan, por un lado, de la Constitución-v .gr., principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección del personal-y. Por otro, de la irrenunciable posición que ocupa la Administración como gestora del interés público.

Francia

Francia es una expresión del modelo clásico, en el cual el personal al servicio de la Administración Pública reconoce, en lo sustancial, una situación reglamentaria de derecho público, emergente de un nombramiento a tiempo completo que le otorga un lugar en la jerarquía administrativa. Junto a los funcionarios, conviven los contratados, sujetos, más allá de algún pronunciamiento aislado del Consejo del Estado, a un régimen de derecho público en el que también se inscriben, por obra de la

jurisprudencia de éste, quienes desempeñan una actividad industrial o comercial en una empresa pública encargada de un servicio público.

Se puede decir que en Francia permanece, en lo esencial, una concepción clásica que ve en la actividad de servicio al Estado una modalidad laboral distinta de las prestadas a las empresas, motivo por el cual, sin perjuicio de algunas analogías con el trabajo privado-remuneraciones, seguridad social, huelga, sindicatos entre otros-el derecho funcional se ordena al funcionamiento continuo y eficaz del servicio público.

De todos modos no se puede dejar de constatar que por efecto de diversas circunstancias-participación de los empleados en la toma de decisiones a través de la concertación o de la integración de comisiones mixtas-se va produciendo, progresivamente, una confusión entre el derecho de la función pública y el derecho del trabajo.

Alemania

Alemania expresa un típico sistema dualista en el que conviven, por un lado, el modelo tradicional de la función pública sujeto a un régimen estatutario de derecho público basado en la carrera administrativa, reservado, por imperio constitucional, para quienes ejerzan prerrogativas de poder público a título de función permanente y, por otro, el régimen de derecho privado o laboral que comprenden los puestos instrumentales, de apoyo administrativo y que supongan el cumplimiento de trabajos manuales.

Se ha señalado que la reserva del régimen estatutario y público para los funcionarios ha operado, en la práctica, como un límite a la política de privatizaciones en varios sectores ante la falta de la figura de entes públicos sujetos al derecho privado.

La aproximación de los regímenes no ha significado la homogeneización total y, antes bien, esta idea parece haber sido desestimada; habiéndose destacado, asimismo, que el insuficiente respeto de la cláusula constitucional de la reserva de funciones de autoridad a los funcionarios, es causa de frecuentes confusiones que llevan a la incursión de laborales en funciones de soberanía y a la actuación funcional en tareas no soberanas.

Italia

Hasta hace algunos años Italia se caracterizaba por tener un sistema de función pública tradicional, lo cual suponía el sometimiento en bloque de todos los aspectos relativos a ella al ámbito del derecho público o administrativo. Esa organización operada a principios del siglo XX y facilitada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, experimentó, con el tiempo, diversas fisuras originadas en la introducción de instituciones privadas como la huelga y la negociación colectiva.

Las leyes de delegación sancionadas en 1992 y 1997 y sus correlativos decretos legislativos, vinieron, sin embargo, a imponer un cambio radical no conocido en sistemas similares como el alemán e incluso el español.

La reforma atrevida y original, respondió a la intención de privatizar completamente las relaciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública, de modo que en la práctica operó la laboralización de la totalidad de los empleados públicos a excepción de algunos cuerpos especiales y de los dirigentes generales. La laboralización afectó, pues, a todo el personal de la Administración central, entes institucionales, administraciones territoriales, regionales y locales, manteniendo su estatuto funcional jueces y magistrados, fiscales, abogados y procuradores del Estado, militares y policías, diplomáticos a partir de ciertas categorías, la carrera prefectoral desde ciertos grados y los dirigentes generales.

Se ha indicado que el esquema final al que responde el nuevo modelo italiano parece al de las empresas occidentales en las que también la mayoría del personal se rige por el derecho laboral común, mientras que una minoría de ejecutivos obtiene condiciones especiales que pretende asegurar su mayor compromiso con la empresa.

Estados Unidos

La función pública en Estados Unidos se inscribe en el marco de una democracia unida a un liberalismo económico que a la vez que otorga preeminencia absoluta al sector privado, desconfía de los cuadros de una burocracia estable y del funcionario permanente. La famosa expresión del presidente Jackson en el sentido de que el trabajo público es tan fácil que cualquier hombre inteligente puede adaptarse a él sin demora, resume la concepción americana.

Una ley de 1820, de acuerdo con la cual todos los empleados de finanzas debían rendir cuentas de su gestión y obtener la confirmación en su puesto cada cuatro años, después generalizada para el resto de los empleos públicos, junto con la agresiva política de rotación de cargos, expuesta por el citado presidente Jackson, formaron el soporte esencial del *spoil system*. La tensión entre la existencia de una burocracia estable y las exigencias de los políticos triunfantes llevó a considerar al empleo público como un botín, de modo que, al decir también de un presidente americano, el mundo parecía dividido en dos clases: quienes iban a California a buscar oro y los que viajaban a Washington a buscar cargos.

El comienzo de superación del *spoil system* se da con la sanción de la *Pendleton Act* de 1883 que creó la *Civil Service Comisión* como órgano independiente de los partidos para aplicar y controlar el proceso selectivo de acceso a la función, consagró el sistema de mérito para el acceso a ésta y supuso colocar en el marco del régimen común de la Administración, a varios miles de puestos de trabajo.

Esa norma, sin embargo, no tuvo alcance general y se aplicó, además, en forma paulatina. Sólo con el tiempo se establecerán criterios de mérito para el ascenso dentro de la función, se limitará la separación discrecional del funcionario y se adoptarán medidas para facilitar la carrera en algunas áreas de la Administración civil; todo ello, sin abandonar, no obstante, el sistema general de empleo que supone la incorporación del funcionario no para que realice toda su carrera en el servicio público, sino para desempeñar un cargo determinado.

El modelo americano sigue siendo, en definitiva, un sistema próximo al de las empresas privadas. En él, el funcionario es nombrado para desempeñar un cargo determinado y no para ejercer una carrera vitalicia, puede ser despedido por razones funcionales sin derecho a reclamar permanencia alguna, siendo frecuente su trabajo alternado en la función pública y privada.

8.2 La situación en argentina

8.2.1 Las bases en la Constitución histórica de 1853

En primer lugar, la estabilidad laboral y la valoración del mérito y la capacidad como bases esenciales de una adecuada profesionalización de la función pública estaban ya contenidas y eran, por tanto, derivables, de la Constitución histórica de 1853, la cual no ha experimentado, en ese aspecto, modificaciones que la alteren.

La Constitución contenía, en efecto, en la parte dogmática una cláusula aún vigente, a tenor de la cual todos los habitantes de la Nación son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Y en la parte orgánica, a su vez, el entonces art. 86, inc. 9º (hoy 99, inc. 7º) otorgaba al presidente de la Nación la potestad de nombrar y remover por sí solo a los agentes públicos.

La competencia asignada al presidente en relación con el nombramiento y remoción de los funcionarios y empleados públicos, no hubiera debido, en rigor, obstar, para que ella se considerara limitada jurídicamente por el concepto de la idoneidad, fuera concebido éste como *indeterminado* o bien como habilitante de discrecionalidad.

Este concepto, a la par que enrolaba ya desde el inicio, al menos formalmente, al constitucionalismo argentino en el sistema del mérito y la capacidad, inspirador de los regímenes francés y español, implicaba, simultáneamente, un alejamiento del *spoils system* enseñoreado en los Estados Unidos al amparo de la discrecionalidad.

Ni esa disposición constitucional, ni la garantía tácita de estabilidad significada por el régimen jubilatorio impidieron que, en la realidad, el sistema vigente fuera el de los *despojos* o el *botín*, como consecuencia de la cual los agentes estatales estuvieron sujetos en su empleo al *vaivén* de los gobiernos.

8.2.2 La Reforma constitucional de 1957: el artículo 14 bis

En el año 1957 se consagra en la Constitución, por medio del art. 14 bis, la garantía de la estabilidad para el empleado público y la protección contra el despido arbitrario para el empleado privado.

Se ha discutido si ambos términos encierran conceptos iguales o diferentes.

Un sector doctrinario ha entendido que los dos sistemas se identifican en tanto acuerdan al agente público o privado, indiferenciadamente, el derecho a una indemnización cuando su derecho a la conservación del empleo es violado, de modo

que, en los dos casos, la estabilidad sería, en rigor, *impropia o relativa*. Otra línea de interpretación—que es la más acertada—considera, en cambio, que mientras la estabilidad del empleado público otorga a éste la posibilidad de exigir su reincorporación cuando ella es desconocida arbitrariamente, y entonces, en ese caso, la estabilidad es *propia o absoluta*, la protección contra el despido arbitrario se resuelve necesariamente, por el contrario, en una indemnización que excluye la reincorporación, lo cual significa que, en este supuesto, la estabilidad es sólo *impropia o relativa*.

8.2.3 La regulación legal de la estabilidad

En el plano legal formal la cuestión fue resuelta tanto en el primer Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública (aprobado por el decreto ley 6666/1957), como en el Régimen Jurídico Básico de la Función—arts 17 y 42—(aprobado por la ley 22.140) y, luego, en la Ley Marco del Empleo Público 25.164—arts 17 y 41—en el segundo sentido indicado (estabilidad *propia*), pues en tales normas la estabilidad en tanto componente esencial del régimen estatutario implementado, reconoció siempre como elementos definidores, al menos los siguientes:

- a) el derecho del agente a conservar el empleo y a no ser privados de ellos sino con fundamento en las causales previstas en la propia ley,
y
- b) el derecho de exigir la reincorporación (ley 22.140) o ésta o una indemnización, a su opción (ley 25.164), cuando la garantía fuera violada por la separación arbitraria del empleo.

Esta forma de regulación legal de la estabilidad del agente público—estabilidad *propia*—asigna a ésta un contenido sustancialmente diferente de la protección acordada al trabajador privado—estabilidad *impropia*—, el que, ante el despido injustificado, tiene limitada su pretensión al pago de una indemnización.

De esta manera ha quedado definida, así, en el nivel jurídico formal de las normas pertinentes atinentes a la función pública, la estabilidad *propia* como base esencial de la carrera administrativa y la diferenciación clara entre ésta y el sistema de empleo privado sustentado en la estabilidad *impropia*.

8.2.4 Los agentes comprendidos en la estabilidad

La garantía de la estabilidad, así concebida, se ha considerado aplicable tradicionalmente, en términos generales, por los tres *estatutos* referidos a todas las personas que en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente presten servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional, inclusive entidades jurídicamente descentralizadas.

8.2.5 Las exclusiones: sus alcances

Y se han excluido de ese régimen a los denominados funcionarios políticos, a los regidos por normas públicas o privadas especiales y a los disciplinados en los propios estatutos como personal de gabinete, contratado o integrante de plantas transitorias.

La exclusión tiene, sin embargo, significados diferentes.

En efecto, en el caso de los denominados funcionarios políticos –ministros, secretarios de la Presidencia de la Nación, secretarios, subsecretarios, máximas autoridades de organismos descentralizados y miembros integrantes de cuerpos colegiados- o de gabinete, contratados o integrantes de plantas transitorias, ellos carecen de toda estabilidad o, eventualmente, sólo poseen la estabilidad impropia (v. gr., contratados).

En el supuesto de agentes comprendidos por regulaciones públicas especiales –personal militar, de seguridad, policial, diplomático-, la exclusión se refiere al régimen *general* del estatuto, pero no al concepto mismo de la estabilidad *propia*, la cual, con el alcance indicado, también se regula en esos regímenes especiales.

La situación de quienes estén incorporados por la Ley de Contrato de Trabajo, es, finalmente, igual a la de los trabajadores privados y sólo poseen, por tanto, lo protección contra el despido arbitrario (estabilidad *impropia*).

8.2.6 Las causas habilitantes de la separación del agente

Así planteadas las cosas la cuestión consiste, entonces, en establecer, cuáles son las causas legalmente habilitadas para privar de su empleo al agente protegido por la estabilidad, una vez cumplidos los requisitos legales y reglamentarios fijados para la adquisición de ésta.

En los diversos regímenes los supuestos determinantes de la pérdida del empleo y, por consiguiente, del cese del funcionario, han respondido a conductas disciplinarias imputables (arts. 32 y 33 del régimen aprobado por la ley 22.140 y ley 25.164) o bien a circunstancias objetivas derivadas de reestructuraciones que comporten supresión de organismos, o dependencias o de funciones asignadas a ellas, con la eliminación de los respectivos cargos (arts. 43 del régimen aprobado por la ley 22.140 y 11, ley 25.164).

La determinación legal formal de los supuestos del cese, tanto imputables como no imputables al agente, configuró, en teoría, un importante progreso respecto del sistema vigente hasta ese entonces, porque la prerrogativa discrecional del Poder Ejecutivo pasó, así, a ser reglamentada y, por ende, limitada, por el legislador.

Ese marco formal inobjetable, requisito imprescindible para la conformación de una carrera administrativa, reconoció, sin embargo, fisuras de diversa índole que han gravitado históricamente para que esta última no fuera en verdad más que una aspiración siempre frustrada. Las denominadas leyes de *prescindibilidad* y la *laboralización* de la Administración Pública –entendida como sometimiento a una legislación privada que excluye la estabilidad *propia* del empleado público- han significado, en ese sentido, institutos negativos para la profesionalización.

8.3 Una primera quiebra de la estabilidad: las leyes de prescindibilidad

Las llamadas leyes de *prescindibilidad* de empleados públicos han sido normas sancionadas por gobiernos *de facto* o *de iure* con el invocado propósito de racionalizar la Administración Pública.

En el marco de esas normas, el cese de agentes estatales amparados por la estabilidad constitucional fue dispuesto con sustento en circunstancias que de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema, operaron, a partir de su sola invocación por la autoridad administrativa, como causales válidas de la privación de empleo.

De ese modo, el simple uso en el acto de cese de locuciones tales como *ponderación de las aptitudes personales* del agente o *razones de servicio*, fue, *per se*, suficiente para separar a los empleados de la Administración.

8.3.1 La legitimación jurisprudencial

Esa alternativa fue legitimada por la jurisprudencia sobre la base de considerar que la estabilidad del empleado público consagrada en el art. 14 bis, CN no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función cuando el Poder Ejecutivo decide remover a un agente sin culpa de éste.

La idea explícita de que el reconocimiento del derecho a la indemnización por los eventuales perjuicios de una cesantía discrecional satisface la garantía de la estabilidad, y de que la tutela de los derechos por la justicia, necesariamente, de la preservación en especie de las situaciones existentes, informa esa línea jurisprudencial.

Coherentes, asimismo, con esa postura son los fallos que habilitan no requerir de la autoridad administrativa explicación sobre las razones de servicio que son de su exclusiva valoración, en tanto no se desconozca la debida indemnización al agente prescindido.

Con ese modo de concebir la estabilidad del empleado público, la garantía constitucional no guarda diferencia esencial con la protección contra el despido arbitrario instrumentado por los trabajadores privados.

8.3.2 Crítica a la jurisprudencia

Cabe, entonces, preguntar si tal forma de interpretar la Constitución responde a la axiología de ésta y al régimen de función pública querido por el constituyente.

No cabe duda, de que en el Estado de Derecho fundado por la Constitución no es aceptable que las leyes de prescindibilidad, pretendidamente reglamentarias de la

garantía de la estabilidad, puedan radicar la causa del cese de agentes estatales sólo en la voluntad psicológica del funcionario. El mero juicio de éste no es, pues, suficiente, para afectar una garantía constitucional.

Tampoco basta que los previstos en la ley sean invocados dogmáticamente en los considerandos del acto sin que ellos estén debidamente explicitados y acreditados en las actuaciones, o que se pretenda fundar la decisión en la remisión igualmente dogmática al texto legal.

Si la causa del acto administrativo es, como dispone la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo (art.7º, inc. b), el conjunto de antecedentes de hecho y de derecho que le dan fundamento, tales antecedentes se deben acreditar objetivamente en el procedimiento que precede al dictado de aquél. Esto no implica excluir la discrecionalidad del accionar administrativo, insoslayable en esta clase de decisiones, pero sí importa sujetar su ejercicio a límites jurídicos insalvables en un Estado de Derecho. Las páginas que Eduardo García de Enterría dedicó a señalar la importancia del control de la discrecionalidad a través de los hechos, son elocuentes en este sentido.

Las sentencias de la Corte que reconocen validez a prescindibilidades carentes de adecuado sustento fáctico y fundadas, por ende, en la sola voluntad del funcionario, la cual puede, así, operar como fuente de injusticias purgadas por la indemnización, vacían de contenido a la estabilidad del empleado público y contradicen la axiología inspiradora de la Constitución.

Estos pronunciamientos jurisdiccionales parecen olvidar que, como bien ha puntualizado Parejo Alfonso, las bases del accionar estatal y privado son esencialmente diferentes, pues mientras en el primero imperan la heteronomía de la voluntad, la capacidad por atribución y la vinculación positiva de la Administración por la ley, en el segundo, en cambio, rigen la autonomía de la voluntad, la capacidad universal y la vinculación negativa con la juridicidad.

La arbitrariedad enseñoreada en la conducción de la “carrera administrativa”, aunque busque aparente amparo en la legalidad formal disvaliosamente interpretada es, pues, enemiga decisiva de la profesionalización de la Administración.

8.4 Otra fisura de la estabilidad constitucional: la laborización. Aproximación teórica al fenómeno.

Liminarmente, corresponde elucidar, precisar y definir qué entendemos por *laborización*.

En tal sentido, pueden señalarse como significaciones posibles del fenómeno a los conceptos de privatización, *precarización* y, en algún contexto de índole sociológica, proletarianización, de la relación de empleo público.

Como se ve, diversas pueden ser las connotaciones del fenómeno examinado, es decir de la *laborización*, como un nuevo aspecto de la relación jurídica de empleo público.

Excluimos del concepto analizado a la proliferación de contrataciones laborales –precarias, por su tenor modal- como vía de artilugio que permite sortear las disposiciones constitucionales sobre estabilidad del empleo público y que, en definitiva, aporta ciertas reminiscencias de lo que la Ley de Contrato de Trabajo califica como *fraude laboral*.

Este término alude como indicativo de la *progresiva penetración o ingreso del derecho laboral en el régimen y en el ámbito de la llamada función pública o relación de empleo público*.

Se trata así de un proceso de aproximación del régimen normativo del empleo público al régimen jurídico que regula el empleo privado, es decir, el contrato de trabajo privado.

Este fenómeno –que no es de acercamiento recíproco, sino que involucra un corrimiento unilateral: el Derecho público se nutre del Derecho laboral privado, y no viceversa; se produce un notorio avance del Derecho Laboral en el contrato administrativo de empleo público.

Es así, destacable, la terminología utilizada por la Ley 24.185, de convenios colectivos para el sector público, y su reglamentación, plasmada por el decreto 447/1992, que hacen mención a los *trabajadores* del Estado.

Importantes modificaciones legislativas vienen produciendo un cambio del mapa regulatorio del empleo público que justifica un acercamiento a la temática como el presente, a mano alzada, asumiendo los riesgos de la incerteza con la intención de fomentar el debate. En las últimas décadas se registra lo que ha dado en llamarse "laboralización" o "privatización" de la regulación del empleo público a nivel internacional, con el consiguiente correlato en nuestro medio. Este proceso, que tiende al acercamiento de las normativas aplicables a los dependientes del sector público a la situación del privado, se corresponde con un incremento de la protección de los trabajadores del Estado, en un contexto de democratización de este último. La evolución es paralela a la situación de crisis del Estado de bienestar, la privatización de numerosos servicios estatales, la finalización de la guerra fría, la revolución tecnológica, la disminución relativa del número de trabajadores dependientes y sindicalizados, la gran movilidad de los capitales, y un conjunto de cambios estructurales de gran envergadura, en que los diferentes factores interactúan de modo complejo y veloz.

En este profundo cambio epocal, que es también cambio de mentalidades y actitudes, a la par de la pérdida de poder (político, gremial, social, cultural, ideológico) relativo del sector del trabajo, se visualiza una pérdida de poder, también relativa, al estado mismo. En la temática del empleo público confluyen diferentes directivas políticas y constitucionales. Por una parte, la necesaria protección del trabajo (extendida de modo indiferenciado a todo tipo de trabajo humano por el art. 14 bis, CN: "El trabajo *en sus diferentes formas* gozará de la protección de las leyes...") que se aliena al Estado (Fiorini).

Desde otra perspectiva, la necesaria eficacia de la actuación estatal en la prosecución de sus fines que, cada vez más, es medida en término de costos-prestaciones (prestaciones sociales, actividades indelegablemente estatales, función de control y fiscalización de las actividades privadas, etc.).

Un tercer aspecto ha ido requiriendo atención y es el referido a la utilización del poder de contratación laboral estatal, en un contexto de desocupación y cambio estructural, con fines de clientelismo político y efectos distorsivos del sistema representativo. En relación con este último aspecto, cabe recordar que la introducción de la cláusula constitucional de estabilidad del empleo público en la reforma constitucional de 1957, no fue sólo como especificación de la tutela de cierto tipo de

trabajadores, sino también como resguardo del sistema republicano, a fin de evitar que con cada recambio gubernamental se reemplacen los antiguos empleados con los amigos de los nuevos funcionarios.

Cabe puntualizar tres aspectos esenciales que los trabajadores del sector privado comparten con los del público: a) la prestación que comprometen es siempre trabajo humano; b) se concreta en condiciones de dependencia jerárquica, técnica y económica de su empleador; y c) su retribución constituye un crédito alimentario y asistencial para sí mismo y su familia. Nos encontramos en ambos casos ante situaciones que comprometen derechos humanos esenciales de este sector de la población. De antaño, distintos aspectos han venido marcando puntos de regulación común, o semejante, para los trabajadores de los sectores público y privado. Así, las disposiciones en materia de limitación de la jornada, inembargabilidad de salarios, accidentes y enfermedades laborales, normas de seguridad e higiene del trabajo, asociaciones sindicales, régimen de solución de conflictos, regulación de la huelga en servicios sociales, obras sociales, etc. De otra parte, se notan diferentes tratamientos en lo referido al régimen disciplinario, la posibilidad, más extensa en el sector público, de modificación de condiciones de prestación de tareas en relación con el lugar o el ámbito de tareas, el régimen de promociones y licencias, y otros aspectos vinculados directa o indirectamente con la estabilidad plena de que teóricamente gozan.

8.4.1 Origen y explicación del fenómeno examinado

La laborización del empleo público se produce a *caballo* del Derecho *colectivo* de trabajo.

Debe recordarse, en tal sentido, que el Derecho del trabajo exhibe dos contenidos, por saber:

- a) el *Derecho laboral individual*, que regula las relaciones de trabajo (contrato) entre el trabajador y el empleador.
- b) El *Derecho colectivo de trabajo*, que establece los institutos y mecanismos idóneos para paliar y equilibrar la desigual capacidad negociadora de las partes contratantes en el contrato de trabajo.

Estos institutos, básicamente, son: el derecho de huelga; el derecho de negociación colectiva, que se materializa en el convenio colectivo de trabajo; y el derecho de sindicación.

La obtención del aludido equilibrio es necesaria toda vez que el contrato de trabajo excede el interés privado de las partes y concierne al interés público, es decir al denominado bien común.

Téngase presente que el trabajo humano consiste en la *actividad creativa y productora del hombre* (Art.4º de la LCT), y que, en la medida en que esta actividad humana no recibe en la sociedad un trato acorde con la dignidad de quien la realiza, la paz social resulta amenazada y no se concreta el conjunto de condiciones –materiales, espirituales, culturales, económicas- que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios el cumplimiento de sus fines existenciales, propios, en libertad y bajo su propia responsabilidad.

Ahora bien, ¿por qué se produce esta entrada del derecho laboral individual a *caballo* del Derecho colectivo del trabajo en el ámbito del empleo público? Se produce sobre la base de una constatación fenomenológica innegable desde cualquier perspectiva que se examine: en cualquiera de los dos ámbitos examinados, quienes en ellos realizan su débito contractual *trabajan*.

Efectivamente, en los dos contratos se verifican las notas típicas que califican la relación de dependencia laboral: la dependencia *jurídica*, que supone que una de las partes da las órdenes y la otra debe acatarlas y la dependencia *económica*, que significa que la parte asalariada requiere para su sustento diario de la remuneración que la parte empleadora sufraga; y la dependencia *técnica*, que se refleja en las especificaciones y condiciones que deberá ajustarse el débito laboral y que son fijadas por la parte empleadora.

8.4.2 La naturaleza del vínculo

En nuestro país, como es la mayor parte del derecho comparado, se ha planteado la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del vínculo que une al agente estatal con el Estado. Así, se ha evolucionado desde la consideración estrictamente civilista que encuentra en la relación una locación de servicios, un mandato, o un derecho real como quería Hauriou –cuya reminiscencia se advierte en la posición que

fija el comienzo de los derechos y obligaciones del agente a partir de la toma de *posesión* del cargo-, pasando por la concepción *política* conocida como teoría de la eventual *coacción legal* –que supone la atribución del Estado de reclutar compulsivamente a sus servidores-, hasta las visualizaciones típicamente publicistas – hoy decididamente preponderantes- que ubican el vínculo como resultado de un acto unilateral del Estado o bien como consecuencia de un contrato administrativo.

8.4.3 Una pretensión inicial

Esta categorización publicista y contractual del vínculo del funcionario público con el Estado no ha implicado necesariamente la concesión de la garantía de la estabilidad, a todos los agentes vinculados de ese modo con la Administración, pero es posible afirmar que la pretensión inicial que trasuntaban los regímenes –e incluso algunas regulaciones específicas previas- era, sí, la de incluir en aquella a quienes cumplieron funciones públicas específicas –entendidas como opuestas al comercio y la industria- tanto en la Administración central como descentralizada.

8.4.4 Una laboralización comprensible

Por eso se explica que cuando el Estado asumió, bajo distintas formas jurídicas, cometidos empresariales, el régimen de su personal se haya remitido total o parcialmente al derecho privado, como ocurrió en las sociedades de economía mixta (dec-ley 15.349/1946), las empresas del Estado (ley 13.653 y modificatorias) y las sociedades del Estado (ley 20.705), respecto de los empleados u obreros, y con las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (arts. 163 a 307, ley 19.550) en relación con el personal directivo y subalterno. Y aunque es discutible la caracterización asignable a la actividad de la entonces Junta Nacional de Granos y del Mercado Nacional de Hacienda, también el personal de estos entes fue incluido en el régimen laboral privado.

8.4.5 La invasión en el área administrativa

La invasión del derecho laboral en un campo estrictamente público y administrativo, se produjo, sin embargo, con el personal de las entonces Administración Nacional de Aduanas y Dirección General Impositiva (hoy Administración Federal de Ingresos Públicos) y la dirección de Vialidad.

Esta situación se ha venido a profundizar más recientemente con la aparición de los entes reguladores de los servicios públicos, cuyo personal, con exclusión de los máximos órganos directivos, se sujeta, en la gran mayoría de los casos, a la legislación laboral.

Esta circunstancia tiene una consecuencia singular, porque mientras en el empleo público el agente está protegido por la estabilidad propia, lo cual significa, que si ella es violada aquél puede reclamar su reincorporación, no ocurre lo mismo con el empleo privado en cuyo ámbito la separación arbitraria del trabajador se compensa con una indemnización de modo que, en este ámbito, solo se protege la estabilidad *impropia*.

El primero, con vigencia, sustancialmente, en la Administración central comprensivo de funcionarios y empleados –excepto los expresamente excluidos-; el segundo, en los entes empresariales (prácticamente en extinción) y en la administración descentralizada, en este último caso abarcando, progresivamente, funciones administrativas típicas (aduanas, órgano impositivo, entes reguladores) e incluyendo a todo el personal (funcionarios y empleados), salvo los miembros de los órganos directivos máximos.

Estamos, pues, ante un alejamiento progresivo del sistema de predominancia pública, propio del régimen continental europeo clásico, para acercarnos a una dualidad que no parece reconocer un fundamento claro y unívoco, en la medida en que no se basa ni en el *nivel* del cargo (en la Administración central se incluye en el régimen público a funcionarios y empleados) ni tampoco en la índole del *sujeto* (en algunos entes descentralizados los funcionarios también se someten al derecho laboral).

8.4.6 Dudosa constitucionalidad de la laboralización

Por lo demás, la constitucionalidad de regulaciones legales que excluyen de la estabilidad propia del empleado público a sectores de agentes claramente afectados al cumplimiento de funciones específicas del Estado –aduana, impositiva, regulación- no deja de ser dudosa y exigiría la adopción de los recaudos necesarios para la juridicidad insoslayable de la acción se traduzca en la responsabilidad patrimonial pertinente de quien lo dispuso, cuando el cese sea arbitrario.

8.4.7 Alcances aceptables de la laboralización

Lo expuesto no implica, en modo alguno, un juicio de valor negativo respecto de otros aspectos de la laboralización de la Administración Pública, en especial acerca de la aplicación a ella del sistema de negociación de convenios colectivos de trabajo, tal como lo prevé la ley 24.185.

Ello es así. En efecto, en razón de las siguientes circunstancias. En primer lugar, la ley 25.164 habilita expresamente la regulación convencional de la estabilidad en la función, pero no la del empleo, lo cual, sumado a la prohibición de negociar el principio de idoneidad como base del ingreso y la formación de la carrera administrativa, evidencia que la garantía constitucional está preservada. Y en segundo término porque, a causa, precisamente de tal preservación de la estabilidad aparece debidamente salvada en el Convenio colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el dec. 66/1999, siendo de destacar que según ha dictaminado la Dirección Nacional del Servicio Civil, la eventual contradicción entre este Convenio y la ley se debe resolver a tenor de lo dispuesto en el art. 1º de ésta, conforme con el cual los derechos y garantías acordadas por ella constituyen mínimos no desplazables en perjuicio de los trabajadores, en la negociación colectiva.

8.5 El mérito y la capacidad

La propia Constitución ya contenía, la base potencial del sistema de mérito y capacidad, pues no otra cosa podía significar la idoneidad exigida por ella para el acceso a los empleos públicos. Y en ella era posible también hallar, como recaudo razonablemente implícito derivable de la igualdad, el concurso público como medio de acceso y promoción.

La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, 25.164, actualmente vigente, coherente con estas exigencias constitucionales, establece, en su art. 8º, que

la carrera administrativa y las específicas deben contemplar la aplicación de criterios que incorporen los siguientes principios:

- a) transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad en la función a cumplir;
- b) promoción y avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y exigencias de capacitación acordes con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar, y
- c) previsión de sistemas sustentados en el mérito y la capacidad que motiven su promoción en la carrera.

Es un hecho de que la publicidad de la competencia es la mejor garantía formal para resguardar el interés del Estado en reclutar el mejor funcionamiento y el derecho del ciudadano idóneo de postularse en situación de igualdad para el acceso a la función.

La Convención Interamericana contra la Corrupción consigna, precisamente, en su art. 3º, inc.5º, que los Estados parte, entre los cuales está la Argentina, convienen en considerar la aplicabilidad en sus ámbitos institucionales de las medidas, destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la contratación de funcionarios que aseguren la *publicidad*, equidad y eficiencia.

Es importante destacar que el concurso público es sólo una garantía formal y que por tanto no asegura, necesariamente, que su resultado sea el más justo; por la misma razón por la cual la sustanciación, por ejemplo, de un sumario administrativo con arreglo escrupuloso a las formas no asegura, ineludiblemente, la adopción de una decisión razonable. Sin embargo, las formas visten las esencias, dificultan la arbitrariedad y, cuando ésta se consuma, la ponen en evidencia.

Ahora bien, en el año 1991 a través del dec. 993 se instituyó un nuevo escalafón para el personal de la Administración Pública, con el nombre de Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (Sinapa), el cual incluyó, a partir de 1992, a todo el personal de la Administración Pública central y de algunos organismos descentralizados.

La sanción fue un paso importante, porque hasta ese entonces el escalafón anterior -establecido por el dec. 1428/1973- se había constituido, como se expresó en la Nota de elevación del dec. 993/1991, en un mero indicador de grillas salariales, toda vez que por diversos actos posteriores se habían sin efecto las normas vinculadas con el ingreso y las promociones. La carrera, era, pues, en ese momento, prácticamente inexistente, pues la selección y la promoción se fundaban en la cooptación y la antigüedad.

El régimen de carrera administrativa implementado por el citado decreto, hasta hoy vigente, se basó en los siguientes principios centrales:

- a) la relación entre la posición escalafonaria y la jerarquía de las funciones desempeñadas;
- b) el proceso de selección para el ingreso y la cobertura de puestos vacantes;
- c) la evaluación del desempeño individual;
- d) la capacitación permanente;
- e) la promoción relacionada con la capacitación y la evaluación; y
- f) la jerarquización salarial.
- g)

El eje central del cambio radicó en la profesionalización, la cual, erigida en política pública, deriva su sentido del art.6º del anexo I del dec.993/1991, que concebía a la carrera del agente como resultado del progreso en su ubicación escalafonaria, mediante la promoción a los distintos niveles y grados y el acceso a las funciones que sean tipificadas como ejecutivas en los términos del presente, todo con sujeción a los sistemas de selección y procedimientos de evaluación del desempeño establecidos en el Sistema. El anexo 1 contemplaba, por su parte, los requisitos para promover de grado en términos de calificación en la evaluación de desempeño y créditos de capacitación.

Sucede en relación con el Sinapa lo mismo que en materia de estabilidad. La definición jurídica de esta es irreprochable, pero resulta desvirtuada por la interpretación jurisprudencial que, en definitiva, otorga contenido concreto y real a la formulación normativa. Ese contenido implica, en la realidad, que a fuerza de prescindibilidades derivadas, o no, de la emergencia, la estabilidad propia instrumentada por la Constitución se diluya, en la práctica, en una mera estabilidad impropia.

8.6 La motivación laboral

Las causas o variables que inciden significativamente en la motivación^{xxiv}, se han agrupado en las siguientes categorías: *retribución justa, política de promoción, distribución del trabajo, personal directivo idóneo, capacitación de los agentes, la permanencia del agente a la organización.*

A. *Retribución justa*: el tema salarial en la Administración Pública conforma uno de los aspectos más conflictivos, por su vinculación e incidencia en el gasto público global. Constituye una herramienta básica – aunque no la única- para generar motivación en el personal, de ahí que no pueda concebirse una política adecuada en recursos humanos si no se contempla e integra con una política salarial adaptada a los modernos modelos de gestión pública.

La retribución suele estar conformada por un elemento fijo (relacionado con el cargo, sus requisitos y perfil) y uno variable (en función del rendimiento o resultados, características de las funciones asignadas).

En general, se sostiene que debe buscarse el equilibrio entre los distintos instrumentos en materia retributiva. Por un lado el mantenimiento de una única retribución –fija- lleva necesariamente al estancamiento del trabajador, en la medida que cualquiera sea su rendimiento, él sabe que igualmente recibirá su salario. Por otro lado, en la asignación de adicionales salariales variables en función del rendimiento o productividad, el inconveniente se presenta en el establecimiento de pautas y métodos de evaluación, ya que éstos deben reunir condiciones de transparencia y objetividad.

Esta situación resulta difícil de aplicar en el ámbito de la Administración Pública, en particular por los inconvenientes que acarrea definir y establecer el alcance del término productividad. A ello deben agregarse las dificultades que implican establecer los criterios de distribución: ¿debe ser implementado en general, es decir, para todos los agentes estableciéndose porcentajes, o por el contrario solo corresponde retribuirla a aquellos con desempeño destacado? ¿debe guardar una proporcionalidad con el nivel salarial?

La implementación de una u otra pauta puede generar un inmediato efecto contrario al que se persigue: la desmotivación del trabajador.

La productividad por grupos (entendidos como grupos de trabajo, departamentos, direcciones, etc.) debe relacionarse directamente con la distribución de la carga de trabajo, pues si bien es un sistema que reúne mayores ventajas, puede organizar una situación negativa dentro de la organización administrativa en su conjunto cuando se fijan significativas diferencias salariales.

Sí resulta necesario, que el sistema de retribución vaya acompañado de un sistema de evaluación personal, que permita visualizar el rendimiento en el desempeño de las funciones, aspecto que debe vincularse con la siguiente categoría.

B. *Política de promoción del personal*: ésta debe ser lo mas objetiva posible, uniforme, que reúna las condiciones suficientes que garanticen transparencia, evitando que el agente sea excluido en forma arbitraria impidiéndosele acceder a su cargo superior.

La adopción de una política de promoción, debe considerar tanto su condición de “incentivo” para el personal como las necesidades de la organización.

En general los regímenes prevén el progreso en la carrera mediante sistemas de selección y evaluaciones periódicas de desempeño. El llamado “derecho de carrera” consiste en el derecho a ser promovido a otros cargos de mayor jerarquía, siendo uno de los criterios mas adecuados el de concursos.

Los regímenes que regulan el empleo público fijan las condiciones de idoneidad que debe cumplir el agente que aspira a un cargo superior, ya que –salvo supuestos excepcionales- las promociones no suelen ser automáticas.

C. *Capacitación del personal*: la capacitación del agente público constituye una necesidad prioritaria, en particular con la transformación producida en la Administración Pública en los últimos años. Al igual que otras variables, la formación no solo ayuda a aumentar el rendimiento y la motivación del personal, sino que además constituye un instrumento adecuado en el desarrollo y modernización de la gestión pública.

En ese sentido los programas de capacitación deben reunir determinados requisitos:

- a) Priorizar los intereses de la organización pública por sobre la de los funcionarios.
 - b) Contemplar cuestiones técnicas propias de la Administración, así como materias o temas complementarios con el objeto de comprender en forma íntegra los problemas específicos de la organización administrativa.
 - c) Prever la participación de entidades ajenas a la Administración, como Universidades, Institutos, entre otros.
 - d) Establecer programas específicos para personal directivo y personal que esté en contacto con el público.
 - e)
- D. *Personal directivo capacitado e idóneo*: es moneda corriente, que el agente público de niveles inferiores perciba que sus superiores se encuentran “alejados” de la propia organización, por considerarlos funcionarios “de paso” o por comprobar que no cuentan con una formación profesional y moral acorde con el cargo que ocupan.

Por eso, es evidente que organizar y coordinar en forma eficiente y eficaz el funcionamiento de un ente público, implica la presencia de un grupo de personas de nivel directivo, que reúnan condiciones de idoneidad técnica y moral. Ello por un lado implica la permanente formación en la materia objeto de su competencia como de técnicas de dirección que le permita comunicarse con el personal, y dar instrucciones claras, precisas, demostrando interés en las funciones que desarrolla el grupo de agentes a su cargo.

Por el otro, es necesario un esquema de trabajo en equipo, con un adecuado nivel de responsabilidad y conciencia del ejercicio de mando, donde el personal de niveles superiores se ocupe no solo por el cumplimiento legal, sino en forma concomitante de los resultados obtenidos.

La profesionalización de estos funcionarios, como verdaderos gestores de recursos humanos y financieros, lleva a la necesidad de aplicarles un sistema de evaluación que les permita corregir conductas.

- E. *La distribución del trabajo*: también conforma un importante aspecto de la motivación. Resulta habitual, que en el ámbito de la Administración Pública

la estructura de su organización no resulte compatible con “lo que necesita” para cumplir sus funciones en forma eficiente. Esto hace a que nos encontremos con unidades administrativas cuya competencia aparece definida ambiguamente, o con atribuciones que se encuentran a cargo de otras unidades, produciéndose una superposición de funciones.

Las consecuencias de esta realidad son diversas, pero en lo que aquí interesa, uno de los efectos es que determinados sectores administrativos se sientan discriminados por tener que asumir responsabilidades y cargas de trabajo que otros sectores no soportan. Y todo por la misma –en algunos casos menor- remuneración. La inadecuada remuneración genera desmotivación.

F. Un aspecto fundamental que también involucra el tema de la motivación, es la “pertenencia” del agente a la organización y que “imagen” tienen de ésta. La necesidad de considerar que la institución a la que se pertenece posee una imagen positiva –tanto para la comunidad como para el agente- constituye un incentivo por sí mismo.

Conclusiones

Un funcionario público se encuentra dotado de un conjunto de potestades, facultades y deberes que no solo señalan el marco de competencia, sino también la esfera, el ámbito de su responsabilidad. Atribuir su competencia implica asignar responsabilidad.

La responsabilidad que incumbe al agente público y que cabe exigirle nunca podrá ubicarse en un único contexto jurídico formal. La función pública está llamada a responder frente a la sociedad. La competencia que le fue asignada al agente público tiene su correlato: la responsabilidad de ejercerlo dentro del marco legal, asegurando el mejor y más eficiente servicio tendiente al Bien Común.

El sentido que inspiró a nuestra Constitución Nacional, nos demuestra la necesidad de lograr una organización administrativa cuyos funcionarios “gestionen” los intereses públicos en forma acertada, respetando y manteniendo los derechos de los particulares.

No resultará acertado obviar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos. A través de ella se detectarán los errores, equivocaciones, irregularidades y en su contexto, el juzgamiento de los comportamientos administrativos permitirá la corrección de los desvíos que se produzcan en el cumplimiento de las funciones asignadas.

La responsabilidad del funcionario público encuentra su fundamento teleológico en la necesidad de la sociedad de contar con agentes con un adecuado nivel de idoneidad acorde con las funciones que se les han encomendado y que la comunidad halle una respuesta adecuada y eficiente frente a los actos ilícitos y culpables de sus empleados. Tiende a impedir que amparados en su “función”, los individuales queden impunes frente al damnificado, la sociedad y el propio Estado.

En un Estado de derecho, en el cual todos los miembros de la comunidad están sujetos a las normas impuestas en su resguardo, los funcionarios y agentes del Estado deben ser los primeros en acatar la Constitución y demás leyes, a fin de poder exigir el cumplimiento a los demás.

En el fin último del Estado se encuentra inmersa necesariamente, esa responsabilidad. Se impone como requisito axiológico la exigencia al funcionario de un obrar diligente y coherente, no solo respecto a terceros sino también frente al Estado mismo, por estar representados aquí los intereses de toda la comunidad. Ello contribuirá a revalorizar el sentido y la ética de la función pública, la cual como protagonista de transformaciones y adaptaciones deberá ejercerse siempre en el marco del principio de legalidad.

Respecto a la *laboralización* de la relación de empleo público, es menester destacar que este proceso no ha sido tan marcado en nuestra legislación como en otros países, posiblemente como consecuencia de la activa participación e influencia del sector gremial estatal en la redacción de los instrumentos normativos dictados en el ámbito federal sobre la materia en cuestión, en los últimos años.

Aun así, no es posible dejar de tener en cuenta que la doctrina viene advirtiendo sobre esta circunstancia desde hace tiempo.

El contrato de empleo público no ha podido permanecer ajeno a los cambios operados en la organización administrativa. El proceso de reforma del Estado ha provocado cambios en el derecho administrativo, como consecuencia del abandono antiguos roles y asunción de nuevos por parte del Estado. La puesta en marcha de transferencias de personal a jurisdicciones provinciales o municipales; la privatización o concesión en la prestación de servicios públicos; la disolución de organismos, han tenido como efecto que muchos agentes públicos han dejado de ser dependientes de la Nación para pasar a otras jurisdicciones dentro del sector público y también que se hayan transformado en empleados privados.

Por ello, ha de esperarse que el proceso de laboralización o privatización del empleo público ayude a flexibilizar las polémicas suscitadas sobre la materia, a uniformar las respuestas jurisprudenciales y a resolver algunas cuestiones que plantean las fallas del régimen regulatorio del empleado público.

Por último, quiero destacar que los procesos de modernización del Estado y de la Administración Pública en particular, sitúan al usuario y consumidor en el lugar central.

Los empleados públicos forman parte necesaria de estos procesos dado que sin ellos la Administración no podría funcionar y las reformas no podrían realizarse. De ellos depende en gran medida la consecución del éxito de las mismas.

Propuestas

Considero que resulta necesario revalorizar el ejercicio de la función pública, analizando entre otros aspectos las causas que influyen en el comportamiento de los agentes públicos, a fin de lograr que su trabajo se encamine íntegramente hacia los objetivos de la Administración y de la sociedad.

Deben distinguirse en forma precisa las funciones políticas de las técnicas-profesionales y tender a perfeccionar el régimen de carrera administrativa evitando su subordinación a factores ajenos a la función pública. La neutralidad política, la imparcialidad y objetividad deben imponerse como principios de selección y promoción de personal.

Creo que el sistema de sumarios y concursos para ingresos y ascensos deben primar absolutamente para **dignificar** la carrera del empleado público

El funcionario público es mucho más que una mera referencia o parámetro presupuestario-financiero: es el ejecutor de las políticas públicas, es el protagonista activo de las modificaciones estructurales en el ámbito público.

En los últimos tiempos se habla de gestión pública eficiente y eficaz, como fines prioritarios del accionar público, olvidándonos a veces que la eficiencia y eficacia encuentran su contenido en los principios de legitimidad, de ética pública y de responsabilidad.

Son en definitiva estos principios, los que considero, deben ser respetados por el Estado y por los agentes públicos tanto en el cumplimiento de los derechos y obligaciones recíprocos, como en su relación con la sociedad.

-
- ⁱ Linares, En torno a la responsabilidad civil del funcionario público, LL, 153-601.
- ⁱⁱ Fontán Balestra, Tratado de derecho penal, T. II, p. 205.
- ⁱⁱⁱ Hutchinson, “La responsabilidad pública ambiental”, T. I, p. 186.
- ^{iv} Bielsa, R; “La función Pública”.
- ^v García de Enterría, “La constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, p. 63
- ^{vi} Diez – Hutchinson, “Manual de derecho administrativo”, T. II, p. 82.
- ^{vii} Kelsen, “Teoría general del derecho y del Estado”, p. 128.
- ^{viii} Mata, “Aproximación al pensamiento de Bartolomé Fiorini”, en “RAP”, nº10.
- ^{ix} Caballero Ortiz, “Contencioso de plena jurisdicción y demandas contra los entes públicos”, p. 45
- ^x Leguina Villa, “Responsabilidad civil de la responsabilidad pública”, p. 141
- ^{xi} García de Enterría, “Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa” p. 178
- ^{xii} Prat, “Responsabilidad extracontractual del Estado” JA, 1979 – I - 799
- ^{xiii} Bielsa, “La Ley de Contabilidad”, LL, 98 – 894 y 900.
- ^{xiv} De Mendizábal Allende, “La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas”, “Rap” 1983 nº 100.
- ^{xv} Vázquez, “Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios”, p. 231
- ^{xvi} Comadira, “Sobre la laboralización en el régimen de empleo público”, LexisNexis, Buenos Aires, 2002.
- ^{xvii} Fiorini, “Derecho Administrativo”, p. 128.
- ^{xviii} Parada Vázquez, “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, RAP 1972, p.41.
- ^{xix} Garrido Falla, “Tratado de derecho administrativo” II, p. 137.
- ^{xx} Garrido Falla. Idem anterior.
- ^{xxi} Marienhoff, “Tratado de derecho administrativo”, III p. 424.
- ^{xxii} Marienhoff, “Tratado de derecho administrativo”, III p. 410.
- ^{xxiii} Lorenzo, Susana, “Sanciones Administrativas”, B de F Montevideo 1996, p. 3
- ^{xxiv} Lic. Gabriel Martínez, “La motivación del personal y su repercusión en la calidad del trabajo de auditoría”, Revista OLACEFS nº 15, 1198.

BIBLIOGRAFIA

a) General

- Dromí Roberto, “Derecho Administrativo”. Ed. Ciudad Argentina 1998.
- Rozemberg Enrique, “Nuevas Perspectivas del Empleo Público”. ERREPAR, T. XV, Buenos Aires Julio 01.
- Rodríguez María José, “La Laboralización del Empleo Público. Sentido y Consecuencias”. Buenos Aires Ed. 99.
- Echevesti Carlos, “Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”. Ed. Depalma Buenos Aires 2003.
- Canda Fabián Omar, “El régimen Disciplinario de los Empleados Públicos”. JA, Buenos Aires 1997 – II.
- Di Capua Sebastián, “Responsabilidad de los Funcionarios Municipales”. Ed. Desalma Buenos Aires 1999

b) Especial

- Maljar Daniel, “El Derecho Administrativo sancionador”. Ed. Ciudad Argentina Buenos Aires 1994
- Ivanega Miriam, “Consideraciones acerca del empleo público”. E D Administrativo Buenos Aires 2001.
- Hutchinson Tomás, “Responsabilidad Administrativa del Funcionario Público”. Ed. Desalma, Buenos Aires 2003.
- Halaman Gregorio, “Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Disciplinaria”, JA, Buenos Aires 1985 – II.
- Comadira Julio, “Responsabilidad Disciplinaria del Funcionario Público”, JA, Buenos Aires 1999 – III.
- Ivanega Miriam, “Responsabilidad Patrimonial de los Funcionarios Públicos”. Revista Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2002 n° 13.

-
- Ivanega Miriam, “La responsabilidad administrativa patrimonial de los funcionarios públicos: filosofía, realidad y perspectiva de un tema actual”, R.A.P., Buenos Aires año XIII n° 211.
 - Gentile Jorge Horacio, “Estabilidad del empleado Público y prescindibilidad”, E.D. Buenos Aires 1995.

ÍNDICE

Introducción	4
--------------	---

Capítulo I

Responsabilidad Administrativa del Funcionario Público. Nociones básicas.

1. Responsabilidad Administrativa del funcionario público	6
1.1 Problemas terminológicos	7
1.2 Diferentes tipos de responsabilidad	7
1.3 Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad	9
1.4 Naturaleza jurídica de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial	10
1.5 La naturaleza contractual de la relación de empleo público	11

Capítulo II

Las constituciones y la responsabilidad de los funcionarios

2.1 Fuerza normativa y superior de la Constitución	13
2.2 La Constitución Nacional y la responsabilidad	15

Capítulo III

Responsabilidad Administrativa de los agentes públicos

3.1 Fundamento	17
3.2 Principio de legalidad y responsabilidad del agente	17
3.3 Presupuesto de la responsabilidad funcional	19
3.3.1 Autoría	19
3.3.2 Antijuridicidad	19
3.3.3 El daño o lesión	20
3.3.4 Relación de causalidad. Criterios normativos de imputación	24

Capítulo IV

La responsabilidad administrativa patrimonial

4.1 Fundamentos	27
4.2 Los supuestos de la responsabilidad administrativa	28
4.3 Eximentes de responsabilidad	28

4.4 Características	29
4.5 Sujetos	30
4.6 Asimilación civil de la responsabilidad patrimonial	31
4.7 Resp. patrimonial derivada de la condena subrogada por el estado	33

Capítulo V

La responsabilidad administrativa contable

5.1 Concepto	34
5.2 Sujetos	35
5.3 Requisitos	36
5.4 ¿Es un tipo de responsabilidad objetiva?	36
5.5 Características y diferencias con otros tipos de responsabilidad	37
5.6 Los Tribunales de Cuentas como jurisdicciones especiales	38
5.7 Procedimiento	38

Capítulo VI

La responsabilidad disciplinaria

6.1 Constitución e institutos vinculados al régimen disciplinario	40
6.1.1 La idoneidad	40
6.1.2 La estabilidad	41
6.1.3 La ética pública	42
6.1.4 El principio de juridicidad	44
6.2 La potestad sancionadora	44
6.2.1 Ubicación de dicha potestad	45
6.2.2 Concepto de la potestad sancionadora	47
6.2.3 Fundamentos	47
6.3 Tipos de sanciones administrativas	47
6.4 Principios, derechos y garantías adjetivas	48
6.4.1 Principio de legalidad	48
6.4.2 Debido proceso	48
6.4.3 Principio de presunción de inocencia	49
6.4.4 Principio “ne bis in idem”	49
6.4.5 Las notorias diferencias entre uno y otro ámbito del derecho	50
6.4.6 El principio de proporcionalidad y de interdicción del exceso de punición	52
6.4.7 El debido proceso adjetivo	53
6.4.8 Otros principios	53

6.5 Asimilación laboral de la responsabilidad disciplinaria	54
---	----

Capítulo VII

Responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales

7.1 Las leyes orgánicas municipales de las distintas provincias y los órganos de control de la responsabilidad administrativa de los funcionarios	57
7.1.1 Provincia de Buenos Aires	57
7.1.2 Provincia de Formosa	58
7.1.3 Provincia de Misiones	58
7.1.4 Provincia de Córdoba	59

Capítulo VIII

La profesionalización de la Administración Pública

8.1 Sumaria referencia a algunos modelos de función pública en el derecho Comparado	62
8.2 La situación en Argentina	66
8.2.1 Las bases de la Constitución histórica de 1853	66
8.2.2 La Reforma constitucional de 1957: el artículo 14 bis	67
8.2.3 La regulación legal de la estabilidad	68
8.2.4 Los agentes comprendidos en la estabilidad	68
8.2.5 Las exclusiones: sus alcances	69
8.2.6 Las causas habilitantes de la separación del agente	69
8.3 Una primera quiebra de la estabilidad: las leyes de prescindibilidad	70
8.3.1 La legitimación jurisprudencial	70
8.3.2 Crítica a la jurisprudencia	71
8.4 Otra fisura de la estabilidad constitucional: La laboralización. Aproximación teórica al fenómeno	72
8.4.1 Origen y explicación del fenómeno examinado	75
8.4.2 La naturaleza del vínculo	76
8.4.3 Una pretensión inicial	76
8.4.4 Una laboralización comprensible	76
8.4.5 La invasión en el área administrativa	77
8.4.6 Dudosa constitucionalidad de la laboralización	78
8.4.7 Alcances aceptables de la laboralización	78
8.5 El mérito y la capacidad	79
8.6 La motivación laboral	81

AGRADECIMIENTOS	1
TEMA	2
OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS	2
HIPOTESIS	2
RESUMEN	3
INTRODUCCION	4
CONTENIDO	6
CONCLUSIONES	85
PROPUESTAS	87
CITAS BIBLIOGRAFICAS	88
BIBLIOGRAFIA	89
INDICE ANALITICO GENERAL	91