



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21
Facultad de Derecho

Proyecto de investigación aplicada

**RESPONSABILIDAD PERSONAL EN EL EJERCICIO DE LA
FUNCIÓN LEGISLATIVA A NIVEL MUNICIPAL.**

**El caso denominado “Coimas en el Municipio de Godoy Cruz”,
Provincia de Mendoza.**

Marisa REPETTO

Carrera: **Abogacía**
Legajo: **VABG2921**

Fecha de presentación: diciembre de 2017

Resumen

El propósito del presente trabajo final es indagar respecto a la responsabilidad personal de los concejales por los actos que realizan en el ejercicio de la función legislativa. Para ello se analizó el caso denominado Coimas en el Municipio de Godoy Cruz a fin de poder evaluar si es posible responsabilizar al funcionario por su propio actuar irregular o ilícito, en pos de lograr que se lo condene, indemnice y en definitiva, se logre una medida ejemplificadora, que evite la repetición de dichas conductas.

Sin embargo, si bien hubo pronunciamientos judiciales en favor de responsabilizar personalmente a los funcionarios públicos- concejales, por su obrar irregular, la Suprema Corte de Justicia condenó al Estado Municipal y exceptuó, bajo el fundamento de la inmunidad parlamentaria, a los ediles involucrados.

La investigación confirma la hipótesis sostenida de que es escasa o casi nula la recepción en la jurisprudencia provincial respecto a la responsabilidad personal de los funcionarios en ejercicio de la función pública; y en mucha menor medida respecto a funcionarios en ejercicio de la función legislativa

PALABRAS CLAVES.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO- FUNCIONARIO PÚBLICO- COIMAS
GODOY CRUZ- RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.**

Abstract

The purpose of this paper is to investigate the personal responsibility of councilors for the acts they perform in the exercise of the legislative function. For this purpose, the case called “*Coimas en el Municipio de Godoy Cruz*” was analyzed in order to be able to evaluate whether it is possible to hold the official responsible for his own irregular or illicit action, in order to get him condemned, compensated and ultimately achieved Exemplifying measure, which avoids the repetition of such behaviors.

However, although there were judicial pronouncements in favor of personally responsible to the civil servants councilors, by its irregular action, the Supreme Court of Justice condemned the Municipal State and excepted, under the basis of parliamentary immunity, the councilors involved.

The research confirms the sustained hypothesis that there is little or almost no reception in provincial jurisprudence regarding the personal responsibility of civil servants in the exercise of public functions; And to a much lesser extent with respect to officials in the exercise of the legislative function.

ÍNDICE.

RESUMEN

PALABRAS CLAVES

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1: CONSIDERACIONES GENERALES.

1. Algunas apreciaciones.....	13
2. Responsabilidad del Estado. Construcción pretoriana. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	16
2.a. <i>Regulación de la responsabilidad del Estado en las Provincias argentinas. Legislación comparada. Constituciones provinciales.</i>	23
2.b. <i>Gestación inicial común, final diverso. EL Anteproyecto del Código Civil y Comercial y la Ley 26944. Antecedentes</i>	24
2.c. <i>La ley 26944. Breve análisis</i>	25
3. Marco institucional de la Provincia de Mendoza.....	34
3.a. <i>El sistema de gobierno municipal</i>	34
3.b. <i>Contexto socio- político y económico del caso en análisis</i>	35
4. La protesta contra los Concejos Deliberantes en Mendoza.....	38
5. El Municipio de Godoy Cruz	39
6. Final de capítulo	41

CAPÍTULO 2: LAS COIMAS EN EL MUNICIPIO DE GODOY CRUZ. EL CASO TESTIGO.

1. Alcance y contexto del caso Coimas en Godoy Cruz.....	44
2. La actuación ilícita penal de los legisladores del municipio. La causa penal de coimas.....	44
3. La actuación ilícita administrativa- civil de los legisladores del municipio. Las actuaciones administrativas, el reclamo civil	50
a.- El proceso de suspensión y destitución del concejal Guzmán en el Honorable Concejo Deliberante de Godoy Cruz.....	50
b.- El camino judicial transitado	52
4. <i>Fin de capítulo.</i>	63

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

1. Acerca de la responsabilidad de los funcionarios públicos.....	66
2. Tipo de Responsabilidad del Estado	68
3. La Responsabilidad civil de los funcionarios.....	71
4. Responsabilidad penal y lucha contra la corrupción.....	78
5. Final de capítulo	79

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA.

GLOSARIO

INTRODUCCIÓN.

Cuando se aborda el tema de responsabilidad de los funcionarios públicos siempre la primera posición que aparece es que el Estado tiene el deber de responder y reparar.

La responsabilidad del Estado es un tema de larga data, de debate entre diferentes y diversos autores, y de una profusa evolución jurisprudencial. Mucho ha sido el camino recorrido por la jurisprudencia nacional y provincial respecto a analizar la responsabilidad del Estado, sus diversos matices, aristas, con soluciones dispares, contrarias, cambiantes; pero que en general, concluye con el deber del Estado de responder.

A ello se le debe sumar la reciente normativa específica respecto a la responsabilidad del Estado, con la vigencia de la Ley 26.944, y el cambio de visión respecto al tratamiento de la responsabilidad pasando de un paradigma civilista a una visión *iuspublicista* que intenta conjugar los intereses del afectado, del Estado y el de la comunidad.

El propósito del presente trabajo final es indagar respecto a la responsabilidad personal de los concejales por los actos que realizan en el ejercicio de la función legislativa. Para ello, la investigación intentará dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Cuál ha sido la evolución jurisprudencial respecto a la responsabilidad del Estado por actos lícitos y/ o ilícitos de los funcionarios públicos?, ¿Cuáles son las distintas posturas doctrinarias respecto a la responsabilidad de Estado por acto de sus funcionarios públicos?, ¿Cuáles son los requisitos de la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos e ilícitos? Y, ¿Cuáles son los condicionantes o requisitos para que proceda la responsabilidad personal de los funcionarios en ejercicio de la función legislativa?

Específicamente, el objetivo del presente es analizar cuáles son los supuestos y presupuestos para la recepción de la responsabilidad personal de los funcionarios municipales en ejercicio de la función legislativa; y si en el caso elegido, es posible hacer responder personalmente a los funcionarios – concejales municipales.

Dicha finalidad se analizará a la luz de un caso particular, conocido y denominado en la Provincia de Mendoza como “Coimas en el Municipio de Godoy Cruz”, cuyos

tópicos principales se caracterizan, primero por la denuncia penal realizada por el concejal Mauricio Guzmán a sus pares, el 18 de setiembre de 2001; luego el proceso de destitución del concejal denunciante, en noviembre de 2002, y posteriormente una serie de recursos en las instancias administrativas y judiciales presentadas por el Sr. Mauricio Guzmán (medidas cautelares, acción procesal administrativa, recurso de inconstitucionalidad y daños y perjuicios).

Se escogió como recorte temporal, el período comprendido entre el 2001 y 2013. Los hechos que explican la utilización del recorte temporal propuesto refieren, en primer lugar, a la fecha de la denuncia que el concejal Guzmán realizara en sede penal, específicamente en la Quinta Fiscalía de Instrucción de la Ciudad de Mendoza. Dicha temporalidad se extenderá hasta el 29 de mayo de 2013, momento en el que se dictó la sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la que condenó civilmente al Municipio y se apartó de responsabilizar personalmente a los ediles municipales.

Se considerará, sin embargo, como antecedente del tema de investigación, la construcción jurisprudencial que, respecto a la responsabilidad del Estado, realizó nuestro Máximo Tribunal de Justicia, además, de la descripción del contexto socio- económico político, que rodea el caso de análisis, durante los años 2000-2003.

Asimismo, se tendrá como referencia el estado actual de la responsabilidad de Estado, en especial, a partir de la sanción y puesta en vigencia de la Ley 26.944 (B.O. 8/8/2014), y la reciente sanción de la Ley Provincial 8968 (B.O.11/5/2017, Responsabilidad patrimonial del Estado).

Una primera aproximación a la temática nos deriva en la siguiente hipótesis, es escasa la recepción en la jurisprudencia provincial y nacional respecto a la responsabilidad personal de los funcionarios en ejercicio de la función pública; y en mucha menor medida respecto a funcionarios en ejercicio de la función legislativa.

En función de la materia elegida y de los fines que se aspira se optó por un diseño de investigación del tipo denominado descriptivo-explicativo.

Siendo el tipo descriptivo, aquel que “*intenta describir las características de un fenómeno a partir de la determinación de variables o categorías ya conocidas*” (Yuni y Urbano, 2006, p. 15) y el tipo explicativo es aquél que “*intenta examinar la naturaleza de las relaciones, la causa y eficacia de una/s variable/s sobre otra/s, mediante comparaciones*”. (Yuni y Urbano, 2006, p. 16)

Principalmente ello se reflejará en la evolución del orden normativo de la responsabilidad del Estado y el análisis del caso, tomando un caso testigo, como es el denominado Coimas de Godoy Cruz.

La estrategia metodológica que se adopta es la cualitativa, en tanto el conocimiento de la problemática planteada y el análisis del caso que se desarrollará, se obtiene mediante la observación comprensiva, integradora, multicausal y multideterminada de los hechos y situaciones de la realidad. En síntesis, “*se trata de comprender la realidad.*” (Yuni y Urbano, 2006, p. 13)

El objeto de su utilización es indagar respecto a la responsabilidad personal de los concejales por los actos ilícitos que realizan en el ejercicio de la función legislativa.

Las técnicas de recolección de datos elegidas son la observación de datos y de documentos, análisis documental (notas periodísticas, doctrina y jurisprudencia) y análisis de casos (el denominado caso Coimas en Godoy Cruz), a través de la legislación, fallos jurisprudenciales y doctrina citada en los párrafos precedentes.

Se utiliza el método de estudio de caso, siendo una herramienta valiosa de investigación, y su mayor fortaleza radica en que a través del mismo se mide y registra la conducta de las personas involucradas en el fenómeno estudiado. (Yin, 1989)

Para ello, se realizó el análisis del Diario de Sesiones del Concejo Deliberante del Municipio de Godoy Cruz, las testimoniales en sede administrativa y judicial, notas periodísticas del caso, resoluciones administrativas y judiciales obrantes en los respectivos expedientes, para dar cuenta de la situación de hecho y su relación de correspondencia con las resoluciones judiciales alcanzadas. Es decir, se utilizó la recolección de información ya existente sobre el tema, sin realizar ninguna encuesta o entrevista.

La tesina se desarrolla en tres capítulos con tres temáticas claramente definidas. El capítulo inaugural aborda el marco conceptual y teórico de la problemática definida, esto es la responsabilidad del estado y su evolución jurisprudencial hasta la sanción de la Ley 26.944. Además, la descripción del marco normativo de los municipios en la provincia de Mendoza, para poder situar institucionalmente al Municipio de Godoy Cruz, y descripción del contexto socio político y económico que rodeó el caso de análisis. El segundo capítulo, detalla en extenso de qué trató y cuál fue el alcance del denominado caso Coimas de Godoy Cruz. Se describe cronológicamente los hechos que se produjeron y las instancias administrativas y judiciales que se cumplieron, tanto en sede penal como civil. Por último, el tercer capítulo analiza la responsabilidad de los funcionarios, tanto civil y penal, aplicando la doctrina y jurisprudencia relevante del tema al caso en análisis. Finalmente, se encuentra la conclusión de las posturas abordadas y análisis del caso para acompañar una reflexión y opinión apoyada en la investigación desarrollada.

El desafío es procurar mostrar las distintas corrientes, tipos y alcances de la responsabilidad en el ámbito del Estado, fundado en el análisis de casos, para luego indicar las variables y su dinámica frente a la nueva legislación en responsabilidad del Estado, tanto en la Ley 26.944 como en la reciente sanción de la Ley Provincial 8968 (BO 11/5/2017, Responsabilidad patrimonial del Estado) y la regulación de la indemnización y reparación del daño según el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Capítulo 1

Consideraciones generales

El presente capítulo desarrolla el marco teórico y metodológico que servirá de piedra basal para fundamentar y demostrar nuestra hipótesis, la cual es sostener que es escasa la recepción, en la jurisprudencia provincial y nacional, de la responsabilidad personal de los funcionarios en ejercicio de la función pública; y en mucha menor medida respecto a funcionarios en ejercicio de la función legislativa; máxime a partir de la sanción de la Ley 26.944 y la Ley provincial 8968, que limita la responsabilidad personal de los funcionarios públicos.

Se inicia el capítulo con un intento de acercar una definición de responsabilidad y luego mostrar cómo fue la construcción histórica- jurídica del régimen de responsabilidad del Estado en nuestro país, deteniéndome en algunos lineamientos jurídicos, para evidenciar cómo se llega finalmente a la sanción de la Ley 26.944 y cuáles son las incidencias y perspectiva futura, nacional y provincial, a partir de su dictado. Ello condicionará tanto el análisis del caso como la posible respuesta a nuestra hipótesis e interrogante.

Al respecto, la primera afirmación de la que se parte es la siguiente: hasta el dictado de la Ley N° 26.944, denominada Ley de Responsabilidad del Estado, no existía en nuestro país una ley especial nacional ni leyes provinciales que abordaran el tema de forma integral y específica. No había un texto expreso regulatorio.

Ha sido una tarea ardua e intensa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹, la que por vía pretoriana fue conformando y forjando los requisitos, preceptos, criterios y reglas para determinar la responsabilidad del Estado y sus funcionarios tanto en su actuar lícito como ilícito, en su relación contractual y extracontractual. Ello generó a lo largo de años y décadas idas y venidas, generando debates entre los doctrinarios y a veces pocas certezas jurídicas. Una jurisprudencia embebida principalmente de las posturas civilistas o *iusprivatistas*, soslayando el papel del Estado como gestor y defensor de los intereses generales o bienestar general.

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación en adelante CSJN

La segunda parte del capítulo desarrolla el marco jurídico- institucional y el contexto socio político y económico en que se desenvuelve el caso, Coimas en Godoy Cruz. Éste último se analizará *in extenso* en el segundo capítulo.

1.- Algunas apreciaciones.

La voz castellana responsabilidad proviene del latín *respondere*, es decir, estar obligado. Entre los muchos conceptos formulados podemos decir que el Estado de derecho implica la actuación de la administración pública ajustada a la normativa constitucional y legal vigente, y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por tanto, la responsabilidad del Estado es “*el deber de reparar los daños cometidos como consecuencia del accionar estatal*” (GAITAN, R., 2015, p. 53).

Y aquí aparece un primer punto de partida o discusión que desenvuelve el desarrollo de la presente temática, esto es, ¿cuál es la disciplina que regula el accionar del Estado?

1. a.- Competencia para regular la materia.

Mientras que el legislador que sancionó las Leyes N° 26.994 (BO 8/10/2014) y N° 27.077 (BO 19/12/2014) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, lo hizo con arreglo a las facultades del Congreso dispuesta por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional², y cuya competencia se encuentra vedada a los gobiernos provinciales conforme el art. 126 C.N.; la Ley 26944³ fue sancionada por el Congreso Nacional bajo la actuación del legislador federal, esto es, bajo las competencias constitucionales pero excluyendo las que corresponden a la sanción del derecho denominado común nacional o de aplicación uniforme para todo el país (art. 75 inc. 12 CN).

Guastavino define al derecho federal como aquél que “*es sancionado por el legislador nacional tendiente a la consecución, de modo inmediato, de todos los fines que se atribuyen al Congreso y al gobierno federal por el preámbulo y los preceptos de la Constitución*” (GUASTAVINO, 1992, p. 407).

²Constitución Nacional, en adelante C.N.

³ Ley 26.944 (B.O. 8/8/2014) denominada Ley de Responsabilidad del Estado, en adelante LRE

Es decir, nuestro sistema constitucional atribuye al Congreso de la Nación la competencia exclusiva para el dictado de los códigos de fondo (art. 75, inc. 12 y 126 CN), entre ellos el Código Civil, dentro del cual se sitúa la regulación de la responsabilidad civil por daños. A su vez las Provincias conservan todas las facultades no delegadas al Gobierno Nacional a través de la Constitución (art. 121 CN), entre ellas el derecho de darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas (art. 122 CN).

La disputa se encuentra en determinar si la regulación de la responsabilidad del Estado se encuentra entre las facultades del derecho común nacional o entre las reservadas a las provincias.

Es hasta la reciente sanción de la Ley 26.944 que el tema de responsabilidad del Estado se encontraba regulado de manera o vía pretoriana, por la jurisprudencia del máximo tribunal nacional. Este mecanismo de regulación tuvo adherentes y adversarios.

A favor, se encontraba una fuerte corriente, principalmente *ius privatista* o denominada también *civilista*, por la cual defendía férreamente la posición de regular la temática vía jurisprudencial, siendo innecesario e inconveniente realizarlo vía legislativa. Es decir, entienden que debe ser regulada por el Código Civil, por pertenecer al derecho común, con aplicación para todos los niveles jurisdiccionales.

En este sentido Eduardo Mertehikian señala que las normas que regulan la responsabilidad del Estado forman parte de la teoría general de las obligaciones, por tratarse de una de las fuentes de estas, motivo por el cual deben incluirse en la legislación de fondo (LAGARDE, F., 2015).

Desde la posición más crítica, basada en la corriente *ius publicista*, los argumentos se fundaban en que los presupuestos, fijados vía pretoriana, eran cambiantes, flexibles y de opiniones divergentes. Por lo cual la solución devenía en la sanción de una ley que regulara los aspectos, principios y reglas de la responsabilidad cuando el Estado se encontraba presente.

Este enfoque, cuyo defensor más acérrimo es el profesor Agustín Gordillo, sostiene que la regulación de la responsabilidad del Estado es materia propia del derecho público, por tanto, del derecho local- administrativo. Así debe ser regulada por la Nación y por las

provincias, cada una en su competencia, y sólo frente a la falta de esa regulación local puede aplicarse el Código Civil, analógicamente. Como señala Fernando Lagarde, aquí encontramos enrolados a Marienhoff, Comadira, Cassagne, Fiorini, Escola, Reiriz, Bielsa, Rosatti, Salomoni, Hutchinson, Sammartino, Canda, Perrino, Gambier, Balbín, entre otros. (LAGARDE, F., 2015).

Asimismo, Marcelo López Mesa, doctrinario civilista, indica que la responsabilidad del Estado es una materia cuya regulación fue reservada constitucionalmente a las Provincias y que han consignado en sus constituciones, diversas normas regulatorias. Entre ellas, la Provincia de Chubut es la más específica en el texto constitucional.

Una posición intermedia brega por la regulación de la responsabilidad del Estado como supuesto especial de la responsabilidad civil. Es una posición más atenuada, fundada en la responsabilidad del Estado aplicando la teoría unificadora del derecho de daños. Aquí se enrolan Carlos Parellada, Aída Kemelmajer, Ramón Pizarro y Jorge Mosses de Iturraspe.

Mientras encontramos diversas corrientes respecto al tratamiento de la responsabilidad del Estado, la CSJN le ha dado especial relevancia al derecho público local en materia de responsabilidad. Es a partir del fallo “*Barreto*”⁴ donde el Superior Tribunal Nacional redefine el concepto de “causa civil”⁵ para establecer su competencia originaria, circunscribiéndola, como dice Bianchi, “*a una cuestión de naturaleza pura y simple*” (BIANCHI, 1989, p.246). Así, “*a la par que armoniza y concilia los legítimos intereses de los particulares a ser juzgados con imparcialidad con el debido respeto a las autonomías provinciales, tiene esencialmente en miras -sin prescindir de la competencia examinada- profundizar los instrumentos apropiados para mejorar el funcionamiento de esta Corte,*

⁴ CSJN, “Barreto Alberto Damián y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”, 21/3/06, (causa B.2303.XI.)

⁵ Se entiende por causa civil aquella que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12 de la Constitución nacional

concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y de mayor trascendencia institucional.”⁶.

En consecuencia, podemos afirmar que a partir de este fallo, la CSJN coloca la regulación de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho administrativo y, por lo tanto, le reconoce el carácter local propio de esta rama del derecho, según la distribución de competencias que establece nuestra Carta Magna (arts. 121 y 122 CN)

2.- Responsabilidad del Estado. Construcción pretoriana. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Durante siglos, se bregó por la postura de la irresponsabilidad del Estado. Esto tenía su fuente en los principios o fundamentos del antiguo régimen, que se basaba en la idea de la razón imperante de soberanía como poder omnímodo y absoluto que Dios entregaba al monarca y este se identificaba con el Estado. Tal concepción movió a François Selvant a afirmar “el Rey es el Estado”, lo que iluminó a Luis XIV a proclamar “*L’Etat c’est moi*” (ALTAMIRA GIGENA, J., 1973).

Es decir, la indemandabilidad del soberano, nace de la premisa según la cual “el rey no debe estar bajo ningún hombre, sino bajo Dios y bajo la ley, porque es la ley la que hace al rey” (MAIRAL, H. A., 1984, p. 23). Este principio aparecía vigente en Estados Unidos permitiendo, únicamente, la demanda por responsabilidad de los funcionarios si habían actuado sin el consentimiento del soberano. Es decir, “*el derecho norteamericano sirvió de modelo para incorporar una teoría limitativa del control judicial de la administración: la teoría de la inmunidad soberana, de acuerdo a la cual el Estado no podía ser llevado a estrados judiciales sin su anuencia previa*” (CARDUCCI, P.S., 2013, p.158)

Es en el año 1859, cuando Buenos Aires todavía no era parte de la Confederación, que se dicta la ley 2242 que reconoce por primera vez la responsabilidad del estado por los perjuicios que ocasionaren sus órganos, sin distinguir si es por actividad lícita o ilícita.

Como se enunció al inicio del capítulo, la temática referida a la responsabilidad del estado ha sido una construcción principalmente por vía pretoriana. A continuación, y en

⁶ CSJN, “Barreto Alberto Damián y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”, 21/3/06, considerando 16.

forma breve, se describe la evolución que ha tenido la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal respecto a la responsabilidad del Estado.

a.-Primera Etapa (1863-1893)

En la primera etapa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que Pablo Manili identifica como la Corte de la Afirmación Institucional (1863-1893) (MANILI, P., 2007) y bajo el fundamento del principio de la soberanía, se sostuvo la postura de que el Estado no podía ser demandado, por consiguiente, el particular se encontraba en una grave situación de indefensión. No se admitía, claro salvo excepciones, la responsabilidad extracontractual del Estado. Es en base a la doctrina de la doble personalidad del Estado, que la CSJN sostuvo que éste, como poder público, era irresponsable porque obraba en virtud de su "soberanía"; y en tanto persona jurídica, sólo era responsable contractualmente, pero no extracontractualmente, y finalmente aceptaba la responsabilidad del Estado cuando ésta surgía de una ley.

La CSJN se pronunció en 1864 en "*Bates Strokes y Cía*"⁷, rechazando el planteo aduciendo que es un conflicto común entre partes. No se pronuncia acerca de la demandabilidad del Estado, alegando que debería ocurrir directamente al Congreso.

En ese mismo año, en "*Vicente Seste y Antonio Seguich*"⁸; la CSJN sienta el principio que el Poder Ejecutivo es soberano en su esfera, y por lo tanto no podría ser llevado a juicio sin su consentimiento. De sostener lo contrario, se daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que se otorga al Jefe de la Nación.

Posteriormente, en 1865, en "*Gómez, José Cándido c/ La Nación*"⁹, la CSJN resolvió que no se encontraban vulnerados los derechos de los actores de llevar al Estado a juicio, porque ellos podían ocurrir directamente al Congreso, tal como se establecía en el precedente *Story* de Estados Unidos citado por los mismos actores.

⁷ Fallos, 1: 259. En este caso se debate la responsabilidad por actividad ilícita del gobierno en cuanto a la recaudación de derechos aduaneros. Las mercaderías que eran propiedad de la empresa actora, habían resultado averiadas por el agua mientras se encontraban depositadas en la aduana de Buenos Aires, a consecuencia de un temporal. Los actores reclamaban por la desvalorización monetaria tomando en cuenta el tiempo que había transcurrido desde que el Estado reconoció las averías.

⁸ Fallos, 1: 317

⁹ Fallos, 2: 36.

Es decir, en este período prevalece la idea de que el Estado sólo podía ser demandado previa autorización del Congreso. Ello se lograba a través del dictado de leyes individuales para autorizar a los particulares a demandar.

La irrestricta responsabilidad del Estado o la indemandabilidad del Estado estuvo vigente hasta que, en 1900, se sancionó la Ley 3952.¹⁰

b.- Desde 1900 hasta 1932.

La Ley N° 3952 (B.O. 27/09/1900), denominada “*Demandas contra la Nación*”, eliminó el requisito de la venia legislativa sustituyéndolo por el del reclamo administrativo previo. Pero la jurisprudencia interpretó que esa ley sólo se aplicaba a las causas de derecho privado, aplicando la “teoría de la doble personalidad del Estado”. En consecuencia, las causas contencioso-administrativas, es decir, las que el Estado actuaba como poder público, seguía requiriéndose la venia legislativa.

Es recién en el año 1932, con la sanción de la Ley 11.634, modificatoria de la Ley 3952, que en cualquier tipo de juicio en el que el Estado intervenga, sea que actúe en su condición de “persona jurídica”, como de “derecho público”, se requería el reclamo administrativo previo, dejándose atrás la necesidad de venia legislativa.

c.- Desde 1933 hasta 1984. Responsabilidad indirecta y subjetiva.

El art. 43 del Código Civil de Vélez, y antes de su reforma introducida por la Ley 17.711, impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos de sus empleados.

Es decir, “*la responsabilidad del Estado carecía en nuestro ordenamiento jurídico de un fundamento normativo propio en tanto no existía una norma que la impusiera*”. (TRIGO REPRESAS F. A. y LÓPEZ MESA M., 2004, p. 16).

Pero, en setiembre de 1933, CSJN dicta el fallo “*Devoto*”¹¹ donde le impuso al Estado resarcir los daños ocasionados por el incendio de un campo provocado por la

¹⁰ Ley 3952 del año 1900: Artículo 1° “Los Tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”.

¹¹ CSJN, “Tomas Devoto y Cia. Ltda. S.A. c. La Nación”, del 22/9/1933.

negligencia de dos empleados del telégrafo, debido a la utilización de un brasero deficiente que usaban en el campamento. La CSJN entendió que el siniestro podría haber sido evitado ya que ocurrió por la falta de atención de los agentes de gobierno (art. 1109 Código Civil¹²), al ejecutar trabajos bajo su dependencia (art. 1113 C.C.). Por ello, se apartó de las disposiciones del texto del art. 43 por entonces vigente y aplicó el artículo 1113 del C.C., responsabilizando al Estado por los actos ilícitos, negligencia de sus dependientes.

En esta etapa la responsabilidad del Estado se caracterizará por ser indirecta y subjetiva.

En 1938, el Máximo Tribunal dictará el fallo “*Ferrocarril Oeste*”¹³, donde determina la responsabilidad del Estado por la expedición defectuosa de un certificado del Registro de Propiedad Inmueble, en virtud del cual se realizó una operación de compraventa con daños al adquirente.

Por primera vez la CSJN sostendrá la fórmula de la falta de servicio. Allí indica que “...*quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causar su incumplimiento o irregular ejecución (doctrina de los arts. 626 y 630 del Código Civil)*”, imputando la responsabilidad al Estado Nacional en virtud de los arts. 1.112 y 1.113 del Código Civil.

Este fallo “*sienta las bases de un concepto ius publicista de la responsabilidad extracontractual del Estado*”¹⁴, al fundamentar la responsabilidad también en el art. 1.112 C.C.; en tanto dicho artículo es una disposición de derecho público de naturaleza federal: la responsabilidad de las personas públicas, por el ejercicio irregular de una función pública.

En 1943, la CSJN en el fallo “*Laplacette*”¹⁵ reconoce por primera vez la responsabilidad del Estado por actividad legítima. El actor reclamaba una indemnización como consecuencia de inundaciones producidas en campos de los particulares por obras hidráulicas llevadas a cabo por esa Provincia. Allí se dijo:

¹² Código Civil en adelante mencionaré C.C.

¹³ CSJN, “*Ferrocarril Oeste c. Provincia de Bs. Aires*”, del 3/10/1938.

¹⁴ ALBARRACÍN, A., Exposición “El sistema de responsabilidad estatal en el Derecho Argentino”, Diplomatura de Derecho Privado, Universidad Champagnat, 21 de agosto de 2015.

¹⁵ CSJN, “*Laplacette c. Provincia de Buenos Aires*”, 26/2/43.

Es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria... No hay duda que la solución debe buscarse en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 16 del Cód. Civil, y que no hay otras que las que rigen la expropiación. (CSJN, 26/2/43, "Laplacette c. Provincia de Buenos Aires", La Ley, 29-697)

En el año 1972 se sancionó el decreto Ley 19.549 que, con las modificaciones introducidas por la Ley 25.344, trazó el régimen de acceso a la jurisdicción vigente en la actualidad. Dicha sanción marcó *“el fin de la reclamación previa; ya que la normativa prevé impugnación judicial de actos administrativos y reglamentos y la misma ley prevé diversas excepciones a dicha reclamación que ya la jurisprudencia venía reconociendo (art. 32 Ley 19.549)”* (ALBARRACÍN, agosto 2015)¹⁶.

d.-Desde 1984 hasta la sanción de la Ley 26.944. Responsabilidad directa y objetiva. Aplicación del art. 1112 C.C.

En 1984, el Máximo Tribunal Nacional se pronunciará en un caso que tiene una gran particularidad que es la relación bilateral o contractual entre un particular y el Estado. Es el caso *“Sánchez Granel”*¹⁷, donde la empresa actora le reclama una indemnización de daños y perjuicios, a la Dirección Nacional de Vialidad, por haberse revocado el contrato de obra pública. En la primera y segunda instancia fue rechazada la indemnización por lucro cesante, pero la CSJN se pronunció a favor del mismo expresando:

... la legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no

¹⁶ ALBARRACÍN, A., Exposición “El sistema de responsabilidad estatal en el Derecho Argentino”, Diplomatura de Derecho Privado, Universidad Champagnat, 21 de agosto de 2015.

¹⁷ CSJN, “Sánchez Granel, Obra de Ingeniería, S. A. c. Dirección Nac. de Vialidad s/ Demanda Contenciosa”, 20/09/1984

puede limitarse al daño emergente con exclusión de la de hacerse cargo del lucro cesante, esto es, de las, ventajas, económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas. (considerando 4°)

Además, instaura el principio de integralidad¹⁸ de la reparación como herramienta de interpretación del art. 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA)

Ese mismo año, con vigencia del nuevo artículo 43 del C.C (Ley 17.711/68), la CSJN resuelve el fallo “*Vadell*”¹⁹, con aplicación directa del art. 1112 C.C., donde la responsabilidad estatal deja de ser indirecta y subjetiva para pasar a ser directa y objetiva.

En este caso, la provincia de Buenos Aires es responsable de los perjuicios derivados del funcionamiento defectuoso e irregular del Registro de Propiedad Inmueble. Se consagra por primera vez la falta de servicio de naturaleza objetiva, fundándola en los principios constitucionales de derecho público, arts. 16 y 17 (igualdad ante las cargas públicas y garantía de la propiedad). Se trata de la responsabilidad directa del Estado, y la imputación de la conducta del funcionario al Estado se lleva a cabo a través de la teoría del órgano (conf. considerando 6, CSJN, “*Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires*”)

Es importante recalcar que en 1989, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el fallo “*Torres*”²⁰, donde se demandaba a la provincia por no hacer obras ni haber adoptado los recaudos pertinentes para evitar los daños producidos por los aludes provenientes de la Cordillera de Los Andes, lo que provocaron la destrucción de las defensas aluvionales; con el voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, rechazó la demanda por entender que no existió una omisión antijurídica, y tampoco se violó el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN). La preopinante entendía que no

¹⁸ CSJN, considerando 7°... porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad...”, Sánchez Granel, *Obra de Ingeniería, S. A. c. Dirección Nac. de Vialidad s/ Demanda Contenciosa*”, 20/09/1984.

¹⁹ CSJN, “*Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires*”, del 18/12/1984. Fallos 306- 2030. En similar sentido, el Máximo Tribunal en “*Strantic*” (LL 1985-A-119) ha entendido que “el fundamento de la reparación no puede buscarse en los parámetros de la culpa o en factores subjetivos de atribución de la responsabilidad. El factor atributivo es objetivo y su fundamento es un deber de garantía hacia los patrimonios particulares que compromete el actuar del Estado”.

²⁰ Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, “*Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza*”, sentencia del 04/04/1989, publicado en LL 1989-C, 514 - DJ1990-1, 191.

existía norma alguna que obligara a la provincia a realizar esas obras ni tampoco se reunían los requisitos de (i) interés jurídicamente relevante, (ii) necesidad material de actuar en protección de dicho interés, (iii) proporción que debería existir entre el sacrificio que comportaría la actuación estatal y la utilidad que se obtendría con su accionar.

La responsabilidad del estado por omisión es el resultado de un comportamiento ilícito y de naturaleza objetiva.

En 1992, en el fallo “Pose”²¹, en el cual se demandó en la Provincia de Chubut y a la Municipalidad por cuanto el actor utilizó un trampolín ubicado en las playas de Puerto Madryn, sin advertir que había bajado la marea, se tiró y chocó contra la arena con gravísimas lesiones. A pesar del precedente “Vadell” la CSJN utilizó los artículos 1109, 1112 y 1113 2º parte C.C. y responsabilizó en forma concurrente a la provincia, por ser la propietaria de la torre, al municipio, por tener a su cargo la vigilancia, como guardián de la cosa; y al actor por el uso indebido que de ella se hizo, imponiéndole un grado de responsabilidad del 30 % de culpa.

Posteriormente, al decidir “Aquino”²², el Superior Tribunal determinó que el art.39 de la Ley N° 24.557, Ley de Riesgo de Trabajo (LRT) resultaba inconstitucional, en tanto privaba a los trabajadores de obtener una reparación integral. En este fallo la CSJN va a reforzar el precedente “Gunther”²³ donde proporcionó un fundamento constitucional para la reparación integral. “...La responsabilidad que fijan los arts. 1.109 y 1.113 del Código Civil sólo consagran el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero...”²⁴

La CSJN en “Zacarías”²⁵ funda la responsabilidad extracontractual del Estado provincial en espectáculos deportivos desde la falta de servicio, aunque omitió citar expresamente el art. 1112 C. C. Es, en 2007, en el fallo “Mosca”²⁶, donde la CSJN va a analizar en más detalle la noción de responsabilidad por falta de servicio, la que es

²¹ CSJN, ‘Pose, José Daniel c. Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios’, 01/12/1992; Fallos 315:2834.

²² CSJN “Aquino, Isacio C. Cargo Servicios Industriales S. A; 21/09/2004.

²³ CSJN, “Gunther, Fernando Raúl”, 1986, Fallos, 308: 1.118

²⁴ CSJN, “Gunther, Fernando Raúl”, 1986, Fallos, 308: 1.118, considerandos 14.

²⁵ CSJN, Zacarías, 1998, Fallos, 321: 1125.

²⁶ CSJN, Mosca, 2007, Fallos, 330: 563

objetiva, en cuanto se debe juzgar no la conducta del agente, sino si existió una prestación efectiva y regular del servicio.

Recientemente, la CSJN se expidió en el fallo “*Malma Trading*”²⁷ aplicando la teoría de la responsabilidad por actos lícitos, considerando que la actora había acreditado un daño “especial”, distinto del de los demás afectados por la resolución administrativa, que implicaba un “sacrificio desigual” que *“no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional” (considerando 10, in fine).*

En el brevísimo recorrido antes descrito, cuya variable de análisis fue temporal y no por tipo de responsabilidad, se ha querido describir el casi nulo respaldo legislativo en la temática y la abundante jurisprudencia que la CSJN ha dictado respecto a la responsabilidad del Estado, tanto en relación contractual o extracontractual, en su obrar lícito como ilícito. En ese camino se pasó de la negación o irresponsabilidad estatal hasta el reconocimiento de una amplia responsabilidad que involucra, incluso, actos lícitos. También la doctrina ha acompañado esta evolución. Al respecto, Marienhoff expresa que *“así como originariamente la irresponsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público constituía el principio, en la actualidad dicha irresponsabilidad constituye la excepción”* (MARIENHOFF, 1965, p. 553).

2.a.- Regulación de la Responsabilidad del Estado en las Provincias Argentinas. Legislación comparada. Constituciones Provinciales.

Como se mencionó al inicio del capítulo, no existía hasta la sanción de la Ley 26.944 un texto uniforme y orgánico para la materia.

Las distintas constituciones provinciales han regulado la responsabilidad del Estado de manera heterogénea y con diversos matices. Algunas declaran la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, otras establecen un régimen especial de

²⁷ CSJN, “*Malma Trading SRL c/ Estado Nacional- Ministerio de Economía y Obra y Servicio Público s/ Proceso de conocimiento.* 15/5/2014

responsabilidad, otras disponen que los funcionarios respondan en forma personal y otras jurisdicciones locales no cuentan con normas que la regulen.

De manera general, puedo mencionar la Constitución de Catamarca (art.47, art. 48); Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 56); Constitución de Córdoba (art.14); Constitución del Chaco (art. 76); Constitución de Chubut (arts. 22, 57, 60, 69, 98; 135; 159; 219); Constitución de Jujuy (art 10); Constitución de La Rioja (art 49); Constitución de Misiones (arts. 80 y 81); Constitución de Río Negro (art.55); Constitución de Salta (art. 5); Constitución de Santiago del Estero (art. 11); Constitución de San Juan (art. 43); Constitución de Santa Fe (art. 18); Constitución de Tierra del Fuego (art.188); Constitución de Tucumán (art.67 inc. 22).

La Constitución de la Provincia de Mendoza contiene varias disposiciones relativas a la responsabilidad del Estado, entre ellas, en los arts. 20, 37, 38, 41, 99 inc. 11, 134, 151, 182.

2. b.-Gestación inicial común, final diverso. EL Anteproyecto del Código Civil y Comercial y la Ley 26944. Antecedentes.

El Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N°191, del 23 de febrero de 2011, dispuso la creación de una Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación²⁸.

El 7 de junio de 2012, mediante el Mensaje n° 884, la Sra. Presidenta de la Nación, Cristina Fernández, elevó al Congreso de la Nación el Proyecto de Código Civil y Comercial para su tratamiento, cuyo trámite legislativo tuvo un estancamiento de más de un año.

Cabe recordar que la presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial²⁹ sufrió una modificación relativa a la responsabilidad del Estado respecto al texto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial³⁰ redactado por la Comisión. El APCCYC regulaba las cuestiones relativas a la Responsabilidad del Estado, en los arts. 1764, 1765 y

²⁸ La Comisión Redactora para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación estuvo integrada por los Dres. Aída Kemelmajer, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti.

²⁹ Proyecto de Código Civil y Comercial, en adelante PCCYC.

³⁰ Anteproyecto de Código Civil y Comercial, en adelante APCCYC.

1766³¹, bajo un supuesto especial, pero considerando que la responsabilidad del Estado es una cuestión de derecho privado; desconociendo la procedencia de derecho público construida por la jurisprudencia y la doctrina.

El PCCyC fue modificado por parte del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), en los artículos precedentemente mencionados, con el fundamento en los criterios sustentados por la jurisprudencia de la CSJN y el carácter autónomo y esencialmente local de la responsabilidad del Estado.

Al demorarse el tratamiento del PCCYC, el PEN elevó el Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, el 12 de noviembre de 2013. Las Comisiones de Asuntos Constitucionales y la de Legislación General de la H. C. de Diputados de la Nación aconsejaron el 19 de noviembre de 2013, la sanción del proyecto de ley³².

El día 7 de agosto de 2014 quedó promulgada tácitamente la Ley 26.944³³. El 8 de agosto fue publicada en el Boletín Oficial y entró a regir el día 17 de agosto de 2014. A partir de ese día, el accionar contractual o extracontractual, lícito o ilícito del Estado queda regido por esas disposiciones legales.

Dos meses después, se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, el 08 de octubre de 2014, que dispuso su entrada en vigencia a partir del 1/01/2016 pero con la sanción de la Ley 27077 (BO: 19/12/2014) se estableció el adelantamiento de su entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015.

2. c.- La ley 26944. Breve análisis.

Es de destacar el papel del legislador en la sanción de la Ley 26.944, por ser un hito histórico para el derecho público, ya que incorpora a nuestro plexo normativo nacional una ley integral y orgánica en materia de responsabilidad del Estado. Sin perjuicio de ello, se debe reconocer que son varias las voces a su favor como en contra, como así también no

³¹APCCYC, Libro Tercero, Derechos Personales; Título V, Otras fuentes de las obligaciones; Capítulo 1, Responsabilidad Civil; Sección 9a, Supuestos especiales de responsabilidad.

³² Se realizaron modificaciones al dictamen de comisión el 27 de noviembre de 2013 en el art. 3 inc) a y en el art. 9.

³³ La Ley 26.944 contiene 12 artículos.

dejar de recordar que el principio que debe regir la vida social e institucional de nuestro Estado de Derecho es que cuando el Estado daña, debe reparar.

A continuación, se desarrolla un breve análisis de cada uno de los artículos comprendidos en la LRE.

1. Artículo 1. Ámbito de vigencia material de la ley. Responsabilidad directa y objetiva.

a) En los dos primeros párrafos de la LRE se recoge los lineamientos de la jurisprudencia a partir del *leading case* “*Vadell*”³⁴, donde la imputación de responsabilidad es objetiva y directa. Quien se compromete a prestar un servicio lo debe realizar adecuadamente. Se extiende la responsabilidad a toda la actividad o inactividad estatal que cause daños a los bienes o a las personas. Al respecto queda abierta una duda que expresa Carlos Parellada indicando:

[q]ueda una cierta incertidumbre con respecto al régimen al cual quedan sujetos los daños causados por las cosas de propiedad del Estado, los resultantes de las actividades peligrosas del Estado y los daños causados los dependientes del Estado. Ninguno de esos tres aspectos es abordados por la nueva normativa”
(PARELLADA, 2014, p. 47)

b) El tercer y cuarto párrafo revelan la postura iuspublicista que tuvo el legislador al sancionar la LRE, siguiendo principalmente a los administrativistas y a la jurisprudencia sentada a partir del fallo por la CSJN en la causa “*Barreto*”³⁵, donde reconoció que la responsabilidad del Estado no es una cuestión de derecho común (art. 75 inc. 12 CN), sino que se trata de una materia propia de derecho público local.

En cuanto a que las disposiciones del Código Civil no se aplicarán a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria; encontramos el fundamento en que el Estado se relaciona con los particulares mediante normas de subordinación porque tiende a la satisfacción del bien común; mientras que en las relaciones entre particulares se aplican normas de coordinación; por ello es que la responsabilidad estatal no se puede evaluar desde los parámetros civiles tradicionales y debe analizarse desde el derecho

³⁴ CSJN, “*Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires*”, del 18/12/1984. Fallos 306- 2030

³⁵ CSJN, “*Barreto Alberto Damián y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios*”, 21/3/06

público. Sin perjuicio de ello, ante un vacío legislativo, no puede desconocerse la doctrina judicial sentada y que se mantiene, el fallo “*Los Lagos*”³⁶ y el fallo “*Meridiano*”³⁷, indicando que “...se considera que son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Código Civil” (considerando 8).

En el cuarto párrafo se veda la imposición de sanciones pecuniarias disuasivas. Al respecto, hay que destacar que la técnica legislativa no ha sido feliz, por cuanto al decir, la sanción pecuniaria es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios, existe un error, porque no es el Estado el que debe ser sancionado con astreintes sino el funcionario que no cumplió con una orden judicial (conf. ALTAMIRA GIGENA, J. 2014). En este sentido, siguiendo a Ricardo Muñoz, se coincide respecto a la poca claridad en cuanto a qué instituto procesal se refiere. Entiende este autor que se está haciendo alusión al daño punitivo, pero no a las astreintes, porque sin perjuicio de lo que se diga en la ley comentada o en el Código Civil y Comercial, el instituto permanece en los códigos procesales civiles y comerciales de la Nación y de las provincias. Es decir, al tener las astreintes naturaleza procesal y al estar vigentes en los códigos adjetivos, claro está que la prohibición del art. 1º se refiere a los daños punitivos o multas civiles (MUÑOZ, R. (h) 2016).

Mientras que para otro sector de la doctrina, por ejemplo Jorge Galdós, expresa que lo que se pretendió, conforme el debate parlamentario, fue declarar la inaplicabilidad al Estado de las sanciones conminatorias pecuniarias, comúnmente llamadas astreintes. Para otros, la norma podría resultar inconstitucional si termina por privar al particular de su derecho a una tutela judicial efectiva o como dice Sarmiento García, “*la prohibición de imponer sanciones pecuniarias al Estado y sus agentes, quebranta una de las atribuciones propias del juez para hacer cumplir sus decisiones, siendo por ende inconstitucional*” (SARMIENTO GARCÍA, J. 2014, p.3). Sin perjuicio de una u otra postura, será tarea de la magistratura, en su labor interpretativa, la que deberá fijar los lineamientos, en

³⁶ CSJN, “Los Lagos SA Ganadera c/ Gobierno Nacional”, 30/6/1941. Al respecto el Tribunal Címero indicó “*Que las reglas de los arts. 1037 y ss. CCiv. acerca de las nulidades de los actos jurídicos, si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho Administrativo sino al Derecho Privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al Derecho Administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquella, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina*”.

³⁷ CSJN, “Meridiano, Soc. en Com. por Accs. c. Administración Gral. de Puertos”, 24/4/79.

base a los principios constitucionales y convencionales vigentes en nuestro Estado de Derecho.

2. Artículo 2. Eximición de responsabilidad.

Este artículo transcribe los supuestos definidos por la jurisprudencia de los tribunales provinciales y de la CSJN. A partir del principio *alterum non laedere*, de raigambre constitucional (art. 19 CN), implica que no se excluye la responsabilidad del Estado por su deber de asistencia, ni cuando por acción u omisión haya concurrido en algún porcentaje a la producción del daño.

3. Artículo 3. Responsabilidad estatal por su actuación ilegítima.

Se fijan los requisitos para determinar la responsabilidad por actividades o inactividades ‘ilegítimas’. El proyecto original, en su art. 3° inc. a) indicaba “*daño cierto y actual*”, pero el dictamen de la comisión de mayoría introdujo una modificación y eliminó la palabra “actual”. Esta decisión basó en la jurisprudencia de la CSJN que reconoció el daño futuro en el fallo “*Godoy*”³⁸, en la medida en que sea cierto (no hipotético o conjetural).

Además de daño cierto indica que sea “mensurable en dinero” con lo cual estaría excluyendo el llamado daño moral. Al respecto Parellada indica que:

la utilización de la palabra mensurable es problemática (..) si lo que el legislador pretende consagrar es una solución excluyente del llamado “daño moral” o “daño extrapatrimonial”, especialmente, porque puede dar lugar a desencuentros interpretativos en la materia...Sin perjuicio de ello, creemos que no puede interpretarse en forma restrictiva y literal. Una hermenéutica que conduzca a la no indemnizabilidad del daño extrapatrimonial sufrido como consecuencia de la actividad ilícita del Estado, importaría un escandaloso retroceso en la evolución del derecho argentino, que agravaría los principios pro persona y de progresividad”. (PARELLADA, 2014, p. 58).

³⁸ CSJN, “Godoy”, Fallos, 317-3: 1225; allí se indica que “*Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (artículo 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro*”.

En igual sentido se manifiesta Altamira Gigena indicando que si procede el daño moral, en base a lo ya preceptuado por la CSJN en los fallos “De Gandia”³⁹ y “Fabro”.⁴⁰

En el inciso d) del art. 3° que admite la responsabilidad estatal por omisión solo “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”, la norma así proyectada no recepta la doctrina del caso Mosca⁴¹, en donde la CSJN admitió dicha responsabilidad tanto en el caso de mandatos expresos, como en el de “*aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar*”. (considerando 6, CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios, 2007)

Al decir de Zalazar (2015), la ley hace una innovación respecto a la exigencia del requisito de una falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado para que se configure la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima de los tres poderes. La ley no hace mención al riesgo, pero el riesgo es ahora factor de atribución siempre y cuando se encuadre en una falta de servicios.

4. Artículo 4. Responsabilidad por actividad legítima del Estado

En el inc. a) indica que el daño debe ser “actual”, marginando la indemnización del daño futuro; siendo que, como anteriormente mencioné, la jurisprudencia ya lo ha admitido. La redacción legislativa en este inciso es incoherente respecto al artículo anterior y pasible de inconstitucionalidad respecto a este tema.

En el inciso b) del art. 4, en el que se contempla el requisito de la imputabilidad material, no se menciona a la inactividad estatal, como sí se lo hace en el inciso b) del art. 3 en el que se establece el mismo requisito para la responsabilidad ilegítima del Estado. Al respecto, Perrino indica que “*a pesar de no mediar razones que lo justifiquen, el legislador pretende excluir la responsabilidad estatal provocada por omisiones legítimas*”.(PERRINO, 2014,p.41)

³⁹ CSJN, “De Gandia, Beatriz I c/ Provincia de BsAs”, Fallos : 318: 845

⁴⁰ CSJN, “Fabro Víctor y otros c/ Provincia de Río Negro”, 9/11/2000.

⁴¹ CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, M. 802. XXXV., 6/03/2007.

Los requisitos para la procedencia de la responsabilidad por actividad legítima son enunciados de manera muy restrictiva y se dispone que ella es excepcional. Según Bianchi, *“la ley debió haber guardado silencio sobre este punto, sin establecer como principio el carácter excepcional de esta responsabilidad, pues ello contribuirá despertar todas las antiguas teorías sobre irresponsabilidad estatal que ha costado décadas erradicar”* (BIANCHI, 2014, p. 198).

La reparación sólo se limitará al daño emergente y el nexo de causalidad, exige que la causalidad sea directa, inmediata y exclusiva.

En cuanto a los inc. d) y e) recepta los requisitos establecidos por la CSJN a partir del caso “Columbia”⁴²(en especial ver considerando 6 y 7)

5. Artículo 5. Carácter excepcional de la responsabilidad por actividad legítima.

Atento a la regulación marcadamente restrictiva de la responsabilidad por actuación legítima del Estado, y su “errónea” determinación de carácter excepcional, se establece: a) la exclusión de la reparación por lucro cesante (art, 5,1° párrafo); b) que los perjuicios causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización (art. 5, 3° párrafo).

Este artículo reitera lo establecido en la ley de expropiación de la Nación y de las provincias, en el sentido de que no procede la reparación del lucro cesante; que solo corresponde el valor objetivo del bien y además solo debe indemnizarse aquellos daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, no pudiéndose reconocer ganancias hipotéticas, debiéndose marginar todo aquello que sea de carácter personal o que se refiera a valores afectivos.

Este artículo es el más debatido, el que más se aparta de la doctrina jurisprudencial y el que choca frontalmente *“con nuestro sistema constitucional y la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 21 inc. 2 que establece como principio que la indemnización debe ser justa y razonable y el art. 26 que recepta el principio de progresividad”* (ABERASTURY,2007, p. 46).

Cabe recordar que el Tribunal Cintero ha extendido la indemnización al lucro cesante en los casos “Sánchez Granel”⁴³; “Jucalán Forestal”⁴⁴; y “Malma Trading”⁴⁵.

⁴² CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina- daños y perjuicios”, del 19/05/1992, Fallos:315:1026.

⁴³ CSJN, “Sánchez Granel, Obra de Ingeniería, S. A. c. Dirección Nac. de Vialidad s/ Demanda Contenciosa”, 20/09/1984.

La última parte de este artículo se refiere a la responsabilidad estatal por la actividad judicial. El principio general es que la actividad judicial legítima no genera derecho a indemnización, pero puede haber casos en que sea procedente su reparación y así debe disponerlo el juez en cada litigio.

6. Artículo 6. De los concesionarios.

Los concesionarios son personas jurídicas que no integran la Administración Pública, no son órganos del Estado y, por lo tanto, el daño que ellos hayan cometido con motivo de su actividad, en principio, no se puede imputar al Estado. Seguramente el legislador con la redacción del presente artículo quiso plasmar esta regla imperante, la cual el Estado no responde subsidiariamente por aquellos sujetos colaboradores externos de la administración⁴⁶

Pero el Estado deberá, para poder liberarse de su responsabilidad, acreditar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario la empresa concesionaria puede pretender hacer valer la “*exceptio non adimpleti contractus*”. Por ello, el texto del artículo es poco feliz al limitar genéricamente al Estado sin diferenciar su función por la actuación de un prestador de servicios públicos. Al respecto, Albarracín (2015), indica que este artículo sienta el principio de irresponsabilidad del Estado por perjuicio de sus contratistas.

Sin embargo, Salvatelli expresa que, en una interpretación armónica de la ley, “*la limitación de la responsabilidad estatal contenida en el art. 6º ley 26.944 en nada impide que el Estado responda, en forma directa, si se configuran los requisitos del art. 3º de la misma.*” (SALVATELLI, A., 2015, p. 357)

7. Artículo 7. Plazo de prescripción.

Hasta el presente la doctrina administrativa y privatista se encontraba dividida acerca de cuál era el plazo de prescripción, ya que unos decían que se debía aplicar la prescripción decenal establecida en el artículo 4023 del Código Civil, otros la bienal para la

⁴⁴ CSJN, “Juncalan Forestal c Agropecuaria S.A. c. Provincia de Buenos Aires; Fallos: 312:2266, del 23.11.1989.

⁴⁵CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional- Ministerio de Economía y Obra y Servicio Público s/ Proceso de conocimiento.15/5/14

⁴⁶ Para ampliar ver FARRANDO, I (2001), p. 180; PEREZ HUALDE, A. (1997), p. 57; BUSTELO, E. (2001) P. 442 y PERRINO, P. E. (2014), p. 37-38.

responsabilidad extracontractual dispuesta en el artículo 4037 C.C. y una tercera teoría sostenía que debía aplicarse una norma de derecho público que la encontramos en la Ley de Expropiación que establece el plazo de cinco años. La ley no se sigue ninguna de las tres teorías, ya que se establece el plazo de tres años. Para Perrino, este plazo se encuentra alineado con el artículo 2561, 2º párrafo, del C.C.y C.; aunque la LRE no dispone la imprescriptibilidad de la acción en supuestos de daños derivados de delitos de lesa humanidad como si lo hace el C.C.y C. en el 3º párrafo del art. 2561.

8. Artículo 8. Acciones.

Este artículo se pronuncia a favor de la jurisdicción contenciosa administrativa y permite que el afectado elija entre iniciar dos juicios, en el primero solicitando la invalidez del acto administrativo por vía contenciosa administrativa y en el segundo, en sede civil, pidiendo la reparación de daños y perjuicios que ese acto ilegal le ha ocasionado. O evitar un desgaste innecesario y, por razones de economía procesal, deducir una sola acción en la que pide la nulidad y la indemnización, que se tramitará en la etapa de ejecución de sentencia. Además, implica que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se desplaza en el tiempo hasta el último momento procesal, es decir, la ejecución de sentencia.

9. Artículo 9. Resarcimiento.

En este artículo se contempla la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y agentes públicos, a lo que se exige para su tipificación no sólo que la actividad sea realizada de manera irregular sino que además haya incurrido en dolo. La redacción del mismo encuentra correlato con lo dispuesto en el art. 1766 del C.C.y C. Dicho artículo fue modificado, sustancialmente a la redacción original, por el Poder Ejecutivo Nacional cuando realizó la presentación del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial.

Respecto a este artículo Parellada es muy crítico señalando que *“no nos parece que se justifique que el derecho administrativo reivindique para sí el reglar la responsabilidad estrictamente civil de los funcionarios... En este sentido, no dudamos que la norma es inconstitucional”* (PARELLADA, 2014, p. 66).

10. Artículo 10. No aplicación al Estado en carácter de empleador.

Aquí se refiere exclusivamente a la responsabilidad extracontractual, ya que en caso de una relación contractual será necesario dirigirse a las normas específicas que regulan cada uno de los contratos. Posteriormente indica que, en el supuesto de ausencia de regulación en la ley del contrato que deba aplicarse, rigen los principios y normas establecidos en esta ley. Aquí se excluyen por completo los principios y normas del derecho civil como fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal.

En cuanto a la no aplicación de la ley cuando el Estado es empleador, encuentra su fundamento en que hay distintas normas específicas se refieren a la relación existente entre el Estado y el agente público.

11. Artículo 11. Invitación a adherir.

Respecto a lo aquí dispuesto, Albarracín nos ilustra que tres son las situaciones que cada Provincia puede optar: 1) la provincia puede adherir a la norma federal (LRE), cuya consecuencia inmediata será incorporar la misma como derecho local y ponerla en vigencia en el territorio provincial; 2) puede emitir su propia normativa, en el marco de las disposiciones contenidas en los arts. 1764 a 1766 C C y C, y regular, siempre dentro de los cánones constitucionales (art. 14, 16, 17 y 19 primera parte de la CN) y convencionales, los aspectos referidos a esta materia, como propia del derecho local; 3) o puede omitir la adhesión legislativa y la sanción de la norma provincial, en cuyo caso los aspectos relativos a esta materia seguirán resolviéndose por aplicación analógica (que no se encuentra prohibida por el art. 1764 C C y C) de las normas de derecho civil. (ALBARRACÍN, 2015, p. 503)

Frente a esta situación compleja y variable, Ibarlucía (2014) disiente con la propuesta que realizó el PEN, la que se plasmara en el presente artículo, en tanto el escenario normativo es de dispersión legislativa. La Nación reglamenta la responsabilidad del Estado y cada una de las provincias podrá hacerlo a su manera (por ej. Ley 3396 de Santa Cruz, Ley I n°560 de Chubut). Esto podrá dar lugar a un diferente tratamiento según que el daño sea causado por un particular o por el Estado, por una provincia u otra, por un municipio u otro.

12. Artículo 12. De forma.

3.- Marco institucional de la Provincia de Mendoza.

A continuación, dado que el caso de análisis de este trabajo se desarrolla en el Concejo Deliberante del Municipio de Godoy Cruz, Provincia de Mendoza; se describe el contexto normativo institucional y el contexto histórico, político, social y económico que rodeó los hechos del caso.

3. a.- El sistema de gobierno municipal.

El régimen municipal surgió en nuestro país en el período de la organización nacional y se consolidó con la sanción de la Constitución de 1.853 la que, si bien consagraba una fórmula destinada a estructurar una nación unida e independiente, respetaba a su vez la individualidad de sus partes integrante (conf. SALINAS, M.E., 2003).

El Municipio es una institución “*político- administrativa- territorial, basada en la vecindad, organizada jurídicamente dentro del Estado y en coordinación con otros Entes Territoriales y servicios estatales*” (MARTINS, 1996, p. 32).

La matriz legal se encuentra alcanzada por:

- 1) La Constitución Nacional. Ella impone el régimen municipal, como uno de los requisitos del art. 5 de la misma.
- 2) La Constitución Provincial que es la norma – marco: es la que determina el real status de los municipios.
- 3) La Ley 1079, Ley Orgánica de Municipalidades, sancionada el 4 de enero de 1934. Esta ley vino a completar el diseño local institucional que la Constitución Provincial de 1916 había previsto. “*Este ordenamiento legal regula con particular detalle las facultades, competencias y recursos municipales como así también los variados aspectos del funcionamiento de la institución.*” (MONTBRUN, A, 1996, p.32).

Para el caso de la Provincia de Mendoza, la Constitución Provincial indica en la Sección VII, Capítulo único, “Del Régimen Municipal”, que “*la administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los departamentos de la Provincia estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un Departamento Ejecutivo y otro Deliberativo...*” (art. 197 Constitución Provincial).

La característica de los Municipios de la Provincia es que son Municipios-Departamentos, es decir, *“que todo el territorio de la Provincia, se divide para que quede sujeto a un doble poder, el provincial en algunos aspectos y al municipal en otros.”* (REVIDATTI, G, 1996, p.93)

El titular del departamento ejecutivo durará 4 años en sus funciones al igual que los miembros del deliberativo, renovándose estos últimos por mitades cada dos años (art.197, sección VII, Constitución Provincial de Mendoza)

En cuanto a los Concejos Deliberantes, y a partir de la Ley provincial 6921, art. 22, éstos se conformarán de 12 concejales en aquellos departamentos de una población mayor de 60.000 habitantes, para el resto se compondrá por el mínimo establecido en el art 199, inc. 1⁴⁷ de la Constitución Provincia.

3. b.-Contexto socio- político y económico del caso en análisis.

El caso elegido para analizar la responsabilidad personal de los funcionarios en ejercicio de la función legislativa corresponde a los hechos conocidos por la sociedad mendocina como caso "Coimas en Godoy Cruz".

El hecho disparador o relevante de análisis es la destitución del concejal del Municipio del Departamento de Godoy Cruz, Mendoza, Mauricio Flavio Guzmán.

El concejal Guzmán, quien integró la lista por el Partido Justicialista, siendo el único candidato electo por dicha fuerza, asume en su cargo el 4 de diciembre de 1999, tras las votaciones de cargos ejecutivos y legislativos provinciales y municipales llevadas a cabo 24 de octubre de 1999. En dichas elecciones resultó ganador el Partido Alianza para el Trabajo, la Justicia y la Nación tanto a nivel Nacional, como en la Provincia de Mendoza y en los Municipios de la Ciudad de Mendoza, Rivadavia, La Paz, San Rafael, General Alvear y Godoy Cruz. Es decir, el concejal Guzmán, no integraba la fuerza ganadora del Ejecutivo y legislativo municipal.

⁴⁷ Art. 199 Constitución de la Provincia de Mendoza: La Ley Orgánica de las Municipalidades, deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndole las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases: 1 – El número de miembros del Departamento Deliberativo no será menor de 10. El intendente es el jefe del Departamento Ejecutivo. Para ejercer tal cargo se requiere ser ciudadano argentino

Los hechos que desencadenaron el caso se produjeron en el año 2001. Cabe recordar al respecto el contexto sociopolítico y económico por el que atravesaba el país.

Durante los '90, la memoria de la hiperinflación será el justificativo para legitimar una serie de reformas del Estado, con una concepción estrictamente liberal en función de determinados grupos económicos.

La seguridad social y las regulaciones laborales son objeto fundamental para el debilitamiento y abandono por parte del Estado. De ese modo, las banderas de las privatizaciones, desregulación y reforma del Estado conforman el inicio y desarrollo de la llamada “revolución conservadora” o etapa neoliberal o lo que hemos definido como nuevo modelo de acumulación. El neoliberalismo se convierte en teoría económica hegemónica y la libertad de mercado se constituye en el principio por excelencia.

El Estado se tecnoburocratiza y se constituye como dirección gerencial haciéndose fuerte en su nueva formalización, mientras que el sistema social tiende a la desintegración, fragmentación y la marginación profunda de vastos sectores de la población del circuito social productivo. (RAJLAND, 1996, p. 335)

La pérdida del valor de los mandatos electorales, la distancia creciente entre promesas electorales y decisiones políticas configuran elementos que favorecen al desencanto político.

A ello se suma el “*excesivo internismo de los partidos*” (GARCÍA DELGADO, 1998, p.136), en los que las lealtades de los representantes están más orientadas hacia arriba que hacia los representados, la oligarquización del manejo de los partidos, los bloqueos a la renovación dirigencial y las manipulaciones clientelistas.

Aparece un nuevo concepto en la relación sociedad- política, la corrupción, sobre todo por la continuidad, extensión e impunidad que la rodea, lo que ayuda a acentuar aún más el descreimiento y cuestionamiento a la clase dirigencial. Ejemplo de ello son los casos: aduana paralela, venta de armas, el PAMI, IBM- Banco Nación, entre otros.

Con el llamado escándalo del Senado⁴⁸ (abril de 2000), donde se aprobó la reforma laboral con el voto de las dos bancadas mayoritarias, sin que los senadores conocieran el proyecto y con la denuncia en el debate de la utilización de fondos públicos para financiar prácticas non sanctas que permitieran la aprobación de la ley, aparece nuevamente la pregunta ¿a quién representan?. Una ley tan importante como controvertida se había aprobado sobre tablas en un debate que apenas duró tres horas.

¿Por qué debemos sacar esta ley; por qué debemos tratarla hoy y no la semana que viene? ¿Por qué no dejaron que la imprimieran en la orden del día? Estas son varias de las preguntas que realizó Alberto Rodríguez Saá⁴⁹ en el recinto del Congreso, quién votó en contra.

El escándalo político del Senado destapó las formas de poder ocultas invisibles que escondían detrás de los procedimientos acordados públicamente para su ejercicio y las posturas declaradas públicamente por quienes lo ejercen. Este suceso contribuyó a la corrosión gradual de las formas y relaciones de confianza de las cuales depende la acción política.

Más allá de las decisiones judiciales, la percepción de la mayoría de los argentinos es que hubo coimas, y lo que ya nadie garantiza: es el secreto; en definitiva, acaba de romperse un pacto mafioso.

Aquí aparece otra variable a analizar: el rol de los medios de comunicación. Ante la desmascarización de las prácticas no convencionales por parte de los senadores, la fórmula utilizada fue “*desacreditar a los medios por el supuesto delito de difundir versiones falsas y desestabilizadoras*” (GRUSS, L⁵⁰, 2000, p. 18).

El escándalo del “*senadogate*”⁵¹ arrastró una crisis institucional que tuvo su primera expresión en la salida –renuncia– del vicepresidente de la Nación, Carlos Álvarez. Se mencionan como determinantes de la decisión, la indecisión y la no promoción de una

⁴⁸ Debate 26 de abril de 2000. Se aprueba la Ley de Reforma Laboral (53 votos positivos a 4 negativos)

⁴⁹ Rosenberg, D, (2000/09/7), Estaba cantado, *3 Puntos, Año 4*, (p. 16), pp. 16-17, Buenos Aires.

⁵⁰ Dichos de Augusto Alasino, titular del bloque del PJ., en Gruss, L (2000/09/7), El off de record en el banquillo, *3 Puntos, Año 4* (p. 18), pp. 18-20, Buenos Aires

⁵¹ palabra utilizada en la nota periodística realizada a Antonio Cafiero, en Di Marco, L, 200/09/28), Demasiado tarde para arrepentirme, *Revista Tres puntos, Año 4*, (24-29), Buenos Aires.

investigación a fondo de lo ocurrido en la votación de la ley de reforma laboral por parte del Presidente De la Rúa. En consecuencia, estos hechos desgastaron la relación del FREPASO- UCR, y es así que a partir de la renuncia de “Chacho” Álvarez y hasta la caída del ex – presidente Fernando De la Rúa, éste último va a gobernar sin el apoyo de la fuerza (FREPASO) que lo llevó al triunfo.

Más de tres años de recesión, una tasa de desempleo que superó el 20 por ciento, el "corralito" sobre los ahorristas y la debilidad política e institucional mostrada por el gobierno de la Alianza, concluyeron en el horror del 19 y 20 de diciembre de 2001.

Lo que explotó fue una crisis de un modelo económico y social que ha producido una brutal transferencia de ingresos desde los sectores medios y bajos de la sociedad hacia los sectores altos y los grandes grupos económicos, transformando profundamente la estructura económica y social de la Argentina.

En Mendoza, varios ingredientes convergieron en la protesta de diciembre de 2001, el atraso en el pago de planes sociales, el cierre de comedores escolares, la bronca que se desató en otras provincias y la proximidad de las fiestas de fin de año

Aparece el que se vayan todos, y la dirigencia que trató de minimizarlo al extremo. Entonces,” *llegamos a una crisis estructural no sólo de la representatividad y legitimidad de las autoridades políticas sino también de las instituciones.*” (CAZABÁN, A, 2002)

4.- La protesta contra los Concejos Deliberantes en Mendoza.

Mendoza no fue ajena a las manifestaciones sociales que se dieron en todo el país. Las mismas comienzan a sembrarse a mediados del 2001, a partir del abultado gasto y la excesiva cantidad de personal en varios Concejos Deliberantes.

El conflicto duró varios meses, entre ellos se destacan las puebladas de San Martín, Rivadavia y San Carlos; como así también las protestas frente a los Concejos Deliberantes ocurridas en los Municipios de Godoy Cruz y Maipú, donde el principal reclamo de la ciudadanía era la rebaja de la dieta de los ediles..

Hacia finales de 2001, aparecen también como manifestación de repudio a la dirigencia política, los “escraches”, expresión hasta esa fecha sólo utilizada en contra de

los personajes vinculados a la violación de derechos humanos. Es decir, la misma no fue dirigida sólo a los funcionarios de gobierno (por ej, al ex ministro de economía de la Provincia, Lucio Duarte) sino que también incluyó a ministros de la Suprema Corte de Justicia Provincial (Dr. Jorge Nanclares).

Los escraches, cacerolazos y las asambleas barriales tuvieron especial atención y profundización en el Departamento de Godoy Cruz, a partir de que la comunidad se enteró, a través de los medios de comunicación, en febrero de 2002, de que la justicia estaba investigando los pedidos de coimas que incurrieron concejales del Departamento

5.- El Municipio de Godoy Cruz.

La llegada del radical César Biffi a la intendencia del Departamento de Godoy Cruz tuvo como antecedente los ocho años (1991-1999) de gestión del justicialista Rubén Montemayor. Una gestión que se caracterizó por

[t]ramoyas, corruptelas, arreglos y prebendas varias que se cocinaban en un Concejo que parecía funcionar a espaldas de la gente. Hasta un juicio político al intendente de entonces, por el viejo y escandaloso caso de los barrios financiados por el IPV sucumbió, según demuestran las sospechas y las denuncias, por el voto negativo, aparentemente “comprado” a dos concejales del bloque demócrata. En Godoy Cruz siempre se dijo, la oposición era más oficialista que el propio oficialismo.⁵²

Estos hechos demuestran que en los '90, las prácticas *non sanctas* que fueron reveladas con el escándalo del *Senadogate*, no fueron exclusividad de los órganos nacionales sino que también se sucedieron en ámbitos más pequeños y más cercanos a la gente, como los gobiernos locales.

Era

[c]omún que los bloques decidieran en una discusión interna asumir una determinada postura frente a una situación a resolver en el recinto. Pero en cuestión de horas, los bloques cambiaban sin mayores argumentos lo que antes habían decidido con convicción.

⁵² Semanario El Sol, “En Godoy Cruz conocimos la cara de la corrupción”, Mendoza, 1 de marzo de 2002, pág.4.

Este accionara se habría visto, incluso, hasta bien entrado el gobierno de la Alianza en el departamento⁵³

El 5 de junio de 2001, frente a la crisis económica que ya se instalaba en el país y que necesariamente invocaba una reducción del gasto público, el concejal del Departamento de Godoy Cruz, Mauricio Guzmán, presenta un proyecto de ordenanza de reducción de las dietas legislativas y de asesores, secretarios de bloque y prosecretarios del Honorable Concejo Deliberante⁵⁴. La medida alcanzó a los sueldos de los altos funcionarios del Ejecutivo municipal, con los 9 votos de la oposición, provocando el primer malestar a los concejales aliancistas y al ejecutivo municipal (intendente César Biffi).

La misma medida había sido tomada en el Municipio de Luján de Cuyo, en medio de un polémico debate sobre la necesidad de reducir el gasto público.

El 18 de setiembre de 2001, el concejal Mauricio Guzmán realiza la denuncia ante la Fiscalía en Turno, por la oferta de dinero, por parte de otros concejales del cuerpo, a cambio de votar de determinada manera (a favor, en contra, no concurrir, abstenerse) frente al tratamiento de diversos proyectos legislativos cuyo resultado beneficiaba a distintos empresarios que tenían intereses en el departamento de Godoy Cruz.

Dicha denuncia quedó bajo secreto de sumario, designándose al concejal Guzmán, por el Juez de instrucción nº 10 de la provincia de Mendoza, como agente encubierto.

Desde ese día hasta el 18 de diciembre de 2001, en el que se produjeron allanamientos en las instalaciones del municipio tanto en la sede del ejecutivo y legislativo, bajo las directivas del juez instructor, el agente encubierto recabó pruebas a través de grabaciones de audio, recopilación de documentación, y las intervenciones telefónicas ordenadas por el tribunal y lo obtenido en los allanamientos, se acumuló la prueba que permitió establecer una serie de delitos cuyos partícipes eran concejales y funcionarios del cuerpo deliberativo.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Honorable Concejo Deliberante, en adelante HCD

El 8 de febrero de 2002, en el programa Día D, conducido por Jorge Lanata, los periodistas Versbisky y Lanata dieron a conocer la investigación judicial en curso, teniendo repercusión nacional.

Con posterioridad, la justicia imputó a concejales y funcionarios del cuerpo deliberativo de Godoy Cruz. La investigación penal prosiguió con el procesamiento de 7 de los 10 imputados⁵⁵, para tener posterior condena en el año 2008.

El 28 de octubre de 2002, el Cuerpo Deliberativo tomó la decisión de suspender al concejal Guzmán, e iniciarle proceso de juicio político en virtud del dictamen de una comisión investigadora.

El día 14 de noviembre 2002, el mencionado Cuerpo Deliberativo expulsó de su seno al edil Guzmán, argumentando indignidad para el desempeño de las funciones.

5.- Fin de capítulo.

En este primer capítulo, se aborda el concepto de responsabilidad y se desarrolla la evolución que el Alto tribunal del país ha configurado, desde sus orígenes, respecto a la responsabilidad del Estado, a partir de una variada casuística; advirtiéndose la ausencia de la regulación específica, la que es saldada con la sanción de la Ley 26.944.

Si bien en el debate parlamentario, que dio nacimiento a la Ley 26944, surge que la intención del legislador era reproducir los criterios que venía adoptando la CSJN en sus numerosos fallos; la letra de la ley muestra que no se siguen los criterios presentes en la evolución jurisprudencial, dándole el legislador otro alcance y sentido.

Al respecto podemos mencionar, a) la ley comprende la responsabilidad del Estado nacional por los daños causados por su actividad o inactividad y regula la responsabilidad de otros sujetos, por ej, los concesionarios y contratistas de servicios públicos, b) la responsabilidad del Estado es objetiva y directa, c) determina los requisitos de la responsabilidad estatal por conductas ilegítimas y por actividades lícitas, e) determina como eximentes de la responsabilidad el caso fortuito, el hecho de la víctima o de un

⁵⁵ Los imputados: Marcelo Canale, Daniel Nora, Palomar, Carlos Arias, Daniel Velázquez, Hugo Alarcón, Javier Martínez, José Mario Calabrese (todos ellos concejales), Leyes y Daniel Capone (funcionarios del Concejo Deliberante)

tercero por quien no debe responder, f) plazo de prescripción de las acciones en tres años, g) la responsabilidad estatal por actividad judicial, h) responsabilidad estatal por nulidad de actos administrativos, i) elimina las sanciones pecunarias disuasiva, i) la responsabilidad de los funcionarios públicos cuando haya dolo o culpa, j) la aplicación supletoria de esta ley para el caso de responsabilidad estatal contractual, en caso de ausencia de regulación y k) en el último artículo invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

Cabe aclarar que la Provincia de Mendoza, ha sancionado muy recientemente su Ley de responsabilidad patrimonial del Estado, Ley 8968 (BO 11/5/2017), en contenido y alcance muy similar a la legislación nacional.

En la segunda parte, se ha descrito el marco jurídico institucional de los municipios en la Provincia de Mendoza, conceptualizándolos en el marco de la Constitución Provincial y de la Ley 1079 (Ley de Municipalidades), presentando principalmente la característica de ser municipios- departamentos.

Finalmente, se describe el contexto socio político y económico en que se desenvuelve el caso, Coimas en Godoy Cruz, el que se desarrollará en el capítulo siguiente. El mismo surge en el marco de la crisis social, económica y política por la que atravesó nuestro país, en el 2001, y de la que no fue ajena la Provincia, profundizándose la crisis de las instituciones democráticas.

Capítulo 2

Las coimas en el Municipio de Godoy Cruz – El caso testigo-

Capítulo 2:

En el capítulo anterior se describió el contexto sociopolítico y económico, entorno al que se desarrolló el caso que se analizará a continuación.

El presente apartado tiene por objeto conocer, describir y mostrar el caso que la sociedad mendocina conoce como Coimas en Godoy Cruz.

Se pretende a través del análisis de documentos administrativos, judiciales, versiones taquigráficas y notas periodísticas, averiguar e indagar si existió responsabilidad personal, civil, penal y administrativa, de los funcionarios legislativos involucrados y en caso, si hubo resarcimiento por el daño ocasionado.

1.-Alcance y contexto del caso Coimas en Godoy Cruz.

En este trabajo se denominará caso Coimas en Godoy Cruz, al conjunto de hechos y conductas llevadas a cabo por los concejales del Municipio de Godoy Cruz, en el período 2001-2002, siendo los hechos paradigmáticos: la denuncia penal, realizada por el concejal Mauricio Guzmán, por el actuar ilícito de algunos concejales de dicho Departamento y la destitución del concejal Guzmán.

Es menester resaltar que las causas penales y civiles que por dichos acontecimientos se generaron, han transitado un largo proceso por la justicia penal, civil y administrativa de la Provincia de Mendoza, estando todavía pendiente, a la fecha, la tramitación de recursos extraordinarios *in extremis*, en las actuaciones penales, ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

2.-La actuación ilícita penal de los legisladores del municipio. La causa penal de coimas

El proceso judicial- penal, se inicia con la denuncia realizada por el Sr. Mauricio Flavio Guzmán, el día 18 de setiembre de 2001, ante la Quinta Fiscalía de Instrucción de la Ciudad de Mendoza. La denuncia indica que el concejal Guzmán había tomado conocimiento de una serie de irregularidades acaecidas en el seno del Concejo Deliberante

del Municipio de Godoy Cruz. Entre ellas, por ejemplo, que otro concejal y un asesor lo habrían invitado a participar en una maniobra de presión a un empresario de publicidad callejera para que aportara una suma de dinero con el objeto de que el Concejo otorgara aval al contrato que gozaba desde 1999. Dicho *modus operandi* se utilizaría para otros casos entre ellos, Palmares de la Puntilla SA. Al final de la denuncia, el concejal Guzmán solicita se lo designe agente encubierto conforme el art. 29 de la Ley 6730.⁵⁶

En oportunidad de intervenir el Sr. Juez de Instrucción n°10 de la ciudad de Mendoza, solicita nueva declaración testimonial al denunciante, ampliándose la denuncia, individualizándose a los concejales que habían intervenido en dudosas maniobras y se dio a conocer las empresas que eran objeto de las mismas. El Juez de instrucción califica la conducta de los concejales individualizados en el delito previsto y sancionado por el art.

⁵⁶ Ley 6730 (B.O. 30/11/99), art. 29: El fiscal de instrucción o el Juez de Garantías en su caso, podrán, por resolución fundada, de manera permanente o durante una investigación, por un delito con pena mayor de tres años, autorizar que una persona, o agente de policía, actuando de manera encubierta a los efectos de comprobar la comisión de algún delito o impedir su consumación, o lograr la individualización o detención de los autores, cómplices o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios, se introduzca como integrante de alguna organización delictiva, o actúe con personas que tengan entre sus fines la comisión de delitos y participe de la realización de algunos de los hechos previstos en el Código Penal

y Leyes especiales de este carácter. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuara en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad. La información que el agente encubierto vaya logrando será puesta de inmediato en conocimiento del juez. La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, este declarara como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas de protección necesarias. El agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que este no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro; al momento de resolver sobre su situación procesal, el magistrado interviniente deberá analizar si el agente encubierto ha actuado o no, conforme al Artículo 34 inc. 4) del Código Penal argentino, en virtud de las instrucciones recibidas al momento de su designación; y decidirá en consecuencia. Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al magistrado interviniente, quien en forma reservada recabara la pertinente información a la autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a previsiones del primer párrafo de este Artículo, el juez resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado. Ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. la negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto. Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, sin perjuicio de las medidas protectivas que para el mismo, y/o su familia, y/o bienes deberán disponerse, tendrá derecho a seguir percibiendo su remuneración bajo las formas que el magistrado interviniente señale tendientes a la protección de la gente. si se tratare de un particular, percibirá una retribución similar a la de un agente público, conforme al criterio anteriormente expuesto.

256 bis del Código Penal⁵⁷, designa agente encubierto al concejal Guzmán y decreta el secreto de sumario.

Luego de varias testimoniales y pedido de acumulación de la causa, por vinculación subjetiva del concejal Calabrese, al tener una causa de mayor antigüedad en el Primer Juzgado de Instrucción, se remite la misma, previa admisión del querellante particular, Mario Adaro.

El Juez del Primer Juzgado de instrucción se inhibió, por lo cual la causa pasó al Segundo Juzgado de Instrucción a cargo de la Dra. Iris Guarna, la que realiza el avoque, y posteriormente, el 28 de marzo de 2003, ordena el procesamiento y prisión preventiva de los concejales involucrados. La causa imputación versará principalmente por haber recibido dinero y tarjetas de descuento del Hotel Le Privé, a cambio de que los concejales no prosiguieran con la revisión del cumplimiento de la ordenanza municipal que regula la actividad de los hoteles alojamientos, ubicado en un sector urbano. Así la Juez de Instrucción encuadra la tipificación del delito en el art. 266 del Código Penal.⁵⁸

Conforme el dispositivo I de la resolución de fecha 28 de marzo de 2003 ordena el procesamiento y prisión preventiva del imputado José Mario Calabrese por el delito de concusión previsto y sancionado por el art. 266 Código Penal; al igual que los imputados Centorbi, Palomar, Alarcon, Arias, Nora, Capone, Velázquez, Leyes y Canale. Respecto al ex concejal Martínez, al momento de la resolución detenta el cargo de legislador

⁵⁷ Código Penal de la Nación Argentina, Art. 256 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años. (Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999) Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>

⁵⁸ Código Penal de la Nación Argentina, Art. 266. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. (Artículo sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.) Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>

provincial, por lo que se solicitó su desafuero. En dicha resolución, la juez de instrucción ordena una prórroga extraordinaria de seis meses para la instrucción.

El resultado del análisis de la tramitación judicial indica que el plazo de instrucción se prolongó en el tiempo y recién llegó a sentencia de Cámara del Crimen⁵⁹, el 6 de mayo de 2008. De los fundamentos de la sentencia n°2509, se rescata las numerosas declaraciones llevadas a cabo en la instrucción y luego en el debate oral y público, la abultada prueba instrumental acompañada, lo que llevó al tribunal indicar “*valorada la prueba recibida conforme la sana crítica racional, tengo por acreditado con certeza absoluta requerida para el dictado de sentencia condenatoria lo siguientes hechos y circunstancias...*” (considerando 6, causa 5.229, sentencia 6/5/2008, preopinante Dra. Gabriela Urciuolo, p.11). Los hechos a los que se refiere son:

a) Barrio Privado Palmares.(causa 5.229) Quedó acreditado que los encartados pidieron una suma de dinero al contador de la firma Palmares para no dar curso a un proyecto de ordenanza que disponía la apertura al público de una calle interna del barrio privado de Palmares.

Las pruebas que dan cuenta de ello son: 1) testimoniales del contador y del dueño de la firma Palmares S.A.; de los imputados y del denunciante Mauricio Guzmán; 2) las transcripciones efectuadas por el perito oficial, Lic Néstor Martínez de las grabaciones realizadas por el Sr. Mauricio Guzmán en su calidad de agente encubierto; 3) la instrumental acompañada, proyecto de ordenanza, nota de los vecinos que reclamaban la apertura de la calle del Barrio Palmares; 4) la constancia de que la Unidad de Inteligencia de Gendarmería Nacional con asiento en Mendoza fue la que equipó, acompañó y capacitó al denunciante para llevar a cabo la tarea de agente encubierto; 5) las actas que labradas el día después a cada reunión de los concejales, como transcripción de las grabaciones realizadas y presentadas ante la justicia, a través del representante del Sr. Guzmán, el abogado Pablo Cazabán.

⁵⁹ Séptima Cámara del Crimen de Mendoza integrada por los Dres: Gabriela Urciuolo, Agustín Pedro Chacón, Pedro Bernardo Carrizo.

b) Hotel Alojamiento Le Privé (causa 5230). El imputado Calabrese habría realizado una oferta económica al denunciante para que paralizara el proyecto del departamento ejecutivo municipal, referido a la construcción de hoteles alojamiento en la zona del departamento de Godoy Cruz. Atento a que el Fiscal de Cámara solicitó la absolución del imputado, la Dra. Urciuolo, preopinante indicó “*Tanto el Tribunal Colegiado que integra la suscripta, como los titulares de las Salas que lo componen sentenciaron reiteradamente, que corresponde absolver al encartado cuando el representante del Ministerio Público así lo requiere*” (del voto preopinante Dra. Gabriela Urciuolo, sentencia 6/5/2008, p. 34)

Finalmente, el Tribunal resolvió que los concejales de la Municipalidad de Godoy Cruz, a la fecha del hecho probado y acreditado, Sres. Luis Centorbi, Carlos Arias, José Calabrese, Marcelo Canale y el asesor del Honorable Concejo Deliberante, Daniel Capone, encuadran en la calificación prevista en el artículo 266 del Código Penal, es decir, exacciones ilegales. La resolución indica que

[r]esulta claro que por el cargo que desempeñaban, la posibilidad de proponer modificaciones al proyecto de ordenanza (ello vale para todos los encartados) e incluso oponerse a la misma en las pertinentes sesiones del Concejo (en el caso de los concejales) era un acto propio de sus funciones y en tal sentido, el abuso funcional surge evidente en la medida que constituye un requerimiento notoriamente ilegal. (sentencia Séptima Cámara del Crimen de Mendoza, 6/5/2008, resultado de la segunda cuestión, autos 5229/4727/179693)

El resultado de la tercera cuestión se refiere a individualizar la pena, la que arrojó tres años de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación especial para ejercer cualquier cargo o empleo público y para postularse y/ o ejercer funciones electivas nacionales, provinciales o municipales.

Dicha sentencia fue apelada por los condenados, siendo confirmada en octubre de 2013 por el Superior Tribunal de la Provincia, encontrándose a la fecha, en estado de resolver un recurso extraordinario *in extremis*, ante ese mismo Tribunal.

Cabe mencionar que todavía la Suprema Corte de Justicia de Mendoza no implementa lo dispuesto por Acordada n°26.207 (21/11/14), la que determina la publicidad

de sentencias penales, es que ha sido una limitante para poder contar con los fundamentos de la misma.

Del relato del presente apartado se advierten dos afirmaciones: a) que la denominada causa coimas en Godoy Cruz es una causa compleja, entendida esta como una causa que derivó en una tramitación extensa en el tiempo, con variados actores intervinientes, el grupo u organización criminal que se formó, los numerosos hechos punibles denunciados, la gran cantidad de investigados, la abultada y numerosa prueba producida y recolectada, el papel del perito, la gran cantidad de testimoniales tomadas, y la abundante documentación en análisis que realizaron los magistrados y operadores judiciales; y b) el papel trascendental, coherente, contundente y ético del denunciante Mauricio Guzmán. Ello se confirma con lo expresado por la Sra. Magistrada Gabriela Urciuolo en la oportunidad de dictar sentencia. Al respecto expresó:

El testigo se mostró seguro de sus dichos y contestó con precisión y calma a todas las preguntas que se le formularon, no obstante el extenso interrogatorio al que fue sometido; a su vez, dio explicaciones claras en las oportunidades en las que se procedió a darle lectura a su declaración prestada durante la instrucción. Sus manifestaciones lucieron insertas en el contexto de un relato dotado de plena espontaneidad e innegable fuerza convictiva, que emerge- para la pronunciante- de la intransferible vivencia que proporciona el juicio oral. Los defensores en ocasión de efectuar sus conclusiones, descalificaron sus declaraciones- incluso solicitaron compulsas por entender que había mentido- argumentado que se trataba de un denunciante compulsivo y que padecía de una personalidad enferma, problemática y que lo único que buscaba era rédito político –y ello fundado en que los ex concejales y funcionarios que depusieron como testigos durante el debate así lo indicaron-; a su vez, descalificaron su testimonio haciendo hincapié en que – como él mismo lo reconoció – había sido echado del Concejo por “indigno”. No advirtió la suscripta síntoma de patología alguna que restara coherencia al relato del señor Guzmán; es más, debe resaltarse que la coherencia de su relato se mantuvo a lo largo de lo que resultó – como se acaba de manifestar- una extensa exposición y prolongado interrogatorio. Por otra parte, debe ponderarse que lo ex concejales que atestiguaron sindicando a Guzmán como querulante y a su denuncia como ganancial, también estuvieron imputados en esta causa, por lo que resulta claro que no guarden del testigo un buen recuerdo. Y en lo que respecta a que el deponente fue despedido

del H. C. D. por indignidad, ello no le quita crédito a su declaración ya que su denuncia fue efectuada antes de que su proceso de despido se iniciara, según él mismo lo reconoció y nadie dijo lo contrario, fue suspendido el 28 de octubre de 2002- casi un año después de la denuncia-, es decir, resulta imposible pensar en algún móvil de despecho o venganza relacionado con su despido lo haya impulsado a efectuar la denuncia que dio origen a los presentes. (considerando 6, sentencia Séptima Cámara del Crimen de Mendoza, 6/5/2008, resultado de la segunda cuestión, autos 5229/4727/179693, p. 13)

3.-la actuación ilícita administrativa- civil de los legisladores del municipio. Las actuaciones administrativas, el reclamo civil.

Del análisis final del apartado anterior, se infiere que los concejales -compañeros de Guzmán-, en la tramitación de la causa denominada Coimas de Godoy Cruz en sede penal, alegaron hasta el final de la misma que Guzmán había realizado la denuncia por venganza ya que había sido echado del Concejo Deliberante de Godoy Cruz por indigno.

Tal como relata la Sra. Magistrada de la Séptima Cámara del Crimen, dicha situación es totalmente desvirtuada, por cuanto la denuncia penal de los hechos irregulares realizados por los concejales del departamento de Godoy Cruz se realiza el 18 de setiembre de 2001 y la destitución del concejal Guzmán se produce el 14 de octubre de 2002.

a.- El proceso de suspensión y destitución del concejal Guzmán en el Honorable Concejo Deliberante de Godoy Cruz.

El Concejal Mauricio Guzmán presidió la comisión investigadora formada por Resolución 230/01, que tenía por objeto determinar si efectivamente el Sr. Spagnolo, asesor de uno de los concejales, más precisamente del concejal Centorbi, había realizado los trabajos relevamiento vial del municipio. Luego de numerosas audiencias y testigos, se elevó dictamen de desestimación de la denuncia interpuesta contra el Luis Federico Centorbi, quien en ese momento presidía el HCD. En setiembre del 2001, el Concejo Deliberante aprobó lo realizado por la comisión.

Posteriormente, por Resolución n° 294/02, de fecha 23 de setiembre de 2002, el HCD decidió crear, conforme el art. 1 de la misma, en el ámbito del HCD de Godoy Cruz,

una Comisión Investigadora, en los términos y alcances del Artículo 128 de Reglamento Interno, a fin de que investigue las actuaciones de la Comisión Investigadora, creada por Resolución N°230/2001. De lo que se trataba era de investigar si el informe que obraba en las actuaciones administrativas era el mismo que el realizado por el Sr. Spagnolo, o había sido sustituido. Dicha Comisión le tomó audiencia testimonial al concejal Guzmán.

Conforme surge de la Resolución n° 306/02, de fecha 28 de octubre de 2002, el HCD, a partir de lo dictaminado por la comisión investigadora, cuyo fundamento central afirma que hubo connivencia entre el ex presidente del H. Concejo Deliberante (Sr. Luis Centorbi) y el presidente de la anterior comisión investigadora (Sr. Mauricio Guzmán), ya que entre ambos se produce la adulteración, ocultamiento o sustracción de un documento público, situación ésta que podría estar encuadrada en el Art. 255 del Código Penal, y se dispone en el art. 1- Hacer saber a los Sres. Concejales del H. Concejo Deliberante que lo actuado por la comisión investigadora presidida por el Sr. Mauricio Guzmán ha procedido en forma contraria a derecho y cometido actos de indignidad (art. 66 ley 1079) y en el art.3 -proceder de acuerdo a lo prescripto en los arts. 67⁶⁰, 68⁶¹ y 69⁶² de la ley 1079.

El 30 de octubre de 2002, en el expediente 17.601 del HCD, los concejales solicitaron la inmediata convocatoria a la sesión especial prevista en el art. 68 de la ley 1079 para el juzgamiento del concejal Mauricio Guzmán. Se pidió que por presidencia se notifique fehacientemente de la convocatoria al acusado y el 31 de octubre de 2002, el

⁶⁰ Ley 1079, art. 67 El Concejo, después de haber tomado conocimiento de los cargos y juzgado que hay mérito para una investigación, nombrará la respectiva Comisión con cuyo dictamen oirá al Intendente o al Concejal en una sesión especial y decidirá enseguida si hay lugar a la formación de causa, necesitándose para esta resolución el voto afirmativo de los dos tercios de los miembros que componen el cuerpo a estos efectos será de aplicación la presente tabla que componen el H.C.D. dos tercios requeridos....

⁶¹Ley 1079, art. 68. Declarada la formación de causa, el Intendente o Concejal quedará suspendido en sus funciones hasta la terminación del proceso. Dentro de los quince días de dictada esa resolución, el Concejo juzgará de la conducta del Intendente o Concejal en sesiones públicas especialmente convocadas al efecto. La sentencia se limitará a absolver o destituir al Intendente o Concejal. La destitución solo podrá ser declarada por dos tercios de votos del total de los miembros del Concejo." (Texto según Ley N° 1461, Artículo 1° inc. j) El Intendente podrá asistir a esas sesiones acompañado de sus Secretarios y de un letrado que designe al efecto, quien tendrá voz en las deliberaciones del Cuerpo. Igualmente, podrá el Intendente hacerse representar en iguales condiciones por un letrado defensor. Igual derecho tendrán los concejales encausados en lo que respecta a letrado defensor.

⁶² Ley 1079, art. 69. Si el Concejo dejara transcurrir más de quince días desde el momento de la suspensión del Intendente sin dictar pronunciamiento definitivo, el proceso quedará sin efecto y aquel volverá a sus funciones, no pudiendo el Cuerpo considerar en adelante acusaciones fundadas en los mismos hechos.

Presidente del HCD dispuso fijar el día 14 de noviembre de 2002 a las 9 hs. para juzgar la conducta del concejal Mauricio Guzmán. En expediente n° 17.627/H/2002, el 6 de noviembre de 2002, el concejal Mauricio Guzmán recusó sin causa a los miembros de la comisión investigadora y planteó la inconstitucionalidad del art. 68 de la ley 1079. Se presentó dentro de los tres días de haber sido notificado de la suspensión decidida por ese Honorable Cuerpo y sostuvo que los miembros de la comisión investigadora no podían resolver su situación pues habían preopinado. Por resolución 324/02 el H. Concejo Deliberante rechazó la recusación formulada, justificando en que en la Administración no procede la recusación (Art. 116 de la ley 3909) y el HCD carece de facultades para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. Contra dicha resolución, el 12 de noviembre de 2002, el concejal Guzmán interpuso recurso de revocatoria. El mismo día y en expediente 17.650/HCD ofreció prueba testimonial de los Sres. Luis Federico Centorbi, Alberto Palomar, Daniel Velásquez, Salvador Spagnolo, Juan Carlos Reta. En la misma fecha y en autos 17.651/H/2002 Guzmán planteó la nulidad del procedimiento por haberse violado la garantía del debido proceso. Por resolución n° 330/2002 el Concejo Deliberante rechazó estas tres peticiones; entendió que dado que estaba finalizada la tarea investigativa y se pasaba a la etapa de juicio y sentencia, la suspensión de Guzmán, antes impugnada, era conforme lo dispuesto por el art. 68 de la ley 1079. (conf. relato de los hechos obrantes a fs. 65 en autos 75.747 caratulada "Guzmán, Mauricio en j° 17.589/H/2002 Comisión Investigadora H. Concejo Deliberante s/ Inc.", Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, voto preopinante y confirmatorio de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, 8 de julio de 2003)

Finalmente, el 14 de noviembre de 2002, por resolución n° 331/2002 el Concejo Deliberante decidió destituir al concejal Mauricio Guzmán.

b.- El camino judicial transitado.

El concejal Guzmán interpone, el 15 de noviembre de 2002, la acción procesal administrativa y recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra de la resolución dictada por el H. Concejo Deliberante de la Municipalidad de Godoy Cruz el 14 de

noviembre de 2002 en autos n° 17.589/H/2002 caratulados: Comisión Investigadora H. Concejo Deliberante de la Municipalidad de Godoy Cruz. Funda su defensa en que la resolución recurrida es arbitraria por prescindir de prueba decisiva e invocar prueba inexistente; contener afirmaciones dogmáticas de hecho y de derecho; dar un fundamento sólo aparente y carecer de razonabilidad. Los principales argumentos son a) haber sido juzgado por personas a quienes recusó con derecho; b) rechazo a la propuesta de una defensa técnica; c) vicios en la formación de la voluntad administrativa por la resolución n° 306/2002, del 28 de octubre de 2002, por la que se decidió someterlo a juicio y suspenderlo como concejal, ya que se había tratado sólo el dictamen mayoritario de la Comisión, omitiéndose el tratamiento del dictamen minoritario de la comisión investigadora; d) rechazo del pedido de vista de la acusación, en función del debido proceso que le asistía; e) rechazo en la sesión especial del 14 de noviembre de 2002 de los recursos deducidos por la defensa técnica del concejal; f) rechazo de la prueba que había ofrecido; g) falta absoluta de motivación de la Resolución 331/02 por la que se lo destituyó; h) inexistencia del presunto cargo formulado y de apoyatura en posibles pruebas.

El 8 de julio de 2003, la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, dicta sentencia en autos 75.747 caratulada “Guzmán, Mauricio en j° 17.589/H/2002 Comisión Investigadora H. Concejo Deliberante s/ Inc.”, con el voto preopinante de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, adhiriendo a sus fundamentos los Dres. Fernando Romano y Carlos Moyano. El pilar central de la resolución aborda la violación del derecho de defensa en juicio del concejal Guzmán. Al inicio de la decisión se explicita que el procedimiento de destitución de un concejal por el HCD tiene naturaleza análoga a la del juicio político, cuestión que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ya abordó en la sentencia Panella c/Municipalidad de Gral. San Martín (Sala II, 28/12/1998, L.S 285-285). Además explicita que si bien el actor (en este caso el concejal Guzmán) interpuso las dos vías de tratamiento, la acción procesal administrativa y el recurso de inconstitucionalidad, la Dra. Kemelmajer entiende que el mejor remedio procesal es el recurso de inconstitucionalidad y así lo indica: *“tengo la convicción de que el control [jurisdiccional] se ejerce más adecuadamente través de la vía del recurso de inconstitucionalidad que con la acción*

procesal administrativa” (considerando 3, voto de la Dra. Kemelmajer, 8/7/03, autos 75.745. p. 75).

En el desarrollo de la argumentación comienza indicando la Sra. Magistrada que de verificarse alguna de las graves violaciones al derecho de defensa invocadas por el actor es razón suficiente para declarar nula por inconstitucional la decisión del HCD.

Relata posteriormente que del exhaustivo análisis del expediente n° 17.589 originario del HCD, venido *ad effectum videndi*, se concluye que:

[e]stá claro que, como mínimo, en la sesión especial del art. 67 debieron concretarse los cargos, notificársele y dar oportunidad de defenderse por escrito y ofrecer prueba. Nada de eso ocurrió. Por el contrario, la tentativa del concejal de ofrecer prueba fue frustrada con argumentos incomprensibles (preclusión de una etapa probatoria que nunca se abrió para él). (considerando 7, voto de la Dra. Kemelmajer, 8/7/03, autos 75.745. p. 78)

Asimismo, continua enfatizando que *“no tengo pues, la menor duda, que el Concejal Guzmán fue privado de la defensa mínima y, en consecuencia, la Resolución n 331/2002 que lo destituyó adolece de vicios insalvables que la tornan en inconstitucional”* (considerando 7, voto de la Dra. Kemelmajer, 8/7/03, autos 75.745. p. 78). Por lo que se concluyó el acogimiento del recurso de inconstitucionalidad y la nulidad del acto de destitución del concejal Guzmán.

La resolución precedente fue notificada al HCD el día 11 de julio de 2003, y en la sesión del HCD del 15 de julio de 2003 se dictó la Resolución n° 167/2003, la que estableció en su art. 6° *"Adoptar oportunamente todas las medidas conducentes a garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa del concejal suspendido....retrotrayéndose lo actuado a la situación establecida por la Resolución n° 306/02 de fecha 28/10/02 que se encuentra firme y vigente..."*. En el art. 7° se ordenó *"Diferir el tratamiento de todo lo relativo a la situación del Sr. Mauricio Guzmán, suspendiéndose todos los plazos del procedimiento que estuvieren corriendo..."*. Frente a dicha resolución, el concejal Guzmán, el 21 de julio de 2003 presentó recurso de revocatoria contra lo dispuesto en el art. 6 y 7 de la Resolución de fecha 15 de julio de 2003 y solicitó la inmediata restitución a su cargo.

Las constancias de versiones taquigráficas y reportes periodísticos dan cuenta de que el concejal Guzmán finalizó su mandato el 4 de diciembre de 2003 sin que el cuerpo deliberativo diera curso a su restitución, privándolo del ejercicio de sus funciones y del cobro de su dieta, además, de dejar a los vecinos del municipio sin la representación legítima otorgada, por elección libre y popular, al concejal Mauricio Guzmán.

Para la Navidad de 2003 el ex concejal Mauricio Guzmán entabla acción de daños y perjuicios en los tribunales provinciales, recayendo su tratamiento en el Juzgado n° 22 de la primera circunscripción Judicial⁶³. La acción se interpuso contra de la Municipalidad de Godoy Cruz, y contra los concejales Hugo F. Alarcón, Carlos D. Arias, Alberto Palomar, Daniel O Velázquez, Daniel A. Dimartino, Lelio I Meli, José A. Calderón, Alejandro Abraham, Felipe A. Gutiérrez, Andrea O Gelvez y Ricardo Bermejillo, todos ellos concejales que votaron la sesión del 14 de noviembre de 2002 por la que destituyeron al concejal Guzmán. La acción se entabló por el cobro de \$ 80.041, más intereses, accesorios y costas. Luego de todo el período probatorio y alegaciones pertinentes, el juez de grado resolvió que la demanda se rechazaba por cuanto la Sala I de la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional la Resolución 331/02 por la que se destituye al concejal Guzmán, pero entiende el juez de grado que la resolución 306/02 por la que se suspendió a Guzmán esta firme y debe tenerse por válida, por lo que no se daría el presupuesto de la ilegitimidad para responsabilizar al Municipio y a los concejales intervinientes.

El Dr. Ricardo Alberto Sancho, expone que:

Si se pretendía desvirtuarla la defensa del suspendido concejal debía pedir nuevamente (apoyada en el fallo de la Corte) que se le corriera vista de dicha acusación (que mal o bien esta fundamentada) y poder así ofrecer pruebas, eso no se hizo y por tanto no se demostró ni en sede administrativa, ni judicial que la Resolución citada estuviera viciada. Era, el acusado Guzmán quien debía desvirtuarla y no el Concejo Deliberante o su Comisión Legislativa...era el actor quien debía desvirtuar la resolución N° 306/02, sea anulándola o demostrando su inocencia, todo lo que no hizo, es por ello que no hay – repito en el caso- ilegitimidad que haga plausible el reclamo de indemnización pedido por

⁶³ Juzgado n°22 en lo Civil, Comercial y Minas, Primera Circunscripción Judicial, Expte N° 111.563 “Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y otros por D y P.”.-

Guzmán. Falla el primer presupuesto de la responsabilidad, la demostración de la ilegitimidad o ilegalidad y con ello se cae todo el proceso, siendo además claro que si la resolución citada aparece como legítima tampoco puede pensarse y menos acreditarse dolo o culpa de parte de sus autores. (22 Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas, Primera Circunscripción Judicial, Expte N° 111.563 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y otros por D y P; sentencia 24/02/2010, ap. 2 de los considerandos)

El Sr. Guzmán apeló la sentencia del Juez Sancho, por considerarla no ajustada a hecho y derecho, presentando vicios de incongruencia, arbitrariedad e inconstitucionalidad. Entre los fundamentos principales se encuentra en: a) que se demandó al Municipio y a los concejales intervinientes en el acto de destitución del actor, por las irregularidades en que incurrieron - y que fueron confirmadas por la decisión de la Suprema Corte de Justicia que se pronunció por la nulidad de los mismos, no colocándose en duda la validez o no de la Resolución Nro. 306/02, pero que el Juez de grado si se adentra en su tratamiento, cuestión que no había sido planteada, omitiendo el análisis de las cuestiones que sí se reclamaban. Además de violar el principio de inocencia al someter, el propio juez, la necesidad de que el actor probara su inocencia en el “juicio político” irregularmente tramitado en el seno del Concejo deliberante municipal.; b) el juez equivoca el análisis por considerar que el conflicto involucra un problema de responsabilidad del Estado por su actividad legislativa y aduce en esa dirección que, las funciones ejercidas por el Concejo Deliberante al juzgar a uno de sus miembros, no están comprendidas dentro de la función legislativa, pero de lo que se trata es de funciones jurisdiccionales a cargo de ese órgano; además de errar la consideración de que los actos que de allí devienen son actos de efectos individuales y no ley en sentido material como lo considera el juez *a quo*; c) la falta de fundamentación lógica en el desarrollo de los considerando; d) la inexistencia en el tratamiento de los hechos relevantes del reclamo, esto es, la indemnización debida al actor por los daños sufridos en el irregular desenvolvimiento del proceso al que fue sometido y por la no restitución oportuna a su cargo, que fue dilatada más allá del vencimiento del período para el que Guzmán fue legítimamente elegido por el pueblo de Godoy Cruz.

Dos de los demandados contestan la acción (Bermejillo, Arias y Gutiérrez) y si bien sostienen que el juez inferior equivocó en el caso la determinación de la función desempeñada por el HCD, al ser una función de naturaleza jurisdiccional, ello no invalida la sentencia. Por su parte la Municipalidad de Godoy Cruz se presenta y contesta en igual sentido que los codemandados, aseverando de que no existe la antijuridicidad que se requiere para que prospere la responsabilidad civil. Además, las irregularidades del proceso al que se sometió al actor quedaron subsanadas por la decisión dictada por la Suprema Corte de Justicia; y por tanto la nulidad efectuada en sede judicial se debe leer como que Guzmán nunca fue destituido y por lo tanto no puede reclamar por su destitución irregular.

La Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Paz y Minas de la Primera Circunscripción Judicial resolvió acoger parcialmente la demanda promovida por el Sr. Mauricio Guzmán, por cuanto no prosperó el rubro pérdida de chance, y, condenó a la Municipalidad de Godoy Cruz y a los demandados, Sres. Hugo Fernando Alarcón, Carlos Daniel Arias, Alberto Palomar Salomón, Daniel Oscar Velázquez, Daniel Alejandro Dimartino, Lelio Italo Meli, José Alejo Calderón, Alejandro Abraham, Felipe Alberto Gutiérrez Rojas, Andrea Orfilia Gelvez Recabarren y Ricardo Bermejillo, en forma solidaria y/o concurrente según correspondiera, a hacer efectivo al actor el pago de la suma de pesos sesenta y dos mil cuarenta y uno (\$62.041), con más sus intereses correspondientes, en el término de diez días de quedar firme la presente, todo ello según lo que resulta de los considerandos.

Los fundamentos que sostuvo la Cámara, con el voto preopinante de la Dra. Silvina Miquel, fueron los siguientes:

- (i) es doctrina judicial consolidada que las Cámaras de apelaciones deben pronunciarse sobre todos los puntos de la demanda y de la contestación, aunque el juez haya omitido pronunciamiento sobre alguno de ellos. Al respecto, en el caso se planteó la de falta de legitimación activa y pasiva, y el juez de grado omitió pronunciarse. Por tanto, del análisis surge que no hay manera de cuestionar de que Guzmán es titular del derecho que ostenta en los obrados (art. 41 C.P.C.). y respecto a la faz pasiva, la legitimación del

Municipio demandado viene dada por su condición de persona jurídica pública que tiene a su cargo responder de modo directo por la actuación irregular de sus órganos o funcionarios.

- (ii) Si bien advierte que el encuadre normativo de la responsabilidad del Estado es una construcción jurisprudencial, el realizado por el juez inferior es errado. Por ello, claramente no se dan los presupuestos necesarios para hacer responder al Estado por su actividad legislativa. Por tanto, se centra en las reglas que rigen la responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado, por la actuación irregular de los primeros. Es decir, la solución se encuentra en la órbita extracontractual de la responsabilidad civil.
- (iii) La mera anulación de la Resolución 306/02 es insuficiente para fundar la responsabilidad que se atribuye en los hechos a la demandada, cuya procedencia requiere que se hallen reunidos todos los presupuestos de rigor. Es decir, se debe demostrar que actuaron con iniquidad manifiesta.
- (iv) La prueba se encuentra en el relato de la sentencia de Sala I de la Suprema Corte de Justicia de fecha 8/07/2003. Específicamente la magistrada indica:

...el notorio apartamiento en que incurrieron los sindicatos como responsables en el caso, respecto de las obligaciones expresas e implícitas emanadas de la Constitución y de la Ley a su cargo; también emerge de esas mismas actuaciones, según considero, la conducta culposa en que esos sujetos incurrieron (arts. 67, 68 y cc. ley 1.079; art. 18 C.N.). (considerando XII, ap.9, sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p)

- (v) El cuerpo legislativo, con posterioridad a la nulidad de la decisión 306/02, incumplió lo previsto en el artículo 68 de la Ley 1.079. La dilación en el tratamiento de la reincorporación del edil Guzmán configuran arbitrariedad e incumpliendo grave de los deberes legales que le correspondían a los demandados. Así expresó la Dra. Miquel:

..carece de razonabilidad y denota un incumplimiento grave de los deberes legales de los demandados, el hecho de dejar morir un proceso como el que se analiza, sin llevar adelante las diligencias idóneas en orden a desentrañar o al menos intentar hacerlo, con resguardo del debido derecho de defensa del acusado, la verdad de las acusaciones que

tan vehementemente se han sostenido inclusive en autos (considerando XII, ap. 12, sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p).

(vi) Se concluye con el acogimiento de la acción contra *“las personas físicas que fueron demandadas en su calidad de funcionarios, deberán responder entre sí en forma solidaria, mientras que, esos mismos sujetos, tendrán que afrontar la reparación de modo concurrente con el Estado municipal”* (considerando XII, ap. 19, sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p)

(vii) Se funda el daño como reparación que debe mirar no sólo hacia el pasado, sino que también ha prever cuál será la incidencia que el menoscabo podrá razonablemente acarrear hacia el futuro para la persona damnificada. El sustento se encuentra en el art. 11.1 del Pacto San José de Costa Rica. Es decir, la privación que se le dio al edil de salvar su honor, ejercer su cargo e incluso presentarse como candidato en nuevas elecciones.

(viii) Contundentemente la magistrada reparó:

El tránsito por el proceso viciado y el desprestigio que el acusado padeció o, al menos, la duda pública que quedó diseminada con respecto a la actuación del Sr. Guzmán como edil municipal, son hechos que, además de afectar sus derechos personalísimos, naturalmente debieron incidir de manera negativa en su vida de relación y perturbarlo en los términos que pusieron de manifiesto al unísono las testimoniales y la pericial psicológica rendidas en autos, labor de la que no me apartaré, al no encontrar motivos de peso para hacerlo (art. 207 CPC) (considerando XIII, a), sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p).

(ix) No se discute y se otorga el monto por las dietas no percibidas. *No debe perderse de vista que en la especie se reclama satisfacción por un daño cierto, causado por la actividad irregular que mantuvo indebidamente al concejal electo privado de ejercer el*

cargo para el que había sido elegido, hasta la expiración de su mandato (considerando XIII, b), sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p).

(x) El edil Guzmán no logró demostrar la frustración cierta de probabilidad alguna de índole patrimonial que le sea imputable al cuerpo deliberativo y/ o al Municipio, en cuanto a la posibilidad de ser candidato y por ende, ser elegido. Esa probabilidad depende de muchísimas variables; por lo que se presenta como un daño hipotético o eventual. En consecuencia, no prospera la pérdida de chance por no ser demostrable ciertamente.

A lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, el Municipio de Godoy Cruz y los demandados presentaron un recurso de inconstitucionalidad y casación⁶⁴ ante el Superior Tribunal de la Provincia alegando que la sentencia era arbitraria por falta de fundamentación y por ser autocontradictoria.

La Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en fecha 29 de mayo de 2013, se expidió respecto a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, ya que el recurso de casación no fue admitido al inicio del proceso.

La sentencia aborda primeramente la descripción del camino judicial que ha transitado la causa de daños y perjuicios incoada por el edil Guzmán, haciendo un relato sucinto de cada etapa precluida. En segundo lugar, se hace referencia a los argumentos sostenidos por el Municipio, los concejales demandados y la respuesta del Sr. Guzmán. Brevemente el Municipio sostuvo que la sentencia de Cámara civil era arbitraria por falta de fundamentación y por ser autocontradictoria; ello porque nunca se le negó el derecho de defensa del concejal Guzmán, ya que el Presidente del HCD dictó en fecha 15/07/2003 la Resolución n° 167/2003 que dispuso adoptar todas las medidas conducentes a garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa del concejal suspendido, retrotrayéndose lo actuado a la situación establecida por la Resolución n° 306/02; por lo que entiende que con ese acto

⁶⁴ Expediente n° 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j: 111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy P, S/ INC

se subsanaron los actos irregulares que pudieron ocasionar un perjuicio a Guzmán; y además no existe morosidad o dilación injustificada ya que desde que fue notificada la sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia (11 de julio de 2003) hasta el final de mandato (4 de diciembre de 2003) transcurrieron 5 meses.

Los concejales demandados indicaron que no se encuentra acreditada la conducta antijurídica que le endilgan por tanto no hay responsabilidad, ya que se le permitió al Sr. Guzmán el pleno ejercicio de su derecho de defensa. Si el proceso no culminó en una decisión definitiva, fue por el vencimiento del mandato como concejal y por la conducta que Guzmán adoptó en sede administrativa con posterioridad al dictado de la sentencia judicial.

Con el voto preopinante del Dr. Alejandro Pérez Hualde, la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza resolvió acoger el recurso de inconstitucionalidad presentado por los concejales y acoger parcialmente el recurso presentado por el Municipio de Godoy Cruz al modificarse el monto de la condena.

Dicho decisorio tuvo los siguientes argumentos: a) vuelve a reiterar lo dicho en la sentencia del 8 de julio de 2003, en cuanto a que el “*procedimiento de destitución de un concejal por el Honorable Concejo Deliberante tiene naturaleza análoga a la del juicio político.*” (Considerando IV, a), sentencia 29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y o/s p/ Dy P. S/ INC); b) responsabilidad personal de los miembros del HCD. Al respecto sostiene el juzgador que conforme el art. 210⁶⁵ de la Constitución Provincial y el art. 58⁶⁶ de la Ley 1079 “*los concejales municipales gozan de inmunidad respecto a lo que manifiesten o voten en el ejercicio de sus funciones*” (Considerando IV, b), sentencia 29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy

⁶⁵ Art. 210 Constitución de la Provincia de Mendoza: Los miembros del concejo municipal son inviolables, por las opiniones que manifiesten y por los votos que emitan en el desempeño de su cargo. Ninguna autoridad podrá reconvenirlos ni procesarlos en ningún tiempo, por tales causas.

⁶⁶ Art. 58 Ley 1079 Ley Orgánica de Municipalidades de Mendoza. Los miembros de los Concejos municipales son inviolables por las opiniones que manifiesten y por los votos que emitan en el desempeño de su cargo. Ninguna autoridad podrá reconvenirlos ni procesarlos en ningún tiempo, por tales causas.

Cruz y ots p/ Dy P. S/ INC), una interpretación en sentido contrario sólo es aplicable de manera restrictiva. Es decir,

se advierte que lo decidido por un concejal, al votar en un proceso de destitución de otro concejal, también se encuentra amparado por la indemnidad dispuesta por la Constitución Provincial y la misma Ley 1079, por cuanto obedece también al ejercicio de sus funciones. (Considerando IV, a), sentencia 29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy P. S/ INC)

Luego, prosigue el preopinante indicando que para responsabilizar en forma personal a los concejales en su función debe *“acreditar la existencia de un error grosero, de un vicio inexcusable, rayano en el dolo”* (Considerando IV, b), sentencia 29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy P. S/ INC). Cuestión que ni siquiera calificó como gravemente culposa y menos dolosa, por tanto, las irregularidades cometidas en la sustanciación del proceso se encuentran alcanzada por la indemnidad consagrada en el art. 210 de la Constitución Provincial.

c) Si los ediles no pueden ser responsabilizados personalmente, el juzgador consideró que:

[el] Honorable Concejo Deliberante de Godoy Cruz, como órgano del municipio demandado... fue quien, en definitiva, dictó la resolución que destituyó al concejal Guzmán y que fuera anulada por este Tribunal,... la falta de servicio en la que incurrió... compromete, necesariamente, la responsabilidad de la persona jurídica de la cual forma parte, en el caso, de la Municipalidad de Godoy Cruz, por lo que, lo expuesto en los apartados precedentes, sella la suerte del recurso interpuesto por el municipio (Considerando IV, d), sentencia 29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy P. S/ INC)..

d) Respecto al daño moral se confirma el monto otorgado por la Cámara de Apelaciones, y en cuanto al monto de las dietas no percibidas, el Tribunal indica que debe *“recalificarse como el de pérdida de chance de percibir las dietas correspondientes si hubiese sido sometido a un proceso regular, expedito, en el que se hubiese asegurado su derecho de defensa y hubiese culminado con un resultado favorable”* (Considerando IV, e) 2), sentencia

29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy P. S/ INC).

Al recalificarse como una pérdida de chance y esta ser incierta, se deduce el 50% de lo fijado por la Cámara de Apelaciones.

4.-Fin del capítulo

Los hechos que se desarrollaron durante los años 2001-2002 en el Municipio de Godoy Cruz dispararon la tramitación de largas, extensas y complejas causas judiciales.

La tramitación de la denominada causa coimas en Godoy Cruz en la justicia penal es el largo camino recorrido en los tribunales provinciales a partir de la denuncia que fuera efectuada por el concejal Guzmán, el 18 de setiembre de 2001 cuando se presentó ante la Fiscalía de Instrucción y que manifestó que como consecuencia de su cargo – concejal del Departamento de Godoy Cruz-, haber tomado conocimiento de la existencia de un grupo de concejales de ese municipio que pretendía, a través del tratamiento de algunos expedientes, presionar a determinadas personas a fin de obtener de éstas sumas de dinero a cambio de no perjudicarlos o bien beneficiarlos con la actividad que se desarrollaba. Guzmán fue nombrado agente encubierto. La recolección de pruebas, la realización de pericias, la instrucción de varias causas conexas, las innumerables audiencias a testigos, concluyeron recién en el debate oral y público, y posterior sentencia de la Séptima Cámara del Crimen, el 6 de mayo de 2008, para proseguir el camino judicial con la interposición de varios recursos ante el Superior Tribunal de la Provincia, en el que a la fecha luego de confirmar la condena, queda pendiente un recurso extraordinario *in extremis* presentado por el ex concejal Marcelo Canale.

En cuanto a la faz administrativa, se comparte lo afirmado por el Dr. Alejandro Pérez Hualde en cuanto a que “ *es cierto que lo actuado por los ediles demandados en el expediente n° 17589/2002 y sus acumulados, no puede considerarse, precisamente, un ejemplo del buen obrar* (considerando IV, c) sentencia 29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy P. S/ INC). Aunque si bien quedó demostrado en todas las instancias judiciales que los concejales obraron ilícita e irregularmente en sus funciones, la Sala I de la Suprema

Corte de Justicia de Mendoza, condenó civilmente al Municipio y se apartó de responsabilizar personalmente a los mismos, siendo que la Cámara Civil con argumentos solventes los había inculpado.

Finalmente, es menester afirmar que la tramitación, del caso ut supra descripto, en las instancias judiciales dista mucho de lo preceptuado en el art. 1.1 y 25 de Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a proveer recursos internos sencillos y rápidos para garantizar una tutela judicial efectiva.

Capítulo 3

La responsabilidad de los funcionarios

Capítulo 3:

La responsabilidad del Estado va, inexcusablemente, unida a la responsabilidad del funcionario en su actuación lícita como ilícita. De no ser así se propendería a la impunidad de los actos públicos.

El presente Capítulo tiene por finalidad descubrir el alcance de la responsabilidad de los funcionarios públicos, en su faz civil y penal y realizar el consecuente análisis al caso desarrollado en el capítulo anterior.

1.-Acerca de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Al inicio del presente trabajo se menciona que el tema de la responsabilidad del Estado ha sido una constante construcción jurisprudencial, debido a la ausencia de regulación por parte del legislador federal, y es a partir de la sanción de la Ley 26.944 (B.O. 8/8/2014) que toda la teoría jurisprudencial se ve plasmada en una norma específica.

Se advierte que

cuando se habla de la responsabilidad del Estado, simbióticamente implica la responsabilidad del funcionario público. Esto se explica por dos ejes, a) la personificación del Estado y, b) la teoría del órgano.

Respecto a la personalidad jurídica del Estado, la evolución jurisprudencial marca una primera etapa en donde el Estado era inmune de ser responsabilizado por actos que se produjeran en su ejercicio, al menos que una ley específicamente lo hubiera previsto. Se partía de la concepción de que *“la soberanía era incompatible con cualquier pretensión de resarcimiento articulada en su contra”*(PIZARRO, 2016, T.1, p.60). Posición que fue acentuada en el Absolutismo, *“donde el Estado era el Rey y éste como soberano, no podría obrar mal, ni causar daños resarcibles”*(PIZARRO, 2016, T.1, p.60).

Es recién en la década del '30 con los precedentes Devoto⁶⁷ y Ferrocarril Oeste⁶⁸, que se reconoció la responsabilidad indirecta y subjetiva del Estado. La irresponsabilidad o la inmunidad del Estado ya no se podían sostener. Al decir de Colautti,

con el crecimiento del intervencionismo operado a partir de la década en 1930, y el aumento de los perjuicios producidos por la actividad estatal, la idea de la irresponsabilidad o inmunidad del Estado frente a la jurisdicción se hizo cada vez más difícil de sostener.(COLAUTTI, 2007, II.1)

Es recién en 1984, con el precedente *Vadell*⁶⁹ que la CSJN sentó las nuevas bases de la responsabilidad del Estado, es decir, la responsabilidad directa y objetiva por falta de servicio, y lo hizo en base al art. 1112 C.C.⁷⁰ Así el Máximo tribunal resolvió apelando “*a la técnica de la subsidiariedad para aplicar las reglas del derecho privado (Código civil) al derecho administrativo*” (BALBÍN, 2016, p.5).

El criterio sostenido por la CSJN nace de la teoría del órgano; donde el órgano es el conjunto de atribuciones y competencias (cargo) que será ejercido por una persona física (el funcionario público), quien al expresar su voluntad produce la imputación órgano institución u órgano- individuo (conf. GORDILLO, A, 2000,t I, p XII-1), por eso concluye Gordillo (2000), el órgano no constituye una persona distinta al ente que lo conforma, sino que se funde en él.

En base a la teoría del órgano, es que autores como Gordillo (2000), Ivanega (2013) postulan un sistema complejo donde se funden la responsabilidad de órgano institución y del órgano individuo, debiendo compatibilizarse ambos y a su vez imputarse a ambos.

Al decir, Ivanega,

la responsabilidad de los funcionarios públicos no corrió la misma suerte de aquella, pues pesan sobre las arcas públicas las reparaciones a las que el Estado está obligado por las

⁶⁷ CSJN, “Tomas Devoto y Cia. Ltda. S.A. c. La Nacion”, del 22/9/1933

⁶⁸ CSJN, “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Bs. Aires”, del 3/10/1938.

⁶⁹ CSJN, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, del 18/12/1984. Fallos 306- 2030

⁷⁰ Art. 1112 C.C.: los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.

acciones u omisiones de sus funcionarios, quienes permanecen ajenos a las consecuencias que ellos mismos generaron. La acción de repetición no ha constituido un objetivo prioritario a incluir en las agendas legislativas (IVANEGA, 2013, p. 1032)

Esto se confirma en el caso de análisis del presente trabajo, ya que el Superior Tribunal de la Provincia de Mendoza, amparando a los concejales en la inmunidad de opinión dejó impune la responsabilidad por su obrar irregular. Expresamente dijo:

Ha dicho además esta Sala que "*la inmunidad de opinión debe ser interpretada con amplitud y como garantía elástica y funcional por su esencial relación con el sistema republicano y democrático*" (LS 271-401). Conforme esta línea de pensamiento, se advierte que lo decidido por un concejal, al votar en un proceso de destitución de otro concejal, también se encuentra amparado por la indemnidad dispuesta por la Constitución Provincial y la misma Ley 1079, por cuanto obedece también al ejercicio de sus funciones. (considerando IV, b) sentencia 29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y o/s p/ Dy P. S/ INC)

Es claro, que la responsabilidad patrimonial del funcionario público discurre a la par de la responsabilidad del Estado, pero hasta tanto, aquélla no sea consagrada *enérgica y eficazmente, tanto frente a los administrados afectados por su accionar como el propio estado, particularmente cuando, como habitualmente ocurre, éste debe responder frente a los damnificados por los hechos u omisiones de aquél* (PIZARRO, 2016, T.2, p.344)", la responsabilidad del Estado no se encontrará asegurada. Pero tal desafío impone su proceder sustentado en el interés social, en la moral y ética pública (conf. PIZARRO, 2016, t.2).

2.-Tipo de Responsabilidad del Estado.

La doctrina ha definido la siguiente clasificación. La responsabilidad del Estado puede ser contractual o extracontractual. Ésta última es la que realizan los órganos del estado, sea en función legislativa, judicial o administrativa.

Hay responsabilidad por actos legislativos o judiciales *stricto sensu*, por ejemplo cuando el dictado de una ley del Congreso o una ordenanza municipal provoca un daño o cuando una sentencia judicial⁷¹ ocasiona un perjuicio. Aquí se está frente a un caso típico de responsabilidad por acto legislativo o por acto judicial.

Sin embargo, el Poder Legislativo y/ o judicial en ejercicio de la función administrativa puede ocasionar daño, entonces aparece la responsabilidad por hechos o actos administrativos.

Siguiendo a Gordillo (2014) se presentan al menos dos problemas: a) el Código Civil requiere para que haya daño, negligencia o culpa. Diversos fallos dejan exenta esta posibilidad ya que se reservaría sólo para las personas físicas. El inconveniente se encuentra en que no aplican la teoría del órgano, es decir, la persona que obra, con la competencia del cargo que legítimamente ostenta, y que su actuar se subsume en la voluntad del Estado; b) la distinción entre responsabilidad directa e indirecta (conf. Gordillo, 2014). *Cabe recordar que históricamente el factor de imputación no fue la teoría del órgano, sino el vínculo principal/dependiente entre el Estado y sus agentes (art. 1113 CC) (Balbín, 2015, p. 633). Es decir, el factor de imputación fue indirecto, y recién a partir del fallo Vadell⁷², se aplica la responsabilidad con factor de atribución directo, es decir, en*

⁷¹ Recientemente la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, en autos N°112.704/52.349, caratulados: Gil Fernández c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza D y P, sentencia 23/5/2017, hizo lugar al reclamo de daños y perjuicios ocasionado por la actuación judicial irregular que sufrió el actor, condenando al Estado al pago de \$1.500.000 más intereses. El caso se refiere al Sr. Gil Fernández que fue detenido mientras se desempeñaba como funcionario de la Comisaría 33, en virtud de que el Cuarto Juzgado de Instrucción a cargo del Dr. Escot, le imputo delito de extorsión y posteriormente el homicidio doble de Zambrano y Rodriguez, además de cuatro delitos más. El Sr. Gil fue sobreseído en todas las causas después de haber estado más de 4 años alojado en el servicio Penitenciario por un error judicial. Los argumentos de los sentenciantes se fundan principalmente en que “... con mayor razón en el caso de autos el Estado debe indemnizar el daño causado, dado que de las constancias de la causa surge que la privación de libertad fue ordenada en razón de un proceder defectuoso del órgano judicial, cuyo accionar fue severamente cuestionado tanto por el Tribunal de juicio como por la Sra. Fiscal de Cámara (ver fs. 3783 y sgtes. AEV), quien solicitó compulsas para que se investigara la actuación judicial. Cabe resaltar que conforme a lo ordenado por el Tribunal de juicio, se extrajo compulsas de las actuaciones, la que lleva el N° 69.069 y por resolución de fecha 8/10/2008, la Sala Administrativa de este Tribunal aplicó al magistrado interviniente Dr. Escot, la sanción de apercibimiento por incumplimiento de las obligaciones a su cargo.” (considerando II)

⁷² CSJN, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, del 18/12/1984. Fallos 306- 2030.

aplicación de la teoría del órgano. El Estado es responsable de manera directa por los actos u omisiones de sus agentes, y en términos objetivos (conforme el art. 1112 CC).

Un estadio más al respecto ha configurado el Máximo Tribunal Nacional con el fallo “*Mosca*”⁷³, donde realiza una diferenciación entre las acciones y las omisiones del Estado. Así expresa:

En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expuestos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. (considerando 6).

En síntesis, al definir la Ley 26.944 en su art. 1 que la responsabilidad es objetiva y directa, se da por superado el debate que la doctrina ha configurado entre: 1) si los funcionarios representan la voluntad del Estado y los empleados son dependientes, entonces se hablaría de responsabilidad directa o indirecta, cuestión que es zanjada al definir que la responsabilidad es directa; 2) no es necesario también distinguir entre acto u hecho de la administración, siendo los actos los que llevarían a la responsabilidad directa y los hechos a la indirecta, dado que ya se determinó la responsabilidad directa; y por último 3) tampoco es necesario distinguir entre actividad legítima o ilegítima, ya que en ambos casos si se dan los presupuestos de ley, el Estado debe responder.

De acuerdo al análisis que se hiciera en el primer capítulo, apartado 2 c), el artículo 3 de la ley 26.944 indica que para que proceda la responsabilidad por actividad o

⁷³ CSJN, “*Mosca, Hugo A. v. Provincia de Buenos Aires y otros*”, 06/03/2007, publicado en JA, 2007-IV-483.

inactividad ilegítima se requiere: una conducta antijurídica, daño cierto, medible en dinero, responsabilidad objetiva basada en la falta de servicio.

Pero no sólo el Estado es responsable por sus actividades ilícitas, sino también por las lícitas o legítimas, y éstas son las *“propias del Derecho Público, ya que en el Derecho Privado nadie es responsable por el ejercicio regular de sus derechos”*(BALBÍN, C.,2015, p.663).

Para ello se deben dar los presupuestos enunciados en el artículo 4 y 5 de la LRE. Esto es daño cierto y actual, medible en dinero, relación de causalidad directa, sacrificio especial en la persona dañada (art. 4 LRE) e indica específicamente que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional y en ningún caso procede la reparación del lucro cesante (art.5 LRE).

Éste último artículo es cuestionable. Aunque López Mesa proclama la no reparación del lucro cesante, ya que *“el daño lícitamente causado no puede tener igual respuesta indemnizatoria que el causado con culpa o dolo”* (Trigo Represas y López Mesa, 2005, p. 156); otro sector de la doctrina⁷⁴ considera que dicho artículo se contradice con el principio de reparación integral del daño (art. 1740 del CC y C). Asimismo, la jurisprudencia nacional como interamericana proclama la indemnización plena. Ello sustentando en que la CSJN, en los fallos *Santa Coloma*⁷⁵, *Aquino*⁷⁶, *Sanchez Granel*⁷⁷, *El Jacarandá*⁷⁸ y *Malma*⁷⁹ reafirma la posición de una reparación plena e integral.

Respecto al sistema interamericano de derechos humanos, cabe indicar que la Convención Americana de Derechos Humanos, parte integrante del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, establece en su artículo 21 inc. 2 *“ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de*

⁷⁴ Ver por ejemplo PIZARRO, R.D., 2003, Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Buenos Aires, Astrea, t. I, p. 326 y ss; también es sostenido por Comadira Julio, Acto Administrativo municipal, Buenos Aires: Depalma, p.162.

⁷⁵ CSJN, “Santa Coloma, Luis F y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, 05/08/1966, Fallos 308:1160.

⁷⁶ CSJN “Aquino, Isacio C. Cargo Servicios Industriales S. A; 21/09/2004.

⁷⁷ CSJN,”Sanchez Granel, E, c/ Dirección Nacional de Vialidad, 20/9/1984. Fallos 306:1409

⁷⁸ CSJN, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional”, 28/07/2005, Fallos 328:2654.

⁷⁹ CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional- Ministerio de Economía y Obra y Servicio Público s/ Proceso de conocimiento. 15/5/2014

utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley, mientras el art. 63 inc. 1 determina que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde el pago de una justa indemnización.

3.-La Responsabilidad civil de los funcionarios.

Primeramente debemos mencionar que la responsabilidad civil es aquella *“obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro, en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico”* (PIZARRO & VALLESPINOS, 2014, p. 45).

La responsabilidad de no dañar se encuentra en el precepto constitucional del art. 19, es decir, principio jurídico fijado desde los romanos, *alterum non laedere*. Es decir, no sólo implica resarcimiento sino prevención del daño.

El Anteproyecto de modificación del Código Civil, siguiendo la doctrina, fijó las tres funciones del derecho daños, la función preventiva, resarcitoria y punitiva, Así el artículo 1708 previsto establecía: Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva. Sin embargo, en el tratamiento del Proyecto de Código Civil y Comercial en el Congreso, suprimió la función punitiva al eliminar el original art. 1714, y al establecer expresamente en el artículo 1708 que las funciones de la responsabilidad son la prevención del daño y su reparación.

La Ley 26.944 en su art. 9 establece que *la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, lo hace responsables de los daños que causen*. Correlativamente, el Código Civil y Comercial, en su artículo 1766, indica que *los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*.

Al respecto, en el primer capítulo mencionamos que si bien la responsabilidad personal de los funcionarios encuentra su base en el art. 1112 del CC. , parte de la doctrina

(Parellada (2014), Llambías (1979), entre otros) sostienen que la misma corresponde al derecho común y no al derecho público local, por tanto el artículo 9 de la LRE se encuentra en dudosa constitucionalidad.

Cabe recordar, como indica Merkehikian (2008)

no habrá que perder de vista que la célebre distinción entre la culpa personal del funcionario y la falla del servicio nació en Francia merced a una distribución de competencias entre los jueces ordinarios y los tribunales administrativos, sobre la base de una consideración extremadamente rígida de la división de poderes y a la luz de una disposición que, a diferencia de nuestro Artículo 1112 del Código Civil prohibía a los jueces so pena de prevaricato, perturbar en ninguna forma las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar a los funcionarios para que, por motivos de sus funciones, comparezcan ante sus despachos (Ley 16-24 agosto de 1790, Título 2º, Art. 13) (MERTEHIKIAN, E, 2008, II).

La doctrina es conteste en afirmar que la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los funcionarios públicos por daños a terceros es de naturaleza extracontractual. Bajo esta órbita es que la Jueza preopinante (Dra. Silvina Miquel) de Cámara Civil, Comercial, Paz y Minas de la Provincia de Mendoza, sostuvo en el caso que en profundidad se analizó en el capítulo 2,

juzgo adecuado encuadrar el caso en las reglas que rigen en nuestro derecho la responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado, por la actuación irregular de los primeros. Para situar la solución en la órbita extracontractual de la responsabilidad civil, me hago cargo de que las partes no han controvertido sobre el particular y también tengo en consideración, fundamentalmente, que ninguna razón de peso justifica en el ocurrente entrar en disquisiciones al respecto (arts. 43, 1.109, 1112 y cc. Cód. civ.. y 153 incs. 1 y 2, 155 y 156 de la ley 1.079. (considerando XI, ap.7, sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos Nº 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p)

Además del encuadre normativo que realiza, la Cámara en el caso Guzmán, realiza un acto judicial de escasísimo antecedente tanto a nivel provincial como nacional, pero de un impacto inconmesurable, esto es, responsabilizar personalmente a los concejales que

actuaron en forma irregular ante el proceso de suspensión y posterior destitución del edil Guzmán. La justificación que la segunda instancia en el juicio civil consistió en que tomando a título referencial el fallo Gavier⁸⁰,

la Corte no bastó en aquella oportunidad señalada con que se declarara la nulidad de la decisión sancionatoria para hacer responsables a sus emisores; juzgó por el contrario ese tribunal que, para que opere la responsabilidad civil en estos casos, se requiere algo más, esto es la evidencia relativa a que, los sindicatos como responsables, actuaron con “iniquidad manifiesta”(considerando XII ap.6, sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p).

Para finalmente postular que,

[D]esde cualquier perspectiva entonces, carece de razonabilidad y denota un incumplimiento grave de los deberes legales de los demandados, el hecho de dejar morir un proceso como el que se analiza, sin llevar adelante las diligencias idóneas en orden a desentrañar o al menos intentar hacerlo, con resguardo del debido derecho de defensa del acusado, la verdad de las acusaciones que tan vehementemente se han sostenido inclusive en autos. El cumplimiento irregular está a la vista y también lo está que, esa conducta atribuible a los funcionarios demandados – que también juzgo en cuanto omisiva (Calderón, Maximiliano R.- Márquez, José Fernando, cit. pág. 339)- puede reprocharse a los sindicatos como responsables, al menos, a título de culpa. Mi decisión en lo pertinente no varía, sea que se suscriba la posición de quienes entienden que en estos casos el actor tiene que probar la culpa del funcionario público, sea que se considere- como creo debe hacerse- que probada la actuación irregular, nace una presunción iuris tantum o relativa de culpa “que se infiere in re ipsa de la ejecución irregular” (Calderón- Márquez, cit. Pág. 340; Sagarna, cit. pág.458). En suma: el daño manifiestamente injusto sufrido por el actor en este caso sólo puede atribuirse, en la mejor de las alternativas para los demandados, a la pertinaz conducta irregular y negligente asumida por ellos en el curso de los hechos que se analizan (arts. 512 y 902 cód. civ.); esa es, insisto, en la posición que mejor coloca a los sindicatos como

⁸⁰ CSJN, “Gavier Tagle, Carlos c/ Loustau Bidaut, Roberto y otro”, 14/6/01.

responsables, una realidad incontestable que surge en el caso patente de los hechos mismos y que me exime de efectuar, ajustada a los términos del pedimento inicial (fs. 72 vta), otro tipo de valoraciones (a las que podrían dar eventualmente cabida la ponderación conjunta de las declaraciones de los testigos que fueron llamados a esta causa y los antecedentes correspondientes a las denuncias que el actor formuló, que se tienen a la vista) ”(considerando XII ap.12, 13 y 14, sentencia 12 de diciembre de 2011, Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p)..

La transcripción precedente es de riquísima utilidad por cuanto funda la responsabilidad personal de los demandados, algo casi inusual e inédito para los antecedentes jurisprudenciales. De hecho, Nisnevich, en nota a fallo a dicho decisorio expuso:

Considero que la responsabilidad puede establecerse no solamente con el objeto de indemnizar el daño – finalidad que se encontrará igualmente cumplida, si quien afronta el pago de dicha indemnización es el Estado, como ocurre generalmente conforme a la Jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales lo demuestra, sino también con el de hacerla recaer sobre el verdadero productor de aquel, a fin de evitar la repetición de conductas (NIESNEVICH, A, 2012, p. 606)

Tal decisión, no fue sostenida en la instancia superior, por cuanto la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, determinó la exclusión de la responsabilidad personal de los concejales que destituyeron, en un inconstitucional proceso de juicio político al edil Guzmán, bajo el *so pretexto* de encontrarse dichos actores bajo la inmunidad prevista en el art. 210 de la Constitución Provincial y art. 58 de la Ley 1079.

El fundamento expresa que:

los concejales municipales gozan de inmunidad respecto a lo que manifiesten o voten en el ejercicio de sus funciones. Las excepciones a esta regla, que podrían fundarse principalmente en la existencia de vicios groseros en el desempeño de las funciones, deben interpretarse restrictivamente, por cuanto, la inmunidad otorgada resulta esencial en el funcionamiento del sistema republicano de gobierno. (Considerando IV, b), sentencia

29/5/2013, autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y o/s p/ Dy P. S/ INC)..

Éste fue el principal argumento, que eximió a los Concejales de responder en forma personal y solidaria por su desempeño en el juicio político, agregando que quien debía instar su desarrollo, darle impulso y procurar la urgente resolución del caso que estaba causando evidente daño al actor, era el Concejo Deliberante como tal, no eran los concejales en forma personal, quienes debían impulsar la causa (conf. Noé y Fernández, 2015).

Aquí vale ilustrar la predica que hace el profesor Agustín Gordillo (2014), respecto que la doctrina funda sólo la responsabilidad del Estado en base a lo que se quiere entender del (ex) art. 1112 C.C., mencionando que los dos autores que más bregaron en contra de la responsabilidad de los funcionarios públicos son Cassagne y Linares. Ilustra el profesor,

así como aparece por doquier en la doctrina y jurisprudencia argentina que se recurre, sin necesidad alguna, a fundar la responsabilidad del Estado, no la del funcionario, en el art. 1112, con lo cual se logra por un pase de magia hacer desaparecer de la vista el molesto art. 1112 en cuanto quería recordarnos que debíamos responsabilizar también al agente, y dedicar en cambio todas las fuerzas colectivas a responsabilizar solamente al Estado, o sea a nadie, olvidando mientras tanto, muy convenientemente, a esos gigantes de irresponsabilidad que nos gobiernan y administran día a día. (GORDILLO, A, 2014, tomo2, cap. XIX-6, p. 680)

La Ley 26.944, conforme a su artículo 9, y la reciente sanción de la Ley 8968 (BO 11 de 2017) De Responsabilidad Patrimonial del Estado de la Provincia de Mendoza, art. 16⁸¹, de similar contenido e interpretación, fortalecen la corriente que tanto la

⁸¹ Art. 16- Responsabilidad personal del funcionario o agente público. El funcionario o agente público es responsable por los daños causados a los particulares por la culpa grave o dolo en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o agente público y del Estado son concurrentes cuando aquellos hubieren obrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas; de lo contrario, sólo responderá el Estado frente a terceros. Prescripción. La pretensión resarcitoria de los particulares contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. Repetición. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes responsables del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció su responsabilidad.

jurisprudencia y la doctrina vienen sosteniendo, a excepción del profesor Gordillo⁸², en cuanto a colocar barreras para responsabilizar personalmente a los funcionarios públicos, además de responsabilizar en forma conjunta al Estado (persona- institución) y a la persona- órgano físico), alentando sólo a demandar al Estado- institución, tal como revela la sentencia de fecha 29 de mayo de 2013, de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en autos 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j.111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy p., s/ inc.

En el debate parlamentario⁸³ respecto al proyecto de ley de responsabilidad patrimonial del Estado (hoy Ley 8968), en la sesión de la H. Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, la diputada Carina Segovia, advierte que debería modificarse el art. 16 al mencionar como factor de atribución la culpa grave. Sostiene al respecto que,

no puede dejarnos de asombrar la redacción que le ha dado el Poder Ejecutivo a la responsabilidad de estos funcionarios y agentes públicos, porque establece una verdadera “patente de corso”, autorizándolos a causar daño bajo la protección de la ley. La culpa grave como factor de atribución, no hace otra cosa a los funcionarios que causar daño, sin tener que responder con su patrimonio por los perjuicios que puedan producir. (versión taquigráfica de la sesión de la H. Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, 5 de abril de 2017, 19 sesión sobre tabla, p.41)

El artículo 16 roza la inconstitucionalidad por cuanto el factor de atribución causa grave no se encuentra previsto y regulado en el derecho de fondo, Código Civil y Comercial.

En síntesis, ni la doctrina ni la jurisprudencia ha sido conteste en afirmar, fortalecer y propiciar la corriente de responsabilización de los actos que realizan los funcionarios públicos frente al daño causado por su accionar.

⁸² Para ampliar se puede consultar a Gordillo, A. 2014, tomo2, cap. XIX-14, p. 687-688.

⁸³ Se puede consultar [http://www.hcdmza.gob.ar/web/images/archivos/diariosdesesiones/2017/5-4-17\(RESPONSABILIDADPATRIMONIALDELESTADO\).pdf](http://www.hcdmza.gob.ar/web/images/archivos/diariosdesesiones/2017/5-4-17(RESPONSABILIDADPATRIMONIALDELESTADO).pdf)

Con la sanción de la Ley 26944 y la Ley provincial 8968, no solo no se procura la responsabilidad del Estado, sino que se funda la irresponsabilidad tanto del Estado (institución) como del Estado (persona física= funcionario público) al impedir la aplicación de sanciones conminatorias. Respecto a este tema, para mayor explicación, remitimos al capítulo 1, punto 2 c).

Es decir, frente a un mismo hecho relevante y responsable, la jurisprudencia nacional y provincial sólo ha responsabilizado al Estado- órgano, como mecanismo de garantizar la reparación del daño. Pero ello implica que en definitiva el costo de la irregular actuación del funcionario público es soportado por la comunidad en su conjunto. Cuenta de ello lo advierte el caso de análisis del presente trabajo, donde se condenó al Municipio de Godoy Cruz, por el accionar irregular de los concejales del cuerpo deliberativo; pero en definitiva a los que se condena es a los vecinos del municipio que con el pago de sus tasas municipales, aportaron al pago, de los daños y pérdida de chance determinada por la justicia provincial, al edil Guzmán.

Al respecto, se debe avanzar en un sistema estricto de responsabilización del funcionario público. Debe haber una compatibilización y corresponsabilidad entre el Estado y el funcionario público. Al decir de Gordillo, guiado por Mosset Iturraspe, es aplicar "*el paso del anonimato a la responsabilidad colectiva*"(GORDILLO, A, 2014,tomo 2, cap. XIX-32,p.706). No se puede relegar u omitir la responsabilidad personal del funcionario público bajo el fundamento de la responsabilidad directa y objetiva del Estado frente al víctima.

Para ello, y como lo afirma R. Pizarro, debe existir la "*obligatoriedad de la acción de regreso contra el agente administrativo que con su culpa o dolo causa el daño, que permita superar la situación actual de práctica de irresponsabilidad de los agentes y funcionarios*" (PIZARRO, 2016, t. 2, p. 345), tal como lo muestra el caso que se analiza en el presente trabajo.

4. Responsabilidad penal y lucha contra la corrupción.

A lo largo de la primera parte del capítulo 2 se desarrolló y describió toda la casuística que rodeó al denominado caso Coimas en Godoy Cruz, y que se origina a partir de la denuncia penal realizada ante la Quinta Fiscalía de Instrucción de Mendoza, por parte del concejal Guzmán.

Es decir, cuando un agente- funcionario público realiza actos u omisiones, dolosas o culposas, que constituyen infracciones, delitos, conforme el Código Penal, nace la responsabilidad penal.

La figura penal con la que nació el caso Coimas en Godoy Cruz fue el previsto en el art 256 bis del Código Penal, donde se imputó y proceso a 7 concejales y 2 asesores del HCD. Al momento del avoque y elevación a juicio mutó la figura de imputación por lo previsto en el artículo 266 del Código Penal, para finalmente la sentencia del 6 de mayo de 2008, la Séptima Cámara del Crimen condenó a 5 concejales por el delito de exacciones ilegales.

Desde el regreso a la democracia, en Mendoza, el caso coimas de Godoy Cruz, es el único caso, en el que estando involucrado funcionarios públicos, en un accionar ilícito, han sido condenados por la justicia penal en la Provincia de Mendoza. Si bien es loable la ardua y compleja tarea, que, en este caso, se llevó adelante, por la justicia mendocina; es casi nulo los casos en que han llegado a condena por casos de corrupción o de ilícito penal.

Sólo cabe recordar que la otra gran causa de corrupción en la Provincia de Mendoza ha sido la operatoria del ticket VALE MÁŠ, denunciada en 2006, y la que derivó en cuatro grandes causas. Es recién en marzo de 2017, después de 11 años de tramitación, sólo ha quedado condenado uno de los coordinadores del programa de tickets Vale Más. Este programa que nació en el año 2000, en el gobierno de la Alianza, siendo gobernador Roberto Iglesias, tenía como objetivo distribuir, entre personas de bajos recursos, tickets que se intercambiaban, en algunos comercios adheridos, por mercaderías, y luego el comerciante lo cobraba en el Ministerio de Hacienda de la Provincia.

Como se puede advertir, en este caso también, dos son los factores comunes que rodean ambos casos, la situación de crisis económica y política y el retardo en la tramitación y resolución por parte de la justicia provincial.

Argentina ha adoptado la Convención Interamericana contra la corrupción (Ley 24759) y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Ley 26097), sumado a la Ley de Ética Pública N° 25.188 y la Ley de Derecho de Acceso a la Información Pública N° 25.275, por lo cual el marco normativo está presente, pero es necesario en avanzar en el fortalecimiento de los canales de participación ciudadana, la educación e instrumentación del control ciudadano en la actuación del Estado, involucrar a los actores socio- político y económico en mecanismos que garanticen la transparencia activa. En definitiva, construir y empoderar un Estado abierto⁸⁴.

5.-Final del capítulo.

En la actualidad, el estudio de la responsabilidad del Estado, desde las ciencias sociales, ha adquirido mayor alcance, no sólo rendición de cuenta, sino el abordaje desde los valores éticos, el involucramiento ciudadano y la transparencia activa.

En función de ello, la responsabilidad civil de los funcionarios, como mero deber de no dañar a otro, debe ampliarse al compromiso de hacerse cargo personalmente, y no trasladarlo al órgano- institución (Estado).

Al respecto, Gordillo es claro al sostener que

la doctrina ha contribuido a esa criticable situación —cuyos efectos en materia de corrupción administrativa, empobrecimiento y desaliento social están a la vista en los últimos decenios de vida nacional— por no haber insistido lo suficiente y a veces ni

⁸⁴ Estado abierto en el sentido más propio para las ciencias sociales de América Latina, dado que el concepto de gobierno abierto surge con la llegada de Barack Obama a la Presidencia de los EE.UU, cuando postula “*Open government*”, es decir, transparencia, participación y colaboración ciudadana. conf. Oscar Oslak, Gobierno Abierto en Iberoamérica: promesas y realizaciones, XVIII Congreso Internacional del CLAD, Montevideo, 2013. Versión electrónica: <http://www.oscaroszlak.org.ar/images/articulos-espanol/Estado%20abierto..pdf>

siquiera mínimamente en la necesidad social y republicana, además de jurídica, de por lo menos, sincronizar la responsabilidad del funcionario público con la responsabilidad del Estado (Gordillo, A. 2014, tomo2, cap. XIX-6, p. 677-678)

Por último, la responsabilidad penal de los funcionarios en ejercicio de la función pública debe ser perseguida, sancionada, pero acompañada de una respuesta rápida y eficaz. La corrupción lima las reglas de juego, perfora el bien jurídico tutelado, esto es el buen funcionamiento de la Administración Pública.

CONCLUSIÓN

Invariablemente cuando se inicia el debate respecto a la responsabilidad del Estado, lo primero que aparece es la afirmación de que el Estado debe responder. Sin embargo, cuando la persona física, titular del órgano administrativo, esto es, el funcionario público, actúa en y para la administración, se funde en la organización, y en consecuencia, nace la responsabilidad del Estado.

La Responsabilidad del Estado desde la óptica del Derecho Administrativo, tiene una función pedagógica, *“en el sentido que nos permite aprender lo que debiera evitarse, mejorarse o definitivamente modificarse, en pos de acotar los eventos dañosos que repercuten en el deber estatal de indemnizar los respectivos daños”* (NOE y FERNANDEZ, 2014, ap.VI).

En el presente trabajo se abordó el concepto de responsabilidad como el deber de no dañar a otro, para luego describir la evolución que el Alto tribunal del país ha configurado, desde sus orígenes, respecto a la responsabilidad del Estado, a partir de una variada casuística; advirtiéndose la ausencia de la regulación específica, la que fue saldada con la sanción de la Ley N° 26.944 y en la Provincia de Mendoza, con la Ley N° 8968.

La investigación comienza con el desafío de dar respuesta a los interrogantes respecto a la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por actos lícitos y/o ilícitos de los agentes públicos.

Los primeros precedentes jurisprudenciales dan cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó la responsabilidad estatal con fundamento en el antiguo artículo 43 del Código Civil, excepto que una ley expresamente lo determinara.

Con la Ley N° 17.711, que reformó el Código Civil de Vélez Sarsfield, fue posible imputar los hechos ilícitos cometidos por las personas físicas que dirijan o administren en el seno de las personas jurídicas (Estado), siempre que hayan actuado en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

En el caso paradigmático “*Ferrocarril Oeste (1938)*”⁸⁵, el Tribunal sostuvo que el factor de atribución de responsabilidad estatal era el factor subjetivo, apoyando sus fundamentos en la relación del principal (Estado) con sus dependientes (agentes públicos) bajo los artículos 1113 (responsabilidad indirecta) y 1109 (carácter subjetivo) del Código Civil.

Con el fallo “*Vadell (1984)*”⁸⁶ el Alto Tribunal desplazó la responsabilidad del Estado en base subjetiva (relación del principal y el dependiente) por el criterio del artículo 1112 del Código Civil y de la teoría del órgano. Es decir, el factor de imputación es objetivo y directo, y el límite a tal imputación era: a) *que el hecho fue ejecutado con motivo del desempeño del cargo y no de modo ocasional; o b) cuando el hecho fue realizado en el marco del objeto y dentro de los límites aparente del cargo* (BALBÍN, 2015, p. 654/655)”

La tutela jurídica del artículo 1112 no fue creada sólo para terceros damnificados sino cuando el obrar del agente público dañara a la propia Administración. El Estado damnificado no estaba comprendido entre los legitimados activos que dicha tutela invocaba, es decir, el Estado mantenía con el funcionario una relación jurídica preexistente al acto dañoso. Cuando éste infringía su deber y lesionaba al Estado Empleador, incurría en responsabilidad contractual y no extracontractual (conf. Pizarro, 2016).

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial previó la regulación del funcionario público y del empleado público en los términos del artículo 1112 del Código Civil, específicamente en el artículo 1765, manteniendo su regulación en la normativa de derecho común, uniforme para todo el territorio. Por contrario, el Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional descartó la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios de la normativa civilista e incorporó en el artículo 1766 que dicha responsabilidad se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

⁸⁵ CSJN, “*Ferrocarril Oeste c. Provincia de Bs. Aires*”, del 3/10/1938.

⁸⁶ CSJN, “*Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires*”, del 18/12/1984. Fallos 306- 2030

La Ley N° 26.944 contiene un dispositivo que regula la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos frente a la Administración (art. 9) pero no con relación a otros damnificados, por lo cual si el agente público por su obrar irregular incumple con sus obligaciones es responsable concurrentemente con el Estado frente a la víctima, sin perjuicio de las acciones de regreso pertinente. Ahora si el daño es causado fuera del ejercicio de la función que ejerce, responde a título personal.

Se recorrió a lo largo del trabajo el tratamiento de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Se describió a través de un caso que fue paradigmático para la Provincia de Mendoza, denominado coimas en Godoy Cruz, el alcance que hoy la doctrina y la jurisprudencia realiza respecto a la responsabilidad penal, administrativa, civil y política en el actuar irregular de los funcionarios públicos, específicamente, el de los concejales del HCD del Municipio de Godoy Cruz.

Quedó comprobado que a pesar del ilícito penal y de la irregular actuación de los mismos concejales en uno y otro acto de la administración, fue la comunidad de Godoy Cruz la que respondió por su obrar, ya que bajo el fundamento de la teoría del órgano se responsabilizó a la Municipalidad de Godoy Cruz por el actuar ilícito e irregular de sus funcionarios. Es decir, el costo de la inconducta terminó solventada por los propios ciudadanos- contribuyentes del municipio.

En cuanto a los condicionantes o requisitos para que proceda la responsabilidad personal de los funcionarios en ejercicio de la función legislativa se concluye que toda persona, y más agente público, debe resarcir el daño que dolosa o culposamente causa a otro. En segundo lugar, la teoría del órgano no puede ser el paragua que permita evadir la responsabilidad personal del funcionario público, de lo contrario, lo que conduce y se rechaza es a la irresponsabilidad del agente público.

En el relato del caso en análisis quedó demostrado que *so pretexto* de implementar una herramienta de control de la democracia, esto es el juicio político, lo que se instauró fue la venganza del cuerpo deliberativo a un edil por haber denunciado las irregularidades e ilícitos que sus pares realizaron.

Debería haberse sancionado a los concejales que en ejercicio de sus funciones actuaron con culpa, y habérselos responsabilizados. Sin embargo, la normativa al exigir el factor atribución dolo, la totalidad de las conductas de los mismos quedó impune, tal como lo sentenció el Superior Tribunal de Mendoza.

Si el funcionario público transgrede o viola con su actuar el orden jurídico y los derechos de los particulares, deben arbitrarse todos los mecanismos de sanción posible, y no encubrir bajo el manto de que el Estado responde, su ineficiente actuar, que devendrá en definitiva en el costo que la sociedad en su conjunto asumirá, siendo el funcionario liberado e impune de su actuar. La resolución del caso, al dejar librada la responsabilidad personal de los concejales, generó una frustración social que fortalece la falta de credibilidad de la ciudadanía respecto a sus representantes y a las instituciones.

La sanción de la Ley nacional 26944 y la reciente sanción provincial de la Ley 8968, en aras de establecer, en el marco del derecho público, las pautas para jerarquizar la responsabilidad del Estado, ha retrotraído la responsabilidad de los funcionarios- agentes públicos.

Al decir de Calderón- Márquez *“la responsabilidad del funcionario público es, en los hechos, una quimera, fácilmente comprobable por la escasez de resoluciones judiciales al respecto.* (Calderón Marquez, Responsabilidad civil del funcionario público, Revista de Derecho de Daños, 2010, n° 3, p. 327).

Lo expuesto, sumado al relevamiento de otras causas judiciales que refieran a la responsabilidad de funcionarios públicos, reafirma la hipótesis que se sostuvo al inicio del presente trabajo, en cuanto a que es escasa la recepción, en la jurisprudencia provincial y nacional, de la responsabilidad personal de los funcionarios en ejercicio de la función pública; y en mucha mayor medida respecto a funcionarios en ejercicio de la función legislativa.

El principal desafío de nuestro país, y en especial de los gobiernos locales, se encuentra en el fortalecimiento de la democracia política, es decir, fortalecimiento de las instituciones, su credibilidad, transparencia, acceso y participación en el control por parte de la ciudadanía.

Siguiendo a Ramón Pizarro, concluyo que en la medida que no se consagre un sistema y régimen adecuado y estricto de la responsabilidad del funcionario público no se podrá asegurar niveles de prevención de daños que aliente a los funcionarios a cumplir debida, responsable y comprometidamente con sus deberes y obligaciones; y ello no será posible de alcanzar si los funcionarios públicos no son demandados y alcanzados por una condena patrimonial. De no ser así, la responsabilidad personal del agente público es una utopía.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA

ALBARRACÍN, A., (2015), La responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza. Dictamen de los proyectos de ley presentados en la legislatura provincial, *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio de la Ley 26.944*, (pp. 501-519), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Ministerio de Justicia, Presidencia de la Nación.

ABERASTURY, P. (2007), Principios de la responsabilidad del Estado, en ABERASTURY, P. (Dir), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot,

ALTAMIRA GIGENA, J., (1973), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Astrea.

ALTAMIRA GIGENA, J., (2014), La nueva Ley de Responsabilidad del Estado y del Funcionario, versión electrónica: www.acaderc.org.ar

BALBÍN, C.F., (2015), Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires: La Ley.

BALBÍN, C.F., (2016), Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho Administrativo, Buenos Aires: ASTREA-DPI Cuántico.

BIANCHI, A.B. (1989), *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

BIANCHI, A.B. (1999), Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma,, Capítulo III, número 15, pp. 83-90.

BIANCHI, A.B. (2014), La responsabilidad del Estado por actividad legislativa, en ROSATTI, H. (dir), *La Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Ed. Rubinzal- Culzoni

BUSTELO, E. (2001), Responsabilidad del Estado por la actividad u omisión de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados, obra colectiva, *Servicios Públicos*, Mendoza, Ed. Dike.

CARDUCCI, P.S. (2013), Responsabilidad del Estado: nociones actuales e ideas futuras, *Lecciones y Ensayos*, Nro. 91, ps. 157-177.

COLAUTTI, C., (2007), La responsabilidad del Estado por actos lícitos, LA LEY1991-B, 709 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 1497 - RCyS2013-V, 293 Cita Online: AR/DOC/1623/2001

FARRANDO, I. (2001), La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios, obra colectiva, *Servicios Públicos*, Mendoza, Ed. Dike.

GAITAN, R. (2015), La Responsabilidad del Estado desde el Derecho Administrativo, *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio de la Ley 26.944*, (pp. 53-80), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Ministerio de Justicia, Presidencia de la Nación.

GARCÍA DELGADO, D., (1998), Estado- Nación y globalización, Buenos Aires: Ed. Ariel, p.136.

GORDILLO, A., (2000), Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires. Fundación Derecho Administrativo.

GORIDLLO, A., (2014), La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Tratado de Derecho administrativo y obras selectas, tomo 9, cap.XV, Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, versión electrónica: www.gordillo.com

GUASTAVINO (1992), Recurso extraordinario de inconstitucionalidad, T.I, Buenos Aires: Ed. La Rocca.

IBARLUCÍA, E.A., (2014) Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?, Publicado en: LA LEY 07/07/2014, 07/07/2014, 1 - LA LEY2014-D, 739, Cita Online: AR/DOC/2129/2014

IVANEGA, M.M., La responsabilidad de los funcionarios públicos, recuperado 8/4/17, versión electrónica: www.juridicas.unam.mx, p.155-187

IVANEGA, M.M., (2013), De las responsabilidades de los funcionarios públicos, en *Estudio de Derecho Público*, Director Regueira Enrique, Buenos Aires: Asociación de Docentes UBA, 1031-1043.

LAGARDE, F, (2015), La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales, *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio de la Ley 26.944*, (pp. 11-42), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Ministerio de Justicia, Presidencia de la Nación.

LLAMBÍAS, J.J., (1979), Código civil anotado. Doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires: Abeledo Perrot, T. II-B pág. 449.

MAIRAL, H. A. (1984), Control Judicial de la Administración Pública, vol. I, Buenos Aires: Ed. Depalma.

MANILI, P.L., (2007), *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007*, Buenos Aires: Ed. Universidad

MARIENHOFF, M.S. (1965), *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires: Ed. Abeledot Perrot

MARTINS, D.H.,(1996), *Regímenes municipales contemporáneos*, en *El Municipio*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

MERTEHIKIAN. E, (2008), *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ediciones Rap S.A., Id SAJ: DACF130332

MONTBRUN, A, (1996), *Desarrollo histórico/normativo de las administraciones de la Provincia de Mendoza*, Mendoza: EDIUNC.

MUÑOZ, R (h), (2016), *Prohibición de aplicación de astreintes en contra del Estado*, versión electrónica, La Ley, cita online: AR/DOC/3857/2015

NIESNEVICH, A, (2012), *Nota a fallo Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots*, LL Gran Cuyo Año 17 N° 6.

NOE, G y FERNANDEZ, J, (2014), *La responsabilidad del funcionario público y del estado municipal a la luz del art. 1112 Código Civil*, La Ley Gran Cuyo, setiembre

PARELLADA, Carlos A. (2014), *Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944*, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Buenos Aires: Ed. Rubinzal- Culzoni.

PEREZ HUALDE, A. (1997), El concesionario de servicios públicos privatizados. *La responsabilidad del Estado por su accionar*, Buenos Aires, Ed. Depalma

PERRINO, P. E. (2014), La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (p. 31-47), Año XVI, N°12, Thomson Reuters, Buenos Aires.

PEROTTI, Alejandro Daniel (2008), *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires,

PIZARRO, R.D., (2013), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires: Astrea, To. 2.

PIZARRO, R.D., (2016), *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires: Astrea, Tomo 1 y 2.

PIZARRO, R. D. & VALLESPINOS, C. G. (2014). *Compendio de derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

RAJLAND, B, (1996), Sobre la Democracia, la desigualdad y el Estado, en Sandler, H, *Hacer la democracia*, (p. 329-340), Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, p. 335.

REVIDATTI, G, (1996), Perspectiva institucional del Municipio Argentino, en Vanossi, Jorge y otros, *El Municipio*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

SALINAS, M.E. (2003), *El Municipio: estudio sobre un modelo de gestión gerencial*, recuperado:

http://www.gobiernoslocales.com.ar/files/File/biblioteca_municipal/salinas_%282003%29_el_municipio_estudio_sobre_un_modelo_de_gesti%C3%B3n_gerencial.pdf

SALVATELLI, A, (2012), La Responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego reglamentarias, bajo situación de estado policial, Buenos Aire: Collección Tesis, p.105-106

SALVATELLI, A. (2015), Responsabilidad concurrente de los concesionarios y del Estado en la ley 26.944, en *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio de la Ley 26.944*, (pp. 337-359), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, Ministerio de Justicia, Presidencia de la Nación.

TRIGO REPRESAS F. A. y LÓPEZ MESA M. J (2004), Tratado de la Responsabilidad Civil, 1° ed., Buenos Aires: La Ley.

TRIGO REPRESAS, F.A. y LÓPEZ MESA, M. J., (2005). Tratado de la responsabilidad civil, t. IV, Buenos Aires: La Ley.

ZALAZAR, A.(2015), Los factores de atribución en la Ley de Responsabilidad del Estado, *Responsabilidad del Estado, Aportes doctrinarios para el estudio de la Ley 26.944*, (pp. 161- 172), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, Ministerio de Justicia, Presidencia de la Nación.

ARTÍCULO DE REVISTAS.

DI MARCO, L, (2000/09/28), Demasiado tarde para arrepentirme, *Revista 3 puntos, Año 4*, (24-29), Buenos Aires.

GRUSS, L (2000/09/7), El off de record en el banquillo, *3 Puntos, Año 4* (p. 18/ dichos de Augusto Alasino, titular del bloque del PJ), pp. 18-20, Buenos Aires.

ROSEMEBERG, D, (2000/09/7), Estaba cantado, *3 Puntos, Año 4*, (p. 16), pp. 16-17, Buenos Aires.

CONFERENCIAS/ EXPOSICIONES.

CAZABÁN, A. (2002), exposición “Que se vayan todos”, en La Cava, Maipú, 10 de agosto de 2002, en la Presentación de ACEP Mza.

JURISPRUDENCIA

CSJN, “Barreto Alberto Damián y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”, 21/3/06, (causa B.2303.XI.)

CSJN, “Tomas Devoto y Cia. Ltda. S.A. c. La Nación”, del 22/9/1933.

CSJN, “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Bs. Aires”, del 3/10/1938.

CSJN, "Laplacette c. Provincia de Buenos Aires", 26/2/43.

CSJN, “Sánchez Granel, Obra de Ingeniería, S. A. c. Dirección Nac. de Vialidad s/ Demanda Contenciosa”, 20/09/1984

CSJN, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires“, del 18/12/1984. Fallos 306- 2030.

CSJN, ‘Pose, José Daniel c. Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios’, 01/12/1992; Fallos 315:2834.

CSJN “Aquino, Isacio C. Cargo Servicios Industriales S. A; 21/09/2004.

CSJN, “Gunther , Fernando Raúl”,1986, Fallos, 308: 1.118

CSJN, Zacarías, 1998, Fallos, 321: 1125.

CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, M. 802. XXXV., 6/03/2007.

CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional- Ministerio de Economía y Obra y Servicio Público s/ Proceso de conocimiento. 15/5/2014

CSJN, “Los Lagos SA Ganadera c/ Gobierno Nacional”, 30/6/1941

CSJN, “Meridiano, Soc. en Com. por Accs. c. Administración Gral. de Puertos”, 24/4/79.

CSJN, “Godoy”, Fallos, 317-3: 1225

CSJN, “De Gandia, Beatriz I c/ Provincia de BsAs”, Fallos : 318: 845

CSJN, “Fabro Víctor y otros c/ Provincia de Río Negro”, 9/11/2000.

CSJN, “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina-daños y perjuicios”, del 19/05/1992, Fallos:315:1026.

CSJN, “Sánchez Granel, Obra de Ingeniería, S. A. c. Dirección Nac. de Vialidad s/ Demanda Contenciosa”, 20/09/1984.

CSJN, “Juncalan Forestal c Agropecuaria S.A. c. Provincia de Buenos Aires; Fallos: 312:2266, del 23.11.1989.

CSJN, “Santa Coloma, Luis F y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, 05/08/1966, Fallos 308:1160.

CSJN, “Gavier Tagle, Carlos c/ Loustau Bidaut, Roberto y otro”, 14/6/01

Juzgado n°22 en lo Civil, Comercial y Minas, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza, Expte N° 111.563 “Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y otros por D y P.”, sentencia 24/02/2010..

Séptima Cámara del Crimen de Mendoza integrada por los Dres: Gabriela Urciuolo, Agustín Pedro Chacón, Pedro Bernardo Carrizo, causa 5.229, sentencia 6/5/2008

Primera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas y Paz, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza, autos N° 111.563/42.990, caratulados: "Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots. p/ d y p, sentencia 12 de diciembre de 2011.

Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Provincia de Mendoza, autos N°112.704/52.349, caratulados: Gil Fernández c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza D y P, sentencia 23/5/2017,

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 75.747 caratulada “Guzmán, Mauricio en j° 17.589/H/2002 Comisión Investigadora H. Concejo Deliberante s/ Inc.”,

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, Expediente n° 105.005, caratulada: Municipalidad de Godoy Cruz en j: 111.563/42.990 Guzmán, Mauricio Flavio c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots p/ Dy P, S/ INC, 29/5/2013.

Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, sentencia del 04/04/1989, publicado en LL 1989-C, 514 - DJ1990-1, 191

LEGISLACIÓN.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Mendoza.

Constitución de la Provincia de Chubut.

Ley N° 26.994 (BO. 8/10/2014) y 27.077 (BO. /12/2014) Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley N° 26.944 (BO. 8/08/2014) Ley de Responsabilidad del Estado.

Ley Provincial N° 1079 Ley Orgánica de Municipalidades.

Ley Provincial N° 6730 Código Procesal Penal de Mendoza.

Ley Provincial N° 6921.

Ley Provincial N° 8968 Responsabilidad patrimonial del Estado.

GLOSARIO

APCCYC: Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

CN: Constitución Nacional de la República Argentina.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

LRE: Ley de Responsabilidad del Estado, Ley 26.944.

CC: Código Civil de Vélez Sarfield

CCyC: Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación.

PCCYC: Proyecto de Código Civil y Comercial.

PEN: Poder Ejecutivo Nacional

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

PIDEC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comisión IDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.