

DEMANDABILIDAD DEL ESTADO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS¹

CLÁUSULAS PROVINCIALES DE PREVISIONAMIENTO PRESUPUESTARIO

JOSÉ RAÚL HEREDIA

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS SOSTENIDOS EN EL DERECHO DE LAS PROVINCIAS. III. DEMANDAS CONTRA EL ESTADO SEGÚN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES: III.1. El agotamiento de la instancia administrativa como condición para el ‘acceso a la justicia’. III.2. El reclamo administrativo previo y el contenido jurídico objetivo de la demanda. III-3. La responsabilidad de los funcionarios. IV. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. V. EL CÓDIGO CIVIL. VI. LAS NORMAS DE EMERGENCIA ECONÓMICA. POTESTADES DE LAS PROVINCIAS. LÍMITES. VII. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA’ Y LA EJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO. VIII. CONCLUSIONES

I

INTRODUCCIÓN

1. Según es sabido, desde antiguo las constituciones provinciales -luego de sentar como principio que el Estado, como persona jurídica, podía ser demandado ante los jueces ordinarios sin contar con privilegio alguno en el juicio- previeron una cláusula conforme con la cual, si el Estado era condenado al pago de una deuda no podía ser ejecutado en la forma ordinaria ni embargadas sus rentas. Previsión que se extendía a las municipalidades.

¹ Sobre la base de la conferenciada pronunciada –con el título ‘Responsabilidad del Estado y cláusulas de previsionamiento presupuestario en las constituciones provinciales’- en el seno del 2º Congreso Iberoamericano de derecho Civil realizado en la ciudad de Salta los días 29, 30 y 31 de agosto de 2001 para tratar los ‘Principales Aspectos de la Responsabilidad Civil y del Estado en los Umbrales del Tercer Milenio’, bajo la eficaz coordinación del Dr. Marcelo López Mesa, reunido en Homenaje a los Profesores Dres. Isidoro Goldenberg y Félix Trigo Represas. En dicho Encuentro, escuchamos la conferencia pronunciada por el Profesor Badell Madrid, de Venezuela, cuyo texto ha enriquecido nuestro trabajo, así como los interrogantes que nos plantearon los asistentes a nuestra intervención. Repetimos esta exposición, así enriquecida, en las Jornadas de Derecho Constitucional-Centenario de Comodoro Rivadavia, reunidas, en Homenaje a la memoria del Profesor Alberto Antonio Spota, los días 19 y 20 de octubre de 2001 organizadas por el Centro de Capacitación del Poder Judicial de Chubut, con el auspicio de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Se trata, como decimos, de una previsión de antigua data mantenida en el tiempo, con algunas variantes de redacción, hasta nuestros días.

Nos detendremos brevemente en algunas citas.

El artículo 57 de la Constitución de Catamarca sancionada en 7 de junio de 1895, estableció:

El Estado, como persona jurídica, puede ser demandado ante los Jueces ordinarios sobre propiedad y por obligaciones contraídas, sin necesidad de autorización previa del Poder Legislativo y sin que en el juicio deba gozar de privilegio alguno.

Sin embargo, siendo condenado al pago de alguna deuda, no podrá ser ejecutado en la forma ordinaria, ni embargadas sus rentas; debiendo en este caso la Legislatura arbitrar el modo y forma de verificar el pago.

Asimismo, en una norma compleja que no analizaremos aquí, vinculada con otras previas y posteriores, dispuso respecto de las municipalidades:

Art. 219°- (...) 1) Las Municipalidades responden civilmente ante los Tribunales ordinarios de sus omisiones y de sus transgresiones a la constitución y a las leyes (...).

Y contuvo estas otras dos cláusulas, igualmente contenidas en la constitución de Jujuy de 28 de febrero de 1935 (arts. 135 y 136 de esta última):

Art. 221°- (segunda disposición) ...En todos los demás casos en que los actos de las Municipalidades, obrando como personas jurídicas, dieren origen a acciones civiles, serán judiciables ante los jueces respectivos, como cualquier persona civil.

Art. 222°- En ningún caso se podrá trabar ejecución o embargo sobre las rentas municipales.

Idénticas previsiones, en relación con el Estado provincial, se encuentran en la Constitución de Córdoba sancionada en 11 de enero de 1883, reformada en 1923. Pueden verse los artículos 40 y 41. La única diferencia que se advierte es la expresión '*como persona civil*' (art. 40 Const. Cba.) en lugar de '*como persona jurídica*' (art. 57 Const. Catam.).

Del mismo modo, pueden verse estas disposiciones respecto de las municipalidades:

Art. 149- En ningún caso se podrá trabar ejecución o embargo sobre las rentas municipales; y el juez o funcionario público que lo hiciera, responderá con sus bienes a los perjuicios que hubiera causado.

Art. 150- Cuando la municipalidad fuere condenada al pago de una deuda, o al cumplimiento de una obligación, la corporación arbitrará los medios de verificarlos; si así no lo hiciere, los individuos a quienes corresponde hacerlo, serán responsables como lo previene el art. 148 [A mi juicio, una incorrecta remisión; tal vez quiso decirse 'art. 149'].

Semejantemente, véase lo que dispuso la Constitución de Tucumán de 24 de junio de 1907:

Art. 18.- La provincia, como persona civil, puede ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia provincial sobre propiedad y por obligaciones contraídas, sin necesidad de requisito previo y sin que el juicio deba gozar de privilegio alguno.

Sin embargo, si fuese demandada al pago de alguna deuda, no podrá ser ejecutada en la forma ordinaria ni embargadas sus rentas, debiendo en ese caso la Legislatura arbitrar, dentro del término de ocho meses, los recursos necesarios para verificar el pago, bajo pena de ejecución de la sentencia en la cuarta parte de las rentas de la provincia.

La Constitución de Mendoza de 11 de febrero de 1916, luego de sentar el principio de que el Estado podía ser demandado como persona jurídica en semejantes términos que las precedentes normas reseñadas, agrega luego:

...Sin embargo, siendo condenado al pago de alguna deuda, no podrá ser ejecutado en la forma ordinaria, ni embargados sus bienes, salvo el caso de hallarse asegurada aquélla con prenda, hipoteca o anticresis, en que podrán llevarse ejecución sobre los bienes que constituyan la garantía.

En los demás casos corresponde a la Legislatura arbitrar el modo y forma de verificar el pago. Los trámites de esta decisión, no excederán de tres meses, so pena de quedar sin efecto, por la sola expiración del término, la excepción concedida por este artículo [art. 40, primer párr., seg. disposición y seg. párr.].

Y repite análoga prescripción para las municipalidades:

Art. 202.- ...inc. 9º No podrá trabarse embargo en los bienes y rentas municipales.

Cuando haya sentencia que condene a la municipalidad al pago de alguna deuda, ésta gestionará los recursos para efectuar el pago dentro de los tres meses, so pena de hacerse efectiva la ejecución.

La Constitución de San Juan de 10 de febrero de 1927, dispuso:

Art. 27.- El Estado, en sus obligaciones contraídas como persona jurídica, puede ser demandado ante los jueces ordinarios, sin previa autorización del Poder Legislativo. Pero siendo condenado al pago de una cantidad en dinero, no podrá ser ejecutado en la forma ordinaria, ni embargadas sus rentas sin previo acuerdo del Poder Legislativo, a menos que estén afectadas al pago de la condena, por sanción legislativa anterior al juicio.

En la Constitución de Salta de 10 de octubre de 1929, se lee:

Art. 39.- La provincia, como persona jurídica, podrá ser demandada ante la Corte de Justicia sin necesidad de autorización previa de la Legislatura.

Sin embargo, si fuese condenada, no podrá ser ejecutada en la forma ordinaria ni embargadas sus rentas. La Legislatura arbitrará los medios de cumplir la condenación, cuando consista en obligación de pagar una suma de dinero.

Transcurridos seis meses desde el requerimiento de pago sin haberse arbitrado los recursos, desaparecerá este privilegio.

Art. 186.- No podrá trabarse embargo preventivo en los bienes y rentas municipales, sino después de sentencia condenatoria.

Dentro de los tres meses de dictada ésta, los miembros del cuerpo arbitrarán los medios de pago; si así no lo hicieren, serán responsables personalmente.

La Constitución de Entre Ríos, sancionada en 18 de agosto de 1933, en normas que sirvieron de fuente inmediata a la de Chubut de 1957, dispuso:

Art. 30.- La provincia, como persona civil, puede ser demandada ante sus propios tribunales, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de competencia federal, sin necesidad de autorización previa del Poder Legislativo y sin privilegio alguno.

Si fuera condenada al pago de una deuda, podrá ser ejecutada en la forma ordinaria y embargadas sus rentas, si transcurrido un año, desde la fecha en que el fallo condenatorio quedó firme, la Legislatura no arbitró los recursos para efectuar el pago. Exceptúanse de esta disposición las rentas o bienes especialmente afectados en garantía de una obligación.

Con idéntica redacción se extiende luego (art. 190) a las municipalidades y juntas de fomento la previsión. Con mejor técnica, la Constitución de Chubut, años más tarde, como hemos dicho, adoptó la norma –agregando que no podía trabarse embargo preventivo sobre sus bienes o rentas- pero reunió en una disposición a la Provincia y municipios (v. art. 75, C.Ch. 1957).

Los mismos principios fueron incorporados en la Constitución de La Rioja de 31 de mayo de 1933 (art. 17). Interesa aquí rescatar, sin embargo, por lo que diremos después, la excepción que la norma previó, del siguiente modo:

...Exceptúase el caso en que las rentas estén afectadas al pago de la condena por sanción de la Legislatura, anterior al juicio, en cuyo caso pueden ser embargadas [art. 17 cit., disposición final].

Para las municipalidades, esa Constitución previó:

...sus bienes y rentas no podrán ser embargados previamente; y en caso de ser condenadas, sólo podrá ejecutarse la parte de sus rentas o bienes que fuere especialmente afectada al contrato que motivó la demanda [art. 147, párr. seg., final].

Solamente adelantaremos por ahora, como primera observación, que esta norma se colocaba únicamente en la hipótesis de una relación contractual, obviando la responsabilidad extracontractual del estado municipal.

2. Las nuevas provincias repitieron en sus constituciones normativa semejante. Así, además de la de Chubut, ya citada (art. 75), está contenida en las de Chaco de 1957 (arts. 72, párr. seg. y 190), Formosa de 1957 (arts. 33 y 144), Misiones de 1958 (art. 81), Neuquén de 1957 (art. 254), Río Negro de 1957 (art. 23°) y Santa Cruz de 1957 (art. 36).

Sólo subrayamos que el art. 36 de la Constitución de Santa Cruz, luego de sentar como principio que los bienes y rentas de la provincia no podían ser embargados ni ejecutados, previó que si la Cámara (Legislatura) en caso de condena no arbitraba por ley la forma de pago en el término de seis meses de ejecutoriada la sentencia, cesaba el privilegio *en cuanto a sus bienes de dominio privado*.

También, que el art. 23° de la de Río Negro disponía que la Legislatura arbitraría los medios para efectuar el pago en el caso de condena a pagar sumas de dinero durante el período inmediato a la fecha en que la sentencia condenatoria quedara firme. Y añadía otra limitación: que en ningún caso los embargos trabados podían superar el veinte por ciento de las rentas anuales.

En esta etapa fundacional, incluyo la Constitución de Corrientes, reformada en 1960 la de 1913, que contuvo semejantes disposiciones. Pero agregó la exigencia de un plazo para el dictado de la respectiva ley por la Legislatura so pena de que caducara el privilegio, en estos términos:

La ley se dictará dentro de los seis meses de consentida la sentencia, bajo pena de quedar sin efecto este privilegio [art. 20, párr. segundo, últ. cláusula]. El artículo 20 fue mantenido incluso en la reforma de 1993.

Es importante retener también que el constituyente expresamente le llama *privilegio* a esta previsión constitucional a favor del Estado provincial. Y que en el artículo 166 se extiende a las municipalidades el mismo privilegio. La de Santa Fe, de abril de 1962, contiene estas disposiciones:

Art. 18.- En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables.

3. El ciclo constituyente provincial iniciado en marzo de 1986 no exhibe cambios sobre el particular: las nuevas constituciones mantuvieron semejantes cláusulas con variantes de redacción. Incluyo aquí la Constitución de la más nueva de las provincias, la de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, de mayo de 1991.

Citamos, así:

(Catamarca, 1988):

Art. 41.- La Provincia como persona jurídica puede ser demandada ante los tribunales ordinarios: si fuera condenada al pago de alguna suma de dinero, no podrá ejecutarse sentencia de inmediato en la forma ordinaria, ni embargarse sus rentas ni sus bienes de dominio privado.

Dentro de los tres meses de notificada la sentencia que condene a la Provincia, la Legislatura arbitrará los medios para verificar el pago, el que deberá hacerse efectivo dentro de los treinta días de dicha fecha, caso contrario podrá embargarse de inmediato cualquier bien del dominio privado que no se encuentre afectado al servicio público del Estado.

Las rentas podrán no obstante ser embargadas hasta en un veinte por ciento si estuvieran afectadas por sanción legislativa al pago de la deuda.

(Córdoba, 1987)

Art. 179.- Los bienes del Estado Provincial o Municipal no pueden ser objeto de embargo preventivos. La ley determina el tiempo de cumplir sentencias condenatorias en contra del Estado Provincial y de los Municipios.

Interesa destacar el párrafo segundo –el primero es reiterativo-- de esta otra disposición contenida en la Constitución de Córdoba:

Art. 178.- El Estado, los Municipios y demás personas jurídicas pueden ser demandadas ante los tribunales ordinarios sin necesidad de formalidad ni autorización previa de la Legislatura y sin que en juicio deban gozar de privilegio alguno.

La actuación del Estado, los Municipios y demás personas jurídicas públicas en el ejercicio de su función administrativa quedan sometidos al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa.

(Chaco, 1994)

Responsabilidad del Estado

Artículo 76: (...) La Provincia podrá ser demandada sin necesidad de autorización ni reclamos previos. Si fuere condenada a pagar sumas de dinero, sus rentas no podrán ser

embargadas a menos que la Legislatura no hubiere arbitrado los medios para efectivizar el pago durante el período de sesiones inmediato a la fecha en que la sentencia condenatoria quedara firme. Los bienes afectados a servicios públicos, en ningún caso podrán ser embargados. La ley no podrá disponer quitas, esperas, remisión o pagos que no fueren con moneda de curso legal, de deudas por daños a la vida, la salud o la moral de las personas, indemnizaciones por expropiación y remuneraciones de sus agentes y funcionarios. El Estado Provincial, demandado por hechos de sus agentes, deberá recabar la citación a juicio de estos para integrar la relación procesal, a efectos de determinar las responsabilidades que les competan. El funcionario o representante que omitiere tal citación responderá personalmente por los perjuicios causados, sin menoscabo de las sanciones que les pudieren corresponder.

(Chubut 1994)

Artículo 98.- La Provincia y los municipios como personas civiles pueden ser demandados ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de competencia federal, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno.

No puede trabarse embargo preventivo sobre sus bienes o rentas.

Si son condenados al pago de una deuda, pueden ser ejecutados en la forma ordinaria y embargadas sus rentas, si transcurrido un año desde la fecha en que el fallo condenatorio quedó firme, no arbitran los recursos para efectuar el pago. Se exceptúan de esta disposición las rentas y bienes especialmente afectados en garantía de una obligación.

(Formosa 1991)

Art. 34.- La Provincia, como persona de derecho público, puede ser demandada ante sus propios tribunales, sin necesidad de autorización del Poder Legislativo, por el procedimiento que la ley establezca, no pudiendo exceder de noventa días perentorios los trámites administrativos previos.

Cuando sea demandada como persona de derecho privado, lo será por el procedimiento ordinario. No podrá trabarse embargos en bienes o fondos indispensables para el cumplimiento de servicios públicos.

Art. 180.- En ningún caso podrá hacerse ejecución o embargo de las rentas y bienes municipales, salvo en las primeras y en una proporción no mayor del diez por ciento. Cuando la municipalidad fuere condenada al pago de una deuda, la corporación arbitraré, dentro del término de los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia respectiva, la forma de verificarlo.

(Jujuy 1986)

Art. 11.- Demandas contra el Estado

1. El Estado puede ser demandado ante la Justicia, pero no podrá disponerse medida cautelar alguna sobre sus bienes o rentas, salvo que éstos hubieran sido afectados especialmente al cumplimiento de una obligación.

2. Cuando el Estado fuere condenado al pago de una deuda, la sentencia podrá ser ejecutada y embargada sus rentas luego de transcurridos tres meses desde que aquélla quedare firme y ejecutoriada.

(La Rioja 1986)

Art. 15.- Demandas contra el Estado: El estado provincial, las municipalidades y entidades descentralizadas, pueden ser demandadas sin necesidad de autorización previa, pero no se trabará embargo sobre bienes o fondos indispensables para cumplir sus fines o servicios públicos. Podrá hacerse efectivo sobre otros bienes o recursos cuando el Estado o las entidades demandadas no dieran cumplimiento a la sentencia dentro de los tres meses posteriores a que la misma quede firme. La Cámara de Diputados o el Concejo Deliberante, en su caso, deberá autorizar los créditos necesarios para cumplir la sentencia. Se declaran inembargables los bienes destinados a los servicios de asistencia social y educación.

(Río Negro 1988)

Art. 55.- La Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones. Son demandados sin necesidad de autorización previa. Sus rentas y los bienes destinados al funcionamiento no son embargables a menos que el Gobierno provincial o municipal no hubiera arbitrados los medios para efectivizar el pago en el ejercicio inmediato a la fecha en que la sentencia quedara firme.

Son inembargables los bienes destinados a la asistencia social, salud y educación.

En ningún caso los embargos trabados podrán superar el veinte por ciento de las rentas anuales.

Es dable destacar, asimismo, la norma del art. 57 de esta Constitución, en cuanto exige la citación a juicio, para integrar la relación procesal, del agente que hubiere dado motivo a la demanda contra el Estado provincial o municipal a fin de determinar si media responsabilidad personal por los daños causados por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones (conc. art. 54). Disposición que se encuentra igualmente en la Constitución de Chubut de 1994 (art. 69), entre otras, y que reconoce antecedentes, aunque no en tales términos, en las más antiguas constituciones provinciales que habitualmente consagraron la responsabilidad personal de los funcionarios públicos.

(Salta 1986)

Art. 5°.- El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales.

El Estado provincial es plenamente justiciable sin necesidad de autorización previa, en los términos de las leyes pertinentes.

Los embargos no pueden recaer sobre los bienes afectados a la función asistencial del Estado ni exceder el veinticinco por ciento de los recursos ordinarios.

(San Juan 1986)

Art. 8°.- La Provincia como persona jurídica de carácter público estatal, puede ser demandada ante la justicia ordinaria, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno.

No puede trabarse embargo preventivo sobre sus bienes o rentas.

En caso de condena la Cámara de Diputados arbitra por ley la forma de pago. Si no lo hiciera en el término de tres meses de ejecutoriada la sentencia, puede ser ejecutada en la forma ordinaria.

Exceptúanse de esta disposición las rentas y bienes especialmente afectados en garantía de una obligación.

(San Luis 1987)

Art. 12.- La Provincia puede ser demandada sin requisitos previos. Si fuese condenada a pagar suma de dinero, sus rentas pueden ser embargadas cuando la Legislatura no haya arbitrado el medio para efectivizar el pago dentro de los seis meses de la fecha en que la sentencia condenatoria quede firme. En ningún caso los bienes afectados a servicios públicos, pueden ser embargados.

El artículo 276 repite la previsión para los municipios ‘de cualquier tipo’.

(Santiago del Estero 1986)

Art. 10.- La Provincia y los municipios, como personas de derecho, carecen de todo privilegio especial. Pueden ser demandados ante los tribunales ordinarios y, al efecto, será suficiente que los interesados acrediten haber agotado la vía administrativa. Siéndole desconocido o negado el derecho invocado, o que, transcurridos tres meses después de la iniciación de dicha vía, no se hubiere dictado resolución. Cumplidos estos requisitos quedará expedita la vía judicial, sin que sea menester autorización alguna ni otra formalidad previa.

Si hubiere condenación a pagar sumas de dinero, no podrá hacerse ejecución ni trabarse embargo de sus bienes, o rentas, debiendo en tal caso la Legislatura, Concejo Deliberante, en el período de sesiones ordinarias inmediato al de la ejecutoria, arbitrar los recursos necesarios para el pago, cesando este beneficio si así no lo hiciera en el plazo de tres meses.

Esta disposición se incluirá en todos los contratos en que sea parte el fisco provincial o municipal.

(Tierra del Fuego 1991)

Art. 80.- Los bienes y otros recursos del Estado provincial o de las municipalidades afectados a la prestación de servicios esenciales, no pueden ser objeto de embargo.

La ley determinará el tiempo en que deberán cumplirse las sentencias condenatorias del Estado provincial o de las municipalidades.

(Tucumán 1990)

Art. 18.- La Provincia, como persona civil, puede ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia Provincial sobre propiedad y por obligaciones contraídas, sin necesidad de requisito previo y sin que el juicio deba gozar de privilegio alguno.

Art. 19.- Toda reclamación de índole administrativa debe ser despachada en el término de tres meses, desde el día de su interposición. Vencido ese plazo, el interesado podrá tenerla por denegada y concurrir directamente a la Justicia.

II

LOS PRINCIPIOS SOSTENIDOS EN EL DERECHO DE LAS PROVINCIAS

La reseña precedente nos demuestra que, aun con matices normativos, desde antiguo, uniformemente y en todos los ciclos fundacionales, las constituciones provinciales han sustentado determinados principios, sancionados como postulados preeminentes en su ordenamiento interno, pero para regir *erga omnes*, en vinculación con relaciones jurídicas generadoras de obligaciones frente a terceros.

Como se aprecia, ellas abarcan obligaciones nacidas en el marco de contratos o hechos, o nacidas de actividad extracontractual, reguladas tanto por el derecho administrativo como por el derecho común.

Hemos de adelantar que, aunque algunas de las cláusulas citadas en la precedente reseña fueron específicamente declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes y después de ello, las provincias conservaron estos postulados, incluyendo a las que soportaron el fallo adverso de la Corte, por caso, la de Santiago del Estero o la de Corrientes.

Procuramos enseguida sistematizar estos principios. Para evitar reiteraciones, lo que decimos para el Estado provincial valdrá para los municipios.

1. El Estado provincial puede ser demandado sin necesidad de autorización previa ni privilegio alguno.

A veces, según puede verse, la cláusula constitucional emplea la expresión *como persona jurídica*, otras como *persona civil*, o, aclara, *sobre propiedad y por obligaciones contraídas*.

De modo que queda sujeto, aparentemente, a los tribunales ordinarios de la provincia, a salvo –como se lee en algunas previsiones de un modo expreso- las reglas relativas a la competencia originaria de la Corte o a la competencia de los tribunales federales.

No sería menester autorización legislativa previa para demandarlo. Y no contaría con ningún privilegio durante el pleito.

La rotundez de tal principio, sin embargo, se ve luego fuertemente condicionada.

2. Sin embargo, si es condenado al pago de alguna suma de dinero (de alguna deuda), no podrá ser ejecutado en la forma ordinaria.

Es decir, aquí se rebate el principio anterior, detrayéndose al Estado del procedimiento ordinario de ejecución, lo que, según se observa, tiene potencialidad para quebrantar la garantía de la igualdad (art. 16 C.N.). Luego trataremos de dilucidar si es válida o no la excepción consagrada.

3. Tampoco podrán ser embargados sus bienes y rentas, preventivamente.

Casi invariablemente, las constituciones han prohibido el embargo preventivo o medidas cautelares similares sobre bienes y rentas de las provincias.

4. Podrán ser embargados bienes y rentas afectados especialmente al cumplimiento de la obligación.

Se atenúa la prohibición precedente, limitada a la esfera de una relación jurídica determinada.

5. ...o cuando la deuda se hallare garantizada con derecho real de hipoteca, prenda o anticresis.

El acreedor goza, así, de privilegio que la provincia reconoce, autorizando que 'se lleve ejecución' sobre los bienes que constituyen la garantía.

6. En los demás casos, se requerirá que la Legislatura arbitre el modo y forma de verificar el pago.

La Constitución de San Juan vigente exige una ley; otras constituciones no lo especifican, pero entendemos que siempre será necesaria su sanción tratándose de una cuestión presupuestaria.

Se aprecia que el principio conforme con el cual la demanda no dependía de autorización alguna queda limitado a la 'demandabilidad' pero no a la ejecución de la condena cuando ésta se pronuncia, porque exigen las

constituciones la previa intervención legislativa, subordinando a lo que en tal instancia se determine la posibilidad de ejecución y la forma y modo del pago.

7. La legislatura debe expedirse en plazo determinado.

Hay variedad en las soluciones. Excepcionalmente, no se impone plazo alguno a la Legislatura, como en la Constitución de Catamarca de 1895 citada. Más habitualmente, se le imponen plazos de tres, seis u ocho meses o un año, bajo sanción de perderse el privilegio, carácter éste que admite expresamente alguna constitución.

A veces el mero vencimiento del plazo deja expedita la ejecución de la obligación.

Otras constituciones han previsto que la ejecución no pueda verificarse sino en el ejercicio inmediato posterior a que quede ejecutoriada la sentencia de condena o transcurrido un año desde que esto ocurra.

8. No será necesario la autorización legislativa para trabar embargo si las rentas están afectadas al pago de la condena por sanción de la legislatura anterior al juicio.

Creemos que se trata del supuesto de una *previsión*, con lo que podría demostrarse que aquí residiría la solución que llevaría a evitar un conflicto de normas que ha dado lugar a demandas y declaraciones de inconstitucionalidad.

9. Los bienes afectados a servicios públicos en ningún caso podrán ser embargados.

Las provincias excluyen de toda medida de ejecución a tales bienes.

10. Tampoco los afectados especialmente en garantía o cumplimiento de una obligación.

Son recursos o bienes con fines determinados, que así ingresan al patrimonio provincial o luego se afectan al cumplimiento de determinadas obligaciones.

11. Aun en el caso de embargo o ejecución y mediando autorización legislativa, no podrá afectarse más que un determinado porcentaje de las rentas anuales.

El porcentaje varía: a veces se establece el veinte por ciento, en otras se autoriza *en la cuarta parte de las rentas de la provincia*.

Aunque hay que decir que esta limitación no se encuentra en todas las constituciones examinadas.

12. El plazo es siempre incierto, aun con autorización legislativa.

Si se leen con detenimiento estas cláusulas, se verá que se impone un plazo para que las legislaturas se expidan pero no se prevé en qué tiempo cierto debe hacerse el pago.

Es decir, que habría que esperar que transcurran los tres, seis u ocho meses, o el año, para poder recién empezar la ejecución si las legislaturas no han determinado la fecha exacta del cumplimiento de la condena.

Podría ser una excepción el caso del artículo 41 de la Constitución de Catamarca de 1988, en tanto éste previó que el pago se efectuara a los treinta días de la fecha establecida por la Legislatura, la que debía expedirse dentro de los tres meses de notificada la sentencia de condena. Es decir, en la interpretación más favorable para el acreedor, en unos cuatro meses podría cobrar; pero aun con tal solución, nada le asegura que así se le pague, especialmente si todavía le aplican las leyes de emergencia que las provincias han dictado también. Lo único seguro es que a los cuatro meses, de conformidad con la norma constitucional –y sin tener en cuenta lo que se ha dispuesto por las provincias en materia de emergencia económica, como decimos- estaría habilitado a promover ejecución y embargo, éste, con las limitaciones ya subrayadas.

III

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO SEGÚN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Si bien se ha visto que las constituciones consagran invariablemente que las provincias son demandables ante los tribunales y por los trámites

ordinarios y, además, sin privilegio alguno, en verdad lo que venimos de decir evidencia una seria limitación a lo que se presenta como principio.

No deseamos por ahora transponer el ámbito normativo del derecho público de las provincias. Menos, eventualmente inmiscuirnos, para abonarla o controvertirla, a lo menos por ahora, en la teoría de la doble personalidad del Estado². Nos atenemos a las previsiones tal como ellas han sido sancionadas.

Es posible advertir una diferenciación, que se nos ocurre triple en las normas provinciales. Un grupo de estas normas, expresa o implícitamente, se refiere a relaciones nacidas en el marco específico del derecho administrativo: por ejemplo, un contrato de concesión, la relación originada en una licitación pública, o en un hecho administrativo.

Otro grupo se refiere a relaciones nacidas en actividades lícitas o ilícitas del estado provincial que caen dentro del derecho común. Por ejemplo, las lesiones ocasionadas a un tercero por el conductor de una ambulancia de la provincia o por un policía.

Finalmente, el tercer grupo que deseamos destacar es el relativo a las disposiciones que establecen responsabilidades personales de funcionarios y empleados cuando causan daño a terceros por el que debe responder el Estado y aun obligan a éste a repetir de él lo que debiera pagar. Claro que aquí juegan también las disposiciones de derecho común, aunque no son extrañas normas administrativas que deben aplicarse previamente tal vez.

1. El agotamiento de la instancia administrativa como condición para el ‘acceso a la justicia’.

Es sabido que desde antiguo se ha concebido un privilegio consagrado habitualmente a favor del Estado, cual es la necesidad de agotar la instancia administrativa previamente a la acción judicial.

No nos detendremos en la evolución de este privilegio en el orden nacional, bastándonos, a lo efectos del presente trabajo, destacar la derogación en ese ámbito del requisito respecto de las demandas basadas en el derecho común (v. ley 25.344)³.

² A la que se refirió de un modo notable *Bartolomé A. Fiorini* en *¿Qué es el contencioso?*

³ El decreto 28.211 de 4 de noviembre de 1944 (art. 1º) estableció que ‘el Poder Ejecutivo no admitirá por vía de gestión administrativa la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que éstos realizan las funciones o tareas encomendadas’. Ello vino a derogar, para tales acciones, el recaudo del reclamo previo atento a su indudable inutilidad de conformidad con la propia doctrina de la Corte Suprema (Fallos, t. 200, p. 196; t. 215, p. 37).

En el derecho de las provincias, subsisten todavía dudas acerca del alcance de ese recaudo. Ello así, pese a aquel principio que se sienta al comienzo de las normas citadas en todas las constituciones: *el Estado puede ser demandado sin necesidad de autorización ni privilegio alguno*. Pues bien, el reclamo administrativo previo es un verdadero privilegio y su exigencia coexiste normalmente con aquel sobrecitado principio.

En el ámbito estricto del derecho administrativo se ha entendido y se sigue entendiendo razonable que el interesado deduzca los recursos administrativos, para conceder a la administración la posibilidad de autocorrección en su caso.

“La administración no inviste ningún privilegio si, a través de recursos administrativos, puede rectificar los errores o violaciones en que ella misma hubiere caído. No es que los pueda, sino que los debe rectificar. Los recursos administrativos representan las vías normales para la rectificación de aquellas manifestaciones que aún no han creado derechos adquiridos definitivos. Cuando esta rectificación no es posible, o no se puede obtener, el recurso jurisdiccional *representa la vía ante un órgano independiente de las partes para obtener la justicia necesaria*. La juridicidad y legalidad administrativas sin recursos jurisdiccionales serían la frustración del Estado de Derecho. El control jurisdiccional no puede ni debe presentarse como un capítulo excepcional, sino simplemente como una extensión de la función estatal de hacer justicia” [la cursiva pertenece al original].⁴

Mas, el propio *Forini* decía:

“La doctrina no es muy pacífica para justificar el valor jurídico y necesario de la reclamación administrativa. El origen de este requisito debe encontrarse en las viejas teorías que negaban en forma absoluta la posibilidad de demandar judicialmente al Estado, en especial cuando actuaba como poder público o autoridad pública. La reclamación previa tuvo su esplendor como instituto necesario en el denominado Estado policía, y ha quedado como una institución bastante deformada en el moderno Estado de Derecho, en especial en aquellos países donde no se han perfeccionado los controles jurisdiccionales administrativos”.

El eminente jurista repasaba luego las tres teorías que pretendieron justificar el reclamo administrativo; la primera, basada en el respeto por la autoridad del Estado que llevaría a evitar que se lo llevara al ‘banquillo de los acusado’ como cualquier particular. Señalaba *Fiorini*, con la razón que le dan hoy más que nunca la fuerza de los hechos comprobables, que en la realidad jurídica el Estado actúa a través de sus representantes como cualquier

⁴ *Fiorini*, ob. cit., pág. 31.

particular y hasta sosteniendo tesis jurídicas perimidas o negando hechos notorios.

Lo vemos a diario en nuestros tribunales, cuando, por un lado, los representantes del Estado excepcionan por “falta de habilitación de la instancia” y, enseguida, niegan rotundamente los hechos sobre los que se basa la demanda y se habría basado el reclamo administrativo, así se trate de hechos profusamente publicitados por los medios masivos de comunicación y fácilmente comprobables. Ello torna al reclamo previo en una caricatura, desde luego a todas luces innecesaria. Y conste que la Corte tiene dicho que el reclamo se erige en un ritualismo sin sentido cuando es evidente que nada hubiera cambiado en la conducta de la administración, especialmente si se tiene en cuenta la actitud que asume en el proceso.⁵

La segunda teoría atribuye a la reclamación previa ser un manifestación de las prerrogativas que corresponden al derecho del Estado, por las que, a través de la auto-revisión de sus actos y consecuencias de los mismos, confirma su imprescindible conducta de actuar legal y justicieramente. Dice sobre ella el autor citado:

“La presunta prerrogativa se presentaría, entonces, como una necesaria conducta demostrativa del respeto que debe tener la autoridad por lo derechos individuales. La práctica administrativa sobre las reclamaciones, que por lo general terminan en denegación tácita, porque el administrador pocas veces hace caso del reclamo o lo rechaza por decreto sin ningún fundamento, prueba que esa tesis no se aplica para nuestro país”.

La tercera teoría se funda en razones técnicos-jurídicas, al considerar necesaria la reclamación previa para obtener el presupuesto del acto denegatorio y definitivo que posibilite la función revisora de la función jurisdiccional contenciosa administrativa. La resolución denegatoria es la que ‘causa estado’.

Pero la evolución de la jurisprudencia muestra que se le quitó el carácter de orden público que en principio se le atribuía, declarándola renunciabile. Se trata de un simple remedio a favor de la administración –es un

⁵ “...siguiendo vieja jurisprudencia, dicen que debe evitarse que el reclamo administrativo previo sea un ‘ritualismo inútil’, cuando está clara cuál es la actitud y la determinación de la administración en sentido adverso a la petición que se le formula”. Otra forma en que muchos juzgados manejan la cuestión es también superadora del problema: al dar el traslado de la demanda, si la administración opone la falta de reclamo administrativo previo pero también contesta oponiéndose al progreso de la acción en cuanto al fondo, entonces está demostrando, con la doctrina de los propios actos, que el reclamo previo es en ese caso particular efectivamente un ritualismo inútil, ya que si está contestando en forma adversa a la demanda, obvio es concluir que lo mismo hará con un reclamo administrativo del mismo tenor.” [Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* (1998), Tomo 2, 3ª. Ed., XIII-14].

privilegio para ésta- a fin de que pueda revisar sus decisiones evitando juicios inoportunos.

También la evolución jurisprudencial fue limitando la exigencia de este recaudo previo a la acción judicial.

Oigamos a *Gordillo*:

“En la terminología antigua se decía que para que existiera competencia procesal administrativa debía primero ‘habilitarse’ la instancia judicial para lo cual debía antes darse por cumplido o demostradamente superfluo el referido requisito. La actual Constitución de la Provincia de Buenos Aires dice que la ley establecerá ‘los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa’.

“En el orden nacional hay juicio en que el juez interviene, ordena despachos, etc., sin haberse pronunciado sobre la supuesta habilitación de la instancia. Es la tendencia sana y superadora de una rémora más de un pasado remoto y, para más, foráneo y ajeno a nuestro sistema constitucional.

“Más aun, atenta contra la razón y el sistema común de los hombres. Nadie va a juicio y paga la tasa de justicia, afronta las costas, etc., si no es porque está convencido de que la administración no hará lugar a su reclamo: si abandona o no inicia el trámite administrativo que es gratuito, sin costas, sin tasa de justicia, etc., es porque en su mente y en su conciencia está convencido que le darán la razón. Pedirle que demuestre que la administración no le dará la razón para poder hacer un juicio es como pedirle que demuestre lo evidente: no estaría haciendo juicio si creyera, remotamente creyera, que la administración puede hacer lugar a su reclamo...”

“La habilitación de la vía judicial o el agotamiento de la vía administrativa vendrían a funcionar en ese esquema antiguo como una condición previa a la existencia de competencia judicial, lo cual es irrazonable y por ello es que el constituyente de 1994 dijo que podía acudir a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía no hacer el reclamo administrativo previo. **Es una orientación que deberá expandirse en el futuro.**” (énfasis nuestro).

La vinculación entre la demandabilidad del Estado sin privilegio alguno, el acceso a la jurisdicción y la exigencia del reclamo administrativo previo es cuestión para meditar desde el respecto de la supremacía constitucional. Podríamos adelantar que, en rigor, la administración debería demostrar en juicio **siempre** la utilidad y andamiento en el caso concreto del reclamo administrativo previo si opone como defensa perentoria su ausencia.

2. El reclamo administrativo previo y el contenido jurídico objetivo de la demanda.

Para decirlo en términos sencillos, nos ocuparemos aquí de aquellas demandas que los particulares deducen contra el Estado fundados en el

derecho común. Aclaramos que no estamos adscribiendo a la teoría de la doble personalidad del Estado: la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos a un sujeto no significa que su personalidad se divida y multiplique.⁶

Dos preguntas iniciales parece necesario responder. ¿Si los derechos subjetivos ejercitados no son de derecho administrativo, la contienda pertenecerá igual, por razón de que la parte demandada es la administración, al llamado fuero especial, contencioso administrativo? ¿Será menester también en estos casos el agotamiento de la vía administrativa en forma previa a la acción judicial?

La cuestión aparece confundida en el derecho de algunas provincias, especialmente lo referido a la necesidad del agotamiento previo de la instancia administrativa.

Como hemos visto a partir de la reseña de normas de sus constituciones, algunas de éstas prevén la necesidad del reclamo previo y otras expresamente lo proscriben, pese a lo cual, es posible detectar que existen normas infraconstitucionales y doctrina judicial sentada imponiendo el recaudo del agotamiento de la instancia administrativa.

Cuando esto último ocurre, estamos en presencia de normas legales inconstitucionales y aun de doctrina judicial contraria a la Constitución.

Otras veces, según se aprecia, la propia Constitución permite (Constitución de Buenos Aires) o exige el reclamo administrativo previo, regulando incluso el lapso en que la administración debe expedirse y la llamada denegación tácita o mora de la administración.

En estos casos, la cuestión debe quedar sujeta a un orden normativo superior incluso que la propia constitución provincial, que deviene de la Constitución Nacional (art. 31) y del Código Civil.

De un lado, hay que recordar que *“La razón de ser del fuero contencioso-administrativo, finca en la ventaja de someter el conocimiento de estas causas a tribunales especializados en la materia, y esta especialización debe referirse al derecho objetivo, no al subjetivo.”*⁷. Tal fuero especial no se encuentra organizado en todas las provincias, de modo que en algunos casos son los mismos jueces lo que entienden en cuestiones de naturaleza contencioso-administrativa y civil o comercial, a salvo el contencioso constitucional que las constituciones suelen deferir en forma originaria y exclusiva a los Superiores Tribunales o Cortes.

De otra parte, si las normas que están en juego son de derecho privado esencialmente, y aun cuando medien disposiciones de derecho administrativo,

⁶ Conf. Gordillo, ob. cit., Tomo 1, III-27.

⁷ Gordillo, ob. y lug. cits., XIII-10.

la contienda queda marginada del fuero especial, es derecho sustancial y procesal común.

En verdad, es este el principio que sientan, aunque no se cumpla siempre, las constituciones provinciales: la demandabilidad del Estado ante los tribunales ordinarios sin privilegio alguno.

Nosotros creemos que, si el reclamo administrativo en la órbita especial es muchísimas veces un ritualismo inútil, en el ámbito del derecho común es absolutamente irrazonable exigirlo como requisito previo a la habilitación de la vía judicial.

Hoy, hay tribunales superiores de provincia que exigen este reclamo, a contramano de normas constitucionales, basados en normas legales que aplican indebidamente, aun en demandas de daños y perjuicios contra el Estado fundadas en la responsabilidad extracontractual, v.g., por el riesgo o vicio de la cosa de que es titular o guardián y que ha causado un daño.

No conocemos caso en que haya podido prosperar un reclamo administrativo previo con tal contenido, entre otras cosas, porque el Estado carece de toda posibilidad de atender un reclamo semejante, normalmente sujeto a la determinación judicial de la culpa o responsabilidad, como una cuestión previa, esta sí, a la procedencia de la indemnización demandada.

Es encomiable, por ello, la norma del artículo 76 de la Constitución de la Provincia del Chaco de 1994:

La Provincia podrá ser demandada sin necesidad de autorización ni reclamos previos...

Es esta la mejor inteligencia que cabría dar a todas las cláusulas constitucionales provinciales examinadas según lo diremos más adelante, aún superando su letra en algunos casos para adecuarlas a normas preeminentes.

“En particular, al negarse que el Estado tenga una personalidad ‘soberana’ o de ‘imperio’ frente a los individuos, y al sostenerse que la única manifestación de soberanía en el derecho interno se encuentra en la Constitución que el *pueblo* se da, se somete la persona y la organización estatal al orden jurídico-constitucional, *cualquiera sea el Poder* que actúe.

“No sólo estarán el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial sometidos a la ley, sino que también estará el legislador sometido a la Constitución, cuyos límites y principios no podrá violar ni alterar o desvirtuar (art. 28).”⁸

3. La responsabilidad de los funcionarios.

⁸ Gordillo, ob. cit., Tomo 1, III-27.

Las cláusulas constitucionales se han referido siempre a la responsabilidad de los funcionarios, consagrando ésta. Incluso, no es una novedad en el derecho de las provincias la exigencia de que el Estado persiga la repetición de lo que ha debido pagar en contra del funcionario o empleado. Más novedosa es la exigencia expresa de que se lo traiga al juicio, para evitar luego la excepción de *negligente defensa*.

Pero, claro está, aun cuando algunas previsiones citadas –especialmente las más antiguas- podrían llamar a confusión, la responsabilidad del funcionario o empleado no excluye la del Estado ni obliga al particular damnificado a demandarlo ni previa ni simultáneamente.

Es inmejorable esta cita de *Hauriou*:

“No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.”⁹

El derecho de las provincias se adelantó al de la Nación en el punto, en cuanto, según lo señalado, previó desde antiguo la responsabilidad de los funcionarios en sus constituciones. En el último ciclo constituyente, son destacables las normas, ya mencionadas, que obligan a la citación al juicio (Constituciones de Chaco, Chubut, Río Negro). Luego de la reforma de 1994, se consagró en el texto del art. 36 C.N. una responsabilidad penal (...*quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento...*).

IV

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

⁹ *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, t. I, París, 1929, p. 649, citado por *Gordillo*, ob. cit, Tomo 2, XVIII-2.

1. La histórica Constitución de 1853 estableció, entre las atribuciones del Poder Judicial (artículos 97 y 98):

(97) Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de (...) los asuntos en que la Confederación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más Provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; (...) entre una Provincia y sus propios vecinos...

(98) En estos casos, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación (...) pero en todos los asuntos (...) en los que alguna Provincia fuese parte (...) la ejercerá originaria y exclusivamente.

Aquella redacción original fue reformulada parcialmente en la reforma de 1860, correspondiendo a los artículos 100 y 101 de ésta (hoy, arts. 116 y 117). Es destacable la eliminación de las causas entre una Provincia y sus propios vecinos, que quedó de tal modo fuera de la competencia originaria de la Corte Federal y propia de los tribunales de cada provincia.¹⁰

Para algunos autores era claro que la Constitución permitía demandar a la Nación y, de igual modo, a las provincias.

Así, *Fiorini*:¹¹

“Para ser factible la demandabilidad de la Nación, debe tenerse como necesario supuesto el reconocimiento de un sujeto de derecho. Si no se le reconociera al Estado como parte en el juicio no podría jamás hablarse de la demandabilidad de la Nación. El problema fue realmente superado, en forma magnífica, por los constituyentes de 1853. La Constitución Nacional lo resuelve al establecer que ‘corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de*los asuntos en que la Nación es parte...*’ (...) Este principio tan simple y tan claro ha sido omitido en muchas constituciones europeas y americanas, creando una ardua labor entre los juristas para poder ubicar jurídicamente al Estado como sujeto en el debate litigioso. Todos los prejuicios que crean las confusas ideas sobre el Estado soberano: poder público, poder estatal, etc., concurren para crear esas dificultades. La simple expresión de nuestro artículo 100, nos ha salvado de largas desazones teóricas; y también del reino arbitrario de un poder sin límites ni posibilidad de enjuiciamiento judicial (...) Los constituyentes norteamericanos no fueron tan categóricos como los padres históricos de nuestra Constitución...

“Pero si el principio de la demandabilidad del Estado surge en forma tan plena del artículo 100 de la Constitución Nacional, no puede decirse lo mismo sobre el carácter jurídico que le corresponde en ese reconocimiento. La Constitución reconoce a la Nación

¹⁰ *Matienco* criticó la reforma de 1860 por considerar que ella “ensanchaba la jurisdicción de los tribunales de provincia a expensas del Poder Judicial de la Nación”, tal como lo cita *Bielsa* en “*Lineamiento Jurídico de la Ley Federal 48 y el Recurso Extraordinario con especial referencia a las Leyes Fiscales*” (v. ADLA, 1852-1880, p. 364, nota 2).

¹¹ *Ob. cit.*, p. 120.

como parte en un juicio, pero las discusiones se refieren a cómo y cuándo puede ser demandable.

“...la disposición constitucional que permitía el enjuiciamiento de la Nación por sus actos fue reglamentada por la ley 3952¹² a través de la teoría de la doble personalidad del Estado, conjuntamente con la orientación francesa sobre los actos de la administración pública en actos ‘juri gestioni’ y actos ‘juri imperii’, que tenían origen en normas extrañas a nuestro acervo jurídico...”

“Bueno es recordar que antes que el legislador convalidase esta teoría a través de la ley 3952, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya la había consagrado en varios de sus fallos.

“(...) La ley citada mantenía el principio constitucional de la Nación en juicio, pero también y al mismo tiempo la doble personalidad del Estado. Siguiendo a la doctrina norteamericana, en cierta parte, requirió la llamada ‘venia legislativa’, en el supuesto de que la Nación hubiera actuado como persona de derecho público. Tratándose de la Nación como persona privada permitía la promoción del enjuiciamiento ante los tribunales, previa reclamación administrativa; mientras que si se trataba de la Nación como persona pública, debía cumplirse, además del recaudo de la reclamación administrativa, el acto de conformidad del legislador para poder demandarla ante los estrados judiciales.

“La jurisprudencia sobre la ley 3952 fue muy restrictiva sobre las llamadas actividades privadas de la Nación, que se distinguían bajo la denominación de ‘cuestiones civiles’. Ni la doctrina ni la jurisprudencia fueron muy felices para caracterizar esta clase de actividades. El precepto de la Constitución fue limitado por el legislador al establecer la teoría de la doble personalidad estatal, y la jurisprudencia la redujo aún más al considerar para la privada las cuestiones patrimoniales de esencia civil o comercial.

“Contra esta limitación se sancionó, en el mes de Octubre de 1932, la modificación legislativa número 11.634¹³, que rectificó el artículo primero de la ley 3952 (...) El legislador (...) reiteró en forma indirecta la doctrina de la doble personalidad del Estado...”

¹² Sancionada en 27 de setiembre de 1900.

¹³ “La ley 11.634 ha sido invocada por nuestra Corte suprema nacional para resolver los problemas tan interesantes que advienen en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. Declaró que el art. 43 del Cód. Civ. no es aplicable al Estado que actúa como persona de derecho público, o sea, en ejercicio de sus poderes de imperio; en cambio, cuando actúa como persona jurídica, se le aplica al Estado los arts. 1112 y 1113, Cód. Civ. (sentencia de octubre 3/1938, Fallos, t. 182, p. 5; La Ley, t. 12, p. 122; J.A., t. 64, p. 6 (...)) Luego estableció que la ley 11.634 (...) al declarar que las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica, sea en el de una persona de derecho público, no requieren autorización previa legislativa, ha admitido en principio la responsabilidad extracontractual de Estado por los actos de sus funcionarios, quedando equiparados su condición a la de las asociaciones o corporaciones del derecho privado en sus relaciones con terceros en los casos en que el hecho lesivo se hubiese producido en el ejercicio de las actividades encomendadas (fundamentos de la reforma, D. ses. Sen., 1926, t. 1, p. 624; año 1932, t. 1, p. 315; D. ses. Dip., 1932, t. 6, p. 950) (sentencia de setiembre 3/1941, J.A., t. 75, p. 981, con nuestra nota ‘Responsabilidad aquiliana del Estado’).

“He ahí una fundamentación no libre de críticas; pero el resultado fue, ante la axiología jurídica, indudablemente valioso. La Corte sentó una doctrina sobre la responsabilidad aquiliana del Estado que se mantiene sin necesidad de ocurrir a la ley 11.634 y a la superada doctrina de la doble personalidad del Estado. Esto porque, ya actúe el Estado en la así llamada esfera del ‘jus gestionis’, ya desarrolle su actividad en el ámbito de los actos que se han llamado de imperio o de gobierno –dejando de lado la cuestión de que la doctrina se ha revelado impotente para brindarnos una directiva que permita separar a uno de los otros–, el Estado, siendo único y con única personalidad, está sometido a las reglas que en materia de responsabilidad

“(…) Lo que interesa remarcar es que (…) quedó totalmente suprimido el recaudo de la venia legislativa para demandar a la Nación”.

2. El derecho de las provincias, desde temprano, según se ha evidenciado, estableció el principio de la demandabilidad de éstas, así como de los municipios, y no lo sujetó al requisito de la autorización legislativa. Expresamente consagró la doctrina que tardaría años en imponerse en el orden nacional.

Con todo, subsistieron y subsisten privilegios ya referenciados, igualmente expresados en la cláusulas constitucionales. Se trata, como lo dijo *Fiorini* para la Nación, de una limitación o restricción del principio -que deviene en verdad de la Constitución Nacional misma- emanada del constituyente local y muchas veces ahondada por el legislador y la práctica judicial.

V

EL CÓDIGO CIVIL

1. Conviene recordar que el artículo 42 del Código Civil, sienta el siguiente principio -al que viene a complementar el art. 43, éste, en su redacción luego de la reforma del dec. ley 17.711/67-:

Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución de sus bienes.

Los antiguos exégetas del Código de Vélez, enseñaron al respecto:

“Debe tenerse presente que la Nación no puede ser demandada sin previa autorización del Congreso (S.C., tomo I, página 317. Tomo 23, pág. 103. Tomo 26, pág. 201, etc.).

“Pero esta autorización no es necesaria cuando la Nación es demandante, y el demandado se defiende con una excepción, aunque ésta haya de ventilarse en juicio ordinario...”

aquiliana establece la ley civil para toda suerte de persona, sea individual sea colectiva, ya pertenezca al derecho privado, ya al derecho público” (V. la nota a la ley 3952 ‘*La Ley de demandas Contra la Nación y la pretendida doble personalidad del Estado*’, en ADLA, de aquel enorme jurista que fue *Alberto G. Spota*).

“(…) Sin embargo, en el fallo que se registra en el tomo 59, página 251, parece exigir la Suprema Corte autorización para demandar a la Nación, aun en los casos en que esas demandas sean derivadas de juicios en que el Ejecutivo Nacional sea actor”.¹⁴

Ya se ha visto la evolución de tal doctrina, hasta su superación total, que nació de una interpretación dada por la Corte Suprema¹⁵, no del texto de la Constitución –aunque fue materia de debate al tratarse la sanción de la ley 48-.

Específicamente, respecto de las provincias, decía *Llerena*:

“Alguna vez se ha sostenido que las Provincias como personas de derecho público, no pueden ser ejecutadas; pero la Suprema Corte Nacional, en los fallos citados, especialmente en el que se registra en el tomo 61, página 19 ha establecido terminante e invariablemente que, prescribiendo el presente artículo que puede hacerse ejecución de los bienes de las personas jurídicas, por estar, según el artículo 41, equiparadas a los simples particulares, y no habiendo una excepción expresa que ponga en distinta condición a los Estados Federales, las Provincias pueden ser ejecutadas para el cumplimiento de sus obligaciones.”

“(…)

“Las Constituciones Provinciales, no pueden contener excepciones que choquen con los preceptos de los Códigos Nacionales, pues todas las provincias han delegado expresamente en el Congreso Nacional, la facultad de dictar los Códigos Civil, Comercial, Criminal y de Minería, y, por lo mismo, no es dado a las Provincias establecer excepciones o derogar en parte esos Códigos Nacionales por sus leyes especiales, llámense éstas Constituciones o no (considerandos undécimo y duodécimo del fallo del tomo 57 citado, pág. 337, y también página 326, y tomo 51, pág. 247)”.

Machado, por su parte, enfatizaba:

“No estamos conformes con lo que enseñan algunos autores de que no se puede hacer ejecución en los bienes pertenecientes a los Estados, correspondiendo en tales casos a las Legislaturas dictar las medidas para pagar los créditos reclamados; eso y declarar que las Provincias no son demandables sería la misma cosa”.¹⁶

Más acá en el tiempo, *Busso*¹⁷ señaló:

¹⁴ *Llerena, Código Civil Argentino*, Tomo I, p. 94, com. art. 42.

¹⁵ Por primera vez, destaca *Llerena* (ob. y lug. cits), el 29 de setiembre de 1864.

¹⁶ *Comentario del Código Civil Argentino*, pág. 95. Cita: “*Pueden las Provincias ser ejecutadas para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 101 Const. Nac. art. 1, inc. 1, L. Jur.)* LXI, 18”.

¹⁷ Comentario artículos. 41 y 42 Cód. Civ., nos. 47 a 49, p. 360. Cita: 3 de marzo de 1906, *Fallos*, 103-373; 9 de mayo de 1919, *Fallos*, 129-210 y J.A. 3-343; 18 de agosto de 1926, *Fallos*, 147-88 y J.A. 21-602; 3 de diciembre de 1930, *Fallos*, 159-326 y J.A. 34-1013; 11 de julio de 1934, *Fallos*, 177-9 y J.A., 47-9; 28 de marzo de 1941, J.A. 73-992; 20 de diciembre de 1920, *Fallos*, 133-161 y J.A., 5-593; 16 de febrero de 1921, *Fallos* 133-261, J.A., 6-51 y G.F., 31-1; 28 de abril de 1926, *Fallos*, 146-122 y J.A., 19-646; S.T. San Luis: 20 de abril de 1939, J.A., 66-1019; 6 de agosto de 1926, *Fallos*, 147-29 y J.A., 21-577.

“La procedencia de la acción ejecutiva contra las provincias y municipios, ha sido reiteradamente consagrada por las decisiones judiciales, apoyándose en el art. 42 in fine, cód. civ.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación, frecuentemente en pugna con el criterio de los tribunales provinciales, ha defendido en esta materia la supremacía del principio concretado en el art. 42, cód. civ., llegando hasta declarar, en discutida jurisprudencia, la inconstitucionalidad (arts. 31; 67, inc. 11º, y 108) de las normas jurídicas sancionadas por las provincias, que subordinasen la promoción de la acción ejecutiva al transcurso de determinados plazos fijados con el objeto de facilitar a las legislaturas provinciales o concejos municipales la votación de los recursos; por ejemplo, el art. 132 de la Constitución de Santa Fe, y el art. 14 de su ley orgánica municipal; el art. 20 de la Constitución de Corrientes; el art. 5 de la Constitución de Santiago del Estero; los arts. 40 y 202, inc. 9º de la Constitución de Mendoza; el art. 161 de la Constitución de San Luis; el art. 193 de la ley orgánica de municipalidades de Tucumán.”

“Con mayor fundamento ha declarado la inconstitucionalidad cuando las constituciones provinciales imponían el acuerdo del poder legislativo para poder iniciar la ejecución; por ejemplo: art. 27 de la Constitución de San Juan¹⁸; o negaban carácter ejecutorio a las sentencias de condena, encomendando a las legislaturas que arbitrasen la forma y el modo de verificar los pagos, como el art. 25 de la Constitución de Santa Fe, y el art. 41 de la Constitución de Córdoba.”¹⁹

Por nuestra parte, hemos citado los siguientes pronunciamientos de la Corte:

“Es violatoria de la constitución nacional, la constitución provincial que consagra disposiciones derogatorias de las que contiene el código civil en cuanto a la forma y medios de perseguir el pago de las deudas.”

“...de acuerdo con el art. 108 (hoy 126) de la constitución, las provincias no ejercen el poder delegado de la nación, y no les está permitido dictar los códigos civil, penal, comercial y de minería, después que el congreso los haya sancionado, precepto que no deja lugar a duda en cuanto a que todas las leyes que estatuyen sobre las relaciones privadas de los habitantes de la república, siendo del dominio de la legislación civil o comercial, están comprendidas entre las facultades de dictar los códigos fundamentales que la constitución atribuye exclusivamente al congreso (t. 103, p. 373; t. 133, p. 161).”

“...las provincias federadas son, por el código civil (art. 33, inc. 2º -reformado por el dec. ley 17.711/67-) personas jurídicas de existencia necesaria, demandables y susceptibles de ser ejecutadas; de suerte que el art. 5 de la constitución de la provincia, al sustraer a la provincia de Santiago del Estero a la acción de sus acreedores en cuanto a la forma y modo de hacer efectivos sus derechos, ha estatuido sobre materia que es resorte exclusivo del

¹⁸ Cita 5 de marzo de 1928, *Fallos*, 150-320 y J.A., 27-136.

¹⁹ 14 de mayo de 1910, *Fallos*, 113-158; 9 de junio de 1914, *Fallos*, 119-117; 20 de agosto de 1914, *Fallos*, 119-372; 23 de mayo de 1927, *Fallos*, 148-370 y J.A., 24-679.

congreso, a cuya legislación deben conformarse las provincias, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan su constitución o leyes locales (t. 133, p. 161).”

“Que como se ha establecido en casos análogos, el régimen político y administrativo de las provincias, no es otro que el previsto en los arts. 104 (hoy 121), 106 (hoy 123) y correlativos de la constitución nacional; y por latos que sean los poderes inherentes al mismo, no llegan hasta autorizar sanciones legales que estén en pugna con la legislación de fondo dictada por el congreso...”²⁰.

2. La legislación nacional y aun antes que ella la jurisprudencia de la Corte, acordaron naturaleza meramente declaratoria a la sentencias dictadas en contra de la Nación.

En relación con lo normado en tal sentido por el art. 7° de la ley 3952, decía *Spota*²¹:

“...He aquí otra norma que mal armoniza con el concepto de Estado justicia (el ‘Justizstaat’ de la doctrina alemana), desde que para amparar la marcha de los servicios públicos es suficiente el concepto de la inembargabilidad de los bienes del dominio público estatal (...).”

“Pero el efecto declaratorio de las sentencias contra la Nación se detiene allí cuando está de por medio la garantía de la propiedad-función social (art. 38, Constitución Nac. [se refiere a la de 1949] así como en el supuesto de daños morales y materiales ocasionados a la persona misma (arg. ‘a pari’ y ‘a fortiori’). Así, en los juicios de expropiación no rige el art. 7°, ley 3952, según acertada doctrina jurisprudencial (v. Roberto Martínez Ruiz, ‘La Constitución Argentina anotada’, Buenos Aires, 1945, p. 151, núm. 122 y sentencia allí cit., Corte suprema nacional, mayo 13/940, ‘Fallos, t. 186, p. 151).”

“Por lo demás, la apertura de créditos que el legislador autoriza al Poder Ejecutivo para cumplir con las sentencias condenatorias (...), tiende a obviar una solución legal que no se recomienda por su acierto si hemos de ceñirnos a la ideología propia del Estado de Derecho, y que no armoniza con el principio del derecho común que afecta el patrimonio al cumplimiento de las obligaciones de su titular...”

Hemos subrayado en nuestra reseña las cláusulas contenidas en la constituciones provinciales con semejante alcance, esto es, limitar la ejecutabilidad –aunque sin estatuir su carácter meramente declaratorio de un modo explícito- de las sentencias de condena, declarando inembargables bienes y rentas, estableciendo plazos extraordinarios para el cumplimiento (esperas), remitiendo para ello a lo que establezcan las legislaturas sobre el

²⁰ V. *Prolongación del ciclo constituyente- La Reforma en la Provincia del Chubut*, parágr. 53, p. 245. Lo citado corresponde al fallo pronunciado in re “*Pautasso Antonio c. Provincia de Santiago del Estero s/ cobro ejecutivo de honorarios*”, de 18 de agosto de 1926. Ver también las citas que hacemos en nota 518, p. 246; de igual modo, ver las que incluimos en ‘*Vélez, el Codificador, su Obra y la Constitución Nacional*’, Separata del Libro *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, Tomo IV, p. 230, ap. VIII.

²¹ Op. cit.

tiempo, forma y medio de pago e imponiendo otros límites sobre el alcance de la garantía del patrimonio provincial frente a los acreedores.

La Corte, según hemos visto, no le concedió a las provincias lo que, en cambio, admitió en su doctrina tradicional para la Nación, más allá que, respecto a ésta y sus reparticiones y entes, fue amortiguando el principio en diversos pronunciamientos.

Ya recordamos²² a la Corte cuando dijo:

“...los plazos extraordinarios acordados a las provincias por las legislaciones locales para que puedan hacerse efectivos en sus bienes los créditos reconocidos legalmente, afectan la estructura del código civil que no ha creado beneficio alguno al respecto a favor de las personas jurídicas sobre que legisla, estableciendo, por el contrario, una perfecta igualdad entre aquéllas y los simples particulares (arts. 41 y 42 del Código Civil).”

Pero la doctrina de la propia Corte ha precisado el alcance de la potestad de ejecutar bienes del Estado por los acreedores:

“Las disposiciones del artículo 42 (...) que establece que las personas jurídicas pueden ser demandadas en virtud de acciones civiles y pasibles de ejecución en sus bienes, sólo puede entenderse, en lo que a las personas públicas atañe, de cuyo número son las Municipalidades, de los bienes del *dominio privado de dichas personas*, y no de los propiamente comunales o del dominio público, como calles, plazas, caminos, establecimientos destinados a las oficinas públicas y demás que se hayan consagrado a un servicio general o comunal, como los hospicios, escuelas, mercados²³, etc. etc.”

“Que estos últimos, por la consagración especial que los afecta, y mientras ella dure, se hallan fuera del comercio y no son enajenables ni prescriptibles, ni pueden ser embargados, según así resulta de los artículos 2336 y siguientes del Código Civil”.

“Que los jueces carecen, por lo mismo, de autoridad y jurisdicción para cambiar su destino, y no pueden por consiguiente ordenar su embargo ni proceder a su ejecución.”²⁴

En el número siguiente examinamos la cuestión de la embargabilidad de las contribuciones fiscales, recordando un precedente de la Corte con comentario de *Rafael Bielsa*.

3. Dijimos antes que *Busso* se refirió a la doctrina de la Corte sobre la inconstitucionalidad de las citadas cláusulas constitucionales provinciales, destacando que era *discutida jurisprudencia*. No se detiene el autor aquí más

²² *La Reforma...*, ob. cit., nota 518, p. 246.

²³ *Machado* (ob. y lug. cits) discute el acierto de esta doctrina respecto de la inembargabilidad de los mercados por las razones que da, que comparte *Llerena*. La misma Corte en antiguo pronunciamiento había dicho lo contrario, según cita este último autor (en el tomo 25, p. 432).

²⁴ Citado por *Llerena*, ob. cit., p. 102, n° 9.

que eso, pero remite a una sentencia de la Corte comentada en contra por *Bielsa*.

Tal precedente data de 5 de diciembre de 1934²⁵ y resolvió, por mayoría, a favor del actor embargante la controversia suscitada con la Provincia de Buenos Aires respecto de la embargabilidad de fondos depositados, según exigencia legal, en el Banco oficial por concepto de rentas generales.

Dijo allí la mayoría de la Corte:

“Que en principio, las provincias en su carácter de personas jurídicas son pasibles, como las personas de existencia visible, de la acción que sus acreedores puedan ejercitar contra ellas y su patrimonio, y son embargables sus bienes (art. 42 del cód. civil)./ Que la doctrina y la jurisprudencia han creado una excepción a favor de los estados, de las municipalidades y de todas las entidades de existencia necesaria, y es que sus rentas o recursos no pueden ser embargados ni ejecutados en la medida de lo que pueda ser indispensable para su vida y regular funcionamiento; porque, de lo contrario, sería ir contra la razón misma de la creación de estas instituciones./ Que este tribunal en numerosos pronunciamientos ha sintetizado su doctrina así: Siendo las provincias personas jurídicas de existencia necesaria, no pueden ser privadas de los elementos indispensables de que depende su vida y su desarrollo político y económico (‘Fallos’, t. 156, p. 218; t. 131, p. 267; t. 125, p. 267; t. 125, p. 212; t. 98, p. 224, y doctrina del fallo del t. 124, p. 379)./ La ley 3952, muy posterior a la vigencia del cód. civil, ha establecido otra excepción, pero únicamente a favor del gobierno federal, al disponer que las decisiones que pronuncien los jueces no tendrán carácter sino meramente declarativo (ley de octubre de 1900)./ Esta excepción sienta un principio que coincide con la doctrina francesa, preconizada entre otros por el profesor Jesé, que la ha expuesto en crítica formulada al fallo de este tribunal del 25 de setiembre de 1925 (mensaje del gobernador de Mendoza a las cámaras legislativas en que está transcripto)./ Esta doctrina sostiene que ningún poder que no sea el legislativo puede disponer sobre la forma, tiempo y orden en que deben ser pagadas las deudas del Estado o del municipio./ Que es el poder único, por la naturaleza propia de su misión y por el alcance de sus facultades, que está en condiciones de ordenar las finanzas públicas dentro de un plan de conjunto que contemple los múltiples intereses que se ponen en juego y las posibilidades de que se puede disponer (...) Son tópicos propios de los cuerpos deliberativos que proceden con amplia discreción y con un conocimiento integral de los asuntos./ Mientras que el Poder judicial, ajeno a estas preocupaciones (...) puede incurrir en errores o excesos.../ En este orden de ideas la doctrina ha llegado hasta declarar inembargables los

²⁵ *Rosselli, Eliseo F. v. Fisco de la prov. de Bs. As.*, v. J.A., t. 48, p. 681. En el mismo tomo, véase *Braseras, Angel (S.A.) vs. Fisco de la prov. de Mendoza*, en que dijo la Corte: “Los fondos provinciales afectados al servicio de la deuda interna consolidada, no pueden ser sustraídos al embargo en base a un crédito que forma parte también de la deuda interna, aunque no haya entrado en la consolidación, desde que ella no crea privilegio alguno de unas deudas sobre otras, todas de idéntico o análogo carácter. (...) Carecen de toda eficacia las disposiciones de leyes locales que tiende a sustraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos o rentas de una provincia o comuna, contrariando las disposiciones y garantías consagradas por la ley civil”.

bienes del dominio privado del Estado, porque esos bienes producen rentas y esas rentas forman parte de los recursos de que el Estado puede disponer para hacer los servicios públicos./ En Francia es un principio: Que todo crédito se arregla por ordenanza administrativa. El acreedor no puede embargar los bienes de la administración.../ El Poder legislativo y los concejos deliberantes, según se trate de la Nación o de las municipalidades, tienen exclusivamente la misión de arbitrar los fondos para el pago de las deudas públicas, y hasta, según lo dice el mismo profesor, el gobierno central tiene una intervención directa en las providencias que los poderes locales tomaran o dejaran de tomar al respecto, lo que, sin duda, comporta una garantía más para los acreedores.../ La doctrina, sin duda, tiene sólidos fundamentos. Pero habría que averiguar, para aplicarla, si es concordante con los principios de nuestro derecho escrito y si es la que más conviene al estado de desarrollo de nuestras instituciones federales./ Desde luego, la disposición del art. 42 del cód. civil se levanta como un obstáculo insalvable a la aplicación de tal doctrina, cuando dice (...) Dentro de términos tan claros como categóricos, la disposición comprende todas las personas jurídicas, sean de existencia necesaria o no (...)/ Prescripto por la ley (art. 42) y establecido por la jurisprudencia de este tribunal que las provincias y las municipalidades (a diferencia del gobierno nacional, amparado por la ley 3952) pueden ser ejecutadas por el cumplimiento de sus obligaciones y embargados sus bienes, a despecho de cualquier disposición en contrario que sus cuerpos deliberativos tomaran, corresponde a los jueces resolver en cada caso que se presente qué rentas o recursos deben embargarse, siempre en el concepto de que, siendo entidades necesarias del derecho público, no pueden ser privadas de aquellos cuya falta pudiera perturbar su vida y desarrollo ('Fallos', t. 156, p. 218; t. 131, p. 267; t. 125, p. 267; t. 125, p. 212; t. 98, p. 224) (...) / Que debiendo tener por el art. 42 del cód. civil un carácter compulsivo los pronunciamientos de la justicia (no tan sólo declarativo), lógicamente corresponde que el tribunal haga la distinción en los casos que se presenten (...) entre los que pueden o no perturbar la vida y el progreso de un pueblo, y para aceptar o rechazar un embargo (...)/ Que la doctrina que escuda al gobierno provincial del embargo, fundada en la soberanía con que esta entidad vota y distribuye sus rentas, lleva a la conclusión de que el derecho del acreedor particular no tiene más eficacia que la que voluntaria o espontáneamente quiera acordarle el gobierno deudor, si se considera que todas las rentas efectivas y posibles, presentes o futuras, pueden tener su afectación en la ley de presupuesto y en las leyes especiales que a menudo se dictan, y esto es lo que constantemente se observa en la práctica, hasta el punto que llega el caso de gobierno que manejan muchos millones de pesos y que carecen sin embargo de fondos libres o disponibles para aceptar embargos por pequeñas cantidades. Así, en la práctica, comportaría la anulación del derecho que acuerda el art. 42./ Que no basta que una renta o un bien haya sido destinado a un servicio público, para que esté exento de embargo (...) solamente el hecho consumado puede darle el carácter de bien público ('Fallos': t. 115, p. 158; t. 119, p. 117). La misma doctrina puede ser aplicada al caso de rentas aun no invertidas (t. 121, p. 250)....”²⁶

En disidencia, los dres. *Antonio Sagarna* y *Julián V. Pera*, dijeron:

²⁶ Voto de los dres. *Roberto Repetto*, *Luis Linares*, *Benito A. Nazar Anchorena*.

“...Que no corresponde el embargo de dinero proveniente de impuestos y rentas públicas porque ellos están destinados al sostenimiento de la administración y demás servicios que podrían ser paralizados o entorpecidos.../ Que la inembargabilidad de tales fondos resulta entonces de los principios de derecho público en que se funda la facultad impositiva, del carácter en que interviene el Estado al ejercerla y del destino de los fondos percibidos en consecuencia, todo de exclusivo fin público (...)/ Cuando la Nación, y lo mismo ocurre con las demás entidades de derecho público, por medio de sus poderes organizados al efecto, dicta leyes creando impuestos y determinando la forma de percepción e inversión de los mismos, no procede en el carácter de persona jurídica, es decir, de persona de derecho privado, pues que pone en ejercicio las atribuciones y facultades inherentes a la soberanía especialmente regidas por el derecho público. (...véase entre otros, t. 161, p. 112; t. 156, p. 219; t. 98, p. 224; t. 97, p. 15, y especialmente t. 124, p. 41; González, ‘Constitución argentina’, p. 461; Bielsa, Derecho administrativo, t. 2, p. 312)./ Que aun en las disposiciones del cód. civil se encuentran preceptos como los de los artículos 823, 3879, inc. 2º, y 3880, inc. 5º, que excluyen de la compensación o establecen privilegios para el cobro de créditos del Estado, correspondientes a rentas fiscales o impuestos públicos, directos o indirectos, en razón de su indispensable percepción y aplicación a los servicios públicos del Estado o de las municipalidades, como lo propone Bibiloni (‘Obligaciones’, t. 2, p. 242)./ Que la ley 3952, en su art. 7º, establece el alcance meramente declaratorio de las sentencias dictadas contra la Nación, que tendría una preferencia inexplicable con respecto a las demás entidades autónomas del derecho público, a menos que se reconozca el principio ya sentado de la inembargabilidad para todas ellas de dichos recursos/ Que el examen de los presupuestos sancionados por las provincias en ejercicio de sus facultades constitucionales, respecto a la conveniencia o inconveniencia, justicia o injusticia del destino de los fondos provenientes de las rentas públicas, supone una ingerencia en el manejo interno de su administración, que está librada exclusivamente a la discreción de sus poderes locales...”.

La minoría de la Corte acude a la doctrina de la doble personalidad del Estado, según se aprecia.

En su comentario crítico –apoyó la postura de la minoría-, *Bielsa* subrayó, con cita de *Mirbach-Rheinfeld*:

“...El derecho financiero comprende, pues, las *reglas* de derecho público que derogan al derecho civil común (...). Yo añadiría, dice, a este concepto de reglamentación el término ‘jurídico’, es decir, ‘reglamentación jurídica’, no sólo régimen legal. Y el autor citado añade, sigue diciendo *Bielsa*: ‘Toda vez que el derecho financiero crea relaciones jurídicas (en particular: derechos y obligaciones) o instituciones jurídicas que no pueden ser referidas al derecho privado, o en contradicción con él, no se puede, en modo alguno, aplicar a esos objetos los principios ni las normas de derecho privado’ (op. cit., p. 17).

“La discusión sobre los privilegios o prerrogativas del Estado poder público se plantea originariamente con motivo del embargo de las contribuciones; y ello se explica, porque el embargo, sea ejecutivo o preventivo, inmoviliza el bien embargado, lo sustrae del poder de disposición del propietario (...) En consecuencia el propietario puede impugnar el embargo. Lo propio cuadra observar en punto a los bienes del dominio público...”.

En sus *consideraciones generales sobre la sentencia* de la Corte, expresaba el insigne Maestro:

“En lo que concierne a ‘embargabilidad’ de las rentas públicas la Corte Suprema ha variado su orientación y con ello rectificado una jurisprudencia que se inspiraba más que en principios de derecho, en consideraciones de política jurídica circunstancial./ En el caso *Anchorena v. Municipalidad de Buenos Aires* (Jurisprudencia Argentina, t. 35, p. 1142), se perfila claramente la nueva jurisprudencia, pues en él se declara la ‘inembargabilidad’ del impuesto, fundado el tribunal en buenos principios./ La Corte Suprema, durante largo tiempo, consideró susceptible de embargo el dinero proveniente de impuestos y tasas, especialmente en la esfera provincial y municipal. Y no solo el embargo sino también la vía de la ejecución forzada./ Como se sabe, los impuestos y las tasas son ingresos del *derecho público*, obtenidos coactivamente, según un régimen de *derecho público*, y destinados a satisfacer los gastos que generan los *servicios públicos*.

“...La Corte Suprema en el fallo que motiva este artículo ha resuelto ...admitiendo, en forma muy ‘condicionada’ ...el embargo de las rentas públicas. Acepta, sin embargo, la Corte Suprema, tanto en el voto de la mayoría como en el de la minoría, la inembargabilidad de la renta pública ‘en principio’, en razón de su afectación a los servicios públicos. *Ergo* si lo producido no está realmente afectado a un servicio público, él es embargable. Tal la doctrina que prevaleció. Pero, ¿cómo se determina la afectación real de los servicios públicos? Desde luego la afectación no puede ser otra, en principio, que la imputación legal...”.

Analiza luego los fundamentos esenciales del voto de la mayoría; así, respecto de la invocación del art. 42 del Cód. Civil, puntualiza *Bielsa*:

“...decimos que este precepto no consagra principio alguno que ponga en duda el carácter de las decisiones del tribunal. El patrimonio de las personas jurídicas (y físicas) es prenda común de los acreedores. Pero determinar *hasta qué límite*, sólo es de competencia del legislador, pues sólo la ley debe indicar lo que no puede embargarse ni hacerse vender judicialmente, v.gr., un por ciento del sueldo o de pensión, los muebles de uso personal, los instrumentos de trabajo....

Luego el *patrimonio* del Estado no es el *Tesoro público*. (...) Lo que el Estado adquiere por medio de derecho privado y él no afecta a ‘uso público’ o ‘servicio público’, es bien patrimonial; en consecuencia, lo que obtiene por arrendamiento de su propiedad privada o gana con la explotación de industrias en concurrencia (es decir, sin monopolio *de derecho*), constituye bienes privados, embargables y sujetos a prescripción.

Enhorabuena la aplicación del art. 42 del cód. civil. Pero este precepto no rige en el tesoro público, esto es, los ingresos de derecho público (impuestos, tasas, contribuciones especiales). El cód. civil no regla más que el derecho privado. Esto es lo que muchos olvidan o quieren olvidar...”.

Se pregunta luego *Bielsa* en relación con lo afirmado por la mayoría de la Corte:

“...¿es atribución de un tribunal judicial juzgar cuándo el crédito –mejor, la *ejecución forzada* de la obligación a que se refiere el crédito- por su importancia, puede paralizar la vida regular del pueblo, o más propiamente el funcionamiento de los servicios públicos? ¿Está eso en la competencia judicial?

Si el Poder judicial aprecia todo eso él se convierte en Poder administrador, porque entra en la esfera propia de éste. Esto afecta el gran principio de separación de poderes, y no sólo respecto del ejecutivo (...) sino también indirectamente del legislador, pues incumbe a la ley el determinar *qué servicios deben necesariamente funcionar* y cómo y con qué recursos se debe atender a los gastos de organización y funcionamiento de cada servicio.

Se formula luego esta pregunta, cuyas implicancias deben atenderse:

“Por otra parte, si el Poder administrador cumple la decisión judicial, es decir, entrega de dinero imputado legalmente a otro gasto, ¿no malversa caudales públicos? La ley debiera prever, en partidas especiales, las erogaciones motivadas por cumplimiento de decisiones judiciales. Y algunas leyes ya lo han hecho. Pero no se confunda tampoco esas leyes que *responsabilizan al Estado*, con las leyes que autorizan al pago de lo ordenado por decisión judicial...”.

Sostiene el punto de vista de la minoría de la Corte en el caso, señalando que se funda en principios jurídicos inobjectables. Así, en cuanto dice el voto:

“...<los fondos retenidos provienen de recaudación impositiva y constituyen ingresos calculados por la ley de presupuesto para el sostenimiento de los servicios públicos a cargo del Estado>. He ahí el principio de la afectación legal, que el Estado (en el caso, la provincia, que es el Estado a este respecto) puede y debe hacer, en ejercicio de su potestad pública.

Sostener que la afectación legal financiera puede ser alterada por créditos de particulares, equivale a hacer prevalecer el interés privado sobre el público...”.

Aplauda la distinción que la minoría de la Corte hace entre la Nación persona jurídica y la Nación poder público, cuyo olvido, afirma *Bielsa*, conduce a errores y confusiones deplorables. Y elogia igualmente el voto en cuanto veda al tribunal el examen de los presupuestos de las provincias, que ni aun el juez de los hechos puede considerar sin afectar el principio de separación de poderes.

Remite después a comentarios suyos anteriores, con motivo de un caso análogo (1930), en que sostuvo que la jurisprudencia es incierta y hasta

ambigua no sólo respecto de la cuestión relativa a la limitación de bienes susceptibles de embargo sino también en lo tocante a plazos de ejecución.

“...Observamos entonces que la Corte Suprema admitía como principio (antes del caso *Anchorena vs. Municip. de Buenos Aires*, de julio de 1931), la aplicación del cód. civil sobre las constituciones y leyes locales. Pero, aun así, ese principio tan general, o sus consecuencias, tiene limitaciones, y una de ellas, fundamental, es la *autonomía contractual* establecida como regla dominante por el propio código civil, en el art. 1197.

Si una persona jurídica –sea de derecho privado, sea de derecho público–, no puede pactar sino sobre *supuestos legales* que constituyen lo que llamaríamos un “contenido obligatorio” del convenio, es indudable que esa autonomía está limitada tanto para la persona jurídica, a que la ley se refiere, como para el otro contratante.

En las disposiciones de no pocas constituciones provinciales se establece como regla que en ningún caso podrá hacerse ejecución o embargo en rentas o bienes municipales. La anterior constitución de Santa Fe disponía: ‘Cuando la municipalidad fuera condenada al pago de una deuda cualquiera, la corporación arbitraré, dentro del término de seis meses siguientes a la notificación de la sentencia respectiva, la forma de verificarlo’ (art. 132).

Y la correspondiente ley orgánica de municipalidades, hoy derogada, establecía el plazo de seis meses –a favor de las municipalidades– para cumplir condenas judiciales. Una y otra de estas disposiciones se fundaban en un principio de interés público innegable, no precisamente en un privilegio para la Administración pública, ni que sea derogatorio del principio de orden público establecido en el Código civil.

En efecto, la Constitución disponía solamente un plazo respecto de la *exigibilidad de cumplimiento* de obligaciones, a favor del poder administrador comunal.

Y bien, si ese plazo puede ser pactado (art. 1197) y su validez es en tal caso incuestionable ¿se puede negar su carácter jurídico? Si no es pactado expresamente ¿existe él implícitamente? La respuesta sólo puede darse con referencia a un régimen legal dado. El principio de fijación de término legal para el cumplimiento de obligaciones respecto del Poder administrador tiene también aplicación en el orden nacional. Así, por virtud de la ley 3952, las decisiones que se pronuncien en los juicios a que se refiere esa ley, es decir (obrando la Nación como *persona jurídica*) cuando sean condenatorias contra la Nación, sólo tendrán carácter meramente declarativo, *limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda* (art. 7°)

Aun en el código de lo contencioso administrativo de la Prov. de Buenos Aires –en el cual los derechos (no los intereses legítimos) de los particulares, respecto del Estado están protegidos en forma tan amplia que se contrarían los principios generales de la materia–, la Administración pública puede dilatar el cumplimiento de las sentencias definitivas hasta sesenta días después de vencido el término fijado en la decisión o fallo (art. 82).

Continuando con la cuestión que motivaba la nota crítica advertíamos que todo aquel que contrataba con una municipalidad de la Provincia de Santa Fe no podía ignorar la existencia de ese plazo legal, puesto que él debía tenerse como *contenido obligatorio* del contrato. Y si él estaba ya *establecido en forma que no podía eliminarse* (la *ratio iuris* de la Constitución lo explicaba bien) era, precisamente por eso, un plazo legal implícito.

El particular que contrata con una persona pública debe conocer la extensión de la capacidad de la persona administrativa (extensión de atribuciones para obligarse *iure* y condiciones en que puede obligarse). Debe también conocer el régimen jurídico de los contratos, régimen que es válido si no contraría principios generales de derecho positivo. Y aun a este respecto observamos que puede ese régimen estar en oposición con los principios generales, y ser entonces un *ius singulare*; pero en tal caso el precepto legal debe ser expreso. Lo que no puede la ley ni el contrato es violar una garantía constitucional o un principio de orden público que tenga prioridad sobre una ley local (art. 31 de la constitución nacional)

Pues bien: la existencia de un plazo legal, establecido a favor de la Administración pública, para la exigibilidad de una obligación, se entiende *acceptado* por quien contrata con ésta, a menos que *expresamente*, y también en virtud de la autonomía contractual, se lo excluya del convenio. Pero aun esto sería *prima facie* inaceptable, porque la Administración pública no puede renunciar a una norma “legal” que se instituye en consideración al *interés público* que la misma Administración debe gestionar. Puede la Administración pública municipal, después de contratar, extinguir la obligación antes del plazo constitucional o legal que la beneficie, si el erario lo permite, sin alterar el funcionamiento de los servicios públicos; pero no puede renunciar ese beneficio al pactar. Trátase de una limitación a su libertad de contratar, limitación que es impuesta por el derecho público interno.

Lo que importa sentar como principio es que contratando libremente un particular u otra entidad de derecho público con una provincia o municipalidad, acepta implícitamente el plazo, y el régimen de exigibilidad o de cumplimiento de la obligación, y de ejecución forzada, según lo disponga la Constitución o ley respectiva. Se trata de disposiciones que forman parte del “régimen jurídico contractual” de las personas o entidades administrativas.

La solución sería distinta si se tratara de obligaciones contraídas *extracontractualmente*, cuestión que se resuelve por el principio general que sustentamos aquí. Por excepción la obligación de devolver lo percibido sin causa está establecida en el Código civil respecto de las personas jurídicas y en leyes especiales respecto de las personas de derecho público.

En suma: **el régimen de la inembargabilidad establecido en las leyes y en los principios (en derecho público y en derecho privado) está jurídicamente fundado en el interés público directo en algunos casos y en el interés privado en otros.**

Por eso son objetables las decisiones judiciales que lo contrarían, siendo así que a la vez admiten como justas las exenciones a favor de particulares frente a las personas jurídicas públicas.

No se olvide que en un punto a embargos, las leyes locales sustraen del patrimonio “prenda común de los acreedores” –como dijimos- ciertos bienes, v. gr., un por ciento del sueldo del deudor, y hasta en ciertos casos establecen la exención total (sueldos mínimos inembargables). El fundamento de esas exenciones es a veces una consideración de humanidad, otras el impedir la ruina económica del deudor, o bien asegurarle o defenderle en la continuidad de su industria u oficio. Tiene todo eso cierto carácter de *necesidad social* (indirectamente se mira también un interés público, no precisamente orden público, si la ley no le da expresamente este carácter, en cuyo caso no se puede renunciar por convenio).

¿*Quid* si a una municipalidad se le embargaran los bienes afectados al servicio público, aunque no fueran propiamente *bienes del dominio público*, que son, por principio,

inalienables, y por tanto no embargables? ¿Debe suspender aquélla su actividad administrativa? Si se la priva de sus ingresos de derecho público, que son los ordinarios y previstos, corre efectivamente ese riesgo. El principio aplicable es el mismo.

¿Por qué ha de excluirse del embargo de las herramientas del profesional o artesano, y no se ha de excluir los bienes afectados a servicios públicos, que deben ser más protegidos que el interés particular?

De ser lógica la doctrina anterior de la Corte Suprema llevaría a declarar inconstitucionales a todas las leyes provinciales relativas a la inembargabilidad de salarios y bienes afectados a la industria, o de uso necesario (por ejemplo, los bienes enumerados en los códigos de procedimiento o en leyes especiales porque disminuyen o hacen invulnerable el patrimonio del deudor, por ejemplo, cuando éste percibe un sueldo totalmente exento de embargo, en razón de su monto). Ello no es concebible, y por eso en la jurisprudencia no se cuestiona el punto.

Enseguida, trata el autor que seguimos el siguiente punto²⁷:

“6° *Similitud entre los bienes del dominio público y de las contribuciones de derecho público atendiendo al destino: “interés público”*. –Puede hacerse un paralelo entre los bienes públicos y el dinero proveniente de los impuestos, pues hay *identidad conceptual* en punto a su *destino*, que es siempre destino público directo y necesario para la existencia del Estado (en sentido lato provincia y comuna) y más precisamente de la *sociedad referida al Estado*, que es el órgano político jurídico de ella. Los bienes del dominio público, y con mayor razón las contribuciones provenientes directamente del impuesto son medios necesarios para las funciones del Estado. Por algo, desde hace siglos, se llama a los impuestos *nervi reipublicae*.

Esa identidad de destino es argumento decisivo; poco importa que el régimen jurídico de los bienes del dominio público no sea exactamente el mismo de los bienes que componen el Tesoro público; pues todos sabemos que hay algunas diferencias, pero esas diferencias derivan de la distinta naturaleza de unos y otros bienes. Lo que importa es señalar las analogías sustanciales. Los bienes del dominio público se afectan

²⁷ En un sentido contrario, véanse las siguientes reflexiones: “*La doctrina española -GARCÍA DE ENTERRÍA- al hacer referencia a la aplicación del principio de inembargabilidad de los bienes públicos o privilegium fisci señala que el mismo «es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio». En ese sentido, expresa que «[...] El dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna»*. Siguiendo la posición del autor español, creemos que en nuestro ordenamiento jurídico las provisiones contenidas en la Constitución que consagran la autonomía e independencia del Poder Judicial, el principio de legalidad conforme al cual la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público queda sujeto a los mandamientos constitucionales y legales, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad y la igualdad procesal como manifestación de aquél, y el principio de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, permiten afirmar, sin duda, la posibilidad de ejecutar sentencias contra la Administración y obligarla a cumplir con las condenas dinerarias que se hubieren acordado en su contra”. [Rafael Badell Madrid, jurista venezolano, de su conferencia en Salta, 30 de agosto de 2001, que escuchamos y luego conocimos por gentileza del autor y del Dr. Marcelo López Mesa].

principalmente, a tal destino por actos formales (prescindo de otras formas raras entre nosotros, como el uso desde tiempo inmemorial). El impuesto también se afecta por acto formal. Ese acto es la ley de presupuesto y las leyes especiales, siempre leyes de derecho público.

Los bienes privados del Estado (o provincia o comuna), considerado éste persona jurídica, están regidos por el Código civil. Esos bienes están en el comercio, y también pueden adquirirse por prescripción. Un inmueble adquirido por el Estado, por herencia, legado, donación, compraventa, permuta (y no excluyo la llamada tierra fiscal), puede salir también así del “patrimonio” del Estado por prescripción. Los frutos (civiles o naturales) de esos bienes pueden igualmente ser embargados, y sobre ellos hacerse ejecución judicial.

En cambio, no puede ser adquirido por prescripción ni ser embargado un bien que el Estado afecta al dominio público, ni el producto del uso “especial” de ese bien (tasas de ocupación).

La regla de inembargabilidad del impuesto se deduce de un principio más general; es el principio según el cual todos los bienes que están afectados al interés público directamente son *res extra commercium*, y están regidos por el derecho público, no por las normas de derecho privado.

Así los bienes del dominio público, por estar afectados al uso público, están fuera del sistema positivo del derecho privado; no son embargables, no se puede constituir en ellos *iura in re*; desde luego *no son susceptibles de ser adquiridos por prescripción*, aunque el ocupante esté en ellos cien años. Por el contrario, el Estado sí pueden incorporar en el dominio público el inmueble de un particular por el uso público continuado. Este régimen está establecido en diversos preceptos del propio Código civil, que no por eso ha querido establecer su reglamentación, sino “separar” a esos bienes de los bienes públicos. (ver mi *Derecho administrativo*, etc., 2º ed., t. II, ps. 160 y sigts.). Sobre el carácter de los bienes públicos no se discute ya.

Pues bien; los impuestos son ingresos de derecho público afectados al interés público (a los *servicios públicos*), como las cosas del dominio público lo son respecto del *uso público*.

Cuando un contribuyente paga un impuesto, lo hace para que ese ingreso se afecte al servicio público y no para que pase al patrimonio de un particular. Desde luego, puede pasar al patrimonio de los acreedores satisfecho el servicio público; realizado el fin del impuesto. Pero eso no lo resuelve un tribunal sino la ley (...) Un bien se afecta al dominio público por la sola declaración legal (*classement*). Pues lo propio pasa con el impuesto.

(...)

“Es de todos conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema en punto a responsabilidad del Estado, según obre como persona jurídica regida por el Código civil, o bien como poder público. En el primer caso, la responsabilidad es la regla; en el segundo la regla es la irresponsabilidad, salvo texto expreso en contrario...(ver Jurisprudencia Argentina, t. 43, ps. 416/20).

Bielsa sostenía en la citada nota que sería un contrasentido que se estableciera, en forma de acciones, medios jurisdiccionales contra el Estado, del cual los individuos no son sino beneficiarios constantes. Añadía que, sin embargo, por consideraciones de justicia y de equidad, el Estado en algunos

casos reconoce derecho a indemnización. Y citaba entonces la ley 3959 sobre policía sanitaria animal y la 4863 sobre policía agraria, puntualizando: pero siempre la ley debe disponerlo expresamente, ya que se trata de un *ius singulare*.

Es claro que esta doctrina ha sido superada con el paso del tiempo. Los autores se han ocupado de explicitar los presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

A modo de resumen, culminaba *Bielsa* aquella nota de este modo:

“1° Las llamadas rentas públicas son inembargables, a menos que por la ley ellas estén afectadas al pago de obligaciones, sean éstas contractuales (v.gr. empréstitos), sean extracontractuales (repetición de pago indebido, etc.).

2° Los ingresos derivados (es decir, contribuciones de derecho público) forman el Tesoro público, llamado también con un nombre genérico *Fisco* (genérico, porque todo ingreso privado [originario] o público [derivado] después de un proceso administrativo fiscal interno, se resuelve en ‘contribución’). Este Tesoro público no es el *patrimonio* de la persona jurídica de derecho privado regida por el Código civil, art. 33, inc. 1°, 2°, 3° (Estado, provincia, comuna), sino que es el fondo financiero de la persona poder público y es regido por el derecho constitucional, administrativo y fiscal.

3° Los ingresos públicos, por estar afectados directa y necesariamente a los servicios públicos (sin los cuales el Estado no podría existir) se encuentran sustancialmente en una situación jurídica análoga a los bienes del dominio público, aunque su régimen en algunas modalidades sea distinto. La analogía se funda esencialmente en el *destino* público. Ante esta consideración no tienen importancia las diferencias secundarias que puedan señalarse respecto del régimen jurídico (v.gr., de prescripción), entre ingresos financieros públicos y bienes del dominio público.

Además, como he dicho el propio Código civil protege la incolumidad fiscal por medidas restrictivas en el régimen de compensación de las deudas provenientes de impuestos (art. 823).

4° Los tribunales no pueden juzgar sobre la medida en que los ingresos públicos son embargables y susceptibles de ejecución por los acreedores, pues ello es función exclusiva de la ley. Este principio se aplica a todo contrato de derecho público, por el cual se afecte a su cumplimiento determinados ingresos públicos o bien las llamadas ‘rentas generales’. En consecuencia el embargo y ejecución autorizados por ley especial (v.gr., empréstitos públicos) son lícitos.

5° La responsabilidad del Estado como poder público sólo existe en virtud de ley especial, y no es aplicable el art. 42 del Código civil que se refiere a las personas jurídicas privadas (Estado, provincia, comuna, etc.).

Pero la ley que establece responsabilidad del poder público no atribuye por eso sólo el derecho de ejecución contra el Estado, sino tan sólo reconoce un derecho de crédito para el damnificado. De ahí que en tal caso proceda la autorización legislativa mediante un pedido de crédito extraordinario o suplementario, etc. Corolario de la responsabilidad del Estado, pues, ‘debe ser’ la autorización legislativa dada al Poder administrador para invertir ingresos públicos en el cumplimiento de las sentencias definitivas, pasadas en autoridad de

cosa juzgada, pero sentencias fundadas en ley que considere en qué carácter ha obrado el Estado: si como persona privada o como poder público.

6° La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso que examinamos demuestra, en sus consideraciones *obiter dicta* –discutiendo la solución que sostiene Jeze en 1925 en ‘La Prensa’ y que sostengo yo desde 1921 (...)-, que el alto Tribunal se orienta hacia los buenos principios. Pero si el considerando en que se admite la procedencia del embargo ‘dado el origen e insignificancia del crédito cuya efectividad motiva el embargo’, fuera la *ratio decidendi* del fallo, éste sería objetable, porque importaría erigir al tribunal en juez del servicio público y sustituir al legislador en una atribución exclusiva de éste, cual es la de admitir un *mínimum* de exención a la regla, *mínimum* respecto del cual no habría criterio cierto si él se librara a la apreciación de los tribunales.

7° El voto de la minoría, por la unidad de su doctrina y la precisión de los conceptos, se informa en buenos principios y satisface, además, un *valor* como es la *seguridad jurídica*: Por eso creo que la doctrina sentada en este voto está destinada a triunfar. Si así fuera, tal jurisprudencia por su firmeza colocaría al legislador en trance de reglar la materia, pues las soluciones eclécticas, por lo mismo que no niegan ni aceptan principios definidos, entretienen y retardan no pocas veces la sanción de la ley. Y esta ley debería reglar la forma de hacer efectivos los créditos de los particulares respecto del Estado sobre la base de una distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales, porque el damnificado por un hecho de la Administración pública no se le puede oponer siempre el argumento oponible al que contrató con aquélla.

Se verá cómo nos retrotrae a este debate planteado por *Bielsa* el fallo de la Corte in re ‘Cena vs. Prov. de Santa Fe’ del que nos ocupamos infra.

4. Destacamos que el Proyecto de Código Civil de 1998, consagra, en su artículo 231, este principio:

Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o las leyes especiales declaran inembargables o inejecutables...

El artículo 232 añade:

Bienes afectados directamente al cumplimiento de un servicio público. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.

Finalmente, este Proyecto, al tratar de las “Cosas consideradas en relación a las personas”, prevé que *las cosas públicas del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles* (artículo 228).

Y agrega: *La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos precedentes* (es decir, el art. 226 que se refiere a las cosas del *dominio público*, y el art. 227, que se refiere a los *bienes del dominio privado del Estado*).

VI

LAS NORMAS DE EMERGENCIA ECONÓMICA POTESTADES DE LAS PROVINCIAS. LÍMITES

1. Como es sabido, tanto la Nación, como las provincias y municipios han dictado en los últimos años, de un modo reiterado, normas de emergencia económica. De tal suerte, la cuestión que aquí tratamos adquiere particular complejidad.

Acaso sea pertinente recordar que, estrictamente, no es una novedad de las última décadas del siglo XX. Ya *Llerena*, señalaba:

“Respecto de la forma de pago de sus obligaciones, algunas Provincias han pretendido tener derecho para variar la moneda en que deben pagar. Así, una obligación contraída a moneda nacional se ha pretendido cancelarla con fondos públicos a la par, de la misma Provincia.

“Como las reglas de derecho no permiten dar en pago una cosa por otra, los Estados, como las personas jurídicas, deben necesariamente sujetarse a la ley común; fundada en estas consideraciones, la Suprema Corte Nacional ha rechazado siempre estas pretensiones (Tomo 57, pág. 337), que chocan con la igualdad establecida por el Código Civil entre las personas de existencia visible y las jurídicas.”²⁸

Hasta qué punto esta sabia doctrina ha sido dejada de lado puede advertirse con solo reparar en esta noticia aparecida en un medio de circulación nacional –noticia que sería impresionante si no fuera porque estamos ya acostumbrados–: “*Explosión de emisiones provinciales*”. “*Habrà más de 10 ‘monedas’ diferentes en todo el país*”²⁹.

Claro, el diario coloca entre comillas la palabra *monedas* anticipando que propiamente los bonos no son tal cosa desde que las provincias delegaron en el Congreso la potestad de emitir moneda, a pesar que reproducen la forma, tamaño y valores de los billetes de la moneda nacional, y que se abonan ya

²⁸ Ob. cit., p. 96, n° 5.

²⁹ *Clarín*, domingo 29 de julio de 2001, sec. Economía, p. 18.

con ellos por algunas provincias –desde hace años-, y se abonarán en otras, sueldos de empleados públicos, a contratistas y proveedores, obligados a recibirlos.

Hay que anotar que no siempre se aceptan dichos bonos en pago y, en ocasiones, se reciben con merma en su valor.

Debe tomarse en consideración que la Nación, a la fecha en que esto escribimos, parece haber comprometido con las provincias la emisión de un bono federal con su aval para que ellas puedan hacer frente a deudas, aún con empresas privadas³⁰⁻³¹.

Finalmente, la misma noticia da cuenta que un municipio de Santiago del Estero³² ha emitido bonos que circulan paralelamente a la moneda y papeles de provincias vecinas.

2. De modo que, acudiendo a poderes que daría la emergencia económica o, como dice la Corte, a la profundización, por causa de dicha emergencia, de los que se tiene, la Nación, las provincias y municipios han dictado y dictan normas cuya validez constitucional es una y otra vez discutida, aun luego de la ratificación de muchas de ellas por la Corte Suprema.

Excede el marco propuesto en este trabajo un estudio pormenorizado de la cuestión. Limitaremos el examen a los alcances y validez de algunas previsiones en relación con las cláusulas constitucionales provinciales que hemos reseñado.

En primera aproximación, debe destacarse que, en nuestro parecer, ninguna de las previsiones constitucionales citadas, consagradas en los diversos ciclos constituyentes, autorizan a interpretar que las provincias pueden dejar de cumplir con sus obligaciones o cumplirlas de un modo absolutamente discrecional, aun admitiendo que ellas imponen condiciones para su cumplimiento; y si así se entendiera, ello sería contrario a la Constitución Nacional.

Es cierto que la interpretación dinámica de la Constitución ha llevado a admitir restricciones en los derechos, particularmente en el derecho de

³⁰ Diario citado, sec. Política, p. 3. Como parte de un acuerdo de cinco puntos básicos con el objetivo inmediato de obtener el apoyo de los senadores, especialmente de la oposición, en la sanción del proyecto de ley conocido como de ‘déficit cero’ efectivamente sancionada en la madrugada del día 30 de julio de 2001.

³¹ Debemos actualizar esta reflexión desde que se han emitido ya las LECOP –Letras de cancelación de Obligaciones Provinciales- en el marco de una dilatada cuanto compleja negociación entre el Gobierno federal y las provincias: **Decreto 1397/2001 Fondo Fiduciario Para El Desarrollo Provincial** (Fecha de publicación: B.O.: 05/11/2001).

³² El de Frías: ibídem.

propiedad en situación de emergencia económica. Pero, de un lado, el examen varía según se trate de normas de emergencia emanadas del Congreso o de las legislaturas provinciales, y, de otra parte, hay que establecer las condiciones para resolver la tensión entre tal situación extraordinaria y el derecho de propiedad, que no debe ceder siempre y sin límites.

Por lo pronto, sigue –debería seguir– incólume el principio conforme con el cual las provincias no ejercen los poderes delegados en la Nación, entre ellos, el de dictar los códigos de fondo. En consecuencia, las normas locales no pueden válidamente colocar a las provincias al margen del Código Civil (arts. 505, 41, 42 y ccdtes.) respecto de sus obligaciones. Ello no supone desconocer absolutamente las enseñanzas de *Bielsa* que hemos transcripto, sino establecer como principio la supremacía de la Constitución (art. 31 C.N.).

Frente a ello, parecía doctrina inconvencible la que dictaba que las provincias no podían sancionar leyes de emergencia con condiciones más gravosas que las que legislaba el Congreso. En rigor, se trataría de normas de adhesión.

Sin embargo, preocupa el pronunciamiento de la Corte que mencionamos seguidamente, con la disidencia del Dr. *Petracchi* que compartimos.

Se trata del fallo recaído en el recurso de hecho deducido por la actora en la causa '*Cena, Juan Manuel c. Provincia de Santa Fe*' con fecha 18 de noviembre de 1999. El apoderado de la Fiscalía de Estado de Santa Fe, se lee en el primer considerando, dedujo oposición al embargo decretado sobre la cuenta de rentas generales por el monto de las retroactividades de haberes de pasividad liquidadas y aprobadas a favor del actor en virtud del derecho a la jubilación ordinaria de la ley 9214 que le había sido reconocido por sentencia. Tal oposición se basó en la ley provincial 11.373 que declaró la emergencia del sistema jubilatorio local.

La Corte de Santa Fe hizo lugar a la oposición basada, subraya la Corte nacional, en las facultades de las autoridades públicas para dictar las normas tendientes a paliar los problemas suscitados en ámbitos incluidos en la zona de reserva constitucional de las provincias y en la acabada demostración de la gravedad que justificaba la emergencia.

Rechazado el recurso extraordinario, el actor dedujo la correspondiente queja en cuyo marco se pronunció la Corte Suprema de la Nación³³.

³³ Hemos conocido este pronunciamiento de la Corte a través de Internet en fecha reciente. Desconocemos, en cambio, si ha sido publicado en alguna revista o diario especializado y si ha sido materia de examen por la doctrina. Por ello, creemos oportuna su transcripción aquí.

La sentencia de la Corte de Santa Fe es confirmada con los fundamentos que a continuación transcribimos:

“...3) Que el apelante plantea la inconstitucionalidad de la ley citada porque, según sostiene, el cuestionamiento es extemporáneo, no respeta la cosa juzgada y lesiona derechos protegidos por la Ley Fundamental, a la vez que denuncia un caso de gravedad institucional por ausencia de atribuciones de los poderes políticos provinciales para declarar una emergencia circunscripta al marco previsional y sin considerar la situación general de la provincia y de la Nación.

“4) Que el remedio federal es formalmente procedente en la medida en que se ha cuestionado la validez de la referida ley local bajo la pretensión de ser contraria a los arts. 14, 16, 17 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y la decisión recurrida ha sido favorable a la norma impugnada (art. 14, inc. 2, ley 48).

“5) Que este Tribunal ha sostenido que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal (arts. 121, 122 y 123) y poseen la plenitud normativa correspondiente a su calidad de estado autónomo, que incluye la atribución de darse sus propias instituciones y de regirse por ellas (Fallos: 311:100 y 2004; 314:312 y 1459; 317:1195 y 1671, entre muchos otros). En uso del referido poder no delegado pueden crear y reglamentar regímenes de seguridad social dentro del ámbito de los agentes de la administración pública, de los magistrados y funcionarios de sus tribunales, de los integrantes de las legislaturas, y también, en virtud del ejercicio del poder de policía retenido, sobre la práctica de las profesiones liberales (art. 125 Constitución Nacional y Fallos: 209:28; 210:172; 286:187; 312:1340).

“6) Que escapa al marco de atribuciones jurisdiccionales la ponderación del acierto de las medidas adoptadas por los poderes políticos en la esfera de su competencia enderezadas a conjurar una emergencia económica en el régimen de jubilaciones y pensiones (Fallos: 178:215; 312:1484; 313:1638), más allá de que la referida limitación no impide a los jueces controlar la razonabilidad de las normas ni evaluar si su aplicación a los casos concretos provoca desmedro de orden constitucional (Fallos: 179:394; 312:2494, voto del doctor Fayt).

“7) Que en un afín orden de ideas esta Corte, a partir de la causa "Russo" (Fallos: 243:467), ha sostenido -como modo de preservar la compatibilidad del dictado de medidas extremas con las garantías establecidas en los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional- que las leyes de emergencia deben responder a una grave crisis y sólo temporalmente suspender los efectos de las sentencias firmes para evitar que se altere la sustancia de los derechos reconocidos en la instancia jurisdiccional.

“8) Que verificados los extremos señalados por las autoridades de la provincia (mensaje N° 1722), se sancionó la ley 11.373. Las impugnaciones efectuadas por la recurrente no demuestran que las normas que cuestiona perjudiquen o lo priven de derechos adquiridos de naturaleza patrimonial, habida cuenta de que las medidas que se instrumentaron restringen sólo por un espacio de tiempo la percepción íntegra de los créditos de pasividades previsionales.

“9) Que, en efecto, el art. 4 -referente a deudas determinadas por sentencia judicial firme- sujeta el proceder del organismo forzado al pago a un régimen de cancelación especial discriminado por el monto de la obligación y la edad de los beneficiarios, lo que

constituye una limitación temporal impuesta por la necesidad de atenuar o superar la situación de crisis en el contexto de otras pautas adoptadas con análoga finalidad, tales como la consolidación de las deudas y la modificación de las cotizaciones de los activos al régimen jubilatorio (arts. 2 y 3, ley 11.373).

“10) Que no se advierte que los alcances de la decisión impugnada alteren o degraden la sustancia de la sentencia judicial firme que reconoció el crédito por retroactividad de haberes jubilatorios a favor del actor, pues no se le privó la eficacia ejecutoria sino que se postergó -en límites razonables atendiendo a las circunstancias del caso y a las condiciones personales del actor- la percepción inmediata de la totalidad de las sumas liquidadas. La ley de emergencia económica supone un propósito de solidaridad social enderezado a impedir el quebranto de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Santa Fe, circunstancia que se aviene a las exigencias establecidas en la doctrina de esta Corte respecto de la materia en litigio y deja huérfanos de sustento los agravios que se invocan con fundamento en los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 312:1987).

“11) Que, por lo demás, este Tribunal ha sostenido que los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28). Dichas restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron, pues la obligación de afrontar sus consecuencias justifica ampliar, dentro del marco constitucional, las facultades atribuidas al legislador, al punto de que la dilación en el pago de créditos y retroactividades pueda diferirse con la razonabilidad que surge de los temas en examen (Fallos: 316:797).

“12) Que la ausencia de un planteo demostrativo de que la ponderación de los magistrados de la causa, en el marco de su competencia, ha transgredido con arbitrariedad los requisitos señalados y degradado derechos amparados por las garantías superiores, justifica confirmar la decisión apelada que incluyó el crédito del actor en el régimen de cancelación en cuotas y el saldo en títulos públicos, de acuerdo con las normas de emergencia previsional dictadas por la legislatura local.”³⁴

El Dr. *Petracchi*, dijo:

“1) Que el Tribunal Superior de la Provincia de Santa Fe, por mayoría, hizo lugar al pedido de levantamiento del embargo oportunamente trabado en el proceso de ejecución de la sentencia que había reconocido al actor el derecho a cobrar los haberes de jubilación que se le adeudaban, y dispuso que éstos se cancelaran en las condiciones previstas en el art. 4 de ley provincial 11.373, que había declarado en estado de emergencia la Caja de Previsión Social de esa provincia; es decir, hasta 35.000 pesos en efectivo en doce cuotas mensuales, y el remanente en títulos de la deuda pública provincial creados a tal efecto. Contra esta decisión, el actor interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a esta queja.

³⁴ Suscriben los doctores JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O-CONNOR - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - ANTONIO BOGGIANO - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

“2) Que, como fundamento, la corte local señaló que la provincia se hallaba facultada para declarar la moratoria unilateral de las obligaciones a cargo de la Caja de Previsión Social e imponer al acreedor las condiciones de pago indicadas pues, de acuerdo con los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional, conservaba la atribución de legislar de manera exclusiva sobre los asuntos de orden local sin desconocer la sustancia del derecho reglamentado. En tal sentido agregó que, si bien la legislatura de la Provincia de Santa Fe carecía de atribuciones para declarar el estado de emergencia económica respecto de las materias delegadas en el Congreso de la Nación por la Constitución Nacional, conservaba la facultad de hacerlo respecto de las que no habían sido delegadas; tal la concerniente al financiamiento del sistema previsional de sus agentes y empleados, que pertenece a la órbita de su derecho administrativo según lo resuelto en Fallos: 179:394 y 242:141. En disidencia, el juez Barraguirre señaló que la aludida ley provincial excede el campo del derecho público local ya que, al privar al actor del derecho de perseguir y obtener legalmente el cumplimiento de la obligación de pagar una suma de dinero a cargo de la Provincia de Santa Fe, se inmiscuye en la regulación de un aspecto sustancial de la relación entre acreedor y deudor, materia sobre la que le corresponde legislar exclusivamente al Congreso de la Nación, de acuerdo con lo decidido en Fallos: 311:1795, considerando 3, entre otros.

“3) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que en el caso se ha puesto en cuestión la validez de la ley provincial 11.373 por contraria a los arts. 505, inc. 1, y 42 del Código Civil, y violatoria de los arts. 75, inc. 12, y 31 de la Constitución Nacional, y la decisión final del pleito ha sido en favor de la validez de aquélla (art. 14, inc. 2, ley 48; Fallos: 320:1344).

“4) Que, en principio, es incorrecto afirmar que la provincia esté facultada para legislar sobre la expurgación del estado de mora y sus consecuencias, por el simple hecho de que la obligación de que se trata en el caso haya nacido de una ley local y esté a cargo del gobierno provincial, o de una entidad que depende de él. En efecto, a pesar de que la obligación haya tenido por fuente el derecho local, la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores es materia propia de los códigos de fondo y, por haber delegado las provincias en la Nación la facultad de dictarlos, ellas deben admitir la predominancia de las leyes del Congreso y la imposibilidad de dictar normas que las contradigan (Fallos: 320:1344, considerando 6 y sus citas).

“5) Que la invocación del estado de emergencia económica local por parte del legislador provincial tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias. La necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados: "La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia" Home Building and Loan Assn. v. Blaisdell, 290 U.S. 398, cuya doctrina sigue esta Corte en Fallos: 172:21. “6) Que la doctrina de las limitaciones del derecho de propiedad ante circunstancias de emergencia económica, tal como hoy nosotros la conocemos y aplicamos, fue desarrollada por nuestra

Corte sobre la base de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en particular, los casos de *Munn. v. Illinois*, 94 U.S.113, los llamados *Granger Cases*, 94 U.S. 115, *Manigault v. Springs*, 199 U.S. 473, *Leavy Leasing Co. v. Siegel*, 258 U.S. 242, el ya citado caso *Blaisdell*, y los muchos otros a que este Tribunal se refirió en Fallos: 136:161 y, especialmente, en Fallos: 172:21. Todos esos precedentes norteamericanos se referían a leyes estatales, de moratoria hipotecaria, de emergencia locativa, de precios máximos para determinados bienes o servicios considerados de interés general, que pudieron ser dictadas en virtud de que, en dicho país, cada uno de los estados tiene la atribución de dictar sus propios códigos de fondo, con la limitación de la cláusula de la constitución federal que les impide menoscabar las obligaciones emergentes de los contratos y dictar legislación retroactiva (art. I, secc. 10).

“7) Que, en la Argentina, en cambio, la atribución de dictar los códigos de fondo fue delegada por las provincias en el Congreso de la Nación que, al reglamentar en ellos los derechos patrimoniales, personales y reales, mediante un régimen común cuyas reglas también vinculan al Estado Nacional, a las provincias, y a las municipalidades, dio cumplimiento cabal aquello que para Dicey -según el comentario de Wade- constituía la primera virtud del estado de derecho, esto es, que todos los litigios se sustancien ante los tribunales ordinarios y se sometan a las mismas reglas, tanto si se plantean contra un ente público, como contra un ciudadano privado (Wade, H. W. R., "Derecho Administrativo", traducción de Mariano Baena del Alcázar y Elena Bardón Fernández, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. 12 y 72; v., también, Schwartz, Bernard, "Administrative Law", Third Edition, Little Brown and Company, 1991, pág. 154).

“8) Que si, por hipótesis, llegáramos a admitir que una ley de derecho administrativo provincial basta para poner fin al estado de mora y obligar al acreedor de la provincia a aceptar los bonos emitidos por ésta en pago de lo que ella le adeuda, también tendríamos que admitir, forzosamente, que cuando se trate de obligaciones que tienen por fuente una ley provincial o un contrato celebrado por un estado provincial, cada una de las provincias puede legislar a su arbitrio sobre el pago y sus efectos, los plazos de la prescripción liberatoria y su modo de cómputo, los modos de extinción de las obligaciones, el régimen de su responsabilidad extracontractual y, en fin, cualquier otro capítulo de nuestro derecho de las obligaciones; a pesar de que esta Corte ha interpretado, prácticamente sin excepciones, que tales cuestiones forman parte de la legislación común, en el sentido del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

“9) Que, sobre el punto, cabe recordar que, a propósito de lo dispuesto por el art. 19 de la ley nacional 23.982, que habilitó a las provincias a disponer la consolidación forzosa de su deuda pública y a entregar en pago a contratistas, proveedores, empleados y agentes, jubilados y demás acreedores en general, títulos de su deuda pública en las mismas condiciones que la Nación, el señor senador Juan Carlos Romero, miembro informante por el bloque mayoritario, formulaba la siguiente aclaración, inserta en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación de los días 20/21 de agosto de 1991, pág. 2057, que vale la pena transcribir: "El artículo 19 tiende a dar solución a la deuda interna de las provincias. Es sabido, y en tal sentido existe jurisprudencia de la Corte de por lo menos cincuenta años atrás, que las provincias están sujetas a los mismos requerimientos y exigencias que todas las personas jurídicas reflejadas en el Código Civil. De su parte les está vedado a las provincias poner en funcionamiento los mecanismos concursales

disponibles para los deudores con dificultades. Atento ello, las provincias no pueden dictar leyes de moratoria ni acogerse a la legislación común en materia de moratoria, y de allí la necesidad que sea el Congreso de la Nación el que provea de los arbitrios legislativos para contemplar la situación de las provincias que deseen embarcarse en un proceso de consolidación de su deuda. La técnica a la que recurre el art. 19 es habilitar a las provincias que así lo deseen para que, por vía de una delegación legislativa, dicten sus propias leyes de consolidación de pasivos, las que en ningún caso podrán contener superiores restricciones a las previstas en ésta". Sobre la base de esa prohibición, que carecería de sentido si se aceptara que las provincias cuentan con atribuciones para disponer por sí mismas la consolidación forzosa de sus propias deudas, esta Corte invalidó las condiciones de pago impuestas por la ley del Chubut, en el caso de Fallos: 318:1755, y en la causa allí citada.

“10) Que el debate entre nuestros primeros constituyentes acerca de los fundamentos de la atribución contenida en el inc. 11 del entonces art. 64 de la Constitución Nacional³⁵ no revela con qué alcances concibieron ellos que el Congreso de la Nación habría de dictar las leyes comunes para todos los estados de la confederación. De ese debate sólo se recobran la opinión de Gorostiaga, para quien la necesidad de una nueva legislación general uniforme derivaba de los "males experimentados en dos siglos" de abandono a las leyes españolas confusas por su número e incoherentes entre sí, y su observación de que en los Estados Unidos de Norteamérica cada estado tenía sus propios códigos; la de Zavalía, para quien la facultad más importante de las provincias era la de dictar leyes adecuadas a su organización, costumbres y peculiaridades; y finalmente la de Zenteno, quien sostuvo que la atribución acordada al Congreso de la Nación en ese inciso no violentaba la autonomía de los estados locales porque "siendo éste -el Congreso de la Nación- una reunión de hombres de todas las provincias, ellos representaban su soberanía e intereses y podían por consiguiente dictar leyes para toda la confederación (Emilio Ravignani, "Asambleas Constituyentes Argentinas", Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 1937, Tomo IV, págs. 528/529).

“11) Que, sin embargo, en la tarea de interpretar correctamente el alcance del precepto constitucional que delega en el Congreso Nacional la atribución de dictar los códigos de fondo no se puede dejar de advertir que, en aquel tiempo, la responsabilidad del Estado constituía materia propia de las leyes civiles, y que sólo con apoyo en ellas podía serle demandado el cumplimiento de sus obligaciones, sea que hubieren nacido de la ley, de los contratos, o de los hechos y actos ilícitos. Dado que no se admitía que, por su carácter soberano, la autoridad pública fuese sometida a juicio, sólo se la consideraba patrimonialmente responsable en tanto actuase como persona jurídica, en los términos establecidos por la ley civil. Bajo la influencia directa de tales concepciones nuestro Código Civil caracterizó a la Nación, a las provincias, y a las municipalidades como personas jurídicas de carácter necesario, declarándolas susceptibles de adquirir los derechos y obligaciones regulados en él, es decir, capaces de obligarse por contrato y de ser sujetos activos y/o pasivos de las obligaciones y de los derechos reales, imponiendo así límites

³⁵ Nos hemos referido a la misma cuestión en '*Vélez, el Codificador, su Obra y la Constitución Nacional*' nota incluida en el Libro Homenaje al codificador publicado con motivo del bicentenario de su natalicio por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 2000, Tomo IV, pp. 209-233. Y, nuevamente, en la nota colaboración para el Libro Homenaje a *Juan Bautista Alberdi* en preparación.

concretos a su actuación frente a la propiedad privada (v. nota al art. 33 del Código Civil y Fallos: 143:239, 144:386, 150:320 y 159:326).

“12) Que debido a la ausencia en nuestra Constitución Nacional de una cláusula equivalente a la introducida en la de los Estados Unidos de Norteamérica por la Enmienda XI, que terminó, dadas ciertas circunstancias, con los pleitos contra los estados en jurisdicción federal, se consideró que nuestras provincias eran demandables sin necesidad de que prestaran su consentimiento previo (Fallos: 14:425). En consecuencia, y siempre por aplicación de las reglas civiles, se resolvió que, por ejemplo, las leyes provinciales que regían lo relativo a la inversión de la renta pública no podían derogar los códigos de fondo en cuanto a la forma y medios de perseguir el pago de las obligaciones contraídas por los estados locales (Fallos: 137:169, 138:293, en materia de suministros, y 150:320); que era inadmisibles que una provincia se negara al pago de una deuda contraída por ella mediante licitación pública con fundamento en el agotamiento de la partida presupuestaria prevista para atenderla y la necesidad de aprobar una nueva, impuesta en su derecho local (Fallos: 137:169); que las disposiciones del Código Civil debían prevalecer sobre las normas del Código Rural de la provincia que exigían exhibir el título para mantenerse en la posesión, opuestas al interdicto de retener intentado respecto de un inmueble que, se aducía, era parte del dominio público provincial (Fallos: 143:239); que la provincia no podía oponer su condición de Estado local al interdicto deducido por el particular en los términos del Código Civil (Fallos: 144: 386); que una provincia no podía desconocer que el pago recibido sin reserva había extinguido la obligación fiscal de la que era acreedora (Fallos: 158:78); que el plazo de prescripción fijado por la ley de sellado de la Provincia de Buenos Aires no podía oponerse al establecido en el Código Civil (Fallos: 175:300 y 176:115); que el plazo establecido por la Constitución de Santiago del Estero para el pago de las obligaciones provinciales en mora instrumentadas en títulos de su deuda interna contrariaba lo dispuesto por el art. 505 del Código Civil (Fallos: 171:9); que esta misma provincia no podía atribuir efecto meramente declarativo a las sentencias dictadas en su contra desconociendo las leyes civiles (Fallos: 190:83); que el plazo de un mes para demandar la repetición de impuestos, o el de dos años fijado por la Provincia de San Luis para reclamar los impuestos pagados por error eran contrarios al Código Civil (Fallos: 203:274); que el plazo de diez años fijado por la ley local para la prescripción de la acción de cobro de los intereses del impuesto inmobiliario provincial debían ceder ante lo previsto en el art. 4027 del Código Civil (Fallos: 285:209); que las leyes locales no podían modificar los plazos de prescripción fijados en las leyes de la Nación (Fallos: 284:319); que las provincias podían ser ejecutadas en sus bienes por las obligaciones que contrajesen (Fallos: 275:254), etc.

“13) Que, como es sabido, la teoría de la doble personalidad del Estado se tradujo en la distinción entre actos de imperio y actos de gestión, aludida en incontables decisiones fundadas en la idea de que, por ser el Estado una persona jurídica, sus relaciones con los particulares se hallaban regidas por la legislación civil "cuando contrata en dicho carácter" (Fallos: 31:255 -a contrario-, 135:379, 161:14, 192:268, 223:233, 229:264, etc.). Sin embargo, el uso en nuestra jurisprudencia de la expresión "cuando contrata en ese carácter" -es decir, como persona jurídica- no debe confundir, porque en la medida en que la controversia se refiriese al estado de mora y sus consecuencias, al pago, al efecto vinculante de los contratos o, en general, a la adquisición o pérdida de derechos personales o reales, también eran considerados como contratos celebrados por el Estado como "persona

jurídica" u obligaciones contraídas por él en ese mismo carácter -es decir "civiles"- los contratos administrativos o las obligaciones resultantes de relaciones jurídicas de esta naturaleza (Fallos: 105:166 -considerandos 3 y 4-; 135:379; 160:93, 186; 161:14; 165:72, 187; 178:196 y 183:429).

“14) Que en tal sentido cabe destacar que también se consideraron como de carácter "civil" las consecuencias patrimoniales derivadas de los actos estatales que traducían el ejercicio del poder público, es decir, los efectos de las relaciones jurídicas que hoy en día caracterizaríamos como de derecho administrativo. Así se resolvió, por ejemplo, que una provincia carecía de facultades para dilatar el pago del precio de un contrato de suministro mediante la entrega de los títulos emitidos por ella para consolidar su deuda pública (Fallos: 138:293); que los daños derivados de los actos de gobierno de una provincia debían ser indemnizados de acuerdo con el derecho civil (Fallos: 190:312); que el interdicto deducido contra una provincia era procedente aunque el despojo hubiera provenido de un acto de gobierno (Fallos: 144:386); que, al margen de su regulación por el derecho público local, la etapa de la expropiación en la cual se trataba de obtener la posesión y el pago se hallaba regida por el derecho civil (Fallos: 178:85); que el reconocimiento de un crédito a un contratista de obra pública constituía un acto emanado de una persona jurídica (Fallos: 178:196); que aunque las provincias, en sus relaciones con sus empleados, estuviesen regidas por su derecho administrativo, desde el instante en que nacía un derecho creditorio se creaba una relación regida por las reglas del derecho civil (Fallos: 179:305); que las relaciones del Estado con sus empleados eran de derecho público en cuanto a su nombramiento, régimen, etc., pero la relativa al derecho del empleado a que se le pagara el sueldo estaba gobernada por la ley civil (Fallos: 239:102), etc.

“15) Que, por lo tanto, aunque se haya reiterado, con constancia casi canónica, que el Código Civil no restringía a las provincias en la esfera de su derecho administrativo, es decir, que los elementos que dan existencia a las obligaciones y sus distintas modalidades dependían de lo que dispusiera al respecto el derecho local (Fallos: 117:48, 222 y 231); que las leyes de jubilaciones son de derecho administrativo local (Fallos: 242:141); o que el derecho tributario constituye una materia autónoma (Fallos: 155:156, 217:189, 251:379), es claro que, a determinados efectos, las relaciones jurídicas de naturaleza pública se consideraban regidas por la ley civil (Fallos: 164:140; 181:306; 183:429).

“16) Que, abandonada por engañosa la teoría de la doble personalidad del Estado, porque resultaba prácticamente imposible distinguir los actos de imperio de los actos de gestión -ya que los actos estatales constituyen expresiones de la autoridad pública y, al mismo tiempo, su objeto regularmente se vincula con la administración del patrimonio estatal- se pasó a considerar que el Estado constituía una sola y misma persona. Sin embargo, aun los que sostuvieron que el Estado interviene en las relaciones jurídicas desde una posición que es imposible de asemejar a la de un particular, aseveraban al mismo tiempo que "la institución de derecho público puede dar nacimiento directamente a un conjunto de relaciones nuevas que, por su naturaleza, pertenezcan al derecho civil. Es lo que ocurre regularmente cuando se ha creado un poder jurídico sobre cosas personales por un acto de derecho público, expropiación, confiscación, pago forzado o voluntario de impuestos, y viceversa, pago de salarios, de indemnizaciones de expropiación. Estos actos hacen surgir un estado de cosas cuya creación es el efecto fiscal de la institución de derecho público; este estado de cosas, para todas las relaciones de derecho que pueden derivarse, se

rige en lo sucesivo por las reglas de la propiedad privada" (Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, T. I, págs. 194 y 195, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982).

"17) Que no debe olvidarse que a la tesis de que la responsabilidad del Estado constituye una materia regida exclusiva o predominantemente por el derecho administrativo, al que las soluciones del derecho privado sólo se aplican por analogía o subsidiariamente, la extrajo nuestra doctrina del derecho francés; país en el cual, por conocidas razones históricas, el control de la actividad administrativa fue sustraído de la jurisdicción de los jueces ordinarios, a quienes compete la aplicación de la ley civil (confr. Bielsa, Rafael, "Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo", J. Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1923, págs. 25 y sgtes., esp. nota (4); Weil, Prosper; "Derecho Administrativo", Editorial Civitas, Madrid, 1986, esp. págs. 43, 122 a 124, y 165 a 182).

"18) Que en la jurisprudencia nacional, a falta de reglas positivas expresas que permitiesen juzgar adecuadamente -es decir, sopesando como relevante la función del Estado en las relaciones jurídicas o, más precisamente, en determinados aspectos de ellas- las controversias relativas a la nulidad de actos y contratos administrativos, se adoptó la fórmula -aún vigente- de la aplicación "subsidiaria" o analógica del derecho privado a la actividad de la administración pública, siempre que se trate de situaciones "equiparables conceptualmente" (Fallos: 190:98, 212:600, 296:729, 301:292, 302:159), vale decir, en la medida en que las soluciones previstas por el derecho privado no resulten incompatibles con la naturaleza de las funciones que cumple el Estado.

"19) Que la evidencia de que en múltiples ocasiones las respuestas que prevé el derecho común resultan insuficientes o inadecuadas para resolver el caso administrativo no autoriza a descartar, lisa y llanamente, su aplicación. Para decirlo en los términos de Linares, el derecho administrativo se forma en consecuencia por eliminación jurídico-política del derecho común, previa declaración implícita fundada en razones estimativas de que este derecho no satisface las valoraciones reinantes en el campo de la conducta administrativa. Pero ello no implica la eliminación automática del derecho privado sólo por ser tal, ya que bien cuando contiene valoraciones adecuadas para la solución del caso, procede aplicarlo directamente y no por analogía (Linares, Juan Francisco, "El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional", La Ley, T. 24, Sec. Doctrina, págs. 178 y 192).

"20) Que a la zaga de tal criterio este Tribunal descartó en reiteradas oportunidades la aplicación de preceptos locales por aplicación del principio de unidad general del derecho (Fallos: 275:254, 269:373, 303:1801, 308:2588, 313:1366), y también resolvió que pertenecen a su competencia originaria las causas en las que resulte necesario enjuiciar de modo incidental o previo cuestiones de derecho público local, cuando la consideración de éstas no tengan por fin revisar actos locales sino apreciar su incidencia en la solución de la causa civil (Fallos: 315:2309, considerando 3).

"21) Que al respecto cabe señalar, que en la disidencia de Fallos: 315:2309 se afirmó que las normas del derecho común se aplican sólo de manera supletoria a todas las cuestiones atinentes a la responsabilidad de los estados provinciales (Fallos: 315:1231, 1902 y 2309). Los inconvenientes derivados de tal aserto, que implica vaciar de contenido a la jurisdicción originaria en lo que a causas de particulares contra las provincias se refiere, parecen provenir de no haber advertido que el principio según el cual la responsabilidad del

Estado se rige por reglas especiales fue acuñado en un país de estructura unitaria (Francia, arrêt Blanco, de 1873) por lo que, al trasladar al ámbito provincial la regla interpretativa según la cual el derecho común sólo se aplica al Estado supletoriamente, debió tenerse en cuenta el contexto constitucional en que se la usaba.

“22) Que en la Argentina, en el orden nacional, la afirmación de que las normas de derecho común se aplican al Estado de manera analógica o subsidiaria en caso de falta o insuficiencia de la norma administrativa, no constituye más que una reiteración de la máxima según la cual la ley especial prevalece sobre la general. Sin embargo, en nuestro ordenamiento constitucional, en el que el derecho común es nacional, resulta imposible trasvasar automáticamente ese razonamiento al orden provincial sin caer en la paradoja de que el derecho de rango constitucional preferente es aplicado "en subsidio" con relación a normas de rango inferior. Contrariamente, y dado que las normas del derecho administrativo provincial -especiales- son de rango constitucional inferior a las normas del derecho nacional común -generales-, el proceso de selección de la norma aplicable para decidir el caso debe comenzar por descartar la aplicación de la ley general que, en consecuencia, no es "supletoria" ni "subsidiaria", sino directamente aplicable o inaplicable. Ello pone en evidencia que la expresión según la cual las reglas de derecho común sólo son aplicables supletoriamente a los estados provinciales no constituye más que una expresión desafortunada. En efecto, si bien es cierto que las normas de derecho común -frente a un caso administrativo concreto- no deben ser aplicadas cuando no sean valorativamente adecuadas para resolverlo -vgr., en materia de actos administrativos y sus nulidades, de contratos administrativos, de empleo público, etc.- la aludida idea no puede significar que las normas de derecho administrativo provincial, cualquiera fuese su contenido, prevalecen sobre la ley común sólo porque ellas son especiales mientras que esta última es general.

“23) Que, como consecuencia de todo lo expuesto, cabe concluir que las provincias están facultadas para modificar la extensión de las prestaciones que han acordado a sus agentes y empleados mediante sus leyes previsionales, las que pertenecen a la órbita de su derecho administrativo, tal como se decidió en Fallos: 179:305. Pero, una vez nacida la obligación, hallándose ésta vencida y declarada conforme al derecho local por la sentencia que condena a la provincia a pagarla, resulta inadmisibles que el legislador local excuse al deudor de las consecuencias de la mora o que declare a la obligación extinguida por la entrega de títulos de la deuda pública, pues tal proceder equivale a privar al acreedor de su derecho de perseguir legalmente el cumplimiento de la obligación y de recibir en pago de ella, al tiempo de su vencimiento, lo mismo que el deudor se obligó a entregarle, conforme lo disponen los arts. 505, inc. 1, 740 y 750 del Código Civil.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la queja, admitir el recurso extraordinario, dejar sin efecto el fallo apelado, y declarar que el art. 4 de la ley 11.373, tal como ha sido aplicado en el caso, es repugnante a lo dispuesto en los arts. 75, inc. 12, y 31 de la Constitución Nacional. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo dispuesto en el presente.”

VII

LA ‘TUTELA JUDICIAL EFECTIVA’ Y LA EJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO

Ha de repararse en el contenido en concreto de la llamada ‘tutela judicial efectiva’ –entre nosotros derecho ‘a acceder a la jurisdicción y a la defensa de los derechos’ [v. artículo 18 (9) constitución de Chubut]-, a la que me referí en obra anterior³⁶.

Al respecto, convendrá memorar este, siempre vivo, pensamiento:

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, mejor, en los años cincuenta, se cierra una etapa de cientificismo procesal y se inicia un hito histórico en la búsqueda de alcanzar un Servicio de la Justicia más realista, humano, funcional y, por ende, eficiente.

Al promediar esos años fue precisamente Calamandrei, a través de dos irradiantes exposiciones, quien mostró el agotamiento del ciclo precedente y el desafío al cambio de ruta frente al divorcio entre las rigurosas creaciones conceptualistas de los sistemas procesales y el desencanto de los resultados de la Administración de Justicia...

En *Proceso y Justicia*, primero, discurso de apertura del Congreso Internacional de Florencia en 1950 y, complementariamente en su conferencia de México de 1952 sobre *Proceso y Democracia*, el inolvidable repúblico denunció frontalmente el ‘divorcio’ entre la ciencia del proceso y la finalidad práctica de la Justicia, remarcando a través del análisis filosófico de Bobbio la significación de la teoría *funcional* del proceso, no ya principalmente desde el ángulo propiciado por Carnelutti como factor típico de la actividad jurisdiccional, sino subrayando, esencialmente, la función *social* del proceso.

Hemos recordado también³⁷ que el derecho trasnacional de los derechos humanos ha recibido como postulado preeminente este derecho de acceso a la *justicia*: art. 10 DUDH; art. 2º. 3 a) del PDCP, arts. 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, arts. 18, 25 y 26 de la DAD, arts. 8 y 25 de la CASDH.

Subrayamos la necesidad de tener presente que la Justicia, porque contenida en el Preámbulo de la Constitución Nacional –*afianzar la justicia*– se erige en un postulado mayor, en un valor superior, claro está, operativo, con proyección sobre todos los poderes públicos y en protección de todos los habitantes de la Nación por igual [véase art. 21 de la C.Ch. y art. 75 (22) C.N.].

³⁶ En *La Reforma en la Provincia del Chubut-Prolongación del Ciclo Constituyente*, parágr. 30, págs. 110 y sigs.

³⁷ *Ibídem*, pág. 113.

Entonces, el derecho de acceso a la jurisdicción despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la jurisdicción propiamente dicho; segundo, una vez en ella, que sea posible la sentencia y obtener resolución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, *la plena efectividad de sus pronunciamientos*.

Resulta pertinente citar, en tal sentido, contemporánea doctrina sobre el particular:

El principio de la tutela judicial efectiva, derivado del artículo 68 (...) de la Constitución de 1961, sirvió igualmente de fundamento a la jurisprudencia, no sólo para el establecimiento de la responsabilidad estatal, sino además para garantizar la efectividad de los fallos, tanto en lo relativo a las potestades cautelares del juez, como para superar los escollos de las dificultades en la ejecución de la sentencia.

Lo señalado, corresponde a la doctrina sustentada en Venezuela según su Constitución de 1961, que no ha variado con el dictado de la nueva Constitución de 1999 según expreso comentario, que seguimos, del Profesor *Rafael Badell Madrid* en la conferencia ya citada supra.

Añade con meridiana claridad el jurista venezolano:

No puede hablarse de un verdadero sistema de responsabilidad del Estado si no existe efectividad en la ejecución de las decisiones judiciales que la establezcan.

En efecto, como bien lo expresa GONZÁLEZ PÉREZ, «[...]la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –que suelen reconocer todas las Constituciones- comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado. Los Tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». [Cfr. González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas. Madrid, 1992, pág. 391].

De tal forma, que a través de la ejecución de la sentencia se concretiza el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución. De allí que pueda señalarse que la ejecución se traduce en una de las manifestaciones fundamentales de ese derecho. En efecto, tal como lo estableció acertadamente la Corte Suprema de Justicia el derecho constitucional de acceso a la justicia “*no sólo se comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten.*” [Cfr. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 22 de noviembre de 1990. Magistrado Ponente: Dr. Román J. Duque Corredor. Juicio: E. Fuentes y otros en amparo (caso Mochima). Exp. 6810]

Así, no es suficiente que el particular pueda hacer valer sus derechos ante los Tribunales competentes, ni que se produzca una decisión de fondo sobre el asunto

planteado, sino que será menester además que se cumpla con lo decidido por el Tribunal para que efectivamente se materialice el derecho a la tutela judicial.

La potestad del juez de ejecutar sus sentencias tiene fundamento constitucional, es en efecto manifestación de la tutela judicial efectiva y de la efectividad del principio de responsabilidad del Estado.

Desde luego, son todos principios absolutamente trasladables a nuestro derecho federal y al derecho público de las provincias y municipios, como lo hemos destacado algunos años atrás en los comentarios a la Constitución de Chubut, específicamente en las notas a su artículo 18 numeral 9°. Devienen, se repite, de preceptos y postulados preeminentes inscriptos en la Constitución y en los pactos que ha suscripto, aprobado, ratificado y ‘constitucionalizado’ el país, que se proyectan imperativa e inderogablemente en las provincias y municipios.

Como apreciamos, las constituciones provinciales imponen al principio de la *demandabilidad* del Estado –provincia y municipio– condiciones al momento del cumplimiento de la condena, que se agravan con la aplicación unilateral de normas de emergencia económica.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la nación in re ‘*Cena, Juan Manuel c. Pvcia. de Santa Fe*’, doctrina de la mayoría, sienta un precedente que debe examinarse cuidadosamente para no extender sus efectos de modo que las sentencias pronunciadas contra las provincias y municipios se erijan en meramente declarativas.

No se duda del derecho que las provincias tienen para regular institutos propios –*se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas* (art. 122 C.N.)–, que caen en el ámbito de su expresa reserva constitucional (art. 121). Mas, el derecho de las obligaciones, por principio, le pertenece al Congreso [art. 75 (12) C.N.]. No se trata de la lectura desorbitada del art. 31 C.N., sino del reconocimiento de una expresa delegación que no ha costado pocos debates respecto de sus alcances, pero cuya inteligencia aparece consolidada en el tiempo.³⁸

Es claro que cuando una sentencia judicial, pasada en autoridad de cosa juzgada, reconoce el derecho de un particular contra el Estado se incorpora al derecho de propiedad y éste está garantizado por la Constitución.

Normalmente, se ha entendido que las limitaciones al derecho de propiedad corresponden solo al Congreso nacional.

³⁸ Nos hemos referido a la inteligencia de la delegación histórica, como clave de nuestro federalismo, en nuestra participación en el Libro Homenaje al Dr. *Dalmacio Vélez Sársfield* publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2000, ya citado (v. nota 35).

Lo que hemos cuestionado de la doctrina mayoritaria de la Corte en el fallo ‘Cena’ es no distinguir que, si bien las provincias pueden darse sus instituciones y regirse por ellas –por caso, estatuir un determinado régimen jubilatorio regulando la totalidad de sus aspectos-, una vez alcanzado el derecho a acceder a esas instituciones tal y como han sido reguladas por ellas mismas, incluso reconocido por sentencia judicial firme, la cuestión deja de ser *local* para ingresar al ámbito propio de las relaciones sustanciales que le competen exclusivamente al Congreso [art. 75 (12) C.N.]. Así, lo atinente a la mora en el cumplimiento de la obligación que por la sentencia se manda satisfacer.

Rescatamos, de tal suerte, la doctrina que sostiene el Dr. *Petracchi* sustentado en este punto en la tradición jurídica argentina.

No parece dificultoso, así, entender plenamente aplicable la doctrina judicial, de máxima jerarquía en su país, Venezuela, que cita *Badell Madrid*:

La Sala Político-Administrativa en sentencia de fecha 20 de enero de 1998 (caso VINCLER, C.A. vs I.N.H.), ordenó: “A la administración demandada que dentro de un lapso de diez (10) días de despacho contados a partir de su notificación, proponga a la Corte la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. Una vez consignada la propuesta en el expediente, se notificará a la parte actora –vencedora en el proceso- de tal circunstancia para que, en un lapso de cinco (5) días de despacho, apruebe o rechace la proposición.

En caso de rechazo, se fija un lapso de diez (10) días de despacho contados a partir de que conste en autos la opinión negativa de la demandante para que el demandado presente una nueva proposición, la cual deberá ser expresamente aceptada o rechazada por la demandante dentro de un lapso de cinco días de despacho.

Si la nueva propuesta no fuere aprobada o si al vencimiento del primero de los lapsos concedidos al vencido no hubiere presentado propuesta alguna, el demandado incluirá en el proyecto de presupuesto del año 1998 la cantidad necesaria para efectuar así el pago a que ha sido condenado por el Máximo Tribunal de la República desde el 17 de octubre de 1996. Al efecto, dispondrá de diez (10) días de despacho contados a partir del acaecimiento de una de las dos circunstancias apuntadas –sin necesidad de nueva notificación- para demostrar a la Sala el estricto cumplimiento de lo ordenado.

De no cumplir en el lapso concedido con la orden de ejecución que la ha sido impartida por la instancia de parte, este tribunal ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil, con fundamento en el cual, la Sala librará mandamiento de ejecución a cualquier juez de la República para la ejecución forzosa (...).¹

Es claro que, como bien lo destaca el mencionado jurista, la ejecución contra el Estado queda subordinada a dos principios: el de legalidad presupuestaria y el de la inembargabilidad de bienes públicos.

Conforme con el primero, éste, de origen constitucional, *la Administración no podrá hacer gasto o erogación alguna que no esté prevista en la Ley de Presupuesto. En todo caso, sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para aquellos gastos que fuesen necesarios y que no estuviesen previstos. Así, aquellos compromisos que tengan fundamento en una sentencia judicial se pagarán con cargo a la partida de presupuesto que para tales fines se disponga en cada ejercicio.*³⁹

En cuanto al segundo, hemos visto la cita de *García de Enterría* criticando el principio legal, aunque también nos hemos detenido a examinar la meditada nota de *Bielsa* a aquel fallo de la Corte de 1934 y lo que el cimerio Tribunal ha sostenido en el tiempo sobre el particular. De modo que intentaremos la armonización de posiciones.

Por lo pronto, juzgamos pertinente remarcar que nada impide al Estado realizar una *previsión* para atender una eventual condena y no dilatar a su arbitrio el cumplimiento de la misma. Ha de recordarse que una *previsión* es una reserva que se practica para hacer frente a un acontecimiento futuro e incierto: por ejemplo, las provisiones para deudores incobrables. Ello las diferencia de una *provisión*, que atiende a un hecho futuro pero cierto: por ejemplo, una *provisión* para el pago de impuestos.

Ello puede y debe hacerse desde el inicio mismo del juicio, ya que no importaría reconocimiento alguno del reclamo del demandante y éste tiene derecho a que así se proceda para no quedar sometido luego a las esperas que las cláusulas de previsionamiento presupuestario imponen bajo el principio de legalidad ya señalado.

Hay que agregar también que, por el principio de control del poder, que en definitiva corresponde a los jueces, éstos invisten potestad constitucional para imponer el cumplimiento de sus pronunciamientos en contra del Estado:

...las provisiones contenidas en la Constitución que consagran la autonomía e independencia del Poder Judicial, (...) el principio de legalidad conforme al cual la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público queda sujeta a los mandamientos constitucionales y legales, (...) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, (...) el derecho a la igualdad y la igualdad procesal como manifestación de aquél (...) y el principio de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, permiten afirmar, sin

³⁹ *Badell Madrid*, op. citada.

duda, la posibilidad de ejecutar sentencias contra la Administración y obligarla a cumplir con las condenas dinerarias que se hubieren acordado en su contra.⁴⁰

VIII

CONCLUSIONES

Creemos posible extraer, sobre la base de cuanto se ha visto, algunos postulados en los cuales asentar el principio de la real *demandabilidad* y *ejecutabilidad* del Estado.

Es claro que no perdemos de vista aquella esencial enseñanza del entrañable *Pedro J. Frías: el derecho no es todo el orden social, es solo el orden del orden social*. Y, desde luego, no podríamos apartarnos de la cruda realidad de Argentina en el contexto global, en que parece derrumbarse, precisamente, el orden social.

Mas, si el Estado de Derecho es una aspiración permanente, irrenunciable, en tanto conquista de un estadio del desarrollo de las relaciones de la sociedad civil con el poder, que, aunque no ha podido todo, se erige en un valladar para mayores transgresiones, de por sí crueles durante el siglo XX y principios del nuevo milenio, entonces, es imperioso traer nuevamente al Estado al orden jurídico. Sin ello, nada será posible.

Como ha dicho el Dr. *Petracchi*, la Constitución se sancionó en condiciones de grave crisis y ella repartió competencias y organizó y limitó el poder, y consagró los derechos y garantías individuales. La emergencia o las emergencias económicas –que ya no son hechos extraordinarios sino habituales entre nosotros-, no siempre pueden explicarse en la racionalidad del ejercicio del poder, y, por consiguiente, no siempre pueden –deben- cohonestarse. Además –y ello es decisivo- no autorizan a alterar el sistema de reparto de competencias constitucionales.

Tampoco, en la tensión entre ellas y el derecho de propiedad, debe hacerse sufrir invariable y extensivamente a éste so pena de caer, no tan solo en infracciones a la Constitución, sino, esencialmente, en la inequidad y la injusticia que, por provenir del propio Estado, nos aleja a todos de un Estado Social y Democrático de Derecho, que es hoy el contenido programático de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales.

Así, pues, sustentamos lo siguiente:

⁴⁰ *Ibídem.*

1° La demandabilidad del Estado Nacional y de los estados provinciales emana de la Constitución misma (arts, 116 y 117 C.N.).

2° La primera virtud del estado de derecho es “que todos los litigios se sustancien ante los tribunales ordinarios y se sometan a las mismas reglas, tanto si se plantean contra un ente público, como contra un ciudadano privado” (*Dicey*, citado por el Dr. *Petracchi* en su voto, fallo citado en el presente trabajo).

3° La exigencia del previo reclamo administrativo, como condición para habilitar la instancia judicial, en general, tiene potencialidad para afectar el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción y de la defensa de los derechos. Debe generalizarse la solución del artículo 43 de la C.N.

En particular, se erige en un ritualismo inútil si el contenido objetivo de la pretensión se funda en la responsabilidad extracontractual del Estado.

4° En todo caso, si las constituciones y leyes provinciales exigen el reclamo administrativo previo a la demanda y no se estima por los jueces en concreto tal recaudo como inconstitucional, entonces, el Estado deberá **siempre** acreditar la utilidad en el caso de dicho reclamo previo.

5° Es incompatible, en tal sentido, que el Estado invoque ausencia de la habilitación de la instancia judicial, por vía de excepción perentoria, y, al mismo tiempo, niegue los hechos al contestar subsidiariamente la demanda. Bajo la doctrina de los propios actos, tal proceder impide considerar seria y útil la inicial defensa.

6° Resultan plausibles –y es deseable su generalización– las normas contenidas en algunas constituciones que obligan al Estado a traer al juicio a los funcionarios potencialmente responsables de los actos perjudiciales en que se funda la demanda de un particular. Pero no puede entenderse a dicha eventual responsabilidad del funcionario como excluyente de la del Estado ni obliga al particular damnificado a demandar a aquél, ni previa ni simultáneamente.

7° Las provincias pueden limitar la embargabilidad y ejecutabilidad de sus bienes afectados al interés público, y por esta sola causa, sin que puedan derogar absolutamente el principio conforme con el cual el patrimonio es la garantía común de los acreedores, principio de fondo al que quedan constitucionalmente sujetas. En dicha garantía no entran los bienes denominados de dominio público.

8° Pueden igualmente limitar la ejecutabilidad sobre determinados bienes, previamente afectados al cumplimiento de obligaciones específicas.

9° Las sentencias de condena son ejecutables sin plazos extraordinarios ni condiciones excepcionales y sin necesidad de autorización legislativa.

10° Al notificar la demanda contra el Estado, el accionante puede peticionar, como medida cautelar, que se ordene realizar la correspondiente previsión presupuestaria para afrontar la eventual condena. Esta medida cautelar debe privilegiarse por sobre el embargo preventivo de bienes y rentas, que los jueces deberían adoptar excepcionalmente, no por la presunción de solvencia de que gozaría el Estado, que se ha invocado tradicionalmente como justificativo, sino para no afectar la normal marcha de la administración, que se erige así en un fin en sí mismo de interés colectivo (público).

11° El Estado provincial (y municipal) al ser notificado de la demanda que eventualmente importe el pago de una suma de dinero debe de inmediato realizar la correspondiente previsión presupuestaria.

12° El Estado provincial debe cumplir la condena en el plazo que los jueces señalen.

13° Las cláusulas contenidas en las constituciones provinciales respecto de plazos para el cumplimiento de la sentencia sólo armonizan con la Constitución Nacional (arts. 31, 16, 17, 75 inc. 12, 121, 126) si la espera tiene como finalidad la provisión de fondos suficientes para atender a la condena. En todo caso, los plazos que prevalecen son los fijados en la sentencia que deberá declarar la inconstitucionalidad de toda norma provincial que imponga plazos o condiciones al arbitrio del Estado condenado.

14° La inclusión expresa en contratos y otros actos, de cláusulas constitucionales limitativas de la responsabilidad del Estado provincial o de la potestad de los particulares para perseguir la satisfacción de sus acreencias no valida, en principio, su posterior invocación para sustraer a aquél de las reglas consagradas por el Congreso en ejercicio de su potestad de dictar los códigos de fondo (arts. 75 [12], 31, 121, 126 C.N.). Empero, se trata de una cuestión que debe examinarse en cada caso por cuanto puede entenderse en concreto que le es oponible al co-contratante del Estado el derecho local que se presume por él conocido cuando los límites contenidos en tales cláusulas convencionales (art. 1197 Cód. Civ.), resultan razonables y no transgreden el derecho de fondo.

15° Las leyes de contabilidad locales deben contener una autorización permanente al Poder Ejecutivo para realizar por decreto la apertura de créditos con la finalidad de cumplir con sentencias judiciales, con obligación de dar cuenta a las legislaturas, tal como lo había hecho en el orden nacional el art. 17, inc. c. del dec. ley 23.354 (derogado por ley 24.156).

16° Las provincias pueden dictar normas fundadas en la emergencia económica, autónomamente, en el ámbito de sus poderes no delegados.

Tales normas quedan sujetas al control de constitucionalidad (razonabilidad) de los jueces.

17° Pese a que la obligación haya tenido por fuente el derecho local, la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores es materia propia de los códigos de fondo y ajena por principio a la potestad de legislar localmente sobre ellas (arts. 1°, 5°, 31, 75 [12], 121, 123, 126 C.N.; arts. 41, 42, 505 y ccdtes. Cód. Civ.).

18° La invocación del estado de emergencia económica local por parte del legislador provincial no autoriza ni justifica el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias.

19° Por principio, la reglamentación del derecho de propiedad, porque erigido en garantía de máxima jerarquía igualitariamente vigente en todo el territorio nacional, corresponde al Congreso (arts. 5°, 17, 16, 28, 31, 75 [12] C.N.).

20° Las provincias no pueden imponer al derecho de propiedad, fundadas en la emergencia económica, más restricciones que las que el Congreso autoriza válidamente.

21° Una vez nacida la obligación, hallándose ésta vencida y declarada conforme al derecho local por la sentencia que condena a la provincia a pagarla, resulta inadmisibles que el legislador local excuse al deudor de las consecuencias de la mora o que declare a la obligación extinguida por la entrega de títulos de la deuda pública, pues tal proceder equivale a privar al acreedor de su derecho de perseguir legalmente el cumplimiento de la obligación y de recibir en pago de ella, al tiempo de su vencimiento, lo mismo que el deudor se obligó a entregarle, conforme lo disponen los arts. 505, inc. 1, 740 y 750 del Código Civil.

NOTA: Debe tenerse en cuenta el reciente decreto 1004/01 y la admisión generalizada del pago en bonos provinciales, por caso el patacón o el cecor, etc., que quiebran la estrictez de este principio. Las LECOP pueden tener viabilidad porque emanan del Congreso. Pero, ha dicho un economista: “En la Argentina se ha inventado un nuevo mecanismo que se llama déficit cero según la forma de financiamiento: si se financia con pesos se llama déficit y si se financia con algunos títulos de deuda que se están emitiendo ahora, no se llama más déficit, se llama creación de monedas alternativas. Son las LECOP, patacones, Quebracho, o lo que sea. Todos estos nuevos bonos que se están utilizando como forma de pago de deudas nacionales y provinciales no son moneda, son títulos de deuda privilegiados y son

sumamente peligrosos, porque están garantizados por la posibilidad de ser redimidos para el pago de impuestos.”⁴¹

22° Las cláusulas provinciales examinadas son constitucionales con el alcance que *Bielsa* examina en su nota al fallo de la Corte Suprema que cito en el texto, es decir, las rentas conforman el Tesoro, tienen afectación legal que en principio no pueden modificar los jueces y son ‘cosas’ fuera del comercio con destino público (punto 6° de la nota de *Bielsa*).

Pero las provincias no pueden invocarlas para dilatar sine die el cumplimiento de una condena dineraria. Una vez pronunciada la condena, adquirida ésta firmeza, deben expedirse concretamente acerca de la forma, medio y tiempo de su cumplimiento sin que en esto les sea dado apartarse por principio del código civil.

23° Los jueces pueden y deben citar al Estado condenado por sentencia firme a pagar sumas de dinero con fuente en su responsabilidad extracontractual, a una audiencia de partes en que aquél deberá explicitar el tiempo y el modo de pago en concreto de la condena, corriendo traslado al acreedor quien podrá oponerse.

En tal caso, por principio, los jueces deben exigir al Estado la correspondiente previsión presupuestaria para cumplir con la condena bajo apercibimiento de ordenar la ejecución en sus bienes sujeto a la garantía común de los acreedores, sin limitación ni privilegio algunos. A salvo quedan los bienes del dominio público.

⁴¹ *Carlos Rodríguez*, en *Ambito Financiero*, diario del 5-XI-01. Añadió: «No se sale de la recesión con la emisión de monedas múltiples. El gobierno apunta a una construcción contable que carece de sentido económico.». Dijo en relación con el Patacón: “Primero no se emitió mucho y después, es un título de deuda privilegiada que sirve para canjear impuestos. En la medida en que el monto de patacones emitidos sea menor que el monto de impuestos que haya que cancelar todos los meses, el Patacón tendrá una utilidad que valdrá uno a uno con el peso, pero en la medida en que se mantenga el déficit provincial que lleva a la emisión continua mensual de un flujo de patacones, el stock de patacones que se emite este mes se añade al déficit fiscal del mes que viene, porque el Estado provincial deja de recaudar en pesos lo que ahora recauda en patacones.”