

RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PUBLICOS Y EL ART. 144 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Efraín Hugo RICHARD

Se nos ha convocado a debatir sobre responsabilidad del Estado y funcionarios públicos.

Han disertado por nuestra Academia dos distinguidos juristas, su Presidente Prof. Emérito Dr. Julio Altamira y el jusprivatista Prof. Dr. Daniel Ramón Pizarro. Ambos han desarrollado su posición ante la nueva legislación.

Nosotros deslizaremos una visión complementaria, pero diferente en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos o representantes del Estado en ciertas relaciones. Trataremos de generar un debate sobre aspectos controvertidos, con visión académica pero no alejada de la realidad. Nos gusta jugar con la fantasía imaginando nuevas interpretaciones para rescatar los valores que nos norman, para inmediatamente buscar la afirmación o el descarte de esa hipótesis. Y en eso trabajaremos.

Centraremos nuestra atención en el alcance del art. 144 del Código Civil y Comercial –CCC– que prevé: *“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.- Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que pueden ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.”*, y la posible aplicación de esa norma a funcionarios públicos con capacidad de decisión o sea de control sobre la persona jurídica pública.

Discúlpesenos las formas en que abordaremos el tema, para responder afirmativamente a esa pregunta, tratando de abrir un debate ante las divergencias sobre la bondad de la ley 26.944, y el casi unánime criterio de la necesidad de modificarla cuando no derogarla.

I – LA REGULACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

1. Consideramos que todas las spersonas jurídicas están sujetas al derecho de daños. No deben dañar. Nos basamos en la teoría general de la responsabilidad en cuanto a la existencia de daño, conducta antijurídica con culpa o dolo –por acción u omisión– y vínculo causal.

En materia societaria y concursal, en la que aplicamos, advertimos que la fuente de responsabilidad de administradores y socios no se encuentra sólo en las normas específicas del derecho societario o concursal, sino en las que devienen de esa teoría general de la responsabilidad, contenida en el ahora CCC.¹

¹ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n°

Particularmente haremos hincapié, en nuestra visión de la responsabilidad de funcionarios públicos, en el art. 144 del mismo CCC.

Nos hemos preocupado de la cuestión hace algún tiempo y no se han formalizado críticas escritas de la posición asumida², pese a que invitamos al debate: “Bienvenidas las dubitaciones, los planteos de amplitud de aplicación, incluso las disidencias, que en la controversia respetuosa se construye el sistema jurídico en beneficio del hombre, de la convivencia y de la eficiencia de los poderes”.

2. Parecería, que la cuestión de responsabilidad de funcionarios ha sido eliminada del CCC y para tratarse en ley especial, congruente como se sanciona el art. 1764 CCC haciendo inaplicables el cap. I o sea de los arts. 1708 a 1788 a la “responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, complementada por el art. 1765. Y el art. 1766 referida a la responsabilidad de sus funcionarios y empleados públicos “en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por el derecho administrativo”. Pero, si entendemos aplicable el art. 144 CCC a funcionarios públicos con control de la persona jurídico pública que representan orgánicamente, podemos sostener que se trata de un caso específico de imputabilidad que no ha sido desviado al derecho administrativo o local. No se trata de pensar en la aplicación de la norma sobre personas jurídicas a un tema de responsabilidad por riesgo, o de aplicación generalizada a todos los funcionarios (empleados) públicos, sino de un supuesto muy particular de uso abusivo de la personalidad jurídica pública reglado específicamente por una norma disciplinaria, que regula el buen uso del sistema de organización del Estado, nacional, provincial, municipal u organizaciones descentralizadas del mismo.

Responde el texto sancionado, modificando lo proyectado, a lo dispuesto en la ley 26.944 promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014, en la que se dispone en su art. 2 que el Código Civil no se aplicará a la responsabilidad del Estado ni en forma directa ni subsidiaria. Pero nada expone en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos, ni excluye expresamente la aplicación del mentado art. 144 CCC.

Hoy es un tema de debate público, de consternación social, la irresponsabilidad de funcionarios. Hasta se supone contar con una inmediata ley de transferencia de dominio de los bienes mal habidos. Es que justamente pocos institutos jurídicos resultan tan inestables, inasibles, inseguros y con una irrefrenable tendencia a fugarse de la ley y de las condenas judiciales, como el referido a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos derivada del ilegítimo ejercicio de su cargo o representación institucional.

Es objetivo, desde una perspectiva de los valores éticos pero también de los constitucionales, que existan normas claras y contundentes y de rápida tramitación, para que los daños materiales que sufran los administrados y el propio estado representado orgánicamente por el abusador, configurado como el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de

346, pág. 947, con Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus tradicionales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes.

² PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo EL ART. 144 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (inoponibilidad de la personalidad jurídica) publicado en LA LEY año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016, y reproducido en la página electrónica de nuestra Academia www.acaderc.org.ar El Editor, a su vez, destaco inicialmente al texto “La imputación directa de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica, pero ello no implica que se anule la personalidad o que debe disolverse el ente. En rigor, lo que se pierde –en estos casos- es la división patrimonial de primer grado entre el sujeto de derecho y sus integrantes, fundada positivamente en los arts. 143 del Código Civil y Comercial –para todas las personas jurídicas- y 56 de la Ley General de Sociedades” .

integralidad, lo que parece limitado por la ley 26.994. Se afirma³ que “Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso....no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas”.⁴

3. Analicemos ahora la cuestión desde nuestro particular punto de vista.

Frente al original texto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que asumía la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en forma general con la teoría de la responsabilidad, se generó una reacción imponiendo una ley y la reforma de aquel Anteproyecto con tres artículos excluyentes de esa responsabilidad, pensamos que el art. 144 CCC. aparece como el logro de una concepción integral sobre responsabilidad de directivos, funcionarios públicos, por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo.⁵

El CCC, texto aprobado por ley 29.994, impone una visión amplia del sistema jurídico, una nueva perspectiva en la unidad del derecho –arts. 1, 2 y 3 CCC, no muy diferentes a la concepción del art. 16 del Código Civil derogado, en cuanto se convenga que la resolución deberá siempre ajustarse a nuestra Carta Magna-.

En el tema que abordamos se deben integrar las referencias a las Personas Jurídicas en el CCC, que tiene 4 artículos generales en la Sección Primera (Personalidad-Composición -título poco claro-) del 141 al 144 que abarca tanto las personas jurídicas privadas como las públicas, que recién se clasifican en la Sección 2^a. arts. 145 y ss. CCC.

Veamos: el art. 141 formula una definición genérica abarcativa de todas las personas jurídicas.

El art. 142 CCC, regula sólo a las privadas en forma expresa, fijando el comienzo de la personalidad jurídica.⁶

El 143 CCC, sin hacer diferencia y por tanto aplicable tanto a personas jurídicas públicas como privadas, se refiere a la “personalidad diferenciada” de los miembros: “No responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título –“Personas Jurídicas” -sin distinción- y lo que disponga la ley especial”.

La norma se refiere concretamente a los supuestos que se prevén en el Título, en forma expresa, imperativamente, derivando otros supuestos a la ley especial. Es un tema de integración y complementación de normas. Pero justamente remite en cuanto a responsabilidad a las normas del mismo Título, o sea sin duda al artículo siguiente.

Nuestra interpretación, que limitamos concretamente al análisis del precepto del art. 144 CCC –y de la expresa determinación del art. 143 CCC- abre una puerta ante actos dañosos, incluso escandalosos, imputables a funcionarios públicos o ex funcionarios que han ocasionado un grave daño al Estado, a particulares y particularmente a la comunidad, alterando las reglas de libre competencia,

³ ZINGARETTI, Giselda “La responsabilidad civil del Funcionario Público : El nuevo Código Civil, versus la Ley de Responsabilidad del Estado” en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni Editores T.I 2015-1, pags 303 y sgts, con cita de GORDILLO, Agustín *Problemas del control de la administración Pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, Cap.V.

⁴ Citando a Alejandro Dalmacio ANDRADA “Responsabilidad del Estado de los Funcionarios Públicos”, La Ley Bs.As. 2008, págs. 478-479.

⁵ No creemos que se corresponda a un desliz del legislador, y menos aún a una travesura de los jusprivatistas.

⁶ Acotamos para los especialistas en derecho público que para las sociedades en caso de licitaciones donde se requiere acreditar la constitución “regular”, ahora bastará el contrato de constitución para considerarlas “regulares”, pues esta calificación ha sido eliminada en el sistema previsto en arts. 21 y ss. LGS.

lealtad comercial, buena fe, obstaculizando el desarrollo del país y generando inflación al generar gastos y costes que se hubieran evitado de ejercer lícitamente sus funciones y los controles consiguientes. Idéntica consideración –entendemos– debe asignarse a la responsabilidad de los funcionarios públicos en todo lo relativo a la preservación del medio ambiente y su diligencia y compromiso en la protección de este supremo interés de toda la humanidad.

Adviértase la norma del art. 143 CCC del Título 2 “Persona jurídica”, Capítulo 1 “Parte General”, Sección 1: “Personalidad – Composición” que centra la imputación en la persona jurídica – pública o privada-, descartando la de otras personas, para inmediatamente imponer una imputación por actividad ilícita apañada en la funcionalidad de la persona jurídica –en el caso el Estado-, normando “Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que dispone la ley especial”.

La norma del art. 144 CCC sanciona a los controlantes, con la consiguiente responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, como consecuencia de la actuación de una persona jurídica con fines que constituyan un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar los derechos de terceros.

El art. 144 CCC no indica su aplicación exclusiva a las personas jurídicas privadas, como lo hace el art. 142, por lo que aparece abarcando todos los géneros de las personas jurídicas, incluso por expresa referencia del art. 143 como acabamos de referir.

4. El CCC sancionado como Ley 26.994, como así también la Ley N° 26.944 llamada de Responsabilidad del Estado, incurren en una confusión (deliberada o no) de agrupar de una manera simplista, bajo la denominación de “responsabilidad del estado o de los funcionarios públicos” , cuestiones que exigen un método de análisis de los distintos supuestos posibles, y de los diversos ordenamientos jurídicos que se ven afectados.

Sin este necesario análisis y tarea adicional de precisión temática, se viola la Constitución Nacional, los Tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, con vigencia operativa en todo su territorio (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y las leyes, entre las que adquiere significativa relevancia el nuevo CCC y sus normas específicas en cuanto confirmen y resguarden derechos impuestos por la Carta Magna.

Si la conducta del agente contraria una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional.

Por eso debe indagarse cual es el límite del Derecho Administrativo Federal y Provincial, de lo que son las atribuciones delegadas por las provincias al Congreso de la Nación en resguardo de derechos de rango superior y que se regulan de manera uniforme para todo el país, pues se trata de garantizar la libertad y la igualdad de todos los argentinos, preservando el catálogo de derechos que menciona la Constitución entre ellos el derecho de propiedad.

En esta interpretación, que formalizamos junto al Dr. Palazzo, en cuanto se refiere específicamente a la responsabilidad de los funcionarios públicos, frente a la ilegitimidad de determinados actos u omisiones en el ejercicio del cargo o función, deberán ser sometidas al control judicial de los tribunales, civiles, penales o en lo contencioso administrativo, conforme sea la fuente legal que contemple la conducta reprochable o sea el ordenamiento legal que resulte de aplicación de manera expresa o por vía de interpretación e integración jurisprudencial determinará la competencia judicial del caso. La ley aplicable será la determinante de la jurisdicción. El presupuesto la existencia del daño y su conexidad a un obrar ilícito, arbitrario, de funcionarios públicos con poder de decisión.

El derecho de daños no puede ser limitado por normas provinciales.

II - LA PERSONALIDAD JURÍDICA y EL ART. 144 CCC.

La personalidad jurídica, y particularmente la de entes públicos, esta destinada a asegurar el funcionamiento regular no solo de una sociedad sino de todo un país, incluso en el contexto internacional.

El uso antifuncional de esa personalidad por quiénes tengan poder de control altera el sistema, pues si se aparta o apartan de sus obligaciones y derechos, en actuación u omisión ilegítima, se perjudica al Estado y/o a terceros.

Superando dicotomías y el “ejercicio irregular de las obligaciones legales” es tema central la visión sistémica conforme una norma aplicable a todas las personas jurídicas para sus controlantes (normalmente funcionarios de alto rango), conforme al texto de la norma cuya alcance interpretamos, o sea el referido art. 144 CCC. La doctrina señala una ampliación de aplicación, a través de esa norma, de las previsiones similares para las sociedades contenida en el art. 54 in fine ley 19550 – ahora Ley General de Sociedades (en adelante LGS)-. Pero algunos lo comentan sólo como una ampliación a todas las personas jurídicas privadas⁷, basado en los Fundamentos del Anteproyecto, que ahora han devenido con reservas en Fundamentos del CCC. Incluso esa tesis sostiene que el art. 144 CCC no se aplica a las sociedades, pues a éstas corresponde el sistema del art. 54 in fine LGS.⁸

Los fundamentos del Código preparados cuando la teoría de la responsabilidad no había sido restringida por la ley 26.944, se refieren a la inoponibilidad del art. 144 en la interpretación restrictiva a las personas jurídicas privadas: *“Rige además la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etc., de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación. En la actualidad este instituto se halla expresamente contemplado en la ley 19.550 de sociedades comerciales (artículo. 54, tercer párrafo) bajo el rótulo “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Debe hacérselo extensivo a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad, tanto genérica como en la posterior dinámica funcional, constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general.”*

Nos parece que sería injusto atribuir la ubicación definitiva del art. 144 CCC a un error del legislador, tanto de la Comisión Reformadora, del P.E. y de los miembros del Congreso que avalaron la redacción. La ley se desprende de la intención del legislador, y debe ser interpretada conforme su posición sistemática, y adviértase que pese a la manifestación inicial limitativa, luego se expresa en la amplitud “utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica”, y sin duda en la persona jurídica pública, en sus diversas manifestaciones, como venimos interpretando.

Por otra parte la ley 26.994 hace referencia al Código Civil vigente y no al Código Civil y Comercial cuyo art. 144 entendemos tiene un alcance sobre el punto.

La interpretación extensiva no es contraria al sistema jurídico y antes de regularse por primera vez en el mundo el art. 54 ter de la ley de sociedades, la jurisprudencia ya lo había entronizado.

⁷ VÍTOLO, Daniel Roque: *Reformas a la Ley de General de Sociedades —Ley 26.994 comentada—*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015; *Comentarios a las modificaciones de la Ley 26.994 a la Ley General de Sociedades*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, Segunda Edición actualizada y ampliada; *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 Comentada y anotada con jurisprudencia*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo VI. En posición más amplia, pero dentro de la interpretación que es aplicable sólo a las personas jurídicas privadas, el Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires Prof. Dr. Tobías, con quien mantuvimos un enriquecedor diálogo en el Encuentro de Academias Nacionales de derecho desarrollado en Córdoba 6/7 de octubre de 2016, particularmente ante sus inteligentes preguntas que esperamos queden mejor contestadas en este documento preparado para esa ocasión, pero no expuesto integralmente en el desarrollo de las sesiones, pues nos limitamos a interesarnos en el análisis de la responsabilidad de altos funcionarios públicos, buscando la “ventana” de una “acción directa” a la que se había referido en su exposición magistral el Presidente de la Academia de Córdoba Profesor Emérito Dr. Julio Altamira Gigena.

⁸ Esto es sostenido por el autor citado en nota anterior, en atención al art. 150 CCC, entendiendo que son normas incompatibles y debe primar la norma societaria. En contra se ha expresado la Prof. Gabriela Boquin. Entendemos que las normas son complementarias y se integran, a través de la expresión “en su defecto” de la norma citada.

Coincide con nuestra postura Rafael Manóvil⁹: “*Como la norma se halla en la parte general de la parte general de las personas jurídicas, también es aplicable a las personas jurídicas públicas*”.

Introducimos la interpretación extendida pues para tener ese alcance la norma debió ser insertada con posterioridad y con expresa referencia a las personas jurídicas privadas –como se acota en el art. 142 CCC- si se intentaba excluir a las personas jurídicas públicas de esa norma, y frente al art. 143 que lo integra.

Quizá como travesura de jusprivatistas, pero la norma es aplicable a todas las personas jurídicas por su colocación sistemática. De no estaría mal construido la Sección 1 con sus cuatro artículos, previos a la Sección 2 “Clasificación”, donde recién se señala en el art. 145 “Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas”, y derivados casos gravísimos, incluso del Estado contra sus funcionarios públicos, a un régimen procesal contencioso administrativo que deriva en poner –por lo menos inicialmente- el problema en manos de los compañeros o correligionarios del imputable.

Si la tesis restringida hubiera sido la decisión definitiva, la norma de previsión sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica debió incorporarse en la sección tercera, que va del art. 151 en adelante. En los cuatro artículos de la sección 1, cuando se quiso hacer diferencia entre persona jurídica y privada se lo hizo, como lo hace el art. 142 CCC, lo que no acaece respecto del art. 144 de la misma sección.

Es aplicable, en suma a las personas jurídica públicas, específicamente por la expresión “controlantes directos o indirectos” a quiénes hayan abusado de las mismas.

1.No se trata de la responsabilidad del Estado sino de funcionarios o todas aquellas personas humanas –o jurídicas- que puedan entenderse como “controlantes directos o indirectos” que “hicieron posible” la “actuación” antijurídica *de una persona jurídica pública* –agregamos-, “quiénes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Estos serán los legitimados pasivos. Los activos los que acrediten daño e intenten responsabilizarlos. Incluso el propio Estado. Obviamente la actuación u omisión no debe ser meramente culposa, entendemos que el supuesto implica una posición dolosa. Al mismo tiempo al referirnos a funcionarios públicos, que en estricto criterio jurídico comprende a empleados públicos, nos referimos a un criterio casi social que implica funcionarios con capacidad de decisión, que con su actuación u omisión pueden modificar la actuación prevista para la persona jurídica pública, como por ejemplo no controlar concesiones ni privatizaciones, permitiendo administración fraudulenta en las personas jurídicas privadas beneficiadas, en perjuicio de la posición del Estado o de los administrados.

Cuando se habla de imputar, puede asignarse a esta expresión un doble sentido¹⁰:

1) Imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal y se circunscribe a determinar la autoría del hecho ilícito o del incumplimiento obligacional).

2) Imputación en el plano axiológico, que puede ser subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad, etc.). La imputación aquí actúa como factor de atribución o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

Responsabilizar significa atribuir (imputar) a alguien las consecuencias de un hecho dañoso (ilícito extracontractual o incumplimiento obligacional), lo cual supone algo más que la autoría

⁹ MANOVIL, Rafael M. “¿Hacia un nuevo derecho de las sociedades en la ley 26994? en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Fidas, año 17, 2016-2, pág. 3 y ss., específicamente pág. 6 y ss., punto C, donde también hace referencia a las fuentes de la norma.

¹⁰ Nto. “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”, Publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010. Obviamente no se había formalizado aún el Anteproyecto cuando escribimos ese ensayo, pero la terminología es similar.

material del hecho y la existencia de un factor de atribución: requiere esencialmente de daño y, además, en la inmensa mayoría de los casos, de antijuridicidad subjetiva en la conducta del dañador.

Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la persona jurídica, implica una imputación de los perjuicios: la responsabilidad solidaria e ilimitada.

El régimen especial del art. 54 in fine LGS y art. 144 CCC no difiere fundamentalmente, en alguno de sus aspectos, del régimen general de atribución de responsabilidad por conductas, que impone la obligación de reparar cuando concurren todos los presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

Es una integración de la teoría de la responsabilidad en las relaciones de organización personificadas. Autoriza una suerte de acción directa contra el controlante de hecho o de derecho que generó el daño abusando de la persona jurídica pública. No creemos que esta condicionada esta acción a una investigación o sumario previo, es una acción que nace del Código Civil y Comercial dentro de la teoría general de la responsabilidad y del daño, no descartándose la posibilidad de unir la acción con la de prevención normada por los arts. 1710 y ss. CCC. El legitimado pasivo no podrán intentar ampararse en que no se le ha hecho sumario y que se ha violado el debido proceso exigido por la Constitución Nacional. Nada tiene que ver con la posibilidad de que sea el funcionario demandado suspendido, cesanteado o exonerado, ese es un problema administrativo.

El tema de la responsabilidad no puede sustraerse del CCC, conforme su art. 1716, a Códigos Administrativos o Contencioso administrativos provinciales o municipales, generando recaudos especiales para reparar el daño, pues se violaría el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional como bien señaló en su disertación inaugural de estas Jornadas el Profesor Emérito Dr. Julio Altamira.

De lo dicho se sigue que la imputación de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho (art. 144 CCC) queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica, no es mas que la aplicación de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos¹¹.

Es fundamental para la tesis amplia que postulamos que la inoponibilidad de la personalidad jurídica no significa la desaparición o desconocimiento de la persona jurídica pública, sino la atribución del daño a quién amparándose en el control que ejerce sobre esa persona, perjudicó a sabiendas, a la misma persona o a terceros.

2. Lo importante no es el *nomen juris* del recurso responsabilizatorio, sino los efectos. A su vez que la norma atiende a casos de imputación o de responsabilidad de controlantes no sólo de derecho sino de hecho

Embido Irujo¹² entiende que la práctica tiende a variar el contenido de esta técnica, desplazando su campo natural de aplicación, al ser utilizada por el juzgador como un expediente genérico al que puede acudir cuando no es fácil buscar por otros caminos la solución justa a un problema de abuso de la persona jurídica.

3. Remarcamos el art. 144 no hace a la responsabilidad del Estado sino a la de los que se ampararon en la persona jurídica pública para generar daño en las situaciones que indica la norma.

Se trata particularmente que el propio Estado pueda promover la acción contra el alto funcionario público que desvió sus funciones, en beneficio propio o de terceros. Todo el daño se

¹¹ OTAEGUI, JULIO "Inoponibilidad de la Persona Jurídica" en AAVV *Anomalías Societarias*, de nuestra Coordinación, Ed. Advcatu, Córdoba, pág. 110.

¹² EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio agosto 1990, págs. 31/54; "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de abril de 1990" en *La Ley* 7 de diciembre de 1990, págs. 6/8.

trasladaría a quién actuó contrariamente a sus funciones, desvirtuando el sistema para responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

La interpretación restrictiva nacerá particularmente de los poderes del Estado y sus vinculados para evitar una acción rápida y eficiente para reequilibrar el daño. Pero creemos que la norma interpretada ampliamente actuaría disuasoriamente del obrar ilícito, evitando tentaciones de usar el poder que les ha otorgado el pueblo o las instituciones, en su beneficio directo o de terceros, posiblemente con beneficios indirectos imposibles de probar.

4. Imaginamos supuestos extremos, que siempre hemos podido advertir en los hechos y actos, que incluso pueden reiterarse. Así el P.E. nacional formalizó pagos en negro a altos funcionarios con los que intentaron justificar enriquecimientos ilícitos, y aceptó como normal el “leverage buy out”. Este último se practicó en casi todas las privatizaciones al comienzo de los 90. Se entregaban bienes o concesiones libres de pasivo, manteniendo el Estado el 5% y el 10% para los obreros –Programa de Propiedad Participada-, pero representados por un funcionario designado por el Estado y que seguía las políticas del gobierno central, que toleró que lo que debían pagar al Estado los titulares del 85% del paquete como precio del mismo, lo asumiera la sociedad, perjudicándola y también a los socios minoritarios. El art. 144 CCC se podría aplicar a los representantes del Gobierno Nacional y del PPP que votaron favorablemente esos desatinos ilícitos.

Pero hubo un caso con otro socio que marcó esa ilicitud, fue la Provincia de Chubut que era un tercer socio estatal en una de las sociedades “privatizadas”, llevando a nuestra Corte Suprema a expedirse en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”¹³, donde la Corte apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”.

Pensemos en la posibilidad actual de intentar reparar el daño causado en esa ocasión o en las múltiples casos posteriores que inundan las páginas de nuestros periódicos, y la posibilidad de aplicar la norma conforme el art. 7 CCC, pues no se trata de generar un “efecto retroactivo”, sino de aplicar el CCC “a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

5. Decíamos que la oposición de esta interpretación nacerá fundamentalmente de los propios posibles destinatarios de la previsión normativa. La experiencia en los juicios penales y la indemnización por los funcionarios de los daños por ellos causados, es frustrante.¹⁴ Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

¹³ Publicado en: LA LEY2002-E, 863.

¹⁴ RICHARD, Efraín Hugo “Justicia y Derecho”, págs. 419 a 430 para la Comisión n° 3 “Justicia y Derecho, en libro *Congreso de Academias Ib* En la causa penal se investigaba una supuesta estafa de los demandados, que habían sido administradores de la sociedad anónima de la cual los actores eran accionistas. Los demandantes también iniciaron una acción civil para determinar la responsabilidad de los procesados en el marco de una locación de servicios, y si realizaron un ardido para inducir a la damnificada a “realizar actos de disposición patrimonial” ruinosos a sus intereses “y en beneficio de los administradores de sus bienes”. Sin embargo, el juez de Primera Instancia entendió que en ambos procesos había “comunidad de causa” dada “la coincidencia de imputaciones respecto de la vulneración del derecho a la información, doble contabilidad y afectación del patrimonio de los accionistas que no participaban en la administración de la sociedad” *eroamericanas de Derecho*, editado en Córdoba 1998.

Pero ahora existen dos alicientes: la posibilidad de optar por la aplicación directa, lisa y llana del art. 144 CCC o de escapar a la prejudicialidad por la demora del proceso penal, buscando la indemnización a la Nación o a la institución pública que corresponda.

En reciente fallo la Cámara Comercial de la Capital Federal recordó que la regla de prejudicialidad en favor de lo que resuelva la Justicia Penal a la hora de seguir con una causa civil no es absoluta, sino que admite excepciones, principalmente en casos en donde se puede llegar a presumir que el juicio criminal se extienda indefinidamente.

Con ese criterio, la Sala F de la Alzada revocó una resolución de Primera Instancia que decidió la suspensión del trámite de la causa “K.D.S., M.O. y Otros c/ M.M.N. s/ Ordinario” hasta tanto exista sentencia firme en la causa penal seguida contra la demandada por defraudación por administración fraudulenta y asociación ilícita.¹⁵

En ese contexto, los camaristas Rafael F. Barreiro, Juan Manuel Ojea Quintana y Alejandra N. Tevez analizaron la causa dentro de los parámetros del artículo 1775 del Código Civil y Comercial de la Nación, que prescribe que “si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”.

Además, los magistrados interpretaron que la prejudicialidad “resultará de aplicación siempre que un juicio civil se encuentre íntimamente vinculado al resultado de un proceso penal, atento que en todos los casos existe la misma razón de orden público que fundamenta aquella norma”, aunque reconocieron que “en forma previa, debe establecerse si ambas acciones nacen del mismo hecho (arg. art. 1774 CCyCom) porque si no fuera así las sentencias a dictarse no tendrían influencia alguna en la solución de la otra causa”.

Aplicada la norma a la causa en estudio, los camaristas admitieron que la prejudicialidad “no reviste carácter absoluto y cabe estar para resolverla a las particularidades de cada caso concreto”, y juzgaron que era inaplicable el instituto “cuando la dilación indefinida del trámite y de la decisión en el juicio penal provoca una restricción en el derecho de defensa por cuanto una sentencia fuera de tiempo es una sentencia en sí misma injusta y viola el art. 18 de la Constitución Nacional”, elementos que concurrían en este expediente. “Se presenta indefinida la duración de la causa penal, a poco que se repare en la circunstancia de que han transcurrido seis años desde su promoción y su estado actual es el de plena tramitación ante el Tribunal Oral Criminal n° 22, siendo que fue elevada a esa sede el 11/3/2013 llevándose a cabo en la actualidad la instrucción suplementaria pertinente”, explicaron los magistrados

Concluye el fallo: “Resumiendo: entiende esta Sala que el dictado de sentencia en este expediente resulta procedente pues no aparece intrínseca la conexión con el hecho ilícito denunciado en la causa penal”, sostuvo la Cámara, que juzgó que la suspensión de este procedimiento “a las resultas de la sentencia en la causa penal no se presenta como la solución prudente y razonable para

¹⁵ En la causa penal se investigaba una supuesta estafa de los demandados que habían sido administradores de la sociedad anónima de la cual los actores eran accionistas. Los demandados también iniciaron una acción civil para determinar la responsabilidad de los procesados en el marco de una locación de servicios, y si realizaron un ardid para inducir a la damnificada a “realizar actos de disposición patrimonial” ruinosos a sus intereses “y en beneficio de los administradores de sus bienes”. Sin embargo, el juez de Primera Instancia entendió que en ambos procesos había “comunidad de causa” dada “la coincidencia de imputaciones respecto de la vulneración del derecho a la información, doble contabilidad y afectación del patrimonio de los accionistas que no participaban en la administración de la sociedad”.

evitar pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, con el consecuente escándalo jurídico que ello conlleva”, señaló la sentencia.¹⁶

El art. 1775 CCC es una norma que permite al Juez, a su correcto arbitrio evitar la prejudicialidad de una cuestión penal sobre la acción de reparación de daños. Pensemos en daños generados por abuso de autoridad, pudiendo configurar el delito tipificado por el art. 248 del Código Penal.

6. Se trata de una imaginación controlada por la norma, una interpretación posible pues no se infringe ley alguna, la “fantasía” de imaginar situaciones límites y acotarlas en una norma, particularmente para que los actores que dañaron no se enmascaren en la aparente legitimidad de una actuación estatal –nacional, provincial, municipal o de entidades públicas similares-. No se trata de dejar libre la imaginación, sino liberar la fantasía intelectual para imaginarse situaciones y ponerlas en un marco normativo, sistémico y lógico, asegurado, es la intuición socio jurídica, la fantasía controlada o sea la intuición axiológica y la percepción sociológica (política), asegurada normativamente¹⁷ y siempre dentro del marco de nuestra Constitución Nacional.

¿Porque poner al margen de este sistema al funcionario público que usa la persona jurídica pública para su beneficio o para terceros, perjudicando a la misma persona jurídica pública o a terceros?

No entraremos en esta oportunidad en los fundamentos axiológicos o naturaleza jurídica del instituto en las relaciones de organización, distinta a la noción en los actos o negocios jurídicos.

7. Piensese en el funcionario público que amparado en su función estatal abusa de ella y perjudica a terceros. Sustituyase la expresión administrador, controlante o socio por la de funcionario con poder, y por tanto controlante directo o indirecto. Las personas jurídicas estatales no tienen socios, ni miembros, si tienen controlantes, que pueden actuar correcta o abusivamente generando daños a terceros o al propio Estado. Piensese en los casos que la realidad, y no nuestra imaginación, nos muestra, donde esta acción por daños podría, luego de una medida cautelar sobre los bienes de un enriquecimiento ilícito, concluir con la hoy promocionada “extinción de dominio” de esos bienes, pensada para la conclusión de un juicio penal. Porque no pensar en un juicio civil, más rápido para alcanzar los efectos patrimoniales lógicos –la reparación del daño-, sin perjuicio de una condena de índole penal, pero incluso independizándola en los términos del inciso b. del art. 1775 del CCC, por la dilación del procedimiento penal ante “una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado”. Una nueva forma de enfrentar la corrupción.

III – EL ART. 144 CCC y el art. 54 in fine LGS.

¹⁶ Puede verse en Permalink: <http://www.diariojudicial.com/nota/75819>

¹⁷ PANUCCIO, Vincenzo *La fantasia nel diritto*, Milano 1984, Giuffrè Editores: “24. Fatto ormai, se pur in largo senso, lo status quaestionis può ora riprenderis, con più meditato discorso, el quesito sul come si collochi la fantasia del soggetto nell’ambito del quell’insieme di atti teleologicamente orientati verso il risultato interpretativo, che costituisce appunto la interpretazione giuridica” pág. 65...la scienza giuridica, come scienza ermeneutica tende alla conoscenza della realtà empirica e storica dello spirito umano; se è vero che ogni scienza ermeneutica cerca di interpretare un linguaggio, è anche vero che uesta interpretazione vuole essere conosciuta. Solo che in alcuni delle sue forme più complesse queda realtà rientra nel quadro delle scienze dello spirito, e a queste partecipa del caratteri generali dell’interpretazione sopradicati. ... Questo profilo genera un altro aspetto importante per il controllo della fantasia: la interpretazione non può condurre a norme impossibili, irrealizzabili, inattuabili, e deve porre nell’ambito del realizzabile, dell’attuabile, dare la preferenza a ciò che meglio risponde alle esigenze pratiche dell’azione (pág. 73)...inoltre, como sappiamo, la fantasia intellettuale tende alla conoscenza, questa come ogni sapere deve essere logicamente apprendibile. Il controllo logico (formale o non) e reale, non resta dunque inerte di fronte alle acquisizioni fantastiche. Ma certo non basta: potrà spiegare la coerenza interna, ma non ancora la validità sul piano della realtà della conoscenza acquisita....Questa reazione emozionale che realizza una sorta di controllo di plausibilità può designarsi in vario modo, ma significa in definitiva il senso comune, o specificamente per la nostra materia, il senso giuridico –che es una qualità di intuición, agregamos-, elemento emozionale che fa parte del sentimento comune, del sentimento giuridico, di cui el senso comune, el senso giuridico constituye una componente” (págs. 132 y ss.).

Son importantes las diferencias del art. 144 CCC con la norma del art. 54 ter LGS y que pesan en nuestra visión: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

En cambio el art. 144 dispone: “La actuación destinada” versus “La actuación ... que encubra”. Parece adecuada esta distinción a la interpretación que introducimos. Debe existir por parte de esos “controlantes” una clara actuación “destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona”. Es una situación más directa y más amplia.

Un “mero recurso”, se señala en la LGS y “un recurso” en la norma en análisis. La primer expresión es correcta para “personas jurídicas privadas” creadas para frustrar derechos. En cambio para aplicar a todas las personas jurídicas debió eliminarse esa expresión para limitar a un recurso dentro de la funcionalidad general de la persona jurídica pública. Las personas jurídicas públicas jamás podría pensarse que constituyen un “mero recurso”, serán simplemente “un recurso” que sus controlantes aprovecharon que generar un daño por empleo antijurídico de una persona jurídica pública. De esta forma se aleja el CCC de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en el caso Palomeque, confundiendo a nuestro entender la previsión del art. 54 ter LSC con el supuesto del art. 19 de la misma ley que refiere a la actividad ilícita de la sociedad. Por eso creemos que el art. 144 CCC se aplica también a las sociedades como anticipamos.

La eliminación de la expresión “directamente” para imputar aparece como innecesaria –lo hemos comentado¹⁸-, se imputará a los fines de responsabilizarlos solidaria e ilimitadamente.

Por último los legitimados activos no són solo los terceros sino “cualquier persona” que entienda se le frustran derechos, y esto va en contexto con la actuación desviada de un funcionario público, abusando de su poder y de su posición en el Estado. Sin duda quizá podrá legitimarse a una entidad para ejercer una acción de protección de intereses colectivos, por ejemplo cuando se omitan controles a un concesionario de servicios públicos, generado un uso inadecuado o peligroso del mismo.

1. Debemos fijarnos en la amplitud de los supuestos que fija el art. 144 CCC¹⁹ y que parecen preparados para atender la actuación de los representantes orgánicos de la persona jurídica pública.

¹⁸ “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010.

¹⁹ Vease lo expresado por la Fiscal General en lo Comercial de la Capital Prof. Gabriela Boquin Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial y régimen societario *Gabriela Fernanda Boquin* Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I “El Derecho Societario como microsistema normativo. Persona jurídica. Acto constitutivo. Sociedad. Contratos asociativos. Fiscalización. Registración Societaria”, Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, p. 221 “La discusión en la doctrina se instaló, entre quienes consideran que el artículo 144 CCC no es aplicable a las sociedades por tener éstas una norma especial. “Veremos el porqué de la importancia de las diferencias entre ambas normas para así comprender la envergadura de la discusión: 1) Mientras el Código se refiere a “la actuación destinada” (art. 144 CCC), la ley de sociedades lo hace respecto a “la actuación de la sociedad que encubra” (art. 54 ter LGS). 2) La LGS aprecia que la sociedad debe consistir en “un mero recurso” y en la nueva norma sólo se hace alusión a que constituya “un recurso” (art. 144 CCC). 3) En el artículo 144 CCC se elimina la palabra “directamente” en cuanto a la imputación que se hace a los socios o controlantes que sigue permaneciendo en la norma especial. 4) El codificador utilizó la referencia a la actuación destinada a fines “ajenos a la persona jurídica” en vez del término “fines extrasocietarios” utilizado por el legislador societario. 5) La ley 19.550 considera que la finalidad de sociedad, a los efectos de declarar la inoponibilidad, sea para “frustrar derechos de terceros”, siendo el artículo 144 mucho más claro al respecto al referirse a “frustrar derechos de cualquier persona”. 6) En la norma del código se aclara que los controlantes a los cuales se les puede imputar la actuación pueden ser directos o indirectos (lo que implica una expresa ampliación de los sujetos legitimados

Es conveniente determinar la limitación de efectos para todas las personas jurídicas en caso de abuso de controlantes. La inoponibilidad es una forma de la invalidez de los actos jurídicos: el acto no es nulo, es válido entre las partes, sino que es inoponible a determinadas personas, como aplicación de la relatividad de los contratos frente a terceros, que resguarda el art. 144 in fine CCC “Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

2. Nos explayamos sobre quiénes pueden ser controlantes directos o indirectos. Lo venimos anticipando. Obviamente no se trata de generar responsabilidad a meros empleados públicos, sino a funcionarios de alta categoría, hasta de la más alta jerarquía, aquellos que pueden usar su cargo para aparentar un acto regular de una persona jurídica pública, cuando en realidad se han omitido requisitos substanciales de legitimidad para perjudicar, que han actuado fuera de su arbitrio para dañar. O también directivos de Sociedades del Estado o similares. La obligación de ciertos funcionarios de formalizar declaración jurada de bienes puede estar vinculada a quiénes pueden ser controlantes. Pues cabría la pregunta si ello es sólo a los efectos éticos y/o penales de enriquecimiento irregular, o es también una forma de arraigar por el ilegal desempeño de sus funciones, en forma similar a los Directores de sociedades por acciones.

Como controlantes, en principio debemos pensar en los órganos ejecutivos en los representantes orgánicos –por la naturaleza del ente persona jurídica pública-, pero no podemos descartar otros supuestos en nuestra imaginación. Pero no es el caso de trabajar hoy en ello.

Lo que está explícito y lo implícito del art. 144 CCC, motivo de nuestro comentario, debe ser desentrañado por el esfuerzo conjunto de los operadores de las doctrinas académica y judicial.

IV - REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO. VISIÓN NORMATIVA. CONGRUENCIA.

No es necesario demasiadas consideraciones o argumentaciones para concluir que el costo indemnizatorio patrimonial al derecho de propiedad vulnerado, lo debe pagar el autor o responsable de ese perjuicio, derivado de su obrar indebido u omisión de los deberes a su cargo, de manera adicional a las otras responsabilidades que derivan de su relación de empleo público o de representación institucional del estado.

Incluso satisfacer al menos al Estado –e indirectamente a la comunidad- el daño causado.

El Derecho Penal y el Derecho de Propiedad, no son regulados por el Derecho Administrativo, ni por las provincias argentinas, sino por el Congreso Nacional y es único e igualitario en todo el territorio de la Nación, seguimos así la línea de pensamiento que esbozamos con José Luis Palazzo en el ensayo referido.

Las Provincias Argentinas carecen de competencia para regular estas materias. Ese es el punto que debe aclararse. El Federalismo, como sistema de organización política de la Nación, no ha sido concebido para cercenar derechos sino justamente para garantizarlos. Interpretarlo de otra manera contradice su propia esencia.

pasivos) 7) Finalmente resulta valioso el agregado final de la nueva norma que establece: “lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales que puedan ser pasibles los partícipes en los hechos por los perjuicios causados”. De ello resulta la generación de un presupuesto de responsabilidad a otros sujetos distintos a los socios, o controlantes. Observamos entonces, una mayor claridad de la norma del Código la cual, por esta cualidad, pareciera resultar más expansiva que la norma especial de la ley societaria. A su vez cita favorablemente el artículo de Palazzo con nosotros en la Revista La Ley citado.

Los arts. 1765 y 1766 CCC, no pueden afectar el derecho de propiedad, ni la libertad, ni la igualdad, pues tienen un rango superior y derivan directamente de la Constitución Nacional.

El derecho patrimonial a la integridad de la propiedad pública y privada, no es de competencia provincial, sino del Congreso Nacional, como ya lo hemos sostenido arriba.

No queremos dejar de opinar, con todo respeto, que Gisela Zingaretti en el artículo citado no coincide con nuestra posición, pues esta autora, sostiene que: "Los casos de responsabilidad estatal deben ser resueltos por aplicación de las normas de Derecho Administrativo Federal o local, según el caso, atendiendo al "principio fundamental de federalismo" y el carácter eminentemente local del Derecho Administrativo, en consonancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Nacional. Si no se está de acuerdo con esto, lo que se debe discutir es la reforma de la Constitución; pero, hasta entonces, cualquier sistema normativo que pretenda regular la responsabilidad del Estado de forma directa o subsidiaria dentro de un cuerpo legal de Derecho Común sería manifiestamente inconstitucional."

Nuestra opinión, es justamente la contraria, afirmando categóricamente que el derecho local provincial, no puede afectar los derechos y garantías que protegen el derecho de propiedad que emana de la Constitución Nacional.

El derecho administrativo puede y debe regular las relaciones que se imputan a un ordenamiento público local y el derecho de fondo regula, las relaciones que se imputan a un ordenamiento sustantivo, expresamente atribuido en forma exclusiva y excluyente al Congreso Nacional. Para eludir esta protección constitucional, debería propiciarse la reforma de la Constitución Nacional.

No rechazamos la posibilidad del reclamo en sede administrativa, sólo sostenemos la existencia de otra vía genérica, quizá mucho más efectiva y que aceptada por la doctrina actúe disuasoriamente sobre la tentación de funcionarios con poder.

V. VISIÓN SOCIOLÓGICA: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

Nos hemos referido al aspecto normativo, apuntado una visión axiológica y cabe ahora una mirada a la realidad social.

Vinculado a ello, y al tema que nos reclama decíamos hace una docena de años: "En la Argentina no debe haber sólo responsabilidad social empresaria, es decir que se limite a lo privado, sino que debe extenderse hacia los empresarios del sector público, desde donde emana el plan social y que se constituyen en los conductores de la comunidad". Desarrollamos también la idea de que "Es fundamental reconstruir el contrato social en el país", como "escenario para el crecimiento de la economía", un crecimiento económico sustentable, con seguridad jurídica" y "evitar la sectorización entre ricos y pobres", expresando "una gran confianza en el empresariado nacional que está asumiendo un rol de importancia para tratar de restablecer la ecuación de que lo productivo es lo principal y lo financiero lo accesorio", imponiéndose "que la sociedad debe exigirle a la clase dirigente que, por lo menos, intente cumplir ese contrato social, formulándolo en políticas legislativas. El derecho y la economía deberían subsumirse a esa política. El derecho no tiene fines en sí mismo; no es una abstracción es para el hombre, como también lo es la economía".

Esa exigencia debe dirigirse centralmente a quiénes administran y gestionan al Estado, sin perjuicio de hacerlo también con el sector privado. Estas serían expresiones vanas, y quizá hoy así suenan, ante la pérdida de sentido de la responsabilidad social que implica que, tanto los privados pero particularmente funcionarios y empleados públicos, cumplan el rol preciso de la actividad que deben desempeñar. Ello no se alcanza con trabas burocráticas, superposición de trámites y demoras

en la resolución de los casos o de los problemas. No advertimos vivir con un contrato social compromisorio, conforme al cual todos actúen con diligencia y lealtad. El Estado todo aparece afectado por la acción de propios y extraños, o sea empleados públicos (todos los que perciben remuneración de la Nación, las Provincias o los municipios, sean o no funcionarios), y enfrente el público en general, particularmente los asalariados privados que son los con más riesgos en la estabilidad de su empleo y de su remuneración.

Esta responsabilidad social va más allá de la ley –que a veces tampoco se cumple afectando nuestra idea del rol del derecho-, implica un compromiso en contribuir activa y voluntariamente en el mejoramiento social, económico y ambiental, en la convivencia. Quizá se lo pueda ver como un nuevo concepto en la administración y gestión de bienes públicos y privados, pero en realidad no es sino resaltar la base de las conductas humanas viviendo en comunidad.

Así: responsabilidad social empresaria de todos los que se desempeñen en la toma de decisiones o en la realización de trabajos y servicios para la comunidad. Casi suena como un grito desgarrador –pero al mismo tiempo de esperanza- en los momentos de violencia de todo tipo – delictual o seudo jurídica- que vivimos.

VI – UNA MIRADA AMPLIA.

Invitamos a una visión amplia de la responsabilidad de altos funcionarios. Debemos hurgar más: pensemos en directores, síndicos, auditores, o sea representantes orgánicos o integrantes de órganos de fiscalización de sociedades del estado, sociedades de economía mixta, sociedades con participación estatal mayoritaria o sociedades donde el estado tenga participación, en interventores judiciales, sindicatos....

La Nación, las Provincias y los Municipios han organizado muchas de sus actividades a través de Agencias descentralizadas, sociedades de economía mixta, u otros centros imputativos. La actuación desviada, ilícita, que pudiera desarrollarse en los mismos no escaparía a esta teoría de la responsabilidad.

Hasta porque no a fideicomisos públicos, centros imputativos no personificados con particular regulación, que no pueden escapar a la teoría general de la responsabilidad. Para esta ocasión ya es suficiente, seguiremos insistiendo en la construcción de un sistema de responsabilidad general, para satisfacer los daños indebidamente causados –no los que resulten de riesgos operativos-.

El Estado, nacional, provincial o municipal, será el más beneficiado de esta teoría, no sólo por su alcance disuasivo preventivo, sino por la posibilidad concreta de accionar directamente contra el responsable para la reparación del daño sufrido.

VII - INVITACIÓN A LA MEDITACIÓN.

“La dogmática jurídica, cumple un papel sobresaliente, al elaborar conceptos y clasificaciones que facilitan el trabajo del operador jurídico, investido de la función de decidir. Así considerada, la Dogmática aparece como lo opuesto de la justicia. Mientras ésta expresa la unidad del sistema aquella refleja su complejidad... hoy se tornan predominantes los procesos de decisión compleja, fundados en una epistemología constructivista que reinvidica criterios de unidad y apertura sistémica, junto con recursividad transformacional y perspectiva teleológica... ‘La ley no está determinada ni por autoridades exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina, la ley está determinada de manera autorreferente, descansa sobre su propia realidad positiva. La ley debe su validez a esta autorreferencialidad: la aplicación de

operaciones legales a los resultados de las operaciones legales. Por tanto la validez del derecho no puede ser importada desde fuera sino solamente producida desde dentro del derecho'....Implica que el derecho se ha emancipado de otro tipo de racionalidad y cuenta con enfoques y respuestas propias frente a sus problemas... el tema crucial de nuestro tiempo: la complejidad. Al hacerlo, han permitido advertir, en lo que al derecho concierne, el aumento incesante de la opacidad, que acompaña al incremento también incesante de complejidad, como consecuencia de la mayor diferenciación del subsistema jurídico, de la variabilidad en aumento de sus prestaciones y de la singularización permanente de sus comunicaciones”.²⁰

Quizá se imponga pensar en procesos complejos constructivistas con unidad sistémica. Una interpretación dúctil del derecho, siempre bajo el palio constitucional, que otorgue previsibilidad tanto al obrar como al sentenciar. Eso hace a la seguridad jurídica, a la previsión del funcionario que si desvía ilícitamente su obrar deberá reparar daños, con similar conclusión para el perjudicado: que podrá reclamar directamente al funcionario arbitrario, sin enredarse con la forma de litigar del Estado, que todos conocemos y padecemos.

Un aspecto interesantísimo es la aplicación inmediata de la norma del art. 144 CCC, pues conforme al art. 7 CCC “se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, lo que sin duda permitirá que volvamos sobre la cuestión, no sólo para meditar sobre aspectos que se dubiten o contradigan, sino en torno a la aplicabilidad de la norma. A esta fecha, ya anticipamos que avizoramos la posibilidad de su aplicación a actuaciones generadas hace muchos años, como lo sería la reciente condena a un jefe de Estado y a dos de los miembros de su gabinete por distraer fondos reservados para beneficiar a sus colaboradores²¹, o la falta de control de servicios públicos, o el “leverage buy out” en las privatizaciones que hemos referido, la actividad financiera ilícita tolerada²² y todo lo que el abuso de control, o la falta de control por no ejercitar las facultades propias del Estado que haya generado daño a la Nación, la Provincia, Municipio o a terceros. O sea una herramienta contra la corrupción, los ineptos, los desinteresados...

Insistimos en algo fundamental: la aceptación de esta vía tendría un efecto disuasorio, por presencia previniendo actos de corrupción. Esta visión, liminar en nuestra tarea de ir descubriendo el alcance de las normas del Código Civil y Comercial, generará debate que, sin duda, es el motor del perfeccionamiento del sistema jurídico desentrañando el verdadero alcance y efectos de las normas.

Alentamos por ello el disenso constructivo.

²⁰ CÁRCOVA, Carlos María *Las teorías jurídicas Post Positivistas*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, págs. 262 y ss.. El martes pasado, 4 de octubre de 2016, nos conmocionó la magistral exposición del Prof. Dr. Domingo Sesin sobre arbitrariedad y el diálogo e intercambio de ideas que se generó en su torno.

²¹ Si bien es descartable por razones prácticas, porque la condena ha previsto la ejecución del daño al Estado.

²² Nto. “DEPOSITOS PESIFICADOS: ¿RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS? (La denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)”²² Publicado en El Derecho diario del 7 de marzo de 2005, pág. 1 y ss..