

**¿ES EL ART. 144 CCC UNA HERRAMIENTA PARA RESPONSABILIZAR A FUNCIONARIOS PÚBLICOS?<sup>110</sup>**

**Efraín Hugo RICHARD**

**Resumen:** La responsabilidad de los funcionarios públicos, prevista en normas constitucionales, ha encontrado en la norma del art. 144 del Código Civil y Comercial –CCC- una herramienta para que el propio Estado, cuando no los terceros afectados, imputen los daños a la o las personas humanas que los han generado con una actuación antijurídica.

### **I. MOTIVACIÓN**

El distinguido amigo y Director del Instituto del Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Profesor Emérito Dr. Juan Carlos VEIGA, Miembro Correspondiente de la Academia, jusprivatista con quién hemos compartido múltiples ensayos en una visión integradora del derecho, nos ha invitado a integrarnos al segundo libro colectivo de ese Instituto, el primero lo fue en homenaje al imborrable Luis MOISSET de ESPANÉS, y este lo dedicarán al también ex Presidente de la Academia y Profesor Emérito, el Dr. Julio ALTAMIRA GIGENA.

Honrados por esa invitación elegimos un tema que linda en la especialidad del homenajeado, el derecho público y administrativo, y la especialidad que profesamos del derecho privado: la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

### **II. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

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.

La cuestión de responsabilidad de funcionarios ha sido eliminada del CCC que nos rige desde el año 2015, tratándose en ley especial, y así congruente se sanciona el art. 1764 CCC haciendo inaplicables el cap. I o sea del art. 1708 al 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

---

<sup>110</sup> Publicado en el Libro "HOMENAJE DEL INSTITUTO NOROESTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA AL PRESIDENTE HONORARIO PROF. DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA", Directores: Dres. Juan Carlos Veiga y Rodrigo Padilla, Coordinador: Dr. José H. Sahián.

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.

Es siempre un tema de debate público la irresponsabilidad de funcionarios. Hasta se supone contar con una inmediata ley de transferencia de dominio de los bienes mal habidos por la gestión del funcionario cuestionado. 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 por el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de integralidad, lo que parece limitado por la ley 26.994. Se afirma 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”.

¿Realmente se excluyó toda posibilidad de analizar esa responsabilidad dentro de la estructura del nuevo Código? 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.

Este enfoque ya lo hemos adelantado en el Encuentro Nacional de Academias de Derecho, Córdoba 6/7 de octubre de 2016, donde se nos convocó a debatir sobre responsabilidad del Estado y funcionarios públicos, disertando antes, por nuestra Academia, dos distinguidos juristas, su entonces Presidente Prof. Emérito Dr. Julio Altamira –hoy el homenajeado- y el jusprivatista Prof. Dr. Daniel Ramón Pizarro, desarrollando su posición ante la nueva legislación, y donde nosotros la afrontamos como “RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PUBLICOS Y EL ART. 144 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA”, en una visión complementaria, pero diferente en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos o representantes del Estado en ciertas relaciones, sobre lo que ahora volvemos.

### **III. INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

Con particular énfasis desde la vigencia del Código Civil y Comercial el 1° de agosto de 2015, hemos proseguido nuestra diatriba contra la corrupción en los ámbitos públicos, durante muchos gobiernos. Lo volvimos a hacer en una comunicación con distinguidos colegas sobre alguna temática en relación a la corrupción de los funcionarios públicos y su vinculación a las personas jurídicas

privadas. Nuestra mayor preocupación es la laxitud de las condenas penales a esos funcionarios. Un ex Presidente venía eludiendo la condena penal de un hecho acaecido hace 23 años por un recurso ante la Corte demorado.

En nuestra perspectiva integrativa, art. 2° CCC, vimos una luz en el nuevo artículo 144 CCC referido a la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” que permite imputarle al controlante directo o indirecto de una persona jurídica pública o privada los daños causados por vía civil, sin esperar necesariamente ninguna condena penal. Se trata del llamado “levantamiento del velo”, que se acepta doctrinal y judicialmente en el derecho comparado, pero que sólo estaba legislado en Argentina y Uruguay en sus leyes de sociedades, en el primero en su art. 54 ter LGS.

En el tema nos fundamos en la regulación de 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 2ª. arts. 145 y ss. CCC. 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 CCC.

Centramos la atención en el alcance del art. 144 CCC que norma *“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.

#### **IV. LA REALIDAD Y LAS ACTIVIDADES ILÍCITAS.**

El art. 54 ter LGS reza “Art. 54, párr.3º Inoponibilidad de la personalidad jurídica– “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o 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”. Un gran logro normativo, sin precedentes legislativos en el derecho comparado.

Se distingue claramente imputación y responsabilidad, que va añadida y corresponde a todos los que hayan desplegado conductas generadoras de responsabilidad de base subjetiva, por acción u omisión.

Frente al uso antifuncional de una persona jurídica –pública o privada-, se trata de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros y del Estado mismo.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad, particularmente en las relaciones de organización. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de

responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias, usando las expresiones "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil".

Nuestra interpretación, que limitamos concretamente al análisis del precepto del art. 144 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 especialmente a la comunidad, alterando las reglas de libre competencia, lealtad comercial, buena fe, obstaculizando el desarrollo del país y generando déficit e inflación al aumentar 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.

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

Si la conducta del agente es contraria a 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 del daño generado, que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional.

Coincide con nuestra postura Rafael Manóvil: *“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”*. José W. Tobías, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Buenos Aires, duda de esta interpretación, pero nos apuntó que el tema está bien vigente. Tanto que afirma Juan Navarro Floriá: *“Como esta norma se ubica en la parte general de las personas jurídicas, cabe preguntarse no sin cierta perplejidad, si es aplicable también a las personas jurídicas públicas y, en tal caso, con qué alcance. Las consecuencias pueden ser inesperadas ...”*. También Ricardo Nissen sostiene que en ciertos supuestos podría ser aplicable a las personas jurídicas públicas.

El año pasado se presentó, por una Comisión de distinguidos juristas argentinos el anteproyecto de modificación de la Ley General de Sociedades, y en la Nota de Elevación, fechada en Buenos Aires, 5 junio de 2019 y dirigida al Señor Presidente Provisional del H. Senado de la Nación Dr. Federico Pinedo y a la señora Senadora Dra. Ada Rosa del Valle Itúrriz de Capellini, los prestigiosos colegas manifiestan sin duda alguna la aplicación del sistema de “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” del art. 144 CCC extendiendo su aplicación a todas las personas jurídicas, incluso las públicas, conforme la interpretación que desarrollamos.

## **V. HERRAMIENTA EN FAVOR DEL ESTADO, NO EN SU CONTRA**

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 legitimados activos lo serán quiénes 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 acción u omisión dolosa. Al mismo tiempo al referirnos a funcionarios públicos, que en estricto criterio jurídico comprende a empleados públicos, lo hacemos con 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.

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, configurando el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de integralidad. Se afirma 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”.

Piénsese 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 (a través de responsabilizarlos y cobrarse de ellos), pensada para la conclusión de un juicio penal. ¿Porque no determinarlo en un juicio civil, más rápido para alcanzar los efectos patrimoniales lógicos –la reparación del daño-? Ello sin perjuicio de una condena de índole penal, pero incluso independizándola en los términos del inciso b. del art. 1775 del CCC de cualquier prejudicialidad, por la dilación del procedimiento penal ante “una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado”.

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 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.

## **VI. ALGUNOS RECUERDOS Y JURISPRUDENCIA.**

Recordemos e 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 (PPP)-, 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 de privatización 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”, 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". Se trató del caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12 de julio de 2001 en la causa “CHUBUT, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ Sumario”, consideró ilegal el apalancamiento financiero resuelto por el grupo mayoritario de la sociedad demandada, haciendo asumir a ésta las deudas que esos accionistas habían tomado a su cargo en el proceso licitatorio. La Corte hizo referencias a que las resoluciones asamblearias realizadas desde el año 1994 donde se habían resuelto por el grupo mayoritario la asunción por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. de deudas no contraídas por ella, son nulas de nulidad absoluta, pues lo socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden público y las buenas costumbres, que además agravaron ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general. De esta manera la Corte se pronunció en una cuestión que fue introducida solapadamente con las privatizaciones en la década del 90 el llamado apalancamiento financiero con la sociedad para asumir deudas de los socios, denominado eufemísticamente “leverage buy out”, aceptando por alguna legislación para supuestos diferentes, y rechazada por otra en cualquier supuesto. La calificación que hizo el máximo Tribunal elimina toda cuestión en el derecho argentino, y la determinación como actos nulos de nulidad absoluta, inconfirmables e imprescriptibles, trae a cuento algún otro caso como el de Aerolíneas Argentinas. *El Diputado Nacional Dr. Alberto Natale en "Privatizaciones en Privado", cuando dice “¿Cómo fue posible que, en 4 días, desde el 17 de julio hasta el 21 se negociaran todos los acuerdos que el ministro nos había anticipado el jueves 16, un día antes, según dijo, de que se iniciaran las discusiones? La computadora indiscreta de un estudio jurídico de Buenos Aires, que no era justamente de abogados del Estado, nos trajo la respuesta: en la versión del 13/7/92 figuran los borradores de la nota de reclamos que el ministro pasaría luego a Aerolíneas Argentinas S.A. el 17.7.92; con la misma fecha figura la nota de respuesta de ARSA al ministro; el 20.7.92, el acuerdo entre Ruben Domingo Poncio, por el Estado, y Horacio Fargosi por ARSA, y el convenio final entre el Ministro de Economía, ARSA y demás partícipes, del 21.7.92. La computadora indiscreta contó la verdad”. Ello estaría reflejado en la causa 15255/01 iniciada el 18.10.01 caratulada Stornelli s/ denuncia, radicada en el Juzgado nº 3 de Comodoro Py en la Ciudad de Buenos Aires. El Dr. Domingo F. Cavallo y otro Contador –ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana, donde se aceptó lo que la Corte tipifica nulo de nulidad absoluta: que la Sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. tomara a su cargo lo que los accionistas que adquirieron del*



Estado el 85% de esa Sociedad libre de pasivo debían pagar al Estado. O sea que es un caso mucho más grave que el que falló la Corte. De allí, en el año 1992 quedó en insolvencia Aerolíneas Argentinas S.A. trayendo los perjuicios al Estado, los trabajadores y a la comunidad argentina que son de público y notorio.

En el caso de Aguas Argentinas S.A. se usó el mismo sistema que se había usado en Aerolíneas Argentinas. Por Decreto 149/97 el gobierno habilita la instancia negociadora, bajo la consideración que es posible que la empresa demande judicialmente al gobierno –lo que luego esta desmentido por una serie de informes de asesores independientes-, y por Dto. Presidencial 1167/97 de noviembre de 1997 se aprueba el Acta-Acuerdo celebrada entre el Estado Nacional y la Empresa Aguas Argentinas.

Porque no en este momento de angustias patrimoniales del Estado investigar a fondo estas cuestiones, que sin duda se practicó en otras privatizaciones o concesiones.

Esa jurisprudencia de la Corte del año 2002 viene a reforzarse con el fallo de la Cámara de Casación Penal, Sala IV, integrada por los Dres. Borinsky, Gimignani y Hornos en segundo fallo requerido por la Corte, con fecha 29 de agosto de 2018 en el caso “IBM- DGI” declarando imprescriptibles los delitos de corrupción en la década del 90 por sobrepuestos millonarios en licitación. Esto se combina con la interpretación que hemos dado al art. 144 CCC. 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. Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

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. 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 CCCom) 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.

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.

## VII. APLICACIÓN INMEDIATA Y PRELACIÓN DE NORMAS

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 colaboradores, o la falta de control de servicios públicos, o el “leverage buy out” en las privatizaciones de los 90, la actividad financiera ilícita tolerada 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...

El CCC sancionado como Ley 26.994, como así también la anterior 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 contraría 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. 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, con lo que concordó en su disertación inaugural de las Jornadas de Academias de Derecho Argentinas el Profesor Emérito Dr. Julio Altamira, ex Presidente de la de Córdoba, y lo hace Heredia como hemos ilustrado.

Por eso debe indagarse sobre 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.

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

En esta interpretación que 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.

La personalidad jurídica, y particularmente la de entes públicos, está 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 quienes 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.

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 26.944 hace referencia al Código Civil vigente y no al Código Civil y Comercial cuyo art. 144 entendemos tiene un alcance sobre el punto generado por la ley posterior 26.944.

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

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

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 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.

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 acción a una investigación o sumario previo, es una acción que nace del Código Civil y Comercial argentino 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 podrá 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, que es un problema administrativo.

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 más que la aplicación de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos. Es fundamental 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.

### **VIII. 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 más de 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 quienes 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. Se ha perdido el rumbo de la eficiencia.

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 pseudo jurídica– que vivimos.

#### **IX. UNA MIRADA NUEVA Y 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.

La situación excepcional que vive el país, ajena a toda voluntad política o social, impone seguir insistiendo en la construcción de un sistema de solidaridad social, de eficiencia, de responsabilidad general, para satisfacer no sólo los daños indebidamente causados –no los que resulten de riesgos operativos–, a los que nos estamos refiriendo, sino a la pandemia y crisis general.

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.

#### **X. INVITANDO A MEDITAR.**

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.

No podemos aceptar conformarnos con lo que esta pasando, como si fuera una costumbre contra legem. Pretendemos nuevas miradas que tiendan a disuadir conductas ilícitas. No parece fácil romper con jurisprudencia conformista.

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 normativamente 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?

Nuestra opinión, es afirmar 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.

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.

“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 reivindica 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”. Y en la ruptura del contrato social, de la ética, de la convivencia...

Lo fundamental: la aceptación de esta vía tendría un efecto disuasorio, por presencia previniendo actos de corrupción. Esta visión generará debate que, sin duda, es el motor del perfeccionamiento del sistema jurídico desentrañando el verdadero alcance y efectos de las normas, conforme sus valores y principios.

Para meditar en tiempos turbulentos donde la pandemia sanitaria y el confinamiento social impone la mayor transparencia en el obrar de los funcionarios públicos, ante la situación de un país agobiado por obligaciones externas y con el espíritu de apoyar la crisis empresarial agudizada y atender a una marginalidad poblacional inocultable y que impone su recuperación.