

RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL*

*THE RESPONSIBILITY OF PUBLIC OFFICIALS AND
THE REFORM OF THE CIVIL CODE*

*Efraín Hugo Richard***

Resumen: El trabajo se ocupa de las posibilidades que brinda el Código Civil y Comercial, en particular el art. 144 referido a la "inoponibilidad de la personalidad jurídica", que permite imputar al controlante directo o indirecto de una persona jurídica pública o privada los daños causados por vía civil, sin esperar necesariamente una condena penal.

Palabras-clave: Funcionarios públicos - Responsabilidad - Código Civil y Comercial.

Abstract: The work deals with the possibilities offered by the Civil and Commercial Code, in particular art. 144 referred to the "unenforceability of the legal personality", that allows to attribute to the direct or indirect controller of a public or private juridical person the damages caused by civil means, without necessarily expecting a criminal conviction.

Keywords: Public officials - Liability - Civil and Commercial Code.

Sumario: Introducción. I. Levantamiento del velo. II. El levantamiento del velo en las leyes societarias. III. Interpretación amplia. IV. Herramienta a favor del Estado, no en su contra. V. Aplicación inmediata. VI. Prelación de normas. Constitucionalidad. VII. Imputación y responsabilidad. VIII. Casos. Imprescriptibilidad. Prejudicialidad. IX. Interpretación posible. X. Invitación a meditar.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2019 y aprobado para su publicación el 7 de abril del mismo año.

** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral. Doctor "honoris causa" por la Universidad Nacional de Tucumán, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino y Universidad Católica de Salta. Profesor Emérito de Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de la Empresa.

Introducción

La responsabilidad de altos funcionarios públicos por daños causados a los estados nacional, provincial o municipal, o sus empresas públicas, como a terceros, parece devaluada. La reparación del daño causado por esas personas se intenta a través de acciones contra el propio Estado, aumentando el perjuicio generado que, a la postre, debemos soportar entre todos.

De allí nuestra preocupación en resaltar las posibilidades que brinda el Código Civil y Comercial -CCC- desde su vigencia el 1° de agosto de 2015.

Ante el obrar dañoso de funcionarios, qué aplicamos, ¿el derecho privado igualitario para todos o un derecho administrativo con justicia de excepción?

En la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba formalizamos nuestra particular visión¹ y también lo hicimos acompañados con distinguidos colegas² 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 lasitud de las condenas penales a esos funcionarios, como lo hemos comprobado con varios procesos iniciados en la década de los 90 con resultados variados.

Llevamos también la cuestión al Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho realizado en Madrid en noviembre de 2018, generando comentarios positivos.

En este artículo, para la Revista de la Facultad, repasamos nuevamente esa temática apasionante, con ánimo de instalar la temática en el análisis interdisciplinario o en investigaciones.

I. Levantamiento del velo

Vimos una luz en el nuevo artículo 144 del 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"³, que se acepta doctrinal y judicialmente en el derecho comparado, pero que sólo estaba legislado en Argentina y Uruguay en sus leyes de sociedades.

De esta manera deslizamos una visión diferente en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos o representantes del Estado en ciertas relaciones. Tratamos de

(1) RICHARD, E.H. "¿Acotar la corrupción?: Responsabilidad de funcionarios públicos y el art. 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina" (www.acaderc.org.ar).

(2) CESANO, J.D.- LASCANO, C.J. - RICHARD, E.H. "Eficiencia en la lucha contra la corrupción público-privada" (www.acaderc.org.ar).

(3) MOEREMANS, D. "Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del 'disregard of the legal entity'", en *RDCO*, n° 131, 1989, pp. 713/723.

instalar un debate sobre aspectos controvertidos, con visión académica pero no alejado de la realidad. Nos gusta jugar con la fantasía, imaginando nuevas interpretaciones para rescatar los valores que nos impulsan, para buscar la afirmación o el descarte de esa hipótesis.

En el tema que abordamos nos fundamos en referencias a las Personas Jurídicas en el CCC, que tiene 4 artículos generales en la Sección Primera ("Personalidad. Composición" -título poco claro-), arts. 141 a 144, que abarcan tanto a las personas jurídicas privadas como las públicas⁴, que recién se clasifican en la Sección 2^a. arts. 145 y ss. CCC.

Centramos nuestra 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"*. Sin duda la norma autoriza su aplicación a funcionarios públicos con capacidad de decisión o de control sobre la persona jurídica pública, que por acción u omisión generen daño al Estado o a terceros.

Parecería que la cuestión de responsabilidad de funcionarios ha sido eliminada del CCC para tratarse en ley especial 26944 -dictada con anterioridad al CCC-, congruentemente, se sancionó el art. 1764 CCC haciendo inaplicable el cap. I -o sea los arts. 1708 a 1788 sobre la "responsabilidad del Estado"-, en particular, el art. 1765 y el art. 1766 referido 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 una clara norma posterior, como resulta el art. 144 CCC, permite imputar por daños a funcionarios públicos con control de la persona jurídica pública que representan orgánicamente -o controlan indirectamente-, permitiendo 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 -corrupto- de la persona 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.

Hoy es un tema de debate público, de consternación social, la actuación de altos funcionarios argentinos, que ocupan titulares de los diarios del mundo, en

(4) Salvo el art. 142 que expresamente se limita a las personas jurídicas privadas para determinar que se las considera tales desde su constitución.

maniobras de corrupción con grave perjuicio para el Estado. Hasta se intenta contar con una inmediata ley de transferencia de dominio de los bienes mal habidos, que obviamente no les alcanzará por su temporalidad.

Se cita como antecedente de esa norma el art. 54 *ter* de la ley de sociedades.

II. El levantamiento del velo en las leyes societarias

Solo dos legislaciones tratan específicamente la cuestión en sus leyes de sociedades: la argentina y la uruguaya.

El art. 54 *ter* de la Ley General de Sociedades reza: "*Art. 54, párr. 3° 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*"⁵. Un gran logro normativo, sin precedentes legislativos en el derecho comparado.

La norma que trata la cuestión en la legislación uruguaya fue promulgada en el año 1989 o sea seis años después de la norma del derecho argentino. En la sección XV se trata "De la inoponibilidad", mejorando el precedente. Su art. 189 dispone "*Procedencia. Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados*", o sea que la norma se limita en esta parte a determinar los supuestos de aplicación y la carga probatoria. Pero luego, en el artículo siguiente, precisa los efectos de la norma que es lo que, a nuestro entender, aporta más significación que la denominación de la acción: art. 190: "*Efectos. La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada. A esos efectos, se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad. En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe. Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos*"⁶.

(5) Hemos analizado el sistema en: "¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica?", ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. II, p. 619; "Personalidad jurídica. Inoponibilidad", en cap. III, pp. 91 a 155 del libro *Relaciones de Organización – Sistema Societario*, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007; "Abuso del medio técnico de imputación personalidad. La llamada inoponibilidad de la personalidad", en Cap. VIII, p. 305 y ss. del libro *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado*, 2ª edición, Advocatus, Córdoba, 2002.

(6) RIPPE, S. *Sociedades comerciales. Ley 16060 Decreto Reglamentario 335/990 Ley 16125*", Edición Fundación de Cultura Universitaria, 5ª edición ampliada y actualizada, Montevideo, 1992, p. 84 y ss.

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

El nuevo art. 144 CCC trata -frente al uso antifuncional de una persona jurídica (pública o privada)- 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. 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*"⁷.

III. Interpretación amplia

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.

El art. 144 CCC no indica su aplicación exclusiva a las personas jurídicas

(7) La Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990, sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada. A criterio de la Corte, el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad *personificada* es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. *Corporate veil cannot be pierced to impose super fund liability on parent*, en *Securities Regulation and Law Report*, vol. 22 2 /II/ 1990, p. 158 y ss.).

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.

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.

Coincide con nuestra postura Rafael Manóvil⁸: "*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 Ciencias Sociales de Buenos Aires, duda de esta interpretación, pero nos apuntó⁹ que el tema está bien vigente. Tanto que afirma Juan Navarro Floriá¹⁰: "*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 Nissen¹¹ sostiene que en ciertos supuestos podría ser aplicable a las personas jurídicas públicas.

IV. Herramienta en favor del Estado, no en su contra

No se trata de la responsabilidad del Estado sino de los 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-*, "quienes 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 acción u omisión dolosa. Al mismo tiempo, al referirnos a funcionarios públicos, en estricto criterio jurídico, abarcamos 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, 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.

(8) MANÓVIL, R. 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, p. 3 y ss., específicamente p. 6 y ss., punto C, donde también hace referencia a las fuentes de la norma.

(9) En reciente reunión conjunta de las Academias Nacionales de Argentina.

(10) "Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil", en *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 263-583.

(11) "Estudio sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 763-782.

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 integralidad. Se afirma¹² que "*(e)s 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 (...). (N)o 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*"¹³.

Piénsese en los casos que la realidad -y no nuestra imaginación- nos muestra, dónde esta acción por daños -luego de una medida cautelar sobre los bienes de un enriquecimiento ilícito- podría 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. Por qué no determinarlo 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 de cualquier prejudicialidad, por la dilación del procedimiento penal ante "una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado".

Una nueva forma de enfrentar la corrupción.

V. Aplicación inmediata

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 colaboradores¹⁴, o la falta de control de servicios públicos, o el "leverage buy out" en las privatizaciones

(12) ZINGARETTI, G. "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, p. 303 y ss, con cita de GORDILLO, A. *Problemas del control de la administración Pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, Cap.V.

(13) Citando a Alejandro Dalmacio ANDRADA. "Responsabilidad del Estado de los Funcionarios Públicos", *La Ley*, Buenos Aires, 2008, pp.478-479.

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

de los 90, la actividad financiera ilícita tolerada¹⁵, 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...

VI. Prelación de normas. Constitucionalidad

El CCC sancionado como Ley 26994, como así también la anterior Ley N° 26944 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, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

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.

(15) "Depósitos pesificados: ¿Responsabilidad de los bancos? (La denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)", en *El Derecho* diario del 7 de marzo de 2005, p. 1 y ss.

En esta interpretación¹⁶ 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 es 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 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. como 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 26944 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.

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 y la jurisprudencia ya lo habían entronizado. Introducimos la interpretación extendida pues para tener sólo alcance sobre la persona jurídica privada la norma debió ser insertada con posterioridad y con expresa referencia a las mismas -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.

La norma es aplicable a todas las personas jurídicas por su colocación sistemática. De no ser así, estaría mal construida la Sección 1 con sus cuatro artículos, previos a la Sección 2 "Clasificación", donde recién se señala en el art. 145 "Clases.

(16) Sostenida con el Catedrático Dr. José Luis PALAZZO en: "El art. 144 Código Civil y Comercial (inoponibilidad de la personalidad jurídica)", en *La Ley*, año LXXX N° 54, Tomo 2016-B-diario de lunes 21 de marzo de 2016.

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 quienes hayan abusado de las mismas.

VII. Imputación y responsabilidad

Cuando se habla de "imputar", puede asignarse a esta expresión un doble sentido¹⁷:

- 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 esté condicionada esta acción a una investigación

(17) "Inoponibilidad de la personalidad jurídica: Imputabilidad y responsabilidad", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008- 3, pp. 191 a 246. Reproducido por *Microjuris*, 2010. Obviamente no se había formalizado aún el Anteproyecto cuando escribimos ese ensayo, pero la terminología es similar.

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 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, 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, lo que no es más que la aplicación de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos¹⁸. Es fundamental señalar 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. Casos. Imprescriptibilidad. Prejudicialidad

Reiteramos que el art. 144 CCC 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, de 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 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.

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

(18) OTAEGUI, J. "Inoponibilidad de la Persona Jurídica", en AAVV, de nuestra dirección, *Anomalías Societarias*, Ed. Advocatus, Córdoba, p. 110.

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 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."¹⁹, donde la Corte apunta que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general vinculado con la prestación de un servicio público se debate en 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 la 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".

Esa jurisprudencia de la Corte del año 2002 viene a reforzarse con el reciente 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 sobrepagos 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 frustrante²⁰.

(19) Publicado en: LA LEY 2002-E, 863.

(20) "Justicia y Derecho", pp. 419 a 430 para la Comisión n° 3 "Justicia y Derecho", en libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, Córdoba 1998. 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 ardid

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 ilícita²¹. 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 CCC) porque si no fuera así, las sentencias a dictarse no tendrían influencia alguna en la solución de la otra causa".

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".

(21) 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 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".

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 magistrados²².

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.

IX. Interpretación posible

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 normativamente²³ y siempre dentro del marco de nuestra Constitución Nacional.

(22) Puede verse en Permalink(<http://www.diariojudicial.com/nota/75819>).

(23) PANUCCIO, V. *La fantasia nel diritto*, Giuffrè Editores, Milano 1984: 24. *Habiendo hecho esto, aunque en un sentido amplio, el estado de la situación puede ahora, con un discurso más meditado, abordar la cuestión de cómo colocar la fantasía del sujeto en el contexto de ese conjunto de actos teleológicamente orientados hacia el resultado interpretativo, que se considera precisamente la interpretación jurídica*" (p. 65). *(L)a ciencia jurídica, como ciencia hermenéutica, tiende al conocimiento de la realidad empírica e histórica del espíritu humano. Si bien es verdad que toda ciencia hermenéutica busca interpretar un lenguaje, también es verdad que estas interpretaciones merecen su concepción. Solo que, en algunas de sus formas complejas, donde la realidad entra en el marco de las ciencias espirituales, y participa en los caracteres generales de la interpretación antes mencionada (...) este perfil genera otro aspecto importante para el control de la imaginación: la interpretación no puede llevar a normas imposibles, inalcanzables, imposibles de realizar y, debido a lo realizable, a lo factible, a dar preferencia al que responde a las necesidades. Prácticas de acción (pág. 73) (...) Además, como sabemos, la imaginación intelectual tiende hacia el conocimiento, esto como todo saber debe ser lógicamente aprensible. El control lógico (formal o no) y real, no permanece inerte frente a las fantásticas adquisiciones. Pero*

¿Por qué poner al margen de este sistema al funcionario público que usa la persona jurídica pública para su beneficio o para el de 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.

X. Invitación a meditar

"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 autoreferencialidad: 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"²⁴. Y en la ruptura del contrato social, de la ética, de la convivencia...

Quizá se imponga pensar en procesos complejos constructivistas con unidad sistémica. Una interpretación dúctil del derecho, siempre bajo el palio cons-

ciertamente no es suficiente: podrá explicar la coherencia interna, pero no reitera la validez en términos de la realidad del conocimiento adquirido (...). Esta reacción emocional que realiza una especie de verificación de plausibilidad puede designarse de varias maneras, pero en última instancia significa sentido común, o específicamente para nuestro tema, el sentido jurídico (que es una cualidad de intuición, agregamos), un elemento emocional que es parte del sentimiento común, del sentimiento jurídico, del cual el sentido común, el sentido jurídico constituye un componente" (p.132 y ss.) (traducción libre).

(24) CÁRCOVA, C. M. *Las teorías jurídicas Post Positivistas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 262 y ss.

titucional, 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.

Insistimos en algo fundamental: la aceptación de esta vía tendría un efecto disuasorio, por presencia previniendo actos de corrupción. Esta visión generará debate que, sin duda y aun en el disenso, es el motor del perfeccionamiento del sistema jurídico, desentrañando el verdadero alcance y efectos de las normas, conforme sus valores y principios²⁵.

De no ser así, ¿para qué serviría el sistema jurídico?

(25) "Sobre el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial", en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.